

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

8-1984



Universidad de Palma de Mallorca

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

JORVICH, S.L. - Industria Gráfica
Francesc 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

8-1984



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

Eduardo Calderón Susín
Departamento de Derecho Penal
Universidad de Palma

Faustino J. Cordón Moreno
Titular de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

Gregorio Delgado del Río
Catedrático de Derecho Canónico
Universidad de Palma

M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

Carlos Gutiérrez González
Titular de Derecho Procesal
Universidad de Palma

Joan Oliver Araujo
Departamento de Derecho Político
Universidad de Palma

Rolando Tamayo y Salmorán
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Nacional Autónoma de México

Renato Treves
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Milán

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS	
M ^a del Carmen Gete-Alonso y Calera <i>Aproximación al nuevo régimen de la prodigalidad de la Ley de 24 de octubre de 1983</i>	9
Faustino J. Cordón Moreno <i>La sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios</i>	41
Gregorio Delgado del Río <i>El concepto de Derecho eclesiástico</i>	65
Rolando Tamayo y Salmorán <i>El modelo científico de la primera jurisprudencia</i>	83
Renato Treves <i>Sociología del Derecho y sociología de la idea de justicia en el pensamiento de Hans Kelsen</i>	99
NOTAS	
Eduardo Calderón Susín <i>La Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas</i>	119
Carlos Gutiérrez González <i>Sobre el tratamiento procesal de los recursos en el proceso de ejecución</i>	155
Joan Oliver Araujo <i>El régimen constitucional español (Notas a un trabajo colectivo)</i>	163

BIBLIOGRAFIA

Albisetti, Alessandro, <i>Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico</i> (Iván C. Ibán)	171
María Victoria Berzosa Francos, <i>Demanda, causa petendi y objeto del proceso</i> (Isabel Tapia)	175
Tedeschi, Mario, <i>Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico</i> (Iván C. Ibán)	179
<i>Procedimiento administrativo</i> (Redacción)	183
<i>Código civil</i> (Redacción)	183

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo contencioso-administrativo	187
II. Sala de lo civil	207
III. Salas 1ª y 2ª de lo criminal	293

ESTUDIOS

APROXIMACION AL NUEVO REGIMEN DE LA PRODICALIDAD DE LA LEY DE 24 DE OCTUBRE DE 1983

M^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

SUMARIO: 1. Configuración jurídica de la prodigalidad. 2. Concepto de prodigalidad. 3. Procedimiento. 4. Eficacia de la declaración de prodigalidad. 5. Cesación de la prodigalidad.

1. CONFIGURACION JURIDICA DE LA PRODICALIDAD

Pródigo —para ofrecer un concepto que nos sirva como punto de partida— es aquella persona que, debido a su conducta económica habitual, pone en peligro —injustificadamente— su patrimonio en perjuicio de su familia.

El estado civil de pródigo y su calificación jurídica, a diferencia --en cierta medida— de lo que sucede con las causas de incapacitación, basadas en la falta de capacidad natural, ha sido siempre objeto de polémica y discusión.

Desde su configuración en el Derecho Romano como incapacidad (denominándola con terminología actual) patrimonial que comportaba el nombramiento de un curador (la curatela de los "prodigi") hasta la regulación que nos ofrece la ley actual (24/X/1983), la manera de considerar al pródigo —en nuestro sistema— ha variado sustancialmente. Fruto, sin duda alguna, de la discusión que esta figura plantea: ¿es o debe de ser causa de incapacitación? ¿sólo de limitación de la capacidad de obrar o del poder de disposición?

Hasta la Ley de 24/X/1983 la prodigalidad ha recibido el tratamiento jurídico, en nuestro sistema, de ser "causa de incapacitación". El derogado Art. 32,2 la calificaba como una de las "restricciones de la personalidad", y de la relación entre los desaparecidos Arts. 199 y 200,3^o se seguía que el pródigo quedaba sometido a tutela por ser incapaz de gobernarse por sí mismo.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 8 (Palma de Mallorca 1984).

En esto se continuaba la tradición histórica patria (1), de considerar al pródigo como incapaz y de equipararlo, como en cierta medida se deducía de algún texto romano, al loco o demente en virtud de la calificación que podía merecer su conducta (2).

El Código Civil de 1889 recogió, en su formulación, la pauta que le viniera marcada por el Proyecto del Código Civil de 1851. Aún suprimiendo —como se sabe— la curatela que se regulara en aquel Proyecto, y que quedaba unificada en la institución de la tutela; la razón de la incapacidad del pródigo, frente a la simple limitación de la capacidad de obrar o del poder de disposición o de determinados actos concretos —como adoptó el CC Francés— encontraba su fundamento en el razonamiento que hiciera García Goyena (3): la protección a la familia y la mayor seguridad jurídica que representaba este sistema sobre otros modelos.

El conflicto doctrinal y jurídico en torno al pródigo tiene sus raíces, sin duda alguna, de una parte en que se carece de una visión unitaria de la incapacidad y de la propia capacidad de obrar; de otra —y esta es la más conocida— en el choque que supone el considerarla como incapacidad en un momento en que se define al derecho de propiedad de acuerdo con los postulados de la economía liberal (4).

Si la propiedad comporta el derecho más absoluto, que permite utilizar los bienes de la manera más amplia que pueda pensarse ¿cómo limitar esa libertad individual y económica de la persona? ¿Cómo justificarla?

En nuestro sistema —como es sobradamente conocido— triunfa la necesidad de sancionar a la prodigalidad, imponer un límite a la concepción amplia

(1) Para un desarrollo completo de la evolución histórica de la prodigalidad, consulte De Castro y Bravo, Federico. *Derecho Civil de España. II. Derecho de la persona*. Madrid 1952, pág. 331 y ss.

(2) Vid. sobre este punto lo que dice De Castro op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 331 y ss. y García Goyena, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Madrid 1852. (Reproducción Anastática, Barcelona 1973). Comentario al Art. 279.

(3) García Goyena, (op. cit., *Concordancias...* Comentario al Art. 279) entre otras cosas decía: "La propiedad está sujeta a restricciones según el artículo 391; la ley no prescribe deberes morales; pero el desprecio habitual de ellas, cuando trasciende al orden público y al de las familias, debe ser reprimido por el legislador: la prodigalidad es siempre hija o madre de otros vicios más desastrosos. Las restricciones del artículo 513 francés son insuficientes. La libre disposición de las rentas puede alimentar los vicios del pródigo con daño y desdoro de la familia...".

(4) Basta, para comprobar esto, las discusiones y posturas encontradas que suscitó la calificación jurídica de la prodigalidad en la redacción del Code de Napoleón. Vid. en Fenet, A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. Tomo X. 1827. (Reproducción Anastática, Osnabrück 1968), pág. 684 y ss.

También lo pone de relieve García Goyena. (Op. cit., *Comentarios...*) en el Comentario al Art. 279 del Proyecto de 1851.

del derecho de propiedad (que así se acoge. Cfr. Art. 348) justificado sobre la base de protección a la familia. Y arbitrado, técnicamente, como incapacidad por la mayor seguridad que representa.

De ahí se llega a decir que al pródigo se le incapacita porque, pone en peligro el patrimonio familiar, demostrando, de esta manera, que es incapaz de gobernar, por sí mismo, aquel.

Pero, la incapacidad no se regula, aún unitariamente sino atendiendo a la causa —tasada— que la provoca. Esto va a suponer que, aunque el pródigo quede sometido a una potestad absoluta (la tutela) ésta no alcanza el mismo grado que en las demás incapacitaciones: en ningún caso afecta a la esfera personal y familiar pura (Cfr. Art. 224 en sus dos sucesivas redacciones; hoy derogado) (5), y por ende, aunque era incapacidad desde el punto de vista técnico, actuaba más limitadamente.

Es decir, si bien el efecto jurídico —incapacidad y sometimiento a tutela— era exorbitante, éste aparecía paliado por la menor intensidad que se le atribuía (Art. 221,2 derogado).

No obstante, al igual que sucediera en relación a la minoría de edad, la calificación de ser incapacidad se mantenía. Injustificadamente pues el interés familiar protegido mediante esta incapacidad, podría haberse, también, salvaguardado, acudiendo a otros medios jurídicos menos fuertes.

Sin duda —como quedó apuntado antes— el no conocer situaciones intermedias de incapacidad y de capacidad, fuera del caso del menor de edad (así: la emancipación), y el temor a que otra vía —así el simple límite al poder de disposición— pudiera ser menos enérgica, en la práctica; propiciaron la regulación y configuración jurídica que ha permanecido vigente hasta ahora.

La *Ley de 24 de Octubre de 1983* va a suponer un importante cambio en la calificación de la prodigalidad, fruto de la polémica no tanto ya de su justificación como límite al derecho de propiedad (lo que no se cuestiona), como de su consideración técnica ¿incapacidad? ¿capacidad limitada?

En la nueva normativa partiendo de: a) Una concepción unitaria de la incapacidad. b) Un fundamento claro de la incapacidad: la ausencia o deficiencia en la capacidad de discernimiento y en la aptitud para el propio autogobierno y c) La admisión de gradaciones tanto en la capacidad (*Leyes 24/X/1983 y 13/V/1981*) como en la incapacidad (*ley 24/X/1983*); se llega a la conclusión y

(5) *Redacción originaria*: "La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo".

Redacción que le dio la *Ley de 2/V/1975*: "La declaración de prodigalidad no afecta a los derechos y deberes personales derivados del matrimonio de la patria potestad, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo".

admisión de la prodigalidad separadamente de la incapacitación.

Como se irá viendo más pormenorizadamente, la prodigalidad ya no es causa de incapacitación, pasa a engrosar el montón de las limitaciones a la capacidad de obrar: el pródigo tiene, solamente, limitada su capacidad, la eficacia jurídica de la declaración de prodigalidad es muy distinta de la de incapacitación. Además se le someterá a un curador —Art. 286, 3^o— especial; una curatela distinta de la del incapaz y de la del menor de edad emancipado o habilitado.

La sustitución del anterior sistema por el nuevo —todo debe de decirse— ha pasado sin la más absoluta discusión en el proceso de elaboración de la ley. Tan claro estaba, o lo había hecho sentir la doctrina, que una cosa era incapacitar para proteger y otra era la de limitar conductas dignas —según las concepciones vigentes— de sanción jurídica.

Que la prodigalidad no sea hoy una incapacidad, no obstante, no lo dice la Ley directamente. Esta conclusión se sigue:

1^o. De que —dado el propio concepto de prodigalidad— no cabe incluirla entre “las enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas” —Art. 200— que son “las causas de incapacitación”.

2^o. De que se la regula separadamente de la incapacitación: en la Sección II, del Capítulo III del Título X, dedicado de forma exclusiva a la prodigalidad.

Regulación separada que supone —como se verá— que se prevé un efecto distinto y menor para esta declaración que el que se sigue de la incapacitación (Cfr. Art. 210) (Comparado con Arts. 288 y 298); y un sistema de guarda menos intenso: el establecimiento de una curatela especial.

3^o. De ser “declaración de prodigalidad” (Art. 286, 3^o; 294 y 295) frente a la “declaración de incapacitación” (Arts. 199, 210). Aunque el argumento sea muy literal.

Quizá, a pesar de que resulta evidente sin necesidad de una declaración expresa en tal sentido, el legislador hubiera debido decirlo de manera directa.

No obstante, el pie forzado que marcara la estructura de la ley —se reordenan los Títulos IX y X dedicándose aquél a la incapacitación y este a la Tutela e instituciones de guarda en general— es posible que obligara a no hacerlo. Así, sistemáticamente, a la prodigalidad se la regula como un supuesto de una guarda determinada: la de la curatela, adoleciendo —por lo tanto—, en este punto la nueva ley, del mismo desorden sistemático que se observara en la regulación de la incapacitación que hiciera el Código Civil de 1889 (a la que se trataba —recuérdese— no como tal sino en sede de tutela).

Mejor hubiera sido tratarla independientemente de la curatela, como se ha-

ce con la emancipación (Arts. 314 y ss.) y la incapacitación (Arts. 199 a 214); así no sólo hubiera quedado más claro su concepto sino también el propio y nuevo significado que, ahora, se le atribuye.

2. CONCEPTO DE PRODICALIDAD

La legislación derogada no ofrecía un concepto directo de prodigalidad en su articulado. Tampoco lo hace la actual. Sin duda alguna, y esto se ha repetido hasta la saciedad, no es labor del legislador, ni de un Código, el ofrecer definiciones doctrinales, o conceptos cuyo contenido ya se conoce.

La calificación jurídica de la prodigalidad —como quedó dicho y se irá viendo más detenidamente— ha variado; no así su concepto. De moto tal que puede utilizarse, en este punto, cualquier fórmula tradicional de definición.

La prodigalidad supone la sanción jurídica a una *conducta concreta*: es pródigo quien negligentemente dilapida —de forma continuada— su patrimonio, injustificadamente, poniendo —con ello— en peligro, los intereses económicos de su familia.

La situación de prodigalidad, así pues, se describe por dos notas:

- 1) Ser una conducta determinada
- 2) Que perjudica intereses familiares

1º. Respecto de la *conducta* debe de tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Que se refiere a la "*actividad económica*" de la persona. En concreto a la manera de administrar y disponer de su patrimonio.

No es pródigo el que lleva una vida desordenada pero de la que no se deriva ninguna merma importante de su haber. Tal conducta podrá calificarse —según cada caso— de inmoral o contraria a los dictados de la conciencia social, pero en tanto en cuanto no afecte a los recursos económicos del individuo, no podrá atacarse a través de la prodigalidad.

b) Que debe —dentro del ámbito patrimonial al que se ha hecho referencia— suponer o sinificar un evidente riesgo, injustificado, para el patrimonio del presunto pródigo.

En palabras harto conocidas es pródigo el "manirroto", derrochador, malgastador sin tino, que —sin causa justificada— dilapida su patrimonio. No lo es, en cambio, el que asume riesgos económicos importantes por causas "justas": bien profesionales, bien personales o familiares. Piensese en las inversiones económicas que deben de hacerse de manera necesaria para la buena marcha de un negocio; o los gastos elevados ocasionados por enfermedad o accidente de algún miembro de la unidad familiar, aunque con ellos se pueda correr el peligro de la ruina.

Por el contrario, como desde mucho tiempo se viene ya afirmando por la doctrina, si entraría en el concepto de derroche el excesivo gasto —en relación a las posibilidades económicas de la persona— en favor de instituciones benéficas, culturales... etc., aún a pesar de la bondad —al menos objetiva— de la finalidad a la que se dirigen.

Se trata, en el momento de definir a la prodigalidad, de resaltar la desproporción que existe entre los recursos económicos de la persona y la manera en que éstos se emplean.

c) Finalmente, en cuanto conducta, su propia calificación ya comporta que debe de ser *continuada* o periódica. No bastan actos aislados de derroche, sino que se requiere que esa manera de comportamiento sea la *habitual*. Precisamente la declaración de prodigalidad va dirigida a impedir su continuación posible dada la actitud habitual del pródigo. Con aquella —como se verá— no se produce la invalidación de los actos ya realizados (Cfr. Art. 297) sino de los posteriores.

2°. La segunda nota que describe la prodigalidad es su referencia a los *intereses de la familia* del pródigo.

En tanto en cuanto la negligente conducta económica perjudica a la subsistencia de la familia, existe prodigalidad. Como ya se vió es ésta —en nuestro sistema— la causa que justifica la admisión de la misma como límite a la capacidad de obrar (antes como causa de incapacitación).

La presencia de la familia en la definición del pródigo se destaca en la enumeración de las personas a las que, de manera exclusiva, se les otorga legitimación para demandarla.

En la legislación derogada (Art. 222), textualmente, la familia protegida era “el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo” (hijos y descendientes— padres y ascendientes y el viudo o viuda. Cfr. Art. 807). La finalidad —según se señalaba— era la de proteger —dada la dicción legal— no sólo su subsistencia sino sus intereses legitimarios. De modo que incluso se llegó a decir (6) que la pérdida de la condición de heredero forzoso (por desheredación o por haber incurrido en causa de indignidad) originaba la de solicitar la incapacitación. E, incluso, podía dejar de existir prodigalidad cuando los únicos herederos forzosos existentes no tuvieran derecho a heredar justificadamente.

En la normativa actual la situación no ha variado. La familia a la que debe de ocasionarse perjuicio es, también, una familia amplia (aunque, de la misma, se excluye a los hermanos y colaterales): “Cónyuge, descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos” (Art. 294).

(6) Así De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 341.

Ahora, no obstante, la formulación es más clara: se aborda directamente el problema de la subsistencia de los miembros de la familia, al referirlo a la obligación legal de alimentos, dejando de lado la estricta calificación como herederos forzosos. Así, aunque estos no reúnan dicha calificación legal y sí la de ser alimentistas o cónyuge del presunto pródigo, estarán incluidos bajo esta familia protegida.

Sin embargo —como ya se verá más extensamente en el apartado siguiente— tanto la cualidad de cónyuge como la de ser ascendiente o descendiente alimentista, deberá darse en el momento en que se solicite la declaración de prodigalidad. Así no podrá hacerlo el cónyuge divorciado —porque se disolvió ya el matrimonio (Art. 85)— ni el que perdió derecho a solicitar alimentos.

La inexistencia de esta familia, aún a pesar de la conducta, determinará la ausencia de prodigalidad desde el punto de vista jurídico, ya que ambas notas deben darse cumulativamente.

Algún sector de la opinión (7), con referencia a la normativa anterior, mantuvo también la tesis de la no procedencia de la declaración de prodigalidad cuando el pródigo hubiera asegurado —por otra vía— los derechos de su familia. Así se decía, por ejemplo, en el caso en el que “fue donada suficiente parte de la totalidad de los bienes a los herederos forzosos” (8).

No creo que hoy, dada la formulación legal, quepa seguir manteniendo esa opinión. Máxime si se toma en cuenta la importante variante que supone la sustitución de la expresión “herederos forzosos” por ciertos parientes con derecho a alimentos.

La protección a la subsistencia de la familia no creo que sea algo que pueda asegurarse anticipadamente y de forma absolutamente desconectada de las fluctuaciones del patrimonio del presunto pródigo. Basta, simplemente, comprobar como la cuantía de los *alimentos* (a lo que ahora se liga la declaración de prodigalidad se calcula, precisamente, en función de esas fluctuaciones que pueda tener el patrimonio del obligado (Cfr. Arts. 146, 147 y 152,2º).

Queda, en último término, por determinar si la declaración de prodigalidad afecta o puede solo afectar al *mayor de edad* (en cuyo caso, otro dato del concepto sería la mayoría de edad) o se extiende, también, al *menor de edad*.

A diferencia de lo que sucede en sede de incapacidad —Art. 201—, no se nos dice nada acerca de la mayoría o minoría de edad de la persona; lo que tampoco se hacía en la legislación derogada.

(7) Albaladejo García, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo I. Vol. 1º. Barcelona 1983, pág. 280.

(8) Albaladejo, op. cit., *Derecho Civil*... 1,1, pág. 280.

Ello, a primera vista, podría conducir a admitir la declaración de prodigalidad de un menor de edad puesto que no se prohíbe directamente.

No obstante —como ya se apuntó respecto de la legislación anterior (9)— no es segura, en todos los casos, que pueda declararse pródigo a un menor de edad.

En la normativa vigente tampoco, pienso, puede decirse que, como regla, este límite de capacidad está pensado para el menor de edad:

1º) Porque, dado el concepto de prodigalidad que se ha visto, difícilmente un menor de edad podrá actuar negligentemente respecto de un patrimonio que no administra y del que no dispone al estar sometido a una potestad ajena (*Arts. 164 y 270*).

Y, aún en el caso de que ciertos bienes puedan ser administrados por él —los del Art. 164,4º cuando tenga 16 años— siempre necesitará del concurso del titular de la potestad para los actos que excedan de la administración ordinaria.

2º) Porque no se ve la utilidad —ni siquiera preventiva o ad cautelam— de tal declaración, dada precisamente la existencia de tales potestades.

Si uno de los efectos de la prodigalidad es el sometimiento a una potestad de alcance menor —la curatela—, no se ve como se puede establecer cuando la patria potestad o tutela ya existentes abarcan, de sobra, la total extensión que pueda habersele otorgado a aquella, dado su contenido amplio y exclusivo.

Puede, no obstante, en un caso ser útil la declaración de prodigalidad de un menor: cuando esté emancipado o se le haya concedido el beneficio de la mayor edad.

En tal caso no creo que exista inconveniente, ni incompatibilidad de potestades, que impidan que pueda declarársele pródigo.

Recuérdese que al menor emancipado se le habilita “para regir su persona y bienes como si fuera mayor” (Art. 323), limitándole su actuación independiente sólo respecto de determinados actos (los que enumera el Art. 323 y 324 cuando la emancipación tuvo su causa en el matrimonio). Quiere esto decir que pudiendo, salvo los límites dichos, administrar y disponer de su patrimonio, puede hacerlo de forma “pródiga”.

Y, entonces, la declaración de prodigalidad tendría como objeto el establecer una más amplia limitación a la capacidad de obrar del menor emancipado, mediante la cual se controlará más su actuación.

(9) De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 343.

En este sentido, la única variación respecto de la declaración de prodigalidad del mayor de edad, pienso que radicaría en la persona a designar como curador del menor (donde se variaría el orden normal del Art. 234). Lo que sólo se producirá, no obstante, cuando la emancipación no haya tenido lugar por matrimonio (10).

Así, serán nombrados curadores, cuando la emancipación fue por concepción de los padres, éstos. Y, cuando fue una habilitación de edad, el tutor; así —para este caso concreto— lo dice expresamente el Art. 292: “Si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa”.

3. PROCEDIMIENTO

“La declaración de prodigalidad —señala el actual Art. 295 (idénticamente al Art. 221,1 derogado)— debe de hacerse en juicio contradictorio”.

Este juicio, en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil será hoy el *declarativo de menor cuantía* (Disp. Adicional de la Ley) a diferencia del sistema anterior en el que se tramitaba a través de la vía del declarativo de mayor cuantía.

Nota a destacar de la vigente normativa es, en este punto, la unificación del procedimiento —juicio declarativo de menor cuantía— para todo límite a la capacidad de obrar (bien simple límite: prodigalidad; bien propia incapacidad: incapacitación). De todas formas ha de notarse que la unificación procedimental —efectuada en base a dar mayores garantías al de incapacitación (11)— no significa retornar a la calificación de la prodigalidad como causa de incapacitación.

Efectivamente, mientras en aquella la sentencia y el proceso tienen como finalidad una “declaración de incapacitación” (Cfr. Art. 210 entre otros); en éste la declaración es de prodigalidad (Arts. 294, 295, 296, 298 fundamentalmente) con un alcance y eficacia distintas (Art. 298).

Esto supone, entonces, que no cabe aquí —ni siquiera analógicamente— aplicar las reglas que, con carácter general, se prevén para la declaración de incapa-

(10) Pues si se ha producido por matrimonio, de la combinación entre las reglas de legitimación para instar la prodigalidad (Art. 294) y las del nombramiento de tutor (Art. 234), resultará que el cónyuge del menor de edad emancipado por matrimonio, será, preferentemente, designado como curador del pródigo, y no sus padres o tutores (Art. 323).

(11) Así se manifestó en el Congreso y en el Senado. Veanse las discusiones de las Cámaras en *Diario de Sesiones del Congreso*. Sesión Plenaria n° 39 (24/V/1983), pág. 1799 a 1803 fundamentalmente; y *Diario de Sesiones del Senado*. Sesiones Plenarias n° 28 y 29 (21 y 22/IX/1983), pág. 1405 y ss.

citación (en especial los Art. 206, 207, 208 y 209); y que, en lo no previsto de forma específica en el Código Civil, habrá de acudirse a lo que, sobre la tramitación del juicio declarativo de menor cuantía, dispone la LEC.

La actual normativa del Código Civil, al igual que la legislación que ha sido sustituida, prevé —junto al tipo de procedimiento— dos cuestiones específicas en torno a la declaración de prodigalidad: la intervención del presunto pródigo, y la legitimación (aquí esencial por lo que ya se dijo) para instarlo.

En cuanto a la *intervención del pródigo*, el criterio es exactamente el mismo que el de la legislación derogada (Cfr. Art. 223 anterior): aquel interviene directamente en el proceso —como demandado— y cuando no compareciere le representará el Ministerio Fiscal, salvo que éste fuera parte (cuando instó él mismo el procedimiento. Art. 294 *in fine*), en que el Juez nombrará un defensor (Cfr. Art. 299,3^o). Todo ello “sin perjuicio de lo que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los procedimientos en rebeldía” (Art. 296).

Respecto de la *legitimación* para solicitar la declaración, contrariamente, —y como ya se apuntó— el criterio ha sufrido variaciones. Inicialmente, al menos, en cuanto a la enumeración de las personas que puedan actuarla.

Determina el Art. 294 que pueden pedir “la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”. Se ha sustituido la referencia a la herencia legal —“herederos forzosos”— por la de “prestación de alimentos”, ligando, ahora ya de una manera clara, la situación de prodigalidad a la de subsistencia de la familia a la que se protege.

A efectos de ver si, realmente, se han producido o no importantes modificaciones, veamos separadamente cada uno de estos supuestos:

1) Cónyuge: Marido o mujer pueden demandar la prodigalidad de su consorte siempre que mantengan su condición jurídica de cónyuges y no siendo necesario ningún requisito más.

El *divorcio* al determinar la disolución del vínculo matrimonial (Art. 85) impide, por lo tanto, tal legitimación.

Por el contrario la *separación* judicial o de hecho no es obstáculo a la demanda de prodigalidad:

1^o. Porque no supone la disolución del matrimonio, ni la desaparición de la cualidad de cónyuge.

2^o. Porque no se requiere el hecho de la convivencia como elemento necesi-

rio para demandarla. Lo que, en cambio, sí será necesario a la hora de determinar quien sea el curador del pródigo (Cfr. Art. 291,1 que remite al Art. 234,1º).

3º. Porque, en ambos casos, puede continuar vigente la cualidad de alimentista del cónyuge separado (Cfr. Arts. 68, 90 y 143).

No debe de olvidarse que el cónyuge, también, es un percceptor de alimentos (Arts. 68, 90 y 143).

En este punto puede surgir, a pesar de lo dicho, una duda ¿está legitimado el cónyuge que no tenga derecho a percibir alimentos de su consorte para demandarle por prodigalidad?

Como líneas más arriba dije pienso que, respecto de él basta con probar la subsistencia del matrimonio, en concreto la permanencia de la cualidad de cónyuge, sin necesidad de ningún requisito más.

La modificación introducida por la ley creo que opera a nivel del segundo grupo de parientes legitimados y no del cónyuge. A aquellos, ahora, se les designa por su relación al derecho de alimentos en lugar de acudir a la condición de ser "herederos forzosos" (Art. 222 derogado) del presunto pródigo. Al cónyuge se le considera separadamente de éstos, portador por sí sólo de un interés digno de protección. De la misma forma que, en la anterior regulación, se hablaba de cónyuge y herederos forzosos.

Además, la propia fórmula gramatical abunda en tal interpretación: a éste se le separa con una *coma* del otro grupo de parientes para los que se exige su condición de alimentistas. Si esta cualidad quería habersele requerido al cónyuge, habría que haberlos separado a todos, gramaticalmente, con una coma y no con una "o".

Es decir, sería requisito su condición de alimentista cuando la expresión hubiera sido la siguiente "... cónyuge, descendientes, ascendientes, que perciban alimentos... o se encuentren en situación de reclamárselos".

2) Descendientes o ascendientes "que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos".

Sin duda alguna hoy estos descendientes y ascendientes son tanto los matrimoniales como los extramatrimoniales (siempre que esté legalmente determinada la filiación) (Art. 108), y los adoptivos (Art. 176 "renacido" en la nueva regulación).

No basta, sin embargo, con la cualidad de ascendiente o descendiente del pródigo, y se requiere, además, su condición genérica de ser alimentista de éste.

La nueva ley sustituye la expresión "herederos forzosos" (Cfr. Art. 222 de-

rogado) por la del derecho de alimentos. La fórmula, con esto, ha ganado y ha perfilado, quizá más precisamente, la finalidad de la declaración de prodigalidad. No obstante, no se encuentra ajena de dificultades interpretativas.

Se distingue, en la norma, dos situaciones perfectamente diferenciadas: la percepción de alimentos, de —por así decirlo— la posibilidad de percibirlos. Distingamos ambos supuestos.

De entrada cabe decir que la descripción de dichas situaciones comporta la exclusión de la legitimación de aquellos descendientes o ascendientes que, en relación a una persona en concreto, puedan ser sus posibles o probables alimentistas. La remisión no es al deber genérico de alimentos (Arts. 143 y ss.) como lo demuestra la especificación que se hace. Es preciso —y a eso se dirige la doble concreción— ser alimentista del presunto pródigo, lo que no se produce cuando ni se perciben alimentos de éste, ni se está en situación de reclamárselos.

Sería, además, de otra parte absurdo pues le hubiera bastado, al legislador, con hacer mención del grado de parentesco para determinar la legitimación, sin necesidad de hacer mención de la obligación de alimentos. Téngase presente que —como se acaba de decir— ascendientes y descendientes son siempre hipotéticos alimentistas (Art. 143).

Del mismo modo, la norma concreta —en relación al derecho de alimentos— un extremo más: solamente los descendientes o ascendientes están legitimados, de modo que se excluyen todos aquellos parientes que, aún siendo alimentistas, no gocen de dicha condición. En especial a los hermanos (Cfr. Art. 143, párrafo final) que ni siquiera cuando ya perciban alimentos, pueden instar la declaración de prodigalidad.

Se ha querido mantener, en este extremo, la prodigalidad en el mismo círculo o ámbito para el que, originariamente, fuera prevista: la familia más inmediata del presunto pródigo.

Carece, así pues, de trascendencia, por lo que al ámbito de la declaración se refiere, el cambio de la terminología legal, pues —como es conocido— tampoco a los hermanos se les concedía tal facultad a no ostentar la cualidad de ser “herederos forzosos” (Art. 807).

La primera especificación que se efectúa es la de “*que perciban alimentos del presunto pródigo*” (Art. 294,1 prop.).

Bien, la norma se refiere a una prestación, ya establecida, de alimentos entre el descendiente o ascendiente y el presunto pródigo.

Ahora bien ¿basta con probar la percepción de alimentos, para demandar la prodigalidad? o ¿es preciso probar bien la relación jurídica que le obliga a tal prestación, bien la resolución judicial que imponga la obligación de alimentos?

Pienso que la contestación al interrogante formulado debe de ser negativa y que, para poder demandar la prodigalidad basta con probar el grado de parentesco exigido (ser descendiente o ascendiente) y la *efectiva* percepción de alimentos, sin ningún condicionamiento más.

Esto que es claro, o será claro en algunos supuestos así cuando se trate de descendientes que sean hijos menores de edad del pródigo (Arts. 154,1º y 111,4), en los que será suficiente demostrar la relación que le une al pródigo; creo que debe de considerarse genéricamente.

La finalidad de la norma no autoriza a exigir al descendiente o ascendiente el que pruebe la existencia de la resolución judicial en la que se fije la obligación de alimentos del presunto pródigo.

La base de la legitimación más bien parece que se halla —conforme al propio sentido y configuración que debe de otorgársele hoy a la declaración de prodigalidad— más a un dato real: la efectiva percepción, que en un dato jurídico —la declaración oficial—. En definitiva a que corra a cargo del presunto pródigo la subsistencia del ascendiente o descendiente legitimado.

De ahí que incluso, pienso, está legitimado no solo el que ya perciba alimentos como consecuencia de su relación con el pródigo (hijo menor de edad) o de una resolución judicial (Cfr. Art. 148); sino también aquel al que, encontrándose en las condiciones que determina la ley (Arts. 142 y ss.) venga prestando, normalmente, alimentos, el supuesto pródigo, sin que exista declaración judicial alguna en dicho sentido. Es decir cuando el pródigo los haya venido satisfaciendo voluntariamente.

Cuestión distinta a ésta será la relativa a la prueba de la percepción, en la que evidentemente, jugará un papel importante la existencia o no de esa declaración oficial. Aunque no debe de olvidarse que cabrá acudir a todos los medios de prueba (Arts. 1214 y ss.) admitidos en Derecho para justificar tal extremo.

De todas formas, si bien se mira, la discusión aquí planteada puede parecer ociosa en cuanto que la segunda de las especificaciones contenidas en la norma hace referencia a un hecho más general: *encontrarse "en situación de reclamárselos"* (Art. 294,1 prop.), y además en relación de alternativa ("*o*") con aquella. De modo que, cuando no sea posible probar la efectiva percepción, bastará con demostrar hallarse en la circunstancia de poder reclamar alimentos del presunto pródigo.

Pero ¿qué debe de entenderse por estar en dicha situación?

La interpretación adecuada de la norma, obliga a efectuar una remisión al tema de la obligación legal de alimentos.

Y de esta remisión se sigue que se encuentra en situación de reclamar ali-

mentos aquel que, siendo un hipotético alimentista del presunto pródigo (“que tenga derecho a percibirlos”), los necesitase, en el momento en el que se solicita la declaración (o en otro anterior) de prodigalidad “para subsistir” (Cfr. Art. 148,1). Es decir aquel en quien concurren los requisitos legales que hacen exigible la obligación de alimentos.

Requisitos legales que, en el caso genérico de dicha obligación entre parientes (Arts. 142 y ss.) hacen coincidir lo que aquí se estudia con lo que el Art. 148,1 determina como momento de exigibilidad de la misma; y en otros (supuesto del hijo menor de edad) con la propia existencia de la relación de parentesco entre el legitimado y el presunto pródigo.

En definitiva se observa, una vez más, como el criterio que viene a determinar la legitimación (y la propia justificación del mantenimiento de la prodigalidad) se hace radicar en la *subsistencia* del legitimado.

Consecuencia de lo que se acaba de decir es —y esto ya se dijo anteriormente— la de que no basta con ser hipotético alimentista del pródigo: aunque no se contenga una referencia expresa al *momento* en que el legitimado se encuentra en situación de reclamar alimentos, hay que entender que, como mínimo, debe remontarse al mismo en el que se solicita la declaración de prodigalidad.

En orden a la prueba de tal situación, aquí se exigirá, según el caso, bien la de ser hijo menor de edad (Arts. 154,1^o y 111,4) y tener legalmente determinada la filiación; bien la de necesitarlos para su subsistencia (Art. 148,1) y tener, el obligado, patrimonio suficiente para cubrirla (Arts. 146, 148 y 152).

Tanto en uno como en otro supuesto, lógicamente, cesará la legitimación no solo cuando no se perciban alimentos ni se esté en situación de reclamarlos —en cuyo caso lo que ocurre es que falta el presupuesto que la norma exige— sino también cuando se dé alguna de las causas que hacen perder la condición de alimentista (empleando, ahora, esta expresión en sentido genérico para comprender ambos supuestos) al descendiente o ascendiente. Es decir aquellas a las que hace mención el Art. 152, solamente con excepción de la que se contiene en el número 2 del mismo.

En efecto, la cesación de la “obligación de alimentos”, “cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia” —Art. 152,2^o—, es inaplicable aquí, porque el propio concepto de prodigalidad es, precisamente, el que actúa como causa de reducción del patrimonio del obligado.

El ascendiente o descendiente demanda la prodigalidad, justamente con la finalidad —como quedó dicho— de evitar dicha reducción, o —si ya ha tenido lugar— para que una administración y control adecuados de la actuación del pródigo, posibiliten su prestación.

De otro lado sería ilógico —aplicado a la legitimación para demandar la prodigalidad— que una causa que atañe al obligado (aquí el presunto pródigo) efectuase al legitimado. Sólo las que se refieren a su actuación en la pérdida de tal condición pueden influir en la de, a su vez, estar legitimado para demandar la prodigalidad de una persona.

Una cuestión que, genéricamente, plantea este primer grupo de legitimados —*cónyuge, ascendiente o descendientes*— es la de precisar si existe o no algún orden o gradación a la hora de solicitar la prodigalidad, como en cambio se establece para la declaración de incapacitación. (Art. 202).

La anterior normativa (Cfr. Art. 222 derogado), tampoco decía nada de forma expresa y la doctrina, en este punto, no llegó ni siquiera a plantearse una posible gradación o jerarquía.

Creo que, en este punto, el criterio que mantiene el actual legislador es exactamente el mismo.

Cónyuge, descendientes y ascendientes, cuando en los mismos concurren las condiciones que se han examinado, pueden ejercitar la acción directamente sin ningún tipo de jerarquía. A los descendientes o ascendientes no se les veta cuando, existiendo cónyuge, éste no lo haya solicitado, ni al ascendiente se le impone en el caso de que previamente no existan descendientes o éstos no la hayan actuado.

Es, una vez más, la protección a la familia la que se deja ver en la declaración de prodigalidad.

La novedad más importante de la ley radica —como se ha dicho y se acaba de ver— en la sustitución de la expresión “cónyuge y herederos forzosos del pródigo” por la de “cónyuge, los descendientes o ascendientes” alimentistas (empleando esta expresión en sentido amplio pero referida a las concreciones que aquí se han hecho) del mismo.

He dicho que ello implicaba una variación, de lo que no cabe lugar a dudas, por lo menos inicialmente; bien, pero ¿es variación solo de denominación o tiene más trascendencia?

Que no sea solo de denominación se deja ver, ya, en que influye —como se lleva dicho— en la propia configuración de la prodigalidad: al menos —bajo mi punto de vista— la perfila más o la hace más actual. Parece más elegante referir o justificar la prodigalidad como límite a la capacidad de obrar en base al derecho de alimentos que a la expectativa de una herencia futura.

Pero si solo fuera eso la novedad solo sería, no nos engañemos, de presentación; y no creo que el alcance de la reforma, en este punto, haya sido solo de presentación o nominal (12).

El cambio de herederos forzosos por alimentistas tiene mayor alcance, hasta el punto que puede decirse que, descendiendo a la situación concreta, en unos casos supondrá —respecto de la normativa anterior— una ampliación de las personas legitimadas y, en otros, una restricción.

Efectivamente, puede muy bien existir descendientes o ascendientes que, siendo herederos forzosos (Art. 807) del presunto pródigo, no puedan solicitar la declaración de prodigalidad por no encontrarse en ninguna de las situaciones a las que se refiere el *Art. 294* (ser perceptor de alimentos o poderlos exigir) o por haber perdido tal condición (Art. 152) (13); y —a la inversa— pueden hoy existir herederos forzosos que, por su condición de alimentistas, puedan demandar la prodigalidad que, en el anterior sistema, se les vetaba. Piénsese sino en los ascendientes que no son herederos forzosos cuando hay descendientes (Art. 807,2^o) y si pueden ser alimentistas.

Una vez más se pone de relieve como la prodigalidad se ha intentado adaptar a una situación real, y ante todo, actual: la de la subsistencia de la familia del presunto pródigo.

3) Los representantes legales de cualquiera de ellos: la fórmula —respecto de la normativa anterior— ha variado sustancialmente, pues en aquella (Art. 222 derogado), en representación del cónyuge y los herederos forzosos, cuando éstos fueran menores o estuvieren incapacitados, actuaba el Ministerio Fiscal.

Ahora, y aquí sí que cabe hablar de preferencias, el Ministerio Público sólo actúa en defecto de los representantes legales.

La referencia a “representantes legales” debe de entenderse en el sentido estricto de la expresión; y comprende a los que lo sean no sólo de los ascendientes o descendientes sino, también, del cónyuge. No de otra manera debe de interpretarse “cualquiera de ellos”.

Representantes legales lo són, por sí, el titular de la patria potestad en quien no concorra la prodigalidad, respecto del descendiente menor de edad (se encuentre o no incapacitado), y del mayor de edad incapacitado (Arts. 162 y 171); el tutor en relación a los declarados incapaces (Art. 267) y los menores que tenga bajo su guarda (Art. 267) y —en su caso y cuando corresponda— el curador del declarado incapaz (Art. 287) (14).

(12) A pesar —como quedó apuntado en el primer apartado— de que se desconozca la intención de legislador respecto de la prodigalidad. Pues no suscitó discusiones ni en el Senado ni en el Congreso; a diferencia de lo que sucediera en el siglo pasado en el momento de justificar su configuración como causa de incapacitación. Vid. nota 4.

(13) Aunque en un caso, coincidirá la pérdida de la cualidad de heredero forzoso y la de alimentista: cuando haya concurrido en el legitimado causa justa de desheredación o de indignidad. (Cfr. Art. 152,4^o).

(14) Respecto del *defensor judicial* que, efectivamente, es un representante legal del menor (Art. 163) y del incapacitado (Art. 299), vide lo que se dice más adelante.

La alusión a los representantes legales hace suponer —a pesar de lo que se dijera más arriba— que estos sólo actúan cuando “cualquiera de aquellos” sea menor de edad o esté declarado incapaz, al igual que sucediera en la normativa anterior.

4) El Ministerio Fiscal: en último término, el Art. 294,2 prop, señala que “si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”.

Esta legitimación es, claramente *subsidiaria* y, a la vez, *debida* u *obligada* en determinados supuestos.

Es *subsidiaria* en cuanto que actúa cuando no la solicitan los representantes legales del cónyuge, descendientes o ascendientes; que —recuérdese— instan la declaración de prodigalidad por encontrarse éstos en situación de minoría de edad o de incapacitación.

Y es *obligada* pues, de la manera en que se produce la dicción legal —“lo hará”— parece imponerse al Ministerio Público el deber de promover la declaración si aquellos no lo hicieran.

Se ha variado, en este punto, sustancialmente el sistema derogado pues en este (Cfr. Art. 222) sólo “por excepción” podía actuar el Ministerio Fiscal bien de oficio, bien a instancia de parte “cuando sean menores o incapacitados”. Si bien es cierto que, con otras palabras, el resultado viene, en el fondo, a ser exactamente el mismo; no pienso que lo sea en cuanto a la obligación o deber que se le impone al Ministerio Fiscal.

No es que *pueda* demandar la declaración de prodigalidad cuando aquellos —los representantes legales— no lo hicieren, sino que *está obligado* a hacerlo en todo caso.

A la no petición del representante legal deberán equipararse —aunque no se diga— aquellos casos en los que concurra en éste la doble condición de “presunto pródigo” y “representante legal” del cónyuge, descendientes o ascendientes.

Realmente, también cabe incluir al defensor judicial bajo la expresión genérica que se contiene en este Art. 294, pero, nótese, que su presencia denota una situación que, a primera vista, no parece prevista en dicho precepto.

En efecto, teniendo en cuenta que el defensor judicial se nombra *ad hoc* para un asunto determinado, es decir no es una persona que ejerza normalmente de representante legal (Cfr. Arts. 163, 299 y 302), su presencia —en el supuesto que estamos planteando— se dará cuando coincidan en una misma persona las condiciones de ser “presunto pródigo” y “representante legal” del legitimado para demandar la prodigalidad (porque significa un evidente “conflicto de intereses” entre los menores o incapacitados y sus representantes legales). Lo que supone —como se verá— que tendrá que nombrarse especialmente para solicitar la declaración de prodigalidad. Vid., con todo, más adelante lo que se dice.

Doble condición que se dará, respecto de los descendientes (incapacitados o menores) cuando el presunto pródigo sea a su vez el titular de la patria potestad normal o prórroga y el otro no exista (pues entonces le correspondería a éste la representación legal. Cfr. Arts. 163,2 y 299,1^o), o cuando el presunto pródigo sea tutor del cónyuge, descendiente o ascendiente (Cfr. Art. 234).

Quizá la única duda que pueda plantearse aquí radique en determinar si cabe, efectivamente, equiparar el “no pedirla” al “no poderla solicitar”, a efectos de hacer entrar en juego la legitimación obligada del Ministerio Público. Sobre todo teniendo en cuenta que la coincidencia personal entre el presunto pródigo y el representante legal del legitimado, manifiesta la presencia de una contradicción de intereses que más bien parece que debiera de resolverse acudiendo al nombramiento de un defensor judicial (Cfr. Arts. 163 y 299).

¿Debe de solicitarse el nombramiento de un defensor judicial para que represente a aquel legitimado en la demanda de prodigalidad —como se ha apuntado— se obvia esta fase acudiendo directamente a la legitimación obligada del Ministerio Fiscal?

El trámite obligado parece que debiera ser, en efecto, el de solicitar el nombramiento de un defensor judicial para que “represente y ampare los intereses” de estos legitimados; es decir demande la prodigalidad.

No debe de perderse de vista que el defensor judicial es —dada la configuración especial de este instituto en la nueva ley— uno de los “representantes legales” a los que se hace alusión en el Art. 294. Claramente el Art. 163 habla de que “representa en juicio y fuera de él” y el Art. 299 *prinp* de que el defensor judicial “representa y ampara los intereses”.

De todas formas, aunque ello sea el paso lógico y adecuado, lo cierto es que en la práctica, la inexistencia de dicho defensor judicial pienso que obligará al Ministerio Público a actuar la demanda de prodigalidad.

En todos los casos en los que actúa el Ministerio Fiscal, ello deberá de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera imputarse a tales representantes legales por no haber demandado la prodigalidad. En efecto, dentro de la obligación de “velar” (Arts. 154,1^o y 269 *prinp*) por el menor o incapacitado se encontraría la de ejercitar esta acción.

Sólo las personas mencionadas en este Art. 294 están legitimadas para promover la declaración de prodigalidad. De modo tal que bien puede decirse —en consonancia con la propia figura, su sentido y finalidad— que estamos en presencia de una *acción privada*. El fundamento es —como se sabe— el de ser el interés protegido, no el del pródigo o el de la sociedad, sino el de la familia más allegada a éste.

4. EFICACIA DE LA DECLARACION DE PRODICALIDAD

La resolución judicial que declara la prodigalidad comporta hoy —como repetidamente se ha venido diciendo— un *límite a la capacidad de obrar de la persona*.

No se dice esto, directamente, en el nuevo texto legal, pero se sigue de la regulación que se efectúa de la misma, y en especial de:

1º) La derogación del párrafo 2 del Art. 32 en donde la prodigalidad aparecía enumerada como una de las causas de “restricción de la personalidad jurídica”.

2º) Su tratamiento separado de la declaración de incapacitación, y

3º) De la previsión del nombramiento de un curador al pródigo (Art. 286).

La vigente ley, con todo, se manifiesta muy parca a la hora de fijar los efectos de la prodigalidad, lo que contrasta con la particularidad que le dedicaban los anteriores preceptos (Arts. 221,2; 224, 225 y 226 derogados). Ello es consecuencia, una vez más, de la nueva configuración jurídica de esta figura, de ser límite a la capacidad de obrar.

Sólo el *Art. 298* se dedica a determinar dichos efectos: “La sentencia determinará —señala— los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador”.

Esto permite afirmar, en un primer término, dos cosas:

1º) Que la limitación de capacidad es *variable o graduable* en atención a cada caso concreto. Lo que en el fondo —como dijera algún autor respecto del derogado Art. 221,2 (15)— supondrá que el Juez fijará el ámbito de actuación del pródigo conforme a lo que se haya solicitado en la demanda.

Recuérdese —en este punto— el propio concepto de prodigalidad como conducta; lo que la hace perfectamente diferenciable de las causas de incapacitación (Art. 200) que originan una incapacitación, también graduada, pero —y he aquí la nota distintiva— en atención al “grado de discernimiento” del incapacitado.

2º) Que el otro de los efectos que lleva aparejada la declaración de prodigalidad es el nombramiento de un curador. Curador que, además, es especial (Cfr. Arts. 286 y 288) y distinto del que se asigna al menor de edad (Cfr. Art. 286,1º y 2º) y al declarado incapaz (Art. 287) en cuanto al contenido de su función.

(15) Como afirmara De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 346, respecto de la regulación anterior.

La desaparición de la tutela del pródigo y sus sustitución por la revivida figura del curador, consecuentemente, provoca que hoy, a la hora de estudiar los efectos de esta declaración, no pueda plantearse —como se hacía respecto del régimen hasta ahora vigente— el alcance de la misma respecto de lo que se vinieran a denominar: esfera personal pura —esfera patrimonial y esfera familiar del declarado pródigo (16). A las que, además, se hacía referencia expresa en la regulación legal (en especial Art. 221,2; 224 y 225).

Y no se plantea porque la potestad del curador del pródigo se delinea como complemento de capacidad “realizar sin el consentimiento” dice el Art. 298; de “intervención del curador” habla el Art. 288—, y no como poder absoluto y absorbente (como lo es la tutela) que, inicialmente, puede afectar a la “persona y bienes” del declarado pródigo.

Era necesario, en cambio, en el anterior sistema, fijar la esfera de actuación del tutor porque, potencialmente esta potestad comprende, siempre el cuidado de la persona y bienes del incapacitado (Cfr. Art. 199 derogado). De ahí la diferenciación de esferas; y que el derogado Art. 224 tuviera que señalar que dicha tutela abarcaba sólo el ámbito patrimonial del pródigo sin que pudiera ampliarse a su esfera personal y familiar pura (17).

Dos son, así pues, los efectos de la declaración: el nombramiento de un curador (sistema de guarda al que ha de quedar sometido) y la limitación de capacidad, los dos sometidos y fijados —creo que de forma necesaria— en la sentencia que la declare (*Art. 298*). Veamos separadamente ambos efectos:

1º) Nombramiento del curador

En cuanto al nombramiento de curador, su presencia se sigue de la declaración general del *Art. 286,3º* y de la alusión que se hace, del mismo, en el *Art. 298*.

Este curador es —pienso— distinto del curador del menor de edad y del incapacitado. A lo más que se asemeja es al curador del menor de edad.

Con todo, su función —como repetidamente se ha dicho aquí— es de claro complemento de capacidad.

Si ahora ya no es necesario un precepto como el *Art. 224* derogado en el que se diga que la prodigalidad no afecta a la esfera personal, bien puede decirse que su espíritu continua vigente, precisamente, a través de la institución del curador.

(16) Vid. a título de ejemplo la diversificación que, en este punto ofrecían De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 344 a 347; Albaladejo, op. cit., *Derecho Civil...* I,1, pág. 281.

(17) No se olvide, sin embargo, que el *Art. 224* fue objeto de dos redacciones —aunque en el punto que nos interesa sustancialmente coincidentes— a raíz de la reforma que introdujo la Ley de 2 de Mayo de 1975. Vid. nota 4 de este trabajo.

En efecto, no creo —como en cambio afirmo respecto del curador del incapacitado— que en la sentencia en la que se haya declarado la prodigalidad pueda configurarse un curador cuyo ámbito de actuación abarque la esfera personal del pródigo. Es decir que, en algunos supuestos, pueda actuar en sustitución del mismo. Por muy fuertes que puedan ser las limitaciones que imponga la sentencia, no creo que ello autorice a mermar una esfera que, en el anterior sistema, permanecía ajena a la declaración de prodigalidad. Sobre todo si se tiene en cuenta que su nueva configuración obedece a dejar en claro que no se trata de una incapacitación.

Cuestión distinta a ésta —como se tendrá ocasión de comprobar— es la referente al hecho de que la situación de prodigalidad declarada puede afectar a esa esfera personal o familiar mencionada. Pues aunque eso pueda producirse, lo que queda claro es que, en relación a la misma no podrá actuar o intervenir el curador como representante del pródigo.

El curador no es nunca un representante legal del pródigo.

También ha de afirmarse, y pienso de manera categórica, que la actuación del curador se contrae a aquellos “actos” que haya determinado la sentencia y no a otros (Cfr. Art. 298).

Con esto quiere decirse que, a diferencia de lo que sucede en la incapacitación, parece siempre obligado que la sentencia que declare la prodigalidad establezca concretamente el ámbito de capacidad del pródigo; no pudiendo producirse una declaración genérica de prodigalidad (Cfr. Art. 290).

No creo, dada además la expresión literal, que pueda aplicarse aquí, analógicamente, el contenido del Art. 290 pues parece solo pensado para la incapacitación. Nótese que habla de “Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador...”, y que no es lo mismo declarar incapacidad que prodigalidad.

En cambio, en cuanto la designación concreta de *quien ha de ser el curador del pródigo*, sí que cabe la aplicación de lo que dispone el Art. 291 para toda curatela, que remite a las normas de la tutela.

Conforme a las mismas (Arts. 234 y 235), podrán ser curadores del pródigo:

1º. El cónyuge que conviva con él.

2º. Sus padres.

3º. La persona o personas designadas por aquellos en sus disposiciones de última voluntad.

4º. El descendiente, ascendiente o hermano que nombre el Juez.

5º. Aquel que determine el Juez por sus relaciones con el pródigo, bien porque prescinda de los anteriores en beneficio de éste, bien porque aquellos no existan.

El curador del pródigo se distingue del curador del menor emancipado o habilitado no en cuanto a su función —sólo completa capacidad— sino en cuanto al ámbito de actuación. Mientras de antemano se sabe cual es la extensión de capacidad del menor emancipado y es la ley la que fija cuando es precisa dicha asistencia (Arts. 323; 324; 1329 y 1338 entre otros); la actuación del curador del pródigo viene, siempre, fijada en la sentencia. Lo que puede suponer —según el caso— una mayor limitación de capacidad para el pródigo que para el menor emancipado.

En relación al curador del incapacitado ya se han ido apuntando, básicamente, las diferencias: la primera de ellas está en el origen de la curatela —una delcaración de incapacitación—; la segunda en que su contenido puede incluso extenderse a la esfera personal (lo que no sucede nunca con el pródigo).

De ahí que se haya hablado de *curatela especial*, que —a lo más— insisto que se parece es a la del menor de edad emancipado o habilitado.

2º) La limitación de capacidad

Se acaba de decir que, en todo caso y de manera invariable, “la sentencia determinará los actos que el pródigo no pueda realizar sin el consentimiento del curador” —*Art. 298*—.

La limitación de capacidad, por lo tanto:

a) Depende de lo que se fije en la sentencia que constituya la prodigalidad.

b) No es uniforme, en tanto que se gradua —aunque no lo diga de forma expresa la ley— en atención a cada caso concreto. No otra cosa significa la referencia a “actos”.

Un poco por arrastre de lo que ha venido rigiendo hasta ahora, conviene aquí utilizar la distinción de esferas que se hacía en la anterior regulación, para constatar la diferente configuración que se ofrece de la prodigalidad.

A) En la *esfera estrictamente personal* —y no se trata más que de reiterar algo que ya se ha dicho— la declaración de prodigalidad no produce más eficacia que la normal y propia de la misma (finalidad a la que se dirige) de provocar un cambio en el *estado civil* de la persona. No se presumirá —como es la regla— su capacidad de obrar, sino que se partirá de la limitación.

Este cambio de estado civil comporta —lógicamente— que (tratense o no

de actos que afecten a la esfera personal o patrimonial), al pródigo le estarán vetados aquellos para los que es preciso estar en el “pleno ejercicio de los derechos civiles” (así para adoptar Art. 172,3 o para poder ser tutor o curador Arts. 241 y 291).

Fuera de este efecto, la declaración no se extiende a la esfera personal del pródigo. No queda éste sometido a la autoridad del curador, al que sólo debe recurrir para que preste eficacia a la actuación patrimonial que no puede realizar por sí mismo.

Ni le están vedados ni impedidos, aquellos actos de claro matiz personal: podrá modificar su vecindad civil, cambiar de domicilio, contraer matrimonio o reconocer a un hijo... etc. sin necesidad de la asistencia del curador; y en general podrá actuar todo aquello que haga referencia a los derechos de la personalidad (Cfr. Art. 162,1º análogo). Recuérdese, además, que el curador en ningún caso es un *representante legal* (strictu sensu) del pródigo, sino una persona que complementa la capacidad de obrar de otra.

B) En la *esfera puramente familiar*, inicialmente, ha de partirse de la base de que la declaración de prodigalidad la deja intocada, al igual que sucediera en la regulación anterior (Art. 244 derogado).

Sólo reflejamente parece que tal declaración, unida a otras circunstancias, provocará modificaciones en este ámbito; nunca por sí sola.

En la relación *matrimonial*, por ejemplo, cuando la prodigalidad suponga una “violación grave o reiterada de los deberes conyugales” —en este caso parece que afectará al de mútuo socorro que recoge el Art. 68—, podrá actuar como causa —para el otro cónyuge— para demandar bien la separación (Art. 82,1º) bien el divorcio (Art. 86).

En la relación *paterno-filial*, siempre que de la misma se deduzca el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (aquí sería, desde luego, el de alimentos entre otros Art. 154), podrá suponer base suficiente para que se *prive* al pródigo, total o parcialmente, de la *potestad* sobre sus hijos (Art. 170).

Téngase presente que el nuevo Art. 170 (procedente de la reforma de la ley de 13/V/1981) habla de privación de la patria potestad “... por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. Lo que significa que, fuera del caso en el que la privación sea consecuencia de una causa criminal o matrimonial (separación, nulidad o divorcio); la otra posibilidad de privación debe de dictarse en un procedimiento especialmente dirigido a tal finalidad (18), que no es, desde luego, el de prodi-

(18) Que se trata de un procedimiento ad hoc, lo ponen de relieve, también Díez-Picazo, Luis. Gullón Ballesteros, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Madrid 1983, pág. 372. Lacruz Berdejo, Jose Luis. Sancho Rebullida, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. Barcelona

gualdad. Aunque ésta pueda actuar como importante prueba de ese incumplimiento grave que actúa como causa.

Dicho con otras palabras, que no es contenido propio de la declaración de prodigalidad, la privación bien total, bien parcial, de la patria potestad de la que fuera titular el pródigo. Pues para dicha privación debe de seguirse un procedimiento diverso.

No se excluye, en cambio, el efecto reflejo o indirecto de la declaración de prodigalidad en este punto.

Parecidamente sucede respecto del cargo de *tutor* o *curador* que pudiera ostentar el declarado pródigo.

Una vez determinada la prodigalidad, habrá incurrido en causa de *remoción* de la tutela o curatela, por habersele limitado su capacidad (no se encontrará "en el pleno ejercicio de sus derechos civiles" Art. 241); pero la remoción no se acordará en la misma sentencia que declare la prodigalidad sino en un procedimiento distinto (acto de jurisdicción voluntaria. Cfr. Disposición Adicional de la ley).

Tampoco, así pues, es contenido propio de la prodigalidad la remoción del cargo de tutor o curador, aunque —desde luego— aquella actúe como causa de ésta.

Naturalmente cuando a consecuencia de la prodigalidad, con posterioridad se haya privado de la patria potestad al pródigo, ésta será ejercitada por el otro titular si existe (Art. 156), y cuando éste no exista o se halle, también, privado de la misma, se procederá al nombramiento de un tutor para los hijos menores (Arts. 222, 1^o y 277, 1^o) o incapacitados; o de un curador para el menor emancipado, o mayor incapacitado que esté sometido a este tipo de guarda.

Y, también, en su caso, se procederá al nombramiento de un nuevo tutor o curador cuando el pródigo haya sido removido de su cargo de tutor o curador (Art. 250), respecto de las personas que custodiaba.

C) La *esfera patrimonial*, en su doble ámbito personal o *propia* (bienes privativos) y *familiar*, es la que resulta directamente afectada por la declaración de prodigalidad.

Se trata —lo que se deriva del mismo concepto de prodigalidad— de recortar (más o menos según las circunstancias de cada caso concreto) el poder de disposición del pródigo, y de controlar la administración de sus bienes y la de aquellos que, no siendo suyos, pudiera corresponderle.

1982, pág. 759. Montes, Vicente L., Marín, M^a Teresa. "Comentario al Art. 170 del Código Civil" en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*. Madrid 1984. Tomo II, pág. 1136.

Pero, a estos efectos, conviene diferenciar la esfera patrimonial propia de la patrimonial-familiar (bienes del régimen económico-matrimonial, bienes de los hijos sometidos a su potestad).

En la patrimonial particular —*bienes privativos*—, puesto que no se somete al pródigo a un tutor (lo que sí sucedía en la anterior normativa) no puede decirse hoy que la administración de su patrimonio quede, siempre, en manos del curador.

La sujeción necesaria a lo que fije la resolución judicial, dá lugar a una situación compleja que —de caso a caso— puede ofrecer los más variados matices: desde simplemente requerir el consentimiento del curador (complemento de capacidad) para los actos de disposición y enajenación de sus bienes presentes y futuros (o sólo de determinados bienes), o sólo cuando sean a título gratuito y no oneroso; o sólo para los actos de administración; hasta imponer ambas cosas (administración y disposición controladas).

Todo, en último término, dependerá de cada caso concreto, y —como se dijera más arriba— del propio *petitum* de la demanda de prodigalidad.

No podrá la sentencia, sin embargo, prohibir o limitar —pienso— aquellos actos de carácter personalísimo que tengan contenido patrimonial; pues en relación a los mismos —como quedó dicho— no cabe el complemento de capacidad del curador.

En especial me estoy refiriendo a la posibilidad de hacer testamento que por su carácter personal (Cfr. Art. 670) no puede sustraérsele al pródigo. Además, en el fondo, carece de trascendencia tal prohibición pues aquel no produce eficacia sino en el momento de la muerte del pródigo; y en el caso de que, en el mismo se hubieren vulnerado o perjudicado los intereses de la familia (las legítimas) existen ya una serie de medios propios para subsanar tal perjuicio.

Por lo que hace referencia a la esfera *patrimonial-familiar* también, una vez más, la sentencia será la que fije si se le sustrae o no la administración de los bienes de los hijos o los de la sociedad conyugal. Y aquí puede hacerlo directamente pues no se trata de privar de la patria potestad, necesariamente, al pródigo, sino del contenido económico de ésta.

También aquí sería conveniente distinguir entre los bienes de los hijos menores o incapacitados y los de la sociedad conyugal cuando el régimen de bienes sea el de gananciales o de comunidad (pues, en los demás casos todos los bienes son privativos durante el tiempo de vigencia del matrimonio). Teniendo en cuenta que, en este punto, la propia regulación de la patria potestad y del régimen de bienes, nos ofrece los criterios que pueden seguirse en sede de prodigalidad (donde la sentencia —como se dijo— es la “ley” de la situación).

Lo normal será que la sentencia de prodigalidad prive, al pródigo, del *con-*

tenido patrimonial de la patria potestad: de la administración —que le corresponda— de los bienes de los hijos menores e incapacitados (Art. 164) y del poder de disposición que pueda ejercitar respecto de los mismos (Art. 166). Ello —como se ha dicho ya— sin necesidad de que a éste se le prive de la patria potestad; (lo que además, tendrá lugar en un procedimiento distinto).

Pues bien, si existe el otro titular de la patria potestad (19), y no está privado de ésta o de su ejercicio, a él corresponderá la administración en exclusiva (hasta la sentencia es conjunta. Cfr. Art. 154 CC) de los bienes de los hijos. En el caso de que no exista otro titular (el pródigo es viudo) o éste esté privado del ejercicio de la patria potestad, deberá de procederse a nombrar a un administrador especial (Cfr. Art. 167 in fine) de los bienes del menor o incapacitado; cuando no se le haya privado —naturalmente además de la patria potestad al pródigo.

Este mismo administrador especial de los bienes del menor o incapacitado deberá, también, nombrarse respecto de los hijos del declarado pródigo que no sean comunes de su actual cónyuge (por tratarse de un binuvo). No puede ahora procederse —como hiciera la anterior regulación (Cfr. Art. 225,1) (20) a extender la administración del curador del pródigo a la de los bienes de éstos, principalmente dado el carácter personalísimo —en este punto— que tiene la curatela del pródigo.

En cuanto a la *representación legal* (Art. 162) del pródigo respecto de sus hijos, cuando se le haya privado de la administración de sus bienes y no de la patria potestad (lo que será el supuesto normal) ha de concluirse lo siguiente:

1º. Por aplicación de las reglas de la patria potestad —Art. 162,3º— quedará excluido de la representación legal en los actos relativos a los bienes cuya administración no le corresponda.

Aunque el Art. 162,3º más bien parece referirse a aquellos bienes que se enumeran en el Art. 164, la generalidad en la que la norma se produce, autoriza a pensar que cabe extenderlo a cualquier otro supuesto diferente del comprendido en dicho precepto, mientras la administración no le corresponda.

2º. Como consecuencia de lo que disponga la sentencia que declare la prodigalidad en relación a los actos que no puede realizar por sí sólo; la necesidad de acudir a la asistencia del curador será precisa, también, cuando el acto representativo quede dentro del ámbito de aquella.

(19) Hablo de otro titular y no de cónyuge (el otro) que era la terminología clásica que adoptaba la ley (Art. 225 derogado) y la doctrina, dado que hoy es más acorde con las distintas situaciones que pueden producirse, teniendo en cuenta el divorcio (puede tratarse de un declarado pródigo que se haya vuelto a casar y que tuviera hijos del anterior matrimonio) y la equiparación entre la filiación matrimonial y no matrimonial (Art. 108).

(20) En éste, recuérdese, se señalaba: “El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio”.

Hay que pensar que si no lo puede hacer por sí y para sí sin curador, tampoco podrá hacerlo para el hijo.

El *régimen económico-matrimonial* también, evidentemente, resulta afectado por la declaración de prodigalidad. Pero sólo cuando el instaurado sea o el de comunidad o el de gananciales; pues en los demás casos al no existir una masa común de bienes no se produce el problema de determinar a quien pueda corresponder la administración de los mismos.

Aquí se va a tratar —pues es la única previsión legal que existe (lógicamente)— de la *sociedad de gananciales*.

Inicialmente cabe señalar que la declaración de prodigalidad puede ser causa suficiente para que el otro cónyuge solicite la *disolución de la sociedad de gananciales*.

Conclusión a la que se llega adaptando, a la normativa actual, el contenido del *Art. 1393, 1º* que deberá de ser modificado en esa futura reforma que se prevé (Dips. Final de la Ley).

En efecto, el *Art. 1393* (redactado conforme a la *Ley de 13/V/1981*) dispone que “... concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: 1º. Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia”.

“Para que el Juez acuerde —se añade— la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial”.

Presumiblemente la futura modificación de este precepto, deberá de incluir al declarado pródigo de manera especial. Hasta la ley que nos ocupa, además, era evidente que entre los “judicialmente incapacitados” estaba incluido el declarado pródigo (Cfr. *Arts. 32,2 y 199 y ss*).

Debe, por lo tanto, entenderse el artículo en el sentido en el que se ha dicho, debidamente adaptado a la nueva situación; y no reconducir la prodigalidad —hasta tanto no produzca dicha modificación— al segundo de los casos previstos en dicho *Art. 1393*: “Venir el otro cónyuge realizando por sí sólo actos positivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para la sociedad”.

Pues, evidentemente en este número segundo, aunque caben de manera sobrada los actos de prodigalidad, se está pensando en otra cosa distinta.

Además, desde el punto de vista práctico, favorece más la aplicación del número primero que de este segundo; pues mientras aquí deberá de probarse el daño o fraude, en aquel caso “bastará que el cónyuge que la pidiere presente

la correspondiente resolución judicial” (21).

A parte de esta posibilidad general, a la que podrá o no acudir el otro cónyuge; la cuestión estriba en determinar si, a causa de la declaración de prodigalidad, puede verse privado el pródigo de la administración y disposición de los bienes gananciales.

Dada la finalidad (y el concepto) de la prodigalidad, aunque hoy no se haya recogido, en su sede, el contenido del Art. 225,2 (22); hay que entender que la administración de los mismos corresponderá al otro cónyuge.

Ha de advertirse, además, que —en cuanto a los bienes gananciales— existe (desde la modificación de la Ley 13/V/1981) una serie de reglas especiales que podrán ser de aplicación —también debidamente adaptadas— al supuesto planteado.

En efecto, el Art. 1387 —de una parte— habla de que “La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte”.

Es evidente que esta norma, tal como está, no es de aplicación al pródigo ya que —como se dijo— el curador no es, en ningún caso, representante legal del mismo al limitarse, su función, a la de complementar una capacidad.

Además, que no está pensada para el pródigo se deduce del hecho de que para este caso concreto (aunque la solución era la misma) ya se preveía el régimen de la administración de tales bienes por el otro cónyuge, en una norma específica —Art. 225— que ha coexistido con esta hasta el momento de entrada en vigor de la nueva ley.

Derogado aquel —Art. 225—, habrá que esperar a una adaptación —si lo cree conveniente el legislador— de este precepto; pero —quizá— en el interin cupiera pensar que lo que se dice del cónyuge tutor o representante legal puede extenderse, hoy, al cónyuge curador.

Recuérdese que éste es, además, el preferente a nombrar como curador del pródigo cuando conviva con el mismo (Art. 234,1^o por remisión del Art. 291).

Cuando el otro cónyuge no sea el curador, habrá de estarse a lo que determine la sentencia de prodigalidad sobre este extremo, que fijará —según cada

(21) En parecido sentido en torno a cual deba ser esta prueba, Lacruz-Sancho, op. cit., *Elementos...* IV, pág. 479.

(22) En éste se decía que “El cónyuge del declarado pródigo administrará... 2^o. Los bienes gananciales. 3^o. Aquellos administrados por el pródigo que por capitulaciones matrimoniales o escritura pública estuvieran especialmente afectados al levantamiento de las cargas del matrimonio...”.

caso— bien la administración por el curador, bien la administración conjunta del curador y del declarado pródigo.

A menos que se piense, que el cónyuge no curador pueda solicitar que se le transfiera judicialmente (en otro procedimiento distinto) tal administración, sobre la base de lo que dispone el *Art. 1388*: “Los Tribunales podrán conferir la administración a uno sólo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento...”.

Lo que, técnicamente, es un tanto dudoso pues no puede decirse que el pródigo esté imposibilitado de prestar consentimiento, sino que no podrá hacerlo por sí sólo, y —la mayor parte de las veces— sólo estará impedido de administrar el mismo, lo que no está previsto en tal precepto (que, en cambio era el caso especialmente regulado en el *Art. 1441* derogado) (23) que habla sólo de “consentimiento” (24).

De lo que no cabe lugar a dudas, sin embargo, es de que la sentencia de prodigalidad puede, por sí misma, afectar a la administración de los bienes de la sociedad de gananciales”.

3º) Calificación de la actuación del pródigo y alcance de la prodigalidad.

Los actos realizados por el pródigo, por sí sólo y sin contar con la asistencia del curador, cuando esta sea necesaria, será *anulables*. Hoy —como ya se vio en sede de incapacidad— el Código Civil prevé expresamente esta calificación.

El *Art. 293* —aplicable sin discriminación a todo tipo de curatela por estar en la parte de las disposiciones generales— habla de que “Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los *Arts. 1301* y ss. de este Código”.

Lo que significa, respecto de la situación de prodigalidad, que podrán impugnar el negocio (aunque no se diga) además del curador y del propio pródigo (cuando haya sido rehabilitado), aquellas personas (cónyuge, ascendientes, descendientes) en beneficio de las cuales se estableció la prodigalidad.

No obstante, los actos que afecten a la administración y disposición de los bienes de los hijos y de la sociedad de gananciales, cuando se le hayan privado

(23) El último párrafo del *Art. 1441* derogado —tal como quedó redactado tras la Ley de 2/V/1975— hablaba de que “Los Tribunales conferirán también la administración a la mujer si el marido hubiera abandonado a la familia o si, *hallándose absolutamente impedido para la administración*, no hubiera proveído sobre ella”.

(24) En igual sentido sobre el hecho de que hoy no cabe tal transferencia de administración sobre la base de este precepto si sólo se está impedido para administrar pero no para consentir, Lacruz-Sancho, *op. cit.*, *Elementos...* IV, pág. 474.

al pródigo, serán absolutamente *nulos* por carecer, respecto de los mismos, del poder jurídico necesario para realizarlos (Cfr. Art. 1259).

La declaración de prodigalidad se insta, principalmente, con la finalidad de que se establezca un control —*para el futuro*— de la actividad económica del pródigo.

En este sentido cabe decir que la sentencia que la determine, afectará a la actuación del declarado pródigo desde el momento en que devenga firme.

No obstante, tradicionalmente nuestro sistema ha venido admitiendo una cierta extensión temporal de la prodigalidad al período comprendido entre la presentación de la demanda y la sentencia en que aquella se declara.

Período en el que la actuación del pródigo queda marcada por la sospecha de ser —valga la repetición— pródigo; pudiendo anularse los actos efectuados durante el mismo, si recae efectivamente sentencia de prodigalidad (25).

El Art. 297 actual —idéntico al Art. 226 derogado— determina expresamente que “Los actos del declarado pródigo *anteriores* a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa”. Si, así pues, los posteriores: desde la demanda hasta el momento en que la sentencia devenga firme (y naturalmente todos los posteriores a la propia sentencia).

No se trata aquí de que deba de probarse que tales actos —como se ha dicho— sean de prodigalidad, sino que se les somete, automáticamente, al régimen de ésta cuando la sentencia llega a declararla. En caso contrario, es decir cuando no se determina la prodigalidad, dejan de tener tal calificación deviniendo absolutamente firmes.

Respecto de los anteriores a la interposición de la demanda, no existirá más posibilidad de impugnación que aquella que se derive del propio acto en cuestión. Es decir, sólo podrán impugnarse, anularse o rescindirarse a tenor de las reglas generales de los negocios y las particulares que puedan existir en relación a algun bien en concreto (así, para la sociedad de gananciales Arts. 1390, 1391...).

Finalmente hay que señalar que, aunque no se diga de una manera expresa —como se hace en sede de incapacitación— (Art. 214), la sentencia en que se declara la prodigalidad, que es la que constituye el nuevo estado civil, deberá de inscribirse o anotarse en el Registro Civil (Cfr. Arts. 1 LRC y 171 RRC) para su eficacia respecto de terceros. Y si procede, también —como acertadamente determina el Art. 214— en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil.

(25) La doctrina, incluso, para designar esta situación habló —y habla— de “período sospechoso”. Así De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 351.

5. CESACION DE LA PRODICALIDAD

Teóricamente, la prodigalidad acaba cuando cesa la causa (la conducta negligente) que motivó tal limitación de la capacidad de obrar.

No obstante puesto que jurídicamente no puede hablarse de prodigalidad hasta tanto no se ha declarado judicialmente (Arts. 295 y 298 fundamentalmente), en realidad no cesará sino cuando exista otra declaración oficial (sentencia) en la que se determine la extinción de tal situación.

No lo dice la nueva ley de forma expresa —como tampoco lo hacía la derogada— pero ello se deduce lógicamente del propio sistema, y de las garantías de que se encuentra rodeada toda la materia referente a la capacidad de obrar de la persona. Sólo otra sentencia que deje sin efecto la declaración de prodigalidad puede destruir —por así decirlo— los efectos de la resolución que la constituyó, rehabilitando al prodigo.

El procedimiento a seguir, naturalmente —y como ya apuntaba la doctrina para el sistema anterior (26)— será idéntico al que se siguió para establecerla. Ahora, por aplicación de la disposición adicional de la ley, el *declarativo de menor cuantía*.

En torno a quien *puede solicitarlo*, dado el silencio legal en este punto habrá que pensar —por analogía hoy con lo que se prevé en sede de incapacitación (Art. 213)— que, además de las personas que menciona el Art. 294 (las que lo instaron), hay que incluir al curador del pródigo y a este mismo.

La sentencia en la que se fije la cesación de la prodigalidad es, a su vez, también constitutiva del nuevo estado civil: de la rehabilitación de la capacidad de obrar del pródigo, y deberá de inscribirse o anotarse en el Registro Civil —igual que la declaró— y, en su caso, en el de la Propiedad y el Mercantil.

En relación al sistema hasta ahora vigente, se discutió, en la doctrina, la posibilidad de entender cesada, automáticamente y sin necesidad de declaración judicial, la prodigalidad en el supuesto de que llegaran a faltar o desaparecer los herederos forzosos del pródigo (27). Parte de los autores entendió que ello era posible; mientras otro sector se inclinó a negar la cesación automática de la prodigalidad, haciendo precisa la declaración judicial incluso en tal caso, por la mayor garantía que ésta significaba.

La discusión, sobre la base de la ley actual, evidentemente no puede girar en torno a los herederos forzosos pues éstos —como se vio— ya no son los legiti-

(26) Así De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 354; Albaladejo, op. cit., *Derecho Civil...* I,1, pág. 283.

(27) Vid, sobre este extremo De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 353; Albaladejo, op. cit., *Derecho Civil...* I,1, pág. 283.

mados para instar la acción, ni las personas en beneficio de las que se establece la prodigalidad.

Pero quizá pudiera plantearse respecto de esos descendientes o ascendientes que “perciban alimentos” o estén “en situación de reclamarselos” al pródigo. Cuando cesa cualquiera de estas situaciones o los legitimados pierden el derecho a ser alimentados por el pródigo, mientras está vigente la declaración, o dejan de existir ¿cesa automáticamente la prodigalidad?

Piendo que no, pues —como ya dijera De Castro respecto de la polémica anterior en torno a la existencia de herederos forzosos— (28) “Es de recordar, ante todo, que si bien uno de los requisitos (causa inmediata) de esta incapacitación / ahora: límite de capacidad / es la existencia de los herederos forzosos / ahora: ciertos parientes con derecho a alimentos /, su causa inmediata y constitutiva es la declaración judicial y que esta es la que hay que revocar para que cese la causa de la tutela / hoy: curatela /”.

Lo único que ocurrirá es que, mientras en el primero de los casos mencionados —cese de la propia actuación— habrá que probar esa nueva circunstancia (la verdadera “rehabilitación” del pródigo); respecto de los parientes alimentistas bastará constatar que estos no existen o incurrieron en alguna de las causas que provocan la pérdida del derecho a alimentos (Art. 152), siempre que la pérdida sea definitiva (pues, en caso contrario puede, en cualquier momento, volver a renacer su condición de alimentista).

Finalmente llama la atención el hecho de que no se haya previsto —como sucede respecto de la incapacitación (Art. 212)— una posible *modificación* del alcance de la declaración de prodigalidad. Esto tampoco se regulaba de manera directa en el anterior sistema.

¿Cabe aplicar, análogamente, lo que se dispone en sede de incapacitación? Es decir ¿es posible una modificación de la declaración de prodigalidad ya establecida?

Por el propio sentido que tiene hoy la prodigalidad entiendo que no es posible trasladar a ésta la cuestión de su modificación.

Recuérdese que la modificación de la incapacitación se prevé y sustenta en la capacidad de discernimiento del declarado incapaz y que ésta puede sufrir alteraciones, en más o menos, que hagan preciso adaptar la declaración de incapacidad a las nuevas circunstancias.

Este tipo de alteraciones, lógicamente no existe en la situación de prodigalidad que —como se sabe— es una conducta determinada que no depende de la capacidad natural de la persona: o se es pródigo o no; no se puede ser “pródigo a medias”. De ahí que no quepa la modificación de la declaración de prodigalidad.

(28) De Castro, op. cit., *Derecho Civil...* II, pág. 353.

LA SENTENCIA DE CONDENA A INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS

F. J. CORDON MORENO

SUMARIO: I.- Planteamiento. II.- Aspectos teóricos y prácticos de la sentencia de condena genérica. III.- El juicio de liquidación posterior.

I. PLANTEAMIENTO

1. Me propongo en el presente trabajo analizar algunos de los problemas que plantean las sentencias de condena a indemnizar daños y perjuicios. Adelanto, ya desde ahora, que la limitación del estudio al supuesto señalado es puramente convencional y obedece al afán de conseguir una mayor simplicidad en la exposición, ya que las cuestiones que se suscitarán son susceptibles de plantearse en otros supuestos de condena genérica expresamente previstos en la L.e.c. Si he elegido la sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios es porque se trata del supuesto tipo y por ser el más frecuente en la práctica diaria ante nuestros Tribunales.

2. Con cierta frecuencia, en efecto, se plantean ante nuestros Tribunales demandas en las que se solicita, de forma única o acumulando principal o eventualmente esta pretensión a otra principal, una indemnización de daños y perjuicios. Si el actor consigue probar los hechos constitutivos de su derecho a la indemnización obtendrá una sentencia favorable. Pero esta sentencia puede tener, conforme al artículo 360 de la L.e.c., un triple contenido, además del declarativo de la existencia del derecho —y de la correlativa obligación del deudor— a la indemnización: 1) En primer lugar, puede fijar la cantidad líquida en dinero de los daños y perjuicios a satisfacer por el demandado condenado; 2) si ello no es po-

sible, deberá fijar, al menos, las bases con arreglo a las cuales se procederá a la liquidación en sede de ejecución de sentencia; 3) no siendo posible ni lo uno ni lo otro, se limitará a condenar "a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia".

En los dos últimos supuestos señalados la sentencia de condena no es directamente ejecutable porque le falta el requisito de la liquidez. Para obtener ésta la L.e.c. prevé un procedimiento de liquidación que puede dar lugar a un verdadero proceso declarativo dentro de la ejecución. Fijada en el mismo la cantidad líquida a pagar por el ejecutado, la ejecución de la misma se llevará a cabo por los trámites ordinarios del procedimiento de apremio señalado en la L.e.c.

Hasta aquí un sucinto planteamiento del fenómeno. Con carácter general se puede decir que el artículo 360 de la L.e.c. es una tentativa de solución de los problemas que pueden plantear en la práctica las acciones encaminadas a la obtención de una prestación no determinada *ab initio*, bien sea en dinero o en especie.

La L.e.c., con carácter marcadamente imperativo, señala la conducta a seguir por el Juez. En principio, y si resulta probada en la correspondiente fase procesal, el Juez tiene la obligación de determinar en la sentencia la cantidad líquida de la condena; es, como dice Guasp (1), la primera tentativa legal, tendente a que el problema de la condena genérica no se plantee. Si esto no es posible, deberá sustituir la fijación del *quantum* por unas bases de liquidación, es decir, por unos parámetros que permitan, sin la práctica de ulteriores pruebas, llegar a la determinación de la concreta cantidad líquida a abonar por el ejecutado (2). Tampoco en este supuesto se plantean, en realidad, especiales problemas: el incidente de liquidación se limita a la realización de unas operaciones matemáticas, más o menos complicadas, que desarrollan el contenido de las bases fijadas en la sentencia; y estas operaciones no constituyen un verdadero acto de instrucción (prueba), por lo que la sentencia en que las bases queden fijadas no es una sentencia de condena genérica o a reserva de liquidación en sentido estricto, sino que puede, sin dificultad, reconducirse al supuesto normal (3). Sólo en el caso de no ser posible ninguna

(1) Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, Madrid 1948, pág. 951.

(2) A veces, las bases de liquidación vienen señaladas por la propia ley. *Vide*, por ejemplo, el artículo 1108 del Código civil: "Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal".

(3) Cfr. Guasp, *op. cit.*, pág. 952.

de las dos cosas, el Juez dejará la fijación de la cuantía para el período de ejecución de sentencia, hallándonos entonces ante el supuesto genuino de condena genérica o a reserva de liquidación.

El núcleo de la solución dada por la L.e.c. al problema de la condena genérica o a reserva de liquidación no ofrece, como dice el mismo autor, problemas en cuanto a su explicación: "En vez de denegar el fallo mientras la cuantía de la deuda no esté demostrada, limita dicho fallo a una declaración acerca de la existencia de la obligación de indemnizar daños y perjuicios, dejando para un juicio posterior la delimitación concreta de su importe" (4). Se produce así, en este tipo de acciones, una escisión del juicio en dos fases perfectamente diferenciadas: por un lado, el juicio sobre la existencia de la obligación y, por otro, el juicio sobre la determinación concreta de su cuantía, hallándose ante lo que Carnelutti ha denominado "caso típico del fenómeno de pluralidad de procesos respecto de una litis" (5).

A partir de este planteamiento, trataré de aclarar los problemas que presentan ambos juicios.

II. ASPECTOS TEORICOS Y PRACTICOS DE LA SENTENCIA DE CONDENA GENERICA

3. Si la explicación del fenómeno anteriormente planteado no presenta excesivos problemas, éstos surgen al profundizar en el estudio del artículo 360 de la L.e.c. En las páginas que siguen me detendré en el examen de los siguientes: A) El fundamento del tratamiento procesal de la condena genérica y, en íntima relación con el mismo, el alcance de la separación entre el juicio sobre la existencia de la obligación y el juicio sobre la determinación concreta de su cuantía; B) la naturaleza de la sentencia que pone fin al juicio sobre la existencia de la obligación; C) los efectos de esta sentencia; y D) su régimen jurídico.

4. A) El fundamento del tratamiento procesal de la condena genérica o a reserva de liquidación se encuentra en la separabilidad lógica del juicio sobre la existencia y el juicio sobre la cantidad de la obligación, separabilidad fundada en razones de oportunidad y conveniencia.

(4) Cfr. Guasp, op. cit., pág. 953.

(5) Carnelutti, *Condena genérica al resarcimiento del daño*, en "Estudios de Derecho Procesal", II, tr. española de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1952, pág. 333.

Entiende Calamandrei que “la existencia y la cantidad no son dos atributos independientes, de los cuales, con referencia al mismo sujeto, uno pueda ser afirmado y otro negado. La cantidad —dice— es la medida de la existencia; y como negando la existencia se niega implícitamente la cantidad, del mismo modo la existencia no puede ser afirmada sino dentro de ciertos límites, cuyo reconocimiento implica un juicio de cantidad” (6).

Pero esta opinión, aun siendo exacta en lo esencial, no puede hacer olvidar que más allá de la cantidad mínima del daño, en la que se resuelve el problema de su existencia, existe la posibilidad de individualizar diversos grados. Probada la existencia del daño, se prueba una realidad cuantificable; pero determinar cuál sea la cantidad concreta en que deba ser valorado constituye el problema específico del juicio sobre el *quantum* (7).

Admitida la separabilidad lógica entre ambos juicios, hay que insistir en que se trata de una separación fundada en razones de oportunidad y de conveniencia. O dicho con otras palabras: el juicio sobre la existencia de la obligación y el juicio sobre la determinación concreta de su cuantía no son dos juicios sobre objetos independientes, sino dos decisiones sobre elementos diversos de una misma relación jurídica controvertida (8). “Siendo única la relación jurídica controvertida —dice Calamandrei—, la declaración de sus hechos constitutivos se realiza en dos etapas diferentes, cada una destinada a conocer de una porción diversa del mismo supuesto de hecho” (9).

En nuestro sistema las dos fases tienen un campo de cognición perfectamente diferenciado y delimitado. En el primer juicio se conocen y deciden todos los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar daños y perjuicios; en el segundo, la determinación concreta de su cuantía. En el primero se decide, en su integridad, sobre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*; en el segundo, se resuelve una mera *quaestio facti* pendiente: misión del Juez en él es procurar conseguir el acuerdo de las partes sobre la determinación concreta de la cuantía; y, si no lo consigue, la decidirá él discrecionalmente, ya que la L.e.c. no le vincula a ninguna norma legal, sino tan sólo a criterios de justicia (“dictará, por medio

(6) Calamandrei, *La condanna “generica” ai danni*, en la “Rivista di diritto procesuale civile”, 1933, I, pág. 367.

(7) Sobre el argumento, cfr. Rognoni, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano 1961, pág. 93.

(8) Cfr. Carnelutti, op. cit., pag. 334.

(9) Calamandrei, op. cit., pag. 363.

de auto, la resolución que estime justa”, dice el artículo 942 de la citada ley).

En el sistema de la L.e.c. no cabe plantear el problema, ampliamente discutido por la doctrina italiana anterior y posterior al “Codice di procedura civile” de 1945, en torno a si la investigación sobre la efectividad del daño corresponde a la primera o a la segunda fase (10). En cuanto hecho constitutivo de la obligación de indemnizar, la efectividad del daño es objeto de conocimiento y decisión en la primera. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es unánime en este punto. Así, por ejemplo, cuando declara que “la condena y aplicación, en su caso, del artículo 360 de la L.e.c. presuponen la necesidad de que las partes prueben en el proceso declarativo y el Juez investigue y estime en la sentencia la existencia de un acto ilícito y de daños y perjuicios causados realmente”; o cuando dice: “la prueba de los daños y perjuicios es necesaria sólo en lo que atañe a su existencia, pero no en cuanto a su cuantía”; “la sentencia declarativa es incongruente si deja para ejecución la determinación de la existencia de los daños y perjuicios” (11); “no puede proyectarse al período de ejecución de sentencia la demostración de la existencia de los daños y perjuicios reclamados, ya que su realidad es tema sustancial del proceso” (12); “la existencia de daños es materia del litigio y no de la ejecución” (13); etc.

5. B) Partiendo del presupuesto de la separabilidad de ambos juicios la doctrina se ha preguntado, en primer lugar, por la naturaleza de la sentencia que se pronuncia en el juicio sobre la existencia de la obligación. Como es obvio, la respuesta a este interrogante está condicionada por el problema que se analizó anteriormente, es decir, por la amplitud que se dé al objeto de conocimiento y decisión en este juicio.

(10) Calamandrei, op. cit., *passim*; Satta, *Condanna generica* (Dir. proc. civ) en “Enciclopedia del diritto”, VIII, 1961, págs. 720 y ss.; id., *Comentario al Codice di procedura civile*, II-1, Milano 1966, págs. 323 y ss. Con amplitud trata el tema Rognoni, op. cit., *passim*.

(11) Jurisprudencia recogida por Fenech - Carreras, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo*, II, Madrid 1956, págs. 3418 y ss.

(12) Sentencia de 5 de diciembre de 1960.

(13) Sentencia de 7 de diciembre de 1972. *Vide* también las sentencias de 23 de marzo de 1946, 24 de diciembre de 1947, 1 de febrero de 1951, 9 de enero y 14 de octubre de 1952 y 6 de mayo de 1960. Dice esta última sentencia: “Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que la base de la indemnización que conceden el artículo 1101 del Código civil y 925 de la L.e.c. 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 éste ocasiona perjuicios”. *Vide* también la sentencia de 6 de diciembre de 1968, que niega terminantemente que pueda relegarse al trámite de ejecución de sentencia la prueba de la existencia de los daños y perjuicios.

Con referencia a nuestro sistema, en el que, como se vió antes, el primer juicio tiene por objeto todos los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar (el hecho o acto generador del daño, los daños y perjuicios causados y la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño causado) (14), entiende Guasp que se trata de una sentencia meramente declarativa “porque la ejecución no comienza mientras no se dicte el auto de que habla el artículo 942, y éste es el que, según el artículo 943, apartado 1º, verdaderamente da lugar a la ejecución” (15).

A mi juicio, sin embargo, la tesis de Guasp no es correcta. La solución al problema de la naturaleza de la sentencia de condena genérica o a reserva de liquidación debe partir de lo que ya se dijo anteriormente, a saber, que el daño causado es un elemento constitutivo de la obligación de indemnizar. No se puede pensar, en el supuesto de indemnización de daños y perjuicios, que es el que se ha adoptado como tipo para este estudio, en una sentencia que no se pronuncie sobre todos los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar. Ni se puede pensar que esta sentencia se limite a declarar esta obligación sin contener la condena del deudor a que la haga efectiva. Y ello por varias razones:

a) En primer lugar, la acción ejercitada por el acreedor es única y sobre ella se resuelve, en su integridad, en la sentencia. Como dice nuestro Tribunal Supremo, “el error... arranca de creer que la pretensión que las demandadas actúan en la reconvenición contiene dos distintas acciones susceptibles de éxito diferente: meramente declarativa la una —que se declare que les corresponden los beneficios obtenidos de la explotación de las marcas— y la otra de condena —que se declare que el demandante viene, por ello, obligado a pagarles la cantidad que señalan o la que resulte de la prueba—; sin darse cuenta de que el reintegro de esa cantidad determinada o determinable se dice, precisamente, como consecuencia de la declaración de corresponderles aquellos frutos o productos, y sin comprender que se ejercita una única pretensión que no puede escindirse, ya que o se admite la pretensión declarando que las demandadas tienen derecho a esos productos y entonces hay que condenar al reconvenido a que se los pague... o, por el contrario, se rechaza aquella

(14) Por eso no es admisible en nuestro sistema la tesis de Calamandrei, que, con referencia al sistema italiano anterior al *Codice di procedura civile* vigente, entendía que se trataba de una sentencia meramente declarativa que llevaba incorporada una condena genérica, que no era otra cosa que una “larvada resolución cautelar” (op. cit., *passim*, en especial las págs. 373-375). Por lo demás, esta tesis ha sido muy discutida dentro del propio sistema italiano, sobre todo a partir de la promulgación del vigente C.p.c. que, a diferencia del anterior, regula expresamente la condena genérica en su artículo 278, I.

(15) Guasp, op. cit., pág. 954.

pretensión y se absuelve íntegramente de ella al actor, pero sin que, en ningún evento, pueda estimarse lo uno y desestimarse lo otro, porque se desemboca en un verdadero contrasentido” (16).

b) Por otra parte, la declaración de la obligación de indemnizar no está subordinada a la concreta cuantía de los daños y perjuicios causados. Se puede pensar, por ejemplo, en la existencia de un acto ilícito generador de unos daños concretos y, por tanto, en la existencia de la obligación de indemnizar, sin que, en el posterior juicio de liquidación, el daño subsista en concreto (17). Piénsese en el supuesto de que, declarada la obligación de indemnizar, en el posterior juicio de liquidación el actor ejecutante renuncie a la indemnización. Nadie podrá negar que el deudor ejecutado ha sido condenado, a pesar de la renuncia.

Si lo anterior es cierto resulta clara la conclusión de que la sentencia pronunciada en el juicio sobre la existencia de la obligación implica una declaración plenaria sobre todos los elementos constitutivos del derecho a la indemnización por daños y perjuicios y contiene la condena del deudor a hacerla efectiva.

Se trata, por consiguiente, de una verdadera sentencia de condena. No se opone a ello el que no sea directamente ejecutable, porque la liquidez, única condición que le falta para poder entrar directamente en la ejecución, no es una condición *sine qua non* de la sentencia de condena en sentido propio, la cual agota su naturaleza en contener la declaración de una prestación como debida (18). La falta de liquidez, a lo sumo, contribuiría a caracterizarla como una sentencia de condena incompleta, necesitada de integración. Y esto, repito, en el supuesto de que se entienda que la liquidez es condición de la sentencia de condena, para lo cual tendríamos que afirmar que este tipo de sentencia es un título ejecutivo, en vez de que *crea* un título ejecutivo (19). Pero sobre este problema no debo detenerme aquí.

Todavía se puede acudir a un razonamiento ulterior para demostrar que es una verdadera sentencia de condena. Si sólo cuando ambas resoluciones —la resolución sobre la existencia de la obligación y la resolución sobre la determinación concreta de su cuantía— se han pronunciado la sentencia es directamente ejecutable, quiérese decir que una u otra

(16) Sentencia de 4 de noviembre de 1961.

(17) Cfr. Satta, *Comentario...*, op. cit., págs. 326 y ss.

(18) Cfr. Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil* (con Herce), I, Madrid 1976, pág. 414; cfr. también Satta, op. cit., pág. 329.

(19) Cfr. Rognoni, op. cit., pág. 96.

deben contener el elemento típico de la condena. Si no lo tiene la primera —cosa que ocurre cuando se la califica como sentencia meramente declarativa— lo debe tener la segunda. Pero para sostener que la resolución que se dicte en el juicio de liquidación es una resolución de condena, habría que sostener que no solo decide sobre el *quantum*, sino que contiene una declaración acerca de que la prestación es debida, interpretación totalmente insostenible en nuestro sistema. La resolución dictada en el juicio de liquidación —que, por lo demás, sólo eventualmente se dicta después de un juicio contradictorio verdadero— es una resolución meramente declarativa de una cuestión fáctica: la cantidad concreta en dinero de una prestación previamente declarada existente (20).

6. C) La sentencia que contiene una condena genérica, de acuerdo con la naturaleza que le hemos atribuido, tiene una eficacia fundamental: produce, una vez firme, el efecto de cosa juzgada material sobre todos los elementos constitutivos del derecho a la indemnización. Y tanto en sentido positivo —vinculante en el posterior juicio de liquidación— como negativo —una vez firme, ninguno de los hechos constitutivos del derecho a la indemnización puede discutirse en otro proceso posterior, si concurren las identidades del artículo 1252 del Código civil; sobre ellos opera el *non bis in idem*. Si en el posterior juicio de liquidación la cuantía del daño resulta ser cero, este hecho no incide en absoluto sobre la precedente declaración acerca de la existencia del derecho a la indemnización, el cual, en la práctica, se limita a ser inoperante. Y si en este mismo juicio el juez resuelve algún punto no decidido en la precedente sentencia de condena o en contradicción con lo en ella dispuesto, habrá lugar al recurso de casación (21).

Respecto a los efectos ejecutivos, ya se ha visto que no son necesarios para calificar una sentencia como de condena. Por lo menos los efectos ejecutivos inmediatos. Por lo demás, en la sentencia que contiene la condena genérica o a reserva de liquidación se encuentra el elemento necesario, aunque no suficiente por el momento, para que aquellos efectos se produzcan.

Por último, la sentencia que contiene la condena genérica es título suficiente para adoptar la medida cautelar del artículo 923 de la L.e.c. (22).

(20) Cfr. Rognoni, op. cit., pág. 97.

(21) Con base en los motivos del artículo 1695 de la L.e.c. (hoy art. 1687, p. 2°). Pero sobre este recurso volveré más adelante.

(22) "Si la sentencia contuviere condena... de entregar alguna cosa o cantidad iliqui-

7. D) Vista la naturaleza jurídica y los efectos de la sentencia de condena genérica o a reserva de liquidación, procede analizar ahora su régimen jurídico y, concretamente, la posibilidad del actor de limitar el *petitum* de su demanda a la condena genérica, remitiendo la liquidación al incidente posterior. En otras palabras: Si la demanda se limita a pedir la declaración de la obligación de indemnizar, remitiendo la fijación concreta de la cuantía al juicio de liquidación posterior, ¿está el juez vinculado a esta petición?

En abstracto, siendo posible la separación de la declaración de la obligación y la determinación concreta de su cuantía en fases diversas de un mismo juicio, puede pensarse que la ley admite la autonomía procesal de los dos objetos, vinculando al juez, en virtud del principio de congruencia, la delimitación que las partes hagan de los mismos. Pero esta interpretación adolecería, por lo menos, de dos defectos: a) Por un lado, desconocería el mandato imperativo del artículo 360 de la L.e.c., según cuyo tenor, cuando hubiere condena a indemnizar daños y perjuicios... *se fijará su importe en cantidad líquida*; b) por otro, desconocería también la sustancial unidad que existe entre la condena a reserva de liquidación y la determinación concreta de su cuantía.

La condena genérica no es una forma autónoma de tutela jurídica. Aunque a través de ella el juez actúa la ley mediante la declaración del derecho en el caso concreto, sin embargo no alcanza a actuarla en la forma que, como sentencia de condena genuina, debería. En cuanto condena genérica, es una condena que necesita ser integrada mediante una posterior resolución que, determinando en concreto su cuantía, haga materialmente posible que despliegue sus efectos ejecutivos, que son los típicos de toda resolución de condena en sentido estricto. La condena genérica o a reserva de liquidación sería inadmisiblesi la norma que la admite no previese, a la vez, la necesidad de una posterior resolución de liquidación.

Si lo anterior es cierto, quíerese decir que limitado el *petitum* de la demanda a la condena genérica, el juez puede, en la sentencia, sin infringir el principio de congruencia, fijar la cantidad líquida de la misma. Ello, por supuesto, sólo en el caso de que la cuantía resultase probada

da..., si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancia del acreedor en cantidad suficiente, a juicio del juez, para asegurar el principal y las costas de la ejecución"; pudiéndose liberar el deudor de ese embargo (preventivo) dando fianza suficiente a satisfacción del juez (artículo 923, III).

en la correspondiente fase procesal. Como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, “aunque se hubiese solicitado en dicho suplico que la fijación de la cuantía de los daños se demorase para el período de ejecución de sentencia, podría fijarse aquélla en la sentencia si durante el curso del proceso se habían proporcionado datos suficientes para ello, porque el artículo 360 invocado, al disponer que sólo en el caso de no ser posible la determinación de la cuantía se hará la condena a reserva de fijar su importancia... en la ejecución de la sentencia, quiere significar... que únicamente en el supuesto de que durante el proceso sea imposible demostrar la cuantía de esos daños y perjuicios, cabía la reserva que establece el indicado precepto porque la ley solo autoriza tal reserva en los casos excepcionales en los cuales no puede ponerse fin a la controversia con la determinación específica, que no logra conseguirse” (23).

Procediendo así el juez no incurre en incongruencia, porque, como dice la sentencia de 5 de mayo de 1961, no va más allá de la pretensión formulada por las partes: “Para resolver si puede calificarse de incongruente la sentencia recurrida, en este particular de otorgar condena específica cuando sólo se pedía la genérica de daños y perjuicios, basta tener en cuenta que el fundamento del principio de congruencia se basa en el concepto de proceso y en el de sentencia; y como el primero es un instrumento jurídico destinado a la actuación de pretensiones, y la segunda el acto normal de terminación de aquél, se comprende que la sentencia tenga que referirse necesariamente a la pretensión y que, por tanto, cuando la sentencia recoge la pretensión no puede tildarse de incongruente, como ocurre en el presente caso en que, aun pedida una condena genérica de daños y perjuicios, se otorga una condena específica de tales daños y perjuicios, fijando su cuantía, en cuyo supuesto no se rebasa la pretensión”.

En la práctica, sin embargo, el actor puede limitar el contenido de la sentencia a la sola condena genérica no aportando prueba alguna sobre la cuantía de los daños y perjuicios, haciendo inoperante así el mandato del artículo 360 de la L.e.c. Como la fijación de las bases de liquidación en la sentencia no es tampoco facultad discrecional del juez, sino que debe atenerse a la prueba presentada por las partes; y como a través de las diligencias para mejor proveer el juez sólo puede completar la prueba propuesta por las partes, resulta que, en ausencia de prueba sobre las bases de liquidación o sobre la cuantía concreta, el juez deberá limitarse en la sentencia a declarar la existencia de la obligación de indemnizar.

(23) Sentencia de 14 de mayo de 1963.

zar, remitiendo la determinación concreta de la cuantía al juicio posterior de liquidación.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el mandato del artículo 360 de la L.e.c. ha sido muy debilitado por el mismo Tribunal Supremo, al declarar que es facultad discrecional (no sometida al control del recurso de casación) del juzgador de instancia la estimación de si fue o no posible determinar la cuantía en la sentencia o fijar en ella las bases de la liquidación posterior: "El uso que los tribunales hagan de la facultad que les concede el artículo 360 de la L.e.c., dejando para el período de ejecución de sentencia la fijación de la cantidad, a cuyo pago condenan a la parte demandada, no implica incongruencia a efectos del artículo 359 de la misma ley, porque el primero de los preceptos indicados deja dicha potestad al libre arbitrio de los tribunales" (24).

Conforme a esta doctrina que se acaba de exponer resulta claro que, pedida por el actor una cantidad líquida en concepto de indemnización por daños y perjuicios, puede el juez, sin incurrir en incongruencia, dictar sentencia que contenga una condena genérica; y, viceversa, pedida la condena genérica, puede el juez fijar en la sentencia la cantidad líquida a satisfacer por el demandado. Ello, por supuesto, sólo en el caso de que la misma resulte probada en el proceso. En la práctica, pues, y repito lo que antes decía, puede el actor vincular al juez a dictar una sentencia que contenga una condena genérica si se limita a probar exclusivamente la existencia de los hechos constitutivos de la obligación de indemnizar, no aportando prueba alguna sobre la cuantía de la misma.

Hay que tener en cuenta que, hasta cierto punto, es lógica esta facultad del actor, porque, subyacentes a la petición exclusiva de la condena genérica, pueden existir intereses sustanciales. En efecto, la sola petición de que el demandado sea condenado a indemnizar daños y perjuicios puede favorecer al actor que no está seguro de los hechos constitutivos que fundan su derecho; si pierde, habrá evitado la preparación de un material probatorio sobre el *quantum*, con frecuencia muy costoso; si, por el contrario, vence, siempre podrá pedir la liquidación posteriormente. Igualmente, en el caso de acumulación eventual de esta acción a otra principal, la limitación del *petitum* a la condena genérica puede ayudarle a obtener una resolución más rápida sobre la acción principal.

(24) Sentencia de 19 de noviembre de 1974. En el mismo sentido las sentencias de 28 de enero de 1919, 28 de noviembre de 1928, 7 de febrero de 1934, 26 de octubre de 1962, 30 de octubre de 1963, 1 de diciembre de 1966, 19 de noviembre de 1971 y 5 de enero de 1977.

Sin olvidar la oportunidad que una sentencia limitada a declarar la existencia de la obligación de indemnizar abre a la transacción de las partes sobre la cuantía concreta (25).

III. EL JUICIO DE LIQUIDACION POSTERIOR

8. Analizados sucintamente en las páginas anteriores algunos de los problemas que plantea la condena genérica o a reserva de liquidación prevista en el artículo 360 de la L.e.c., abordaré en este epígrafe los problemas que suscita el procedimiento de liquidación posterior, tomando como base también el supuesto tipo de la condena a indemnizar daños y perjuicios, con el fin de alcanzar una mayor brevedad en la exposición.

9. Este procedimiento de liquidación, que es un verdadero incidente declarativo dentro del proceso de ejecución, no presenta especiales problemas en su regulación legal. El acreedor deberá presentar una relación de los daños y perjuicios y de su importe, sujetándose, en su caso, a las bases fijadas en la sentencia (artículo 928 de la L.e.c.). De dicha relación se entregará copia al que haya sido condenado, para que dentro de seis días conteste lo que estime conveniente (artículo 929). El deudor condenado puede conformarse o no con la relación y el importe de los daños presentados por el actor ejecutante. Si se conforma, expresa o tácitamente (por no contestar dentro de los seis días fijados en la ley), el juez la aprobará sin ulterior recurso, procediéndose directamente a la ejecución por la vía de apremio. Si, por el contrario, no se conforma e impugna la relación e importe de los daños y perjuicios presentada por el acreedor, se abre un incidente contradictorio, con la correspondiente fase de prueba, que termina con un auto del juez en el que se fija la cantidad líquida a satisfacer por el deudor ejecutado (artículos 937 y ss).

Una rápida lectura de los artículos de la L.e.c. que regulan el procedimiento de liquidación tipo pone de manifiesto que todo él está orientado a conseguir el acuerdo de las partes, decidiéndose contradictoriamente por el juez en el caso de que las partes no logren alcanzarlo. La determinación de la cuantía de la obligación de indemnizar es una cuestión de hecho que la L.e.c. quiere que sea fijada transaccionalmente por las partes; la intervención del juez es subsidiaria y sin sujeción a normas preestablecidas en la determinación de la cantidad ("el juez dictará, por medio de auto, la resolución que estime justa", dispone el artículo 942 en su párrafo primero).

(25) Sobre el tema, *vide* Calamandrei, *op. cit.*, pág. 358.

10. La L.e.c. vigente se ha apartado, a la hora de regular el procedimiento de liquidación, de su antecesora la L.e.c. de 1855. En esta ley, en efecto, se distinguían dos supuestos diferentes:

a) Si la sentencia fijaba las bases de la liquidación, ésta se realizaba en un incidente breve dentro del proceso de ejecución (artículos 898 y ss.), sin que el conjunto de operaciones realizadas dentro del mismo para desarrollar las bases alterasen la naturaleza del proceso de ejecución, dado su carácter puramente material.

b) Si la sentencia no fijaba ni tan siquiera las bases de la liquidación—supuesto genuino de condena genérica o a reserva de liquidación—, el artículo 63, antecedente inmediato del 360 de la L.e.c. actual, remitía para su liquidación a un juicio declarativo posterior, que necesariamente debería ser el ordinario que correspondiese por la cuantía (26).

La L.e.c. vigente ha unificado, en aras de una mayor celeridad y simplicidad de trámites, ambos supuestos, siendo elogiada en este punto por los comentaristas contemporáneos de la misma (27). No ha faltado, sin embargo, quien ha criticado esta introducción, dentro del proceso de ejecución, de un incidente declarativo que atenta contra su naturaleza (28).

11. Hasta aquí una breve descripción del procedimiento de liquidación en el supuesto de condena genérica a indemnizar daños y perjuicios, que, como habrá podido observarse, no presenta especiales dificultades. Conviene adentrarse ahora en el estudio del que, sin duda, es el problema más interesante que en esta materia se suscita: el régimen de recursos contra las resoluciones que se dictan en el procedimiento de liquidación, con especial atención al recurso de casación.

Adelantaré una observación que parece evidente, pero que convie-

(26) Disponía este precepto en su párrafo segundo: "Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro (fijar la cuantía o las bases de la liquidación), se hará la condena reservando a las partes su derecho para que en otro juicio se fije su importe".

(27) *Vide*, por ejemplo, Manresa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, 3ª ed., II, Madrid 1910, pág. 105; Reus, *Ley de Enjuiciamiento civil*, 2ª ed., I, Madrid 1907, págs. 464-465.

(28) Por ejemplo, Guasp, *Comentarios*, op. cit., pág. 953: "La crítica de la solución adoptada debe ser, no obstante, desfavorable: el defecto fundamental está en que se desconoce la verdadera naturaleza del proceso de ejecución, el cual no tiende a formar o a completar la formación de la convicción judicial sobre un punto determinado, sino a actuarla. Ahora bien, cuando en una ejecución se realizan actos destinados a dar a conocer al juez la cuantía de la deuda, dicha ejecución queda verdaderamente desnaturalizada".

ne recordar porque explica la especialidad de los recursos, singularmente el de casación, en esta materia: el procedimiento de liquidación tiene lugar una vez ha concluido el proceso de declaración por sentencia firme y, por tanto, no susceptible de ser recurrida ni por medio de los recursos ordinarios ni por el extraordinario de casación. Es, por consiguiente, un incidente inserto dentro del proceso de ejecución de esa sentencia y las resoluciones que se dicten dentro del mismo son resoluciones que recaen dentro del proceso de ejecución.

12. Según la regulación legal, el régimen de recursos es el siguiente:

a) No procede recurso alguno contra la resolución en la que el juez ejecutor fije la cantidad a pagar, si el ejecutado se conforma con la relación e importe de los daños y perjuicios presentada por el actor ejecutante (artículo 930) o la liquidación se realice con arreglo a las bases previamente fijadas en la sentencia.

b) Si no ha habido acuerdo entre ejecutante y ejecutado, o si en la liquidación el juez se aparta sustancialmente de las bases fijadas en la sentencia (29), contra el auto del juez que fije la cantidad líquida (que estime justa) a pagar por el ejecutado procede el recurso de apelación en un solo efecto (artículo 942, apartado tercero), salvo que en el mismo se decidan cuestiones no controvertidas en el pleito ni decididas en la sentencia, en cuyo caso procede el recurso de apelación en ambos efectos (artículo 949, apartado segundo). El recurso de apelación se sustanciará por los trámites establecidos para la apelación de los incidentes y de los juicios que no sean de mayor cuantía (artículo 944, apartado primero).

c) Contra la resolución de la Audiencia Territorial que decida el recurso de apelación "no se dará recurso alguno" (artículo 944, apartado segundo).

13. De acuerdo con el precepto últimamente citado, está excluido en esta materia el recurso de casación. Sin embargo, inmediatamente hay que poner en relación este precepto segundo del artículo 944 de la L.e.c. con el contenido en el artículo 1695 del mismo cuerpo legal, según cuyo tenor "no habrá lugar al recurso de casación contra los autos dictados por las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias, a no ser que se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en

(29) Sobre la admisión del recurso de casación (y, por supuesto, el de apelación) por infracción sustancial de las bases contenidas en la sentencia pueden consultarse, entre otras, las sentencias de 17 de octubre de 1955 y 6 de noviembre de 1972.

el pleito ni decididos en la sentencia, o se provea en contradicción con lo ejecutoriado" (29 bis).

Ante la contradicción existente entre ambos preceptos, las posibilidades interpretativas que se abrían al Tribunal Supremo eran dos y ambas fueron seguidas:

a) En primer lugar, considerar que el artículo 944, párrafo segundo de la L.e.c. es una *lex specialis* que deroga, en materia de liquidación de sentencias ilíquidas, la norma general contenida en el artículo 1695. Conforme a esta interpretación, las excepciones contenidas en este último precepto para nada afectarían a aquél no siendo, por consiguiente, admisible el recurso de casación en ningún caso. Esta es la interpretación contenida, por ejemplo, en las sentencias de 21 de enero de 1932 y 23 de enero de 1934. Dice la primera de ellas: el artículo 944, párrafo segundo "sería letra muerta y carecería de la finalidad que la ley le atribuye si no se estimase que entraña una excepción al artículo 1695 de la L.e.c."

b) Por el contrario, entender que el artículo 1695 repite, en su párrafo primero, la norma del artículo 944, párrafo segundo. Las excepciones de aquél afectarían a éste, siendo admisible el recurso de casación cuando las mismas concurren. Así, por ejemplo, la sentencia de 15 de junio de 1953, para la que "el recurso de casación que autoriza el artículo 1695 de la L.e.c., excepción única al principio absoluto del párrafo segundo del artículo 944, se justifica sólo en el supuesto de que produzca una discordancia entre la sentencia recaída en el proceso de declaración y los términos en que se cumple ésta".

14. La evolución legislativa y jurisprudencial del recurso de casación contra las resoluciones dictadas en ejecución de sentencias pone de manifiesto que es esta última la interpretación seguida. En efecto.

(29 bis) El presente trabajo estaba pendiente de publicación cuando entró en vigor la reforma de la L.e.c., operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que introdujo (entre otras) importantes modificaciones en la regulación del recurso de casación. En lo que aquí interesa (el recurso de casación contra las resoluciones dictadas en ejecución de sentencias), la reforma operada ha sido solo sistemática, ya que se ha limitado a trasladar el antiguo art. 1695 al precepto en que se regulan las resoluciones impugnables en casación (art. 1687, nº 2), pero permaneciendo sustancialmente idéntico. El elogio de la reforma operada no impide apreciar que tal vez hubiese sido este el momento oportuno para resolver, entre otros problemas que este precepto plantea, la antinomia (exclusivamente legal, porque la jurisprudencia, como veremos, ya la resuelto) que existe entre los artículos 944 y 1695 (hoy 1687, nº 2) de la L.e.c.

A) A pesar de que la L.e.c. de 1855 no contenía una norma semejante a la recogida en el artículo 1695 (actual 1687, n° 2), la jurisprudencia que desarrolló el artículo 919, núm. 5 de aquélla —precepto semejante al artículo 944, párrafo segundo de la actual (30)— introdujo, en múltiples ocasiones, excepciones a la no admisibilidad del recurso de casación. Veamos algunas declaraciones generales.

a) Procede la admisión del recurso de casación contra la providencia definitiva que, aunque dictada en incidente promovido con ocasión de las diligencias formadas para la ejecución de una sentencia, decide una cuestión nueva y absolutamente distinta de la que se resolvió por dicha sentencia (vid. las sentencias de 5 de junio de 1862, 8 de abril de 1865, 27 de septiembre de 1866).

b) Contra los autos dictados en ejecución de sentencia no se da recurso de casación, sino cuando resuelven alguna cuestión distinta de las contenidas en el fallo ejecutorio (Vid. la sentencia de 11 de marzo de 1872).

c) Sólo procede el recurso de casación en el fondo cuando se contraería lo resuelto en la ejecutoria o se hace declaración de derechos no comprendidos en ella, y cuando, suscitándose alguna nueva cuestión sobre la extensión de lo mandado en la ejecutoria, o no ventilada ni decidida en el pleito, se resuelve por un fallo definitivo (vid. las sentencias de 20 de marzo de 1865 y 10 de junio de 1875).

d) Procede también el recurso de casación cuando se hacen declaraciones de derechos contrarias a las contenidas en la sentencia o se amplían o restringen o alteran sustancialmente sus disposiciones o efectos jurídicos, o los puntos definidos en la misma (vid. las sentencias de 23 de abril y 13 de junio de 1873).

Como se deduce de las declaraciones jurisprudenciales sucintamente expuestas, nuestro Tribunal Supremo corrigió el tenor literal del artículo 919, n° 5 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, admitiendo el recurso de casación en los siguientes casos: cuando se deciden cuestiones nuevas o se resuelve de forma contraria a lo ejecutoriado, o cuando se amplían, restringen o alteran sustancialmente las declaraciones contenidas en la sentencia.

(30) Artículo 919, núm. 5° de la L.e.c. de 1855 (que regulaba el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en el juicio de liquidación): "Dentro de los tres días siguientes se dictará sentencia, contra la cual no se dará recurso alguno".

B) Recogiendo esta jurisprudencia, el artículo 6, párrafo segundo de la ley de 22 de abril de 1878 introdujo el precepto contenido después en el artículo 1695 y hoy en el 1687, n° 2 de la L.e.c. Esta norma pasó entonces a convivir con la contenida en el artículo 919, núm. 5 de la L.e.c. de 1855, sin que la jurisprudencia apreciase contradicción entre ellas: la segunda era una norma general que resultaba afectada por las excepciones contenidas en la primera (vid. las sentencias de 23 de septiembre y 31 de diciembre de 1879).

Esta misma corriente jurisprudencial es la mayoritariamente seguida hoy en día, después de la incorporación de ambos preceptos a la L.e.c. de 1881 (artículo 944, párrafo segundo y 1695).

15. Conforme a esta interpretación que se acaba de exponer, y aunque no se diga expresamente por ninguna sentencia, el artículo 944, párrafo segundo de la L.e.c. es un precepto superfluo, por quedar englobado en el párrafo primero del artículo 1695 (hoy 1687, n° 2) y sometido a las excepciones que el párrafo segundo de este mismo precepto señala.

Si no se quiere llegar a esta conclusión extrema, debe admitirse al menos que su única razón de ser estriba en resaltar lo que ya se señaló anteriormente, a saber, que la determinación de la cuantía concreta de los daños y perjuicios es una mera cuestión de hecho y, por tanto, facultad soberana del juzgador de instancia (31), sólo controlable en casación cuando, con ocasión de hacer esa determinación de la cuantía se resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o contrariando lo ejecutoriado. Con claridad apreció este dato Manresa, al comentar el artículo 944 de la L.e.c.: "Cuando el fallo se limita a fijar la cantidad líquida que debe abonarse conforme a la ejecutoria, la cuestión es de hechos, cuya apreciación corresponde exclusivamente al Tribunal sentenciador, por lo cual, y porque la cuestión principal está ya resuelta ejecutoriamente y no cabe infracción de la ley en su cumplimiento, no es admisible el recurso de casación" (32).

(31) *Vide*, la Sentencia de 3 de noviembre de 1964: "Cuando la ejecutoria condena al pago de daños y perjuicios, sin fijar su importe en cantidad líquida, es preciso proceder a su liquidación por los trámites procesales adecuados, y contra el auto en que se fije la cuantía de los perjuicios no se da recurso alguno... *por ser una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde exclusivamente al tribunal sentenciador, principio absoluto que sólo tiene como excepción la prescrita en el artículo 1695 de dicha ley.* En el mismo sentido, las sentencias de 18 de marzo de 1960, 18 de diciembre de 1962, 21 de junio de 1968, 29 de mayo y 20 de junio de 1974 y 28 de noviembre de 1980.

(32) Manresa, *Comentarios*, op. cit., IV, pág. 194.

En el procedimiento de liquidación, en efecto, no existen normas legales en la determinación de la cuantía que puedan ser violadas por el juez. La exclusión del recurso de casación parece, por tanto, lógica, ya que misión de este recurso extraordinario es el control de la legalidad del fallo (por violación, interpretación errónea o no aplicación de una ley sustantiva o procesal determinante de un vicio en el juicio o en la actividad) y no el control de la justicia o injusticia del mismo. Sólo si concurre alguna de las excepciones señaladas será admisible el recurso de casación, ya que en ellas se produce un verdadero vicio *in procedendo*, al violar el juez la norma procesal que le ordena atenerse en la ejecución a lo dispuesto en la ejecutoria (33).

16. Siquiera sea excepcionalmente cabe, por tanto, el recurso de casación contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento de liquidación de sentencia ilíquidas. Este recurso de casación, apenas estudiado por nuestra doctrina (34) y sin embargo, objeto de numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, presenta un conjunto de peculiaridades y de interrogantes, algunos de los cuales han sido planteados recientemente, aunque sin responderlos en lo fundamental (35). Tampoco yo pretendo responderlos aquí, sino tan sólo resaltar algunos de sus rasgos con base en la abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que se ha ocupado de él. Veámoslos:

17. A) La especialidad de este recurso de casación resalta enseguida en la jurisprudencia, la cual se ha dado cuenta de la anomalía que supone hablar de un recurso de casación contra resoluciones dictadas en el período de ejecución de sentencias. En efecto, "si bien en términos generales, el recurso de casación se atempera al viejo aforismo de que la casación es un pleito entre la sentencia y la ley, y tiende a corregir las operaciones jurídicas que haga el tribunal de instancia y no las operaciones fácticas o materiales que puedan verificarse al ejecutar un cierto título, sin embargo, nuestro ordenamiento positivo admite un tipo especial de casación para el supuesto de que, al cumplirse materialmente la ejecución de un fallo, se decida de manera distinta a lo que el título había resuelto, bien por exceso, bien por defecto, bien por una y otra cosa,

(33) Sobre este tema, *vide infra*.

(34) Cfr. Monzón, *Sobre el recurso de casación que autoriza el artículo 1695 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, en la "Revista de Derecho Procesal", 1946, págs. 609-612; Moreno Catena, *Líneas metodológicas para el estudio del recurso de casación civil en ejecución de sentencias*, en La Ley de 12 de mayo de 1981. Recientemente Gutiérrez González, *tratamiento procesal de los recursos en el proceso de ejecución de sentencias*, en "Cuadernos de la Facultad de Derecho", n° 7, Palma de Mallorca, 1984, págs. 69 y ss.

(35) Cfr. Moreno Catena, *op. cit.*

o incluso, si se actúa en contradicción con lo que el título ha establecido” (36).

Por eso, mientras en los supuestos normales de casación los términos de comparación son la sentencia impugnada y la ley que aplica, en el recurso de casación contra las resoluciones dictadas en ejecución de sentencias los términos que hay que comparar son la sentencia firme y las actuaciones verificadas en su cumplimiento, es decir, las diligencias que se acordaron para llevarla a debida ejecución (37). En consecuencia, este recurso no tiene la finalidad que persigue el recurso de casación normal, a saber, garantizar la integridad de la ley material o procesal y conseguir la uniformidad de la jurisprudencia, sino, más bien, la de garantizar la integridad del fallo (38).

18. B) La finalidad del recurso de casación contra las resoluciones dictadas en el período de ejecución de sentencia es evitar las extralimitaciones de los tribunales de instancia, con merma de los derechos de los litigantes, en un trámite (el de ejecución) en el que no sería posible utilizar ningún otro recurso (39). Trata, en definitiva, de eliminar todo cuanto exceda del ámbito de la ejecución (40). Por eso, algún sector de nuestra jurisprudencia ha declarado que se asemeja a un *recurso por exceso de poder*, puesto que en los dos supuestos en que se admite “envuelve en el fondo un exceso de poderes ejecutivos por transgresión de los términos de la ejecutoria o extendiéndose más allá de lo que consienten aquéllos” (41).

19. C) Dicho con otras palabras, este recurso de casación trata de salvaguardar el principio de congruencia en sede de ejecución. En efecto, aunque de manera peculiar, también en el proceso de ejecución rige el principio de congruencia. Del mismo modo que el juez debe atenerse

(36) Sentencia de 7 de diciembre de 1965. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 28 de junio de 1963.

(37) Sentencia de 7 de diciembre de 1965, citada. En el mismo sentido, las sentencias de 10 de octubre de 1977 y 20 y 27 de marzo de 1979.

(38) Sentencias de 25 de octubre de 1930, 17 de diciembre de 1934, 4 de junio de 1947, 8 de mayo de 1963, 7 de diciembre de 1965, citada, 9 de marzo y 20 de abril de 1966, 14 de marzo de 1970, 11 de marzo de 1972, 10 de junio de 1975, 6 de julio de 1977, 22 de marzo y 17 de abril de 1979.

(39) Sentencias de 18 de diciembre de 1962 y 23 de abril de 1963.

(40) Sentencias de 27 de febrero de 1963, 21 de abril de 1965 y 10 de noviembre de 1969.

(41) Sentencias de 12 de diciembre de 1967, 25 de octubre de 1978 y 17 de mayo de 1979.

en su sentencia a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, en la ejecución debe atenerse estrictamente a los términos de la sentencia que ha de ejecutar. Por eso, para que el recurso prospere, es necesario que la resolución recurrida no se ajuste a las declaraciones que la sentencia contenga, o que modifique, altere o decida nuevos derechos, ampliando o reduciendo los términos de la resolución, cuyo cumplimiento vincula a los contendientes y al propio juzgador (42).

Pero del mismo modo que, en sede de congruencia de la sentencia, es doctrina jurisprudencial que no atenta a la congruencia el fallo que resuelve en lo esencial las pretensiones deducidas, aunque no se atenga estrictamente a ellas, igualmente, en sede de ejecución, no se extralimita el juez cuando no contraría sustancialmente el contenido de la ejecutoria (43). De aquí las facultades que se le otorgan para interpretar la sentencia que ha de ejecutar cuando los términos literales de la parte dispositiva de la misma no sean claros (44).

No obstante, si bien es cierto que los tribunales deben gozar de facultades interpretativas del fallo para evitar que, "por una exagerada y censurable sumisión a los términos gramaticales de los pronunciamientos, no se obtengan sus razonables y hasta obligadas consecuencias", no menos evidente es "la improcedencia de que, al socaire de una lícita función interpretativa, se tengan por decididos aspectos sustanciales no suscitados por los contendientes y tampoco resueltos explícita ni implícitamente por la resolución a ejecutar, según previene el artículo 1695 citado, pues hay que partir de lo que es efecto propio de la sentencia en tal juicio en que fue dictada en lo referente a la vinculación del órgano eje-

(42) Sentencia de 18 de diciembre de 1962. En el mismo sentido, las de 21 de febrero de 1929, 7 de julio de 1934 y 23 de abril de 1963.

(43) Sentencias de 18 de marzo de 1960, 4 de julio de 1919, 27 de octubre de 1932, 23 de abril de 1963, citada, 7 de octubre de 1970 y 23 de noviembre de 1979.

(44) Cfr., por ejemplo, la sentencia de 18 de mayo de 1964: "Si bien, de acuerdo con la doctrina establecida en las sentencias de 28 de junio de 1927, 6 de octubre de 1933 y otras muchas posteriores, las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a cabo una sentencia firme deben ajustarse a las declaraciones que ésta contenga, esto no excluye la facultad de los tribunales para que, si hallan oscuridad o deficiencias de expresión en el fallo, puedan interpretarlo", sirviéndose para ello "de sus elementos más auténticos, como son las consideraciones que sirvieron de base y fundamento jurídico al mismo, toda vez que la *ratio decidendi* que dio lugar al fallo será la que proporcionará el camino más seguro para llegar a un verdadero conocimiento de lo juzgado y, por consecuencia, de lo que puede y debe ejecutar". En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 6 de octubre de 1933, 10 de marzo de 1950, 12 de marzo de 1959, 4 de enero de 1964, 24 de mayo y 21 de octubre de 1967, 7 de octubre de 1970, citada, 11 de marzo de 1972, 10 de junio de 1975, 25 de septiembre de 1978, 16 de febrero y 9 de marzo de 1979, 24 de mayo de 1980.

cutor a lo ya resuelto con firmeza, sin posibilidad de alterar o modificar los pronunciamientos fuera de los estrechos límites marcados por el artículo 363, en cuanto a la brevedad del plazo para la corrección y a los extremos en que la variación puede producirse” (45).

20. D) Característica fundamental de este recurso es que sólo procede cuando concurre alguno de los motivos taxativamente señalados en la ley. El Tribunal Supremo ha salido al paso de cualquier interpretación extensiva de los mismos: “Este especial recurso de casación de ámbito tan limitado no permite otros fundamentos que los que, de manera taxativa, señala el artículo 1695 de la L.e.c. y, consiguientemente, las demás motivaciones, aunque pudieran tener amparo en alguno de los casos determinados en el artículo 1692 de la misma ley, escapan a la censura de este Tribunal, que únicamente puede examinar si la resolución invocada es acorde con la sentencia ejecutoria que se pretende llevar a cabo, pues cuando se trata de proveídos dictados en ejecución de sentencia, la ley no le encomienda al Tribunal otra misión que la de comprobar si se ha decidido de manera distintas a lo que ordenaba el fallo o en contradicción con él” (46).

Esta interpretación restrictiva se fundamenta en la específica finalidad de este recurso de casación, para cuya consecución son inoperantes los motivos de casación ordinarios. Como dice la sentencia de 14 de marzo de 1970, dicho precepto (el artículo 1695) ofrece características que difieren esencialmente de los supuestos del artículo 1692..., porque, conforme a este precepto, se puede someter a esta Sala la integridad del pleito, por estar pendiente aún el litigio por no haber recaído sentencia ejecutoria, y, en cambio, en aquel recurso, por existir ya sentencia firme, sólo es procedente determinar si la resolución recaída se adapta o no a la sentencia de cuya ejecución se trate o si resuelve cuestiones no controvertidas en el pleito ni decididas en la ejecutoria, de lo que se deduce que dicha clase de recurso no puede fundamentarse en las causas enumeradas en el artículo 1692...” (47). Porque, como dice la sentencia de 5 de abril de 1966, en fase de ejecución “es a todas luces improcedente suscitar problemas sustantivos de presuntas infracciones legislativas”. De lo contrario, el período de ejecución podría convertirse en una verdadera revisión del fallo que ya es firme o, cuanto menos, en una adición

(45) Sentencia de 28 de noviembre de 1980, citada.

(46) Sentencia de 7 de diciembre de 1965, citada. En el mismo sentido, la sentencia de 23 de febrero de 1977.

(47) En el mismo sentido, la sentencia de 23 de noviembre de 1979.

sobre temas no propuestos a debate en el momento oportuno del proceso (48).

21. E) Respecto a los dos concretos motivos que abren este especial recurso contra las resoluciones dictadas en el período de ejecución de sentencias, ambos suponen un exceso de poder parcial del juez de la ejecución. “A poco que se pare la atención —dice De la Plaza— se advierte que lo mismo en una que en otra de las hipótesis legales, el juez se excede parcialmente y extiende indebidamente sus poderes más allá de lo que consienten los términos de la sentencia que trata de ejecutarse. Por eso, el recurso de casación no tiende, en este caso, a resolver los errores *in iudicando* en que haya podido incidirse al resolver cuestiones sobre las que no versó el fallo o al decidir otras que no se controvertieron. Se propone, con menos ambición, declarar que es inoperante cuanto exceda del fallo, y que a la esencia de éste precisa estar para que lo resuelto con exceso de poder no abra la vía de la casación” (49).

Ambos motivos, en definitiva, engloban un supuesto especial de incongruencia del juez ejecutor, determinante de un exceso de poder parcial por violación de las normas procesales que le ordenan atenerse en la ejecución a los términos de la sentencia firme, sin modificarla ni contrariarla. Se trata, por consiguiente, de vicios *in procedendo* en sentido estricto (50), no obstante lo cual, es unánime la jurisprudencia que, en ausencia de declaración legal, remite el procedimiento de este recurso al señalado para el recurso de casación por infracción de ley (50 bis).

Por cuanto hace referencia al contenido concreto de los dos motivos del artículo 1695 (hoy 1687, n° 2) de la L.e.c., debe observarse lo siguiente:

a) El primero de ellos exige que el juez ejecutor resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia. Una abundante jurisprudencia viene entendiendo que tales puntos sustancia-

(48) En el mismo sentido, las sentencias de 9 de febrero de 1973, 22 de diciembre de 1973, 29 de mayo de 1974 y 26 de noviembre de 1977.

(49) De la Plaza, *La casación civil*, Madrid 1944, pág. 338. Sale así al paso de Manresa (lug. ult. citado), que entendía que “si se resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, se ventila una cuestión nueva en cuya resolución puede haberse infringido la ley”.

(50) Expresamente los califica como tales la sentencia de 8 de mayo de 1963.

(50 bis) La observación precedente ha perdido su interés después de la reforma de la L.e.c., que ha suprimido la distinción entre vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo* (aunque esta distinción siga existiendo sustancialmente y determine un distinto contenido de la sentencia) y ha unificado en un solo procedimiento la tramitación del recurso de casación.

les son no sólo los mencionados expresamente en el fallo, sino también los que sean consecuencia natural e ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelven (51).

Respecto de ellos se exige, primero, que sean puntos sustanciales, porque si no lo son no puede hablarse de incongruencia del juez ejecutor en sentido estricto (52). En segundo lugar, se exige que concurren las dos condiciones señaladas: que no hayan sido controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia; porque, si no fueron controvertidos pero sí decididos, las partes pudieron recurrir contra la sentencia por otorgar más de lo pedido (artículo 1692, núm. 3º, inciso primero de la L.e.c.); y si fueron controvertidos pero no decididos en la sentencia, por omisión de pronunciamiento (artículo 1692, núm. 3º, inciso segundo) (52 bis). Sin que quepa, en este segundo caso, que el juez ejecutor vuelva sobre el proceso de cognición y resuelva las cuestiones planteadas con anterioridad y no resueltas en su momento (53).

b) El segundo trata de mantener al juez de la ejecución dentro de los límites a los que se extiende la eficacia de cosa juzgada material de la sentencia a ejecutar. Como dice la sentencia de 15 de junio de 1963, se incide en él "cuando, con infracción de la cosa juzgada, se otorga más o menos o cosa distinta de lo mandado en la sentencia, pues, habiéndose de estar a la esencia de ésta, es inoperante cuanto exceda del fallo" (54).

22. Un resumen de la construcción jurisprudencial de este recurso se halla contenido en la sentencia de 24 de febrero de 1967. Conforme a ella, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

(51) Sentencias de 26 de junio de 1950, 10 de marzo de 1959, 18 de marzo de 1960, 18 de febrero de 1964, 16 de octubre de 1965, 27 de abril de 1967, 27 de febrero de 1971, 25 de septiembre de 1978, citada, 16 de febrero y 23 de noviembre de 1979.

(52) Como dice la sentencia de 25 de septiembre de 1978, no existe exceso de poder y, por tanto, no habrá lugar al recurso de casación "cuando en la fase ejecutiva se decida una cuestión accesoria que sea también lógica y natural consecuencia de lo acordado... o se resuelvan puntos que son aspectos insoslayables de la cuestión controvertida a que atañe la ejecutoria".

(52 bis) Mantengo la redacción primitiva del trabajo, aunque después de la reforma de la L.e.c. los distintos motivos de casación por incongruencia de la sentencia se han unificado y recogido en el art. 1691, n.º 3 ("quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia...").

(53) Como dice la sentencia de 6 de julio de 1977, "en trámite de ejecución de sentencia no puede discutirse si la ejecutoria es incongruente con las peticiones de las partes en el pleito". En el mismo sentido, la sentencia de 6 de julio de 1977. Es evidente, por lo demás, que se refiere a cualquier tipo de incongruencia, incluida la omisión de pronunciamiento, por muy discutible que sea su configuración legal como tal.

(54) En el mismo sentido, las sentencias de 9 y 22 de marzo de 1979.

a) La ejecución de la sentencia firme recaída en un proceso, tanto en lo que se refiere a la interpretación de los términos del propio fallo en orden a su contenido o alcance, como a la práctica de las diligencias que han de conducir a la debida efectividad de los pronunciamientos del mismo, es de la exclusiva competencia del Tribunal de instancia y materia, por tanto, ajena al control del recurso de casación. Por eso la ley, en su artículo 1695, comienza por disponer, como regla general, que “no habrá lugar al recurso de casación contra los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias”.

b) Excepcionalmente, ante la posibilidad de que esta actuación exclusiva de los tribunales de instancia pueda desviarse, en el sentido de ir más allá o en contra de lo estrictamente ordenado en el fallo, queda abierto el recurso de casación como único medio de evitar la anomalía de que el respeto debido a la cosa juzgada se quiebre en las propias diligencias, cuyo único objeto es hacer realidad lo resuelto en la litis, o que se den por decididas cuestiones sustanciales que no lo fueron, careciendo, por consiguiente, lo resuelto en ejecución de sentencia de toda base en el propio fallo, cuya efectividad se persigue. De ahí que la L.e.c., después de sentar la regla general, admita las dos excepciones contenidas en el propio artículo 1695 (hoy 1687, n° 2).

EL CONCEPTO DE DERECHO ECLESIASTICO

GREGORIO DELGADO DEL RIO

SUMARIO: I. LA DIMENSION SOCIAL Y JURIDICA DE LO RELIGIOSO: 1. Planteamiento. 2. Manifestaciones sociales de lo religioso. 3. La acción conformadora del Derecho. II. LA OPCION BASICA DEL ESTADO FRENTE AL FACTOR RELIGIOSO. III. RAMA AUTONOMA DEL ORDENAMIENTO ESTATAL: 1. Planteamiento. 2. Una objeción frecuente. 3. Elemento definidor. 4. Carácter prevalentemente público. 5. La especialización jurídica. IV. DERECHO COMUN O ESPECIAL: 1. Planteamiento. 2. Algunas valoraciones críticas. 3. El núcleo central del problema. V. EL DERECHO ECLESIASTICO INTERNACIONAL.

I. LA DIMENSION SOCIAL Y JURIDICA DE LO RELIGIOSO

1. Planteamiento

Con independencia de cualquier otra posible valoración, el llamado fenómeno religioso se manifiesta como un hecho socialmente relevante. Sin embargo, podría pensarse que tal hecho (siguiendo, por otra parte, viejas posiciones ideológicas) debería circunscribirse exclusivamente al ámbito de la conciencia, de la intimidad personal. Lo contrario supondría incluso una quiebra de su verdadera identidad. Desde esta perspectiva, lo religioso sería opuesto y hasta contradictorio con cualquier consideración jurídica. La óptica del Derecho se relaciona más con la forma externa de los actos, con las estructuras de poder, con las normas imperativas cuyo cumplimiento se asegura a través de todo un aparato coactivo externo y, en general, con la dimensión social de la vida humana.

Igualmente se podría argumentar que un Estado como el español, que ha dejado de ser confesional (art. 16,3 Const.), que se proclama como "social y democrático de Derecho" (art. 1,1), y que se inserta, por fin, en las corrientes ideológicas que definen políticamente la actual civi-

lización occidental, no parece que deba prestar demasiada atención al fenómeno religioso. En esta línea de pensamiento no tendría demasiado sentido hablar de un Derecho eclesiástico. En definitiva, los anteriores planteamientos imponen una pregunta clave: ¿El fenómeno religioso ofrece una dimensión social susceptible de ser organizada jurídicamente de acuerdo con los principios y normas del ordenamiento jurídico español?

2. Manifestaciones sociales de lo religioso

Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos enumerar las siguientes manifestaciones de indudable incidencia social, política y jurídica, operadas por la plural vivencia de lo religioso:

1) Aún cuando el concepto de religión haya experimentado una notable evolución, toda creencia religiosa comporta esencialmente una *moral*. Todo credo religioso afirma un modo peculiar de entender las relaciones con la divinidad y con el resto de los humanos, junto con una específica concepción del mundo y de los bienes terrenos. Es más, todo creyente siente la necesidad y la tendencia innata a convertir su moral en *moral-social*, esto es, en informadora de la vida política y social de la comunidad, en inspiradora de las normas jurídicas que la rigen y de las instituciones que la representan.

Tal dinamismo se ha concretado históricamente en las más variadas manifestaciones. Baste recordar, a título ejemplificador, la actitud del ciudadano que emite su voto en coherencia con sus creencias religiosas o la problemática tan actual de la objeción de conciencia. No puede dudarse, como afirma Lombardía, “que el factor religioso juega un papel decisivo en relación con el ideal de justicia, la fundamentación de los ordenamientos jurídicos, el enjuiciamiento de la legitimidad del poder político, el modo de entender las relaciones entre orden y libertad”.

Si esto es así, el Derecho no puede permanecer ajeno a tan significativo factor social. Se trata de un *valor* que se manifiesta en la realidad social, a cuya configuración asiste con pretensiones especialmente activas. Llega a constituir, en algunos casos, un activo poder fáctico concurrente en el proceso de toma de decisiones del poder político y social en orden a transformar o a conservar las estructuras sociales y la vida colectiva de acuerdo con su proyecto o visión específica.

2) Sin ignorar posibles desviaciones al respecto, lo religioso se manifiesta siempre como un específico fenómeno social. Por su misma naturaleza, tiende a manifestarse a los demás, a ser anunciado y participa-

do, a una vivencia en común. Conlleva un innato afán proselitista y determina en consecuencia la constitución de grupos o comunidades para una más eficaz satisfacción de sus intereses (difusión de la propia fe y práctica del culto). Los grupos religiosos cuentan de ordinario con una organización propia, una estructura jerárquica y unas normas ordenadoras de la vida comunitaria. En este contexto, no puede ignorarse su presencia. Son grupos socialmente organizados que, junto con otros de diferente signo, articulan la multiforme realidad social de un Estado.

3) A través de sus diferentes formas históricas, lo religioso en general y, para determinados países, concretos credos religiosos constituyen un elemento definidor, explican su historia y alguna de las características propias de su civilización. Así, por ejemplo, sería imposible entender la civilización europea al margen del cristianismo. El mundo de las letras, las ciencias, las artes y el Derecho exigen una necesaria comprensión previa de lo específico religioso en cualquier intento serio de acercamiento a su significación histórica y actual. Apreciación especialmente válida con referencia a España.

Si el Derecho no quiere volver a un formalismo positivista, ya superado, no puede prescindir de este dato, permanentemente activo. ¿Cómo entender, por ejemplo, muchas instituciones jurídicas actuales al margen del Derecho canónico y de la presencia activa de la Iglesia católica en la civilización occidental? Si lo religioso, en diferentes modos e intensidades, forma parte de la historia y cultura de un pueblo, ¿cómo pretender la comprensión de su opción civilizadora presente sin referencia a tan activo factor social?

4) Sin duda alguna, podría pensarse que, de acuerdo con ciertas posiciones ideológicas, nada de lo referido responde a las exigencias de nuestro tiempo. El hombre y la civilización actuales han superado, de modo definitivo, muchas alienaciones pasadas. Entre los valores de la civilización actual no puede olvidarse el aporte y la contribución del ateísmo que conlleva una negación radical de lo religioso. Es necesario olvidar el pasado religioso. En cualquier caso, concluyen, lo religioso no entraría en los esquemas de una opción progresista, capaz de transformar la decadente civilización actual.

No puede negarse la existencia del referido fenómeno ateuístico ni la dimensión universal de la opción civilizadora que propugna. Se trata de un fenómeno tutelado, por cierto, a través del derecho de libertad religiosa, que lucha, junto con otros factores sociales, en la conformación del mundo actual. Pero, nada más. La aparición y presencia del ateísmo

no significa la erradicación de los restantes modos de entender y organizar el mundo. También están presentes de modo activo en el concierto plural de la civilización. Baste recordar, por ejemplo, las visiones del cristianismo o del islám.

Es más, la persona humana aparece como el punto de referencia del entero sistema jurídico, al menos occidental. Las Constituciones de los Estados reflejan una marcada impronta personalista y otorgan un valor supremo a la persona, cuyo pleno y "libre desarrollo" (art. 10,1 Const.) se auspicia en cuanto "fundamento del orden político y de la paz social". En este contexto, no puede ignorarse que lo religioso aparece para el hombre —al menos, para muchos— como dimensión válida y orientadora de la propia vida, como un valor realizable. De aquí, el particular interés de cualquier ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional, en relación con el fenómeno religioso. Interés que se concreta en una doble dirección de garantía y promoción.

5) La indudable dimensión social del fenómeno religioso explica que el Estado regule con su Derecho determinados aspectos del mismo. Así ha sido históricamente y lo es en la actualidad, aunque con diferentes y variadas orientaciones. Resulta muy difícil encontrar un ordenamiento jurídico estatal que no contemple de algún modo ciertos aspectos referidos a las prácticas religiosas de los ciudadanos, aunque sólo sea para garantizar respetuosamente su ejercicio.

Nada de extraño tiene la anterior actitud si no se olvida que el derecho de libertad religiosa ya aparece en las más antiguas declaraciones de derechos, como la de Virginia y la de la Revolución francesa, y engloba la lista de derechos fundamentales del hombre en cualquiera de sus proclamaciones posteriores. Ahora bien, si el respeto, tutela y promoción de los derechos humanos se constituye en elemento esencial y definidor de la civilización moderna, nadie se sorprenderá ante el hecho de que un ordenamiento estatal regule el ejercicio del derecho de libertad religiosa, proclamado constitucionalmente, del mismo modo que el resto de los derechos fundamentales del hombre. En definitiva, se reconoce la importancia y transcendencia de lo religioso en cuanto factor social al servicio del pleno desarrollo de la persona.

6) Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español bastará, sin desconocer otras manifestaciones, con recordar el contenido del art. 16 de la vigente Constitución, coherente con la Declaración universal de derechos humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España al respecto. En efecto, el reconocimiento del derecho de

libertad religiosa, individual y comunitario (art. 16,1 Const.), en su dimensión garantística y de promoción (art. 9,2 Const.), proclama la indudable dimensión social del fenómeno religioso, su específica significación como factor social. Hasta el punto que “los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones” (art. 16,3 Const.) en orden a potenciar y hacer real y efectivo “el libre desarrollo de la personalidad” de los ciudadanos.

Ello es así, no sólo en cuanto que se garantiza un “status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia” sino también en cuanto que el derecho de libertad religiosa, al igual que el resto de los derechos fundamentales, aparece como “elemento fundamental de un ordenamiento objetivo” (el de un Estado social y democrático de Derecho como es el español) de la comunidad nacional, “en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica” (TC, RI, n. 25/1981).

Dudar, pues, de la dimensión social de lo religioso o afirmar que nuestro Estado debe desconocer la existencia de dicho factor social supondría mantener una posición ajena totalmente al marco constitucional.

3. *La acción conformadora del Derecho*

El Derecho, al abordar lo religioso presente en un determinado ámbito de soberanía, no pretende su conocimiento omni-comprensivo. Sólo puede acercarse a esta realidad desde la única perspectiva que le es posible. Lo religioso no le interesa *en cuanto tal* sino en aquella dimensión susceptible de ser captada por el Derecho. Se trata de una limitación acorde con su naturaleza. El Derecho sólo puede pretender “regular el fenómeno religioso en su estricta dimensión de *factor social* susceptible de tratamiento *jurídico civil*” (Viladrich).

Entre las posibles dimensiones de lo religioso, al Derecho únicamente le interesa aquella en cuya virtud se manifiesta y actúa como un factor social más, aunque específico, en el ámbito soberano de un determinado Estado. El Derecho sólo puede centrar su atención en las manifestaciones sociales de lo religioso, a las que hemos aludido con anterioridad. Esto supuesto, es necesario subrayar “el sometimiento de esa exclusiva dimensión de lo religioso, como factor social, a los principios y a las normas del *ordenamiento jurídico civil*, el cual, en tanto que *jurídico*, circunscribe su regulación a las manifestaciones externas, intersubjetivas

y dotadas de valores de justicia, que son las que puede captar el Derecho; y, en tanto que *civil*, inspira su tratamiento en aquellos principios y fines que son los propios del bien común de la comunidad política, evitando con escrúpulo la adopción de criterios de naturaleza religiosa (que empañaría la no confesionalidad del Estado) a la hora de regular el hecho religioso que, como factor social, se manifiesta y actúa en el ámbito de la soberanía estatal" (Viladrich).

En consecuencia, la acción conformadora del Derecho queda circunscrita a *lo religioso en cuanto factor social* susceptible de ser ordenado en conexión con el resto del ordenamiento. Esta acción ordenadora del factor social religioso, plasmada generalmente en un complejo normativo de diferente rango, constituye el llamado, con práctica unanimidad, *Derecho eclesiástico estatal*. Esto es, aquel sector del ordenamiento jurídico del Estado que se ocupa específicamente de ordenar, conforme a justicia, el factor religioso en cuanto tal factor social.

No obstante, es preciso reconocer, como ha puesto de relieve un sector de la doctrina, la dificultad existente a la hora de individualizar su objeto, al menos en comparación con otras ramas del ordenamiento jurídico. El Derecho eclesiástico deberá regular un conjunto de comportamientos, actividades, instituciones y relaciones de finalidad religiosa. Al menos en muchos casos, individualizar tal finalidad religiosa implicará manejar unos criterios de valoración difícilmente reconducibles a datos objetivos. Se corre el riesgo de una extensión inmoderada, capaz de acoger a multitud de actividades no estrictamente religiosas. Pero ello hace más sugestiva la labor tendente a la construcción de todo un sistema eclesiástico que evite los errores y faltas de equilibrio en la garantía y promoción de tan activo factor social.

II. LA OPCION BASICA DEL ESTADO FRENTE AL FACTOR RELIGIOSO

De acuerdo con la exposición anterior, hay Derecho eclesiástico, aunque no se denomine así, siempre que un Estado, a través del Derecho, regule con sus normas algún aspecto del factor religioso. En este sentido, siempre ha existido un Derecho eclesiástico. La clave para una más precisa identificación radica en la actitud básica de cada Estado frente al factor religioso, en una previa e informadora opción fundamental de cada Estado en materia religiosa. Por este motivo, diríamos que no existe un concepto único y absoluto de Derecho eclesiástico, o, quizás con

mayor precisión, que el Derecho eclesiástico puede venir caracterizado por rasgos muy diversos en cada Estado.

En efecto, la opción fundamental de los Estados frente al factor religioso ha revestido, a lo largo de la historia, las más diversas manifestaciones. Unos han protegido una determinada religión con desconocimiento y perjuicio de las restantes; otros han fomentado y promocionado el factor religioso sin discriminación alguna o, simplemente, han permanecido neutrales; otros, por el contrario, han perseguido cualquier manifestación religiosa. A su vez, dentro de estas opciones simplificadoras, cabría matizar y diferenciar multitud de aspectos. En cualquier caso, el signo del Derecho eclesiástico depende, en cada caso, de la opción fundamental del Estado frente a lo religioso en cada momento histórico.

En realidad, dicha opción fundamental "define al Estado ante lo religioso" (Viladrich) ya que implica el aceptar y establecer un determinado criterio de identificación del propio Estado ante el factor religioso. Esto es, fijar, a nivel constitucional, cuál sea el principio básico y primario de organización social en materia religiosa que habrá, en su condición de tal, de iluminar al resto de los principios y criterios sobre el particular.

En este aspecto tan definidor, nuestra Constitución ha optado por una alternativa novedosa, superadora de las conocidas opciones pendulares de la historia constitucional española. En efecto, la Constitución de 1978 ha otorgado al principio de libertad religiosa el rango de primer y básico principio organizador del factor religioso. De este modo, el principio de confesionalidad desaparece totalmente del horizonte constitucional y el principio de laicidad pasa a ocupar un lugar secundario que "expresa la activa responsabilidad de indole 'civil' que pesa sobre el Estado en la promoción y garantía del factor social religioso considerado en sentido estricto como parte del bien común" (Viladrich).

Esto supuesto, interesa realizar una precisión que nos parece capital, sobre todo a la vista de determinadas posiciones doctrinales, todavía ancladas en el pasado. La fuente inspiradora de la opción constitucional en materia religiosa, como en cualquier otra, ya no es la doctrina de la Iglesia católica sino *la soberanía nacional que reside en el pueblo español* del que emanan los poderes del Estado (art. 1,2 Const.) y cuya expresión jurídica fundamental es la propia Constitución. En consecuencia, el tratamiento del factor religioso no viene determinado por lo que entienda una determinada confesión (más concretamente, la Iglesia católica) como tal sino por la voluntad real del pueblo español, expresada

en la Constitución. El tratamiento del factor religioso se enmarca dentro del cuadro general delineado por la Constitución. No caben otros puntos de referencia. Nuestra Constitución ha propugnado "como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (art. 1,1), cauce y meta a realizar en la convivencia. Asimismo ha reconocido unos derechos fundamentales y libertades públicas.

El factor religioso, explícitamente tutelado a través del derecho de libertad religiosa, no puede ser una excepción. Su tratamiento jurídico ha de servir y potenciar dichos valores superiores. Lo religioso, en lo que tiene de factor social, debe manifestarse, encauzarse, vivirse de tal modo que contribuya al logro de tan supremas aspiraciones del pueblo español. El régimen jurídico del factor religioso ha de constituir una pieza más dentro del conjunto constitucional. Ha de adaptarse y servir a lo que, en cada momento histórico, se entienda por opción civilizada en términos de libertad, justicia, igualdad y pluralismo social. Habrá de seguir la propia evolución y progreso sobre lo que la conciencia humana entienda, en cada momento, como valores superiores del ordenamiento. En definitiva, entendemos que el régimen jurídico del factor religioso debe insertarse plenamente y con todas las consecuencias en el marco constitucional. Los grandes criterios y principios inspiradores de dicho régimen jurídico deberán deducirse de la Constitución, no de la doctrina de ninguna confesión religiosa.

III. RAMA AUTONOMA DEL ORDENAMIENTO ESTATAL

1. Planteamiento

Es conocido que la autonomía científica del Derecho eclesiástico ha sido contestada, de algún modo, desde sus inicios y sigue hoy día preocupando a la doctrina. Diríamos con Englard que ello es "síntoma de un cierto sentido de inseguridad", propio de una disciplina reciente que debe afirmar continuamente "su propia existencia frente a las restantes ramas" del ordenamiento jurídico. Apreciación especialmente válida para el Derecho eclesiástico español.

En realidad, esta temática, predicable también de otras ramas del ordenamiento jurídico, se inserta en el proceso de desgajamiento del viejo árbol del *Ius commune* como consecuencia de la moderna especialización. Sin detrimento de la unidad del ordenamiento, se ha consolidado,

en la ciencia jurídica, la especialización por áreas o sectores materiales. Fenómeno progresivo que aún alumbrará nuevas ramas en el futuro.

No cabe duda alguna que el factor religioso ha sido y es objeto de atención constante por parte del ordenamiento jurídico estatal. Ello es un hecho evidente. La problemática, en consecuencia, se centra en torno a estas preguntas: ¿Cómo realizar el estudio de la normativa estatal en torno a los múltiples aspectos que ofrece el factor religioso? ¿Ha de hacerse de un modo unitario y autónomo mediante la elaboración de una rama de la ciencia jurídica, denominada Derecho eclesiástico?

2. Una objeción frecuente

Con toda probabilidad, la objeción más frecuente se concreta en subrayar la manifiesta heterogeneidad de la materia. Por su misma naturaleza, las normas estatales relativas al factor religioso pueden encuadrarse perfectamente en otras ramas del Derecho público o privado: Derecho constitucional, internacional, administrativo, financiero y tributario, penal, etc. Desde esta perspectiva, el Derecho eclesiástico carece de una homogeneidad e individualidad propias.

Sin embargo, este hecho, como ha subrayado D'Avack, representa un fenómeno común a todas las disciplinas jurídicas como natural y necesaria consecuencia del fundamental principio de unidad del ordenamiento jurídico. La individualización y distinción de las diferentes ramas jurídicas —prosigue el citado autor— es meramente convencional, no constituyen compartimentos estancos y se interfieren recíprocamente.

Tampoco parece que tenga consistencia la alegación de falta de autonomía legal ya que, de lo contrario, habría que negar dicha autonomía científica a la mayor parte de las ramas del Derecho público, sin contar la consumada desmitificación codicial operada en el Derecho actual.

3. Elemento definidor

La autonomía de una rama de la ciencia jurídica exige, en primer lugar, un conjunto de normas cuantitativamente significativa de tal forma que integre un todo netamente diferenciado del ordenamiento originario y centrado en la regulación de una categoría especial de relaciones e instituciones. En definitiva, se exige un todo normativo importante sobre un objeto o materia específica. En este sentido, el ordenamiento jurídico español ofrece una cantidad suficientemente amplia de normas ju-

ridicas sobre el factor religioso. Masa normativa que irá progresivamente incrementándose como consecuencia del normal desarrollo constitucional y de la creciente actividad de la Administración. Sin embargo, el elemento definidor de la autonomía científica de una rama de la ciencia jurídica radica en el criterio unificador de esa masa normativa, en el principio orgánico de unidad, capaz de informar y reconducir a sistema todo el conjunto.

La autonomía científica del Derecho eclesiástico depende de “una sistematización científica unitaria y complexiva tanto por la significación del objeto cuanto por la posibilidad de que las diversas regulaciones que el ordenamiento otorga al tema religioso obedezcan a unos principios informadores” (Bernández). La clave, pues, estriba, más que en la especial significación de la materia en sí (factor religioso), en la peculiar significación del complejo normativo eclesiasticista por responder coherentemente a unos principios informadores que son los que le dotan de unidad orgánica.

A este respecto se ha subrayado recientemente que “cuando hablamos de reconocer efectos civiles a una sentencia canónica de nulidad del matrimonio, o cuando hablamos de la necesidad de establecer un sistema de financiación a las comunidades religiosas, estamos en realidad hablando de una misma cosa, todo ello es pura y simplemente una manifestación, de entre las muchas posibles, de la necesidad de proteger el derecho fundamental de libertad religiosa. Se podrá discutir si el modo de proteger ese derecho en nuestro ordenamiento es el correcto; se podrá discutir acerca de si esta o aquella conceptualización del derecho de libertad religiosa es la adecuada, pero discutir todo ello será discutir de Derecho eclesiástico, y, me parece, no se comprenderá la raíz de todos esos problemas, y en consecuencia no se les podrá dar una solución adecuada si simultáneamente no se comprende que todos esos problemas son sencillamente un tema de libertad religiosa” (Ibán).

En definitiva, para que pueda hablarse de autonomía científica del Derecho eclesiástico es necesario “que en un determinado ordenamiento estatal el fenómeno religioso tenga una regulación propia y específica; es decir, que sea objeto de un *Derecho especial*, que venga a regular un conjunto de hechos sociales agrupados bajo este específico punto de vista y que resulte diferenciado del derecho más general, tomado bajo un concepto en el cual no entra como criterio de calificación la religiosidad” (D'Avack).

4. *Carácter prevalentemente público*

Bajo el presente epígrafe se desea dejar constancia de la opinión generalizada de la doctrina. El Derecho eclesiástico es, con carácter prevalente, una rama autónoma del Derecho público. En este contexto, me parece oportuno destacar algún aspecto que estimo de gran importancia en la futura construcción científica del Derecho eclesiástico español.

Aún cuando cada vez se difumina más la vieja distinción entre Derecho público y privado, no cabe duda de la necesidad de acercarse a esta realidad jurídica (el factor religioso) con el talante, la perspectiva y el método propios de lo que en la ciencia del Derecho moderno se conoce como Derecho público. Perspectiva que exigirá a los cultivadores de esta rama jurídica un específico bagaje técnico que, hasta ahora, no nos era familiar. Es necesario, pues, un esfuerzo notable de adaptación.

Asimismo y sin empañar en nada su carácter jurídico, conviene tener presente, como ha recordado Cassese, que, dada su naturaleza, es difícilmente separable del pensamiento político, de las luchas ideológicas y de la acción política. Característica especialmente sentida siempre que se trata del factor religioso en cualquiera de sus manifestaciones. Precisamente por ello es más urgente su tratamiento jurídico desde la óptica de su garantía y promoción.

Finalmente habría que recordar la observación de Jemolo sobre la importancia particular que, en todo el Derecho público, tiene el comportamiento constante de los órganos estatales. En este sentido, aunque no suelen mencionarse entre las fuentes, cobran una especial relevancia la jurisprudencia, la doctrina, la práctica administrativa, los precedentes parlamentarios y administrativos y, en general, los usos habituales de la Administración pública.

5. *La especialización jurídica*

Como ha puesto de relieve algún sector de la doctrina, la especificación de la ciencia jurídica en distintas ramas es un tema convencional y me atrevería a decir que tópico. Desde luego no reviste en la actualidad la importancia que, en tiempos pasados, se le atribuía. En mi opinión, es preciso desmitificar el tema y afrontarlo con realismo y practicidad.

En estas coordenadas, la especialización en ramas contribuirá, como es obvio dada la experiencia al respecto, al progreso de la ciencia jurídica y, en tal sentido, servirá más eficazmente a la realización de los

valores superiores del ordenamiento jurídico. A nadie se le ocurrirá pensar que la actual especialización, surgida mediante un previo desgajamiento del árbol del Derecho común, no ha hecho progresar a la ciencia jurídica. ¿Qué razones de fondo, entonces, se pueden alegar para justificar, en la era de la especialización a todos los niveles, una excepción con respecto a la ciencia jurídica?

No me parece oportuno luchar contra la realidad de los hechos. La especialización está presente y diría que con singular actividad ante la complejidad monstruosa de la ciencia jurídica actual. El problema no se plantea sólo en relación con el régimen jurídico del factor religioso sino también, como ya ha sido justamente señalado, con otros amplios sectores del ordenamiento jurídico. Difícilmente es defendible una posición tendente a considerar la actual especialización en ramas autónomas como un número cerrado. Sería tanto como negar la propia naturaleza, evolución y progreso de la ciencia jurídica.

Es preciso reconocer que la mayoría de las veces la verdadera objeción de fondo está más próxima a posiciones ideológicas previas y a situaciones personales en conexión con el espíritu de cuerpo que a un auténtico talante científico. La actual estructura de los planes de estudios en nuestras Facultades de Derecho y la correspondiente plantilla del Profesorado universitario no parece que se correspondan demasiado con la realidad ni contribuyan a una progresiva evolución de los estudios jurídicos.

Por lo que se refiere al Derecho eclesiástico, nos encontramos con todos los ingredientes necesarios para su elaboración científica autónoma. En el ordenamiento jurídico español existe, sin duda alguna, una importante normativa en torno al factor religioso que irá progresivamente incrementándose. Materia normativa que, a mi entender, responde a unos principios constitucionales difícilmente realizables sin un Derecho especial y sin, en muchos casos, un bagaje técnico también especial. Los materiales, están a la mano. Sólo resta poner manos a la obra y hacer realidad tan sugestiva posibilidad.

IV. DERECHO COMUN O ESPECIAL

1. Planteamiento

Como expusimos en el apartado referido al elemento definidor del Derecho eclesiástico, éste se ha venido caracterizando por la doctrina co-

mo un *derecho especial*. Frente a tal calificación, se ha subrayado —fundamentalmente por un sector de la doctrina italiana— que ello obedece a una previa actitud política del Estado respecto al fenómeno religioso. Su línea argumental se centra en torno a los siguientes aspectos:

1) Allí donde el principio de separación entre la Iglesia y el Estado —de inspiración liberal— ha logrado consolidarse, no existe una rama autónoma de la ciencia jurídica cuyo objeto sea el estudio del régimen jurídico del factor religioso. Al respecto se aducen los ejemplos de Francia, Bélgica y Estados Unidos. El factor religioso es regulado por el Derecho común.

2) Allí donde el mencionado principio de separación no ha arraigado en profundidad, asistimos a un considerable desarrollo del Derecho eclesiástico como rama autónoma del ordenamiento jurídico. El Estado, sobre una base jurisdiccionalista, habría favorecido con una normativa especial el factor religioso en general y, más en concreto, al factor religioso de signo católico o cristiano. En concreto, se subraya cómo la Iglesia católica, a través de este Derecho especial, goza de una situación privilegiada en ciertos países.

3) Con independencia de los supuestos concretos, este sector doctrinal insiste en que el Estado moderno, al proclamar su neutralidad en materia religiosa y la igualdad, no debe regular el factor religioso con normas de Derecho especial, sino común. Todas las confesiones religiosas son iguales, gozan de igual libertad y son acreedoras de un mismo trato jurídico. La especialidad encierra solapadamente un trato de favor, privilegiado y discriminatorio, que no debe tolerar un Estado democrático.

2. *Algunas valoraciones críticas*

Aún cuando no pretendemos explicitar ahora todas y cada una de las valoraciones posibles en torno a los anteriores planteamientos, sí queremos subrayar algunos aspectos relacionados con lo que consideramos el trasfondo ideológico subyacente:

1) No puede negarse lo que hay de cierto en el análisis anterior. La afirmación de la separación entre la Iglesia y el Estado, superando la privilegiada confesionalidad, ha traído consigo una notable reducción de la normativa estatal específica sobre el factor religioso. Esto es un hecho en muchos Estados democráticos, si bien no debe olvidarse otro hecho no menos evidente: la confesionalidad islámica y la actitud frente al factor religioso en las llamadas democracias populares.

2) No puede ignorarse, en ciertos casos, el dato cierto de la situación privilegiada de la Iglesia católica. En base a razones de muy diferente valor, el llamado Derecho eclesiástico, entendido como Derecho especial, ha ocultado una pretensión, normalmente satisfecha, de mantenimiento de situaciones del pasado, discriminatorias y privilegiadas.

3) La conclusión del proceso de aconfesionalización no implica que los Estados democráticos vayan a prescindir de la regulación jurídica de un factor social tan activo como es el religioso. Tanto las Declaraciones de derechos humanos como las Constituciones de los Estados democráticos reconocen y tutelan el derecho fundamental de libertad religiosa. Ello da lugar necesariamente a una normativa jurídica, más o menos cuantiosa.

4) La experiencia legislativa demuestra que los Parlamentos se significan por la producción diaria de leyes especiales, no privilegiarias, para regular los más variados factores sociales. ¿Acaso el factor religioso ha de ser una excepción? Incluso habría que poner en entredicho la tópica afirmación de la ausencia de un Derecho eclesiástico en Estados Unidos, aunque éste, como es lógico, revista los caracteres propios del sistema de *common law*.

3. *El núcleo central del problema*

En mi opinión, la respuesta en torno a la cuestión planteada no puede cifrarse, sin más, en volver la vista hacia el pasado. El viejo principio liberal de separación entre la Iglesia y el Estado, como inspirador de un Derecho común que regule el factor religioso, es hijo de su tiempo y, en consecuencia, cargado de limitaciones a la hora de iluminar el régimen jurídico del factor religioso en los tiempos actuales.

En los Estados democráticos avanzados, se otorga, sin olvidar el aspecto individual, un especial relieve a la dimensión comunitaria de los fenómenos sociales. Los grupos sociales organizados desempeñan un papel de primer orden en cualquier democracia pluralista. La laicidad del Estado en el tratamiento del factor religioso ha perdido, en general, la pesada carga de agnosticismo y prejuicios ideológicos, habituales en el pasado. En este contexto, me parece acertada la afirmación de Viladrich al entender que “la fórmula del Derecho común arrastra un sutil jurisdiccionalismo del Estado en materia religiosa”.

Supuesta la negación radical de cualquier posible discriminación o privilegio, el binomio Derecho común-Derecho especial ha de plantearse

en otros términos. El Derecho común no parece la fórmula más apropiada para regular la multiplicidad de fenómenos y realidades a que se hace referencia con la definición del Estado como democrático, social y pluralista. Aquí radica, en mi opinión, el núcleo central del problema. Someter al heterogéneo factor religioso, como a cualquier otro factor social específico, a un Derecho común uniforme no parece estar en consonancia con la afirmación simultánea del Estado democrático, social y pluralista. ¿Por qué igualar y unificar los distintos grupos sociales organizados de carácter religioso con realidades esencialmente distintas? ¿Por qué igualar y unificar a las distintas confesiones religiosas si son diversas entre sí? Desde esta perspectiva, parece más coherente con los postulados constitucionales definidores del Estado moderno utilizar la fórmula del Derecho especial que permite un desarrollo del factor social, en nuestro caso religioso, de acuerdo con sus específicas características.

En mi opinión, no es posible seguir anclados en los esquemas del viejo sistema de separación. El Estado moderno, que se define así mismo como social y democrático de Derecho, no es aquel en cuyo contexto se abrió camino la sociedad democrático-liberal. Aquel periodo, de innegable interés y fecundidad, ha dado origen a una evolución más progresista e entregadora de la libertad y de la persona humana. La afirmación de unos valores superiores, y de unos derechos fundamentales y libertades públicas, están ahora plenamente al servicio de la dignidad y libre desarrollo de la persona. Es ésta última la que, además de su individualidad personal, desarrolla, como algo esencial, su dimensión comunitaria y se integra en formaciones sociales organizadas diversas para el logro más eficaz de su desarrollo. Tal dimensión no puede ser ignorada por el Estado actual. Por el contrario, ha de ser potenciada y tutelada a través del máximo respeto posible a su autonomía y especificidad. No parece que ello sea posible a través de un Derecho común que, en muchos casos, encubre una pretensión de signo uniforme y totalitario. Perspectiva aplicable a cualquier fenómeno social operante en el Estado.

No cabe duda, por otra parte, que la igualdad pertenece al patrimonio de la civilización actual. Nuestra Constitución la propugna como valor superior del ordenamiento (art. 1,1) y proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de religión (art. 14), entre otras circunstancias. Desde esta perspectiva, es preciso reconocer la validez de muchas de las reivindicaciones de la doctrina eclesiástica moderna. El problema, una vez más, se centra en el contenido que se otorgue a la mencionada igualdad. A este respecto, parece oportuno subrayar la compatibilidad entre igual-

dad y trato específico. Es decir, la igualdad no exige necesariamente un Derecho común que regule y, en consecuencia, unifique a todos los grupos sociales. Tal conclusión se armoniza perfectamente con la aplicación que del referido principio de igualdad viene haciendo nuestro Tribunal constitucional y con las declaraciones de derechos del hombre contenidas en los acuerdos y tratados internacionales, ratificados por España (art. 10,2 Const.).

En definitiva, entendemos que la existencia, dentro del ordenamiento jurídico, de un trato específico a los diferentes factores sociales (el religioso es uno de ellos) puede ser una fórmula que permita hacer realidad vivida el Estado social, democrático y pluralista sin quebrantar el "valor superior" de la igualdad.

V. EL DERECHO ECLESIASTICO INTERNACIONAL

"Junto a un concepto de Derecho eclesiástico interno, establecido unilateralmente por cada uno de los ordenamientos estatales..., se plantea también la noción de un Derecho eclesiástico internacional, surgido de la concorde voluntad de los Estados y constituido por aquellas normas y obligaciones, con las que los Estados se comprometen a adoptar una determinada legislación eclesiástica y de las que se deriva un deber pacticio externo de tener un Derecho eclesiástico interno de un determinado contenido" (D'Avack).

Si bien es cierto que el Derecho eclesiástico depende de la concreta opción de cada Estado frente al factor religioso, no lo es menos que cabe apreciar conexiones, analogías y puntos de coincidencia en el régimen jurídico que los diferentes Estados democráticos otorgan al referido factor social. Ello es así porque, en el actual estadio de la civilización occidental, se afirma con unanimidad un común patrimonio de valores superiores, de derechos fundamentales y de libertades públicas. Patrimonio común a cuya tutela y promoción se comprometen todos los modernos Estados democráticos a través de la ratificación de los distintos acuerdos, convenios y tratados internacionales para la protección de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, las opciones ideológicas y políticas de los distintos Estados democráticos en relación con el factor religioso coinciden básicamente. Todos ellos participan de un mismo acervo cultural, afirman unos valores superiores y reconocen unos mismos derechos fundamentales. En concreto, la tutela del derecho fundamental de libertad

e igualdad religiosas se constituye en el verdadero quicio en torno al cual gira todo el Derecho eclesiástico y no puede estar ausente de ninguna Constitución de un Estado que se defina como democrático.

Esto supuesto, cobra un especial interés —mayor del que, hasta ahora, le ha prestado la doctrina eclesiasticista— el estudio y sistematización de los valores, derechos y libertades que integran el sustrato básico y definidor del Estado democrático. Estudio y sistematización extensibles también a las normas y acciones que, a través de los pertinentes instrumentos internacionales, los Estados se comprometen a realizar a fin de hacer efectivos y reales tales derechos, valores y libertades en el ámbito de su respectiva soberanía. Trabajo que habrá de otorgar una especial atención a la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, la problemática cobra un interés especial dado que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10,2 Const.). Criterio que viene haciendo realidad nuestro Tribunal constitucional.

EL MODELO CIENTIFICO DE LA PRIMERA JURISPRUDENCIA*

ROLANDO TAMAYO Y SALMORAN

SUMARIO: I. LA CIENCIA CLASICA: 1. El conocimiento científico. 2. La inducción de principios generales. 3. El status de las premisas. 4. La estructura de la ciencia. 5. El ideal de la sistematización deductiva y la demostración. II. LA CIENCIA DEL DERECHO: 1. Geometría y jurisprudencia. 2. Las regulae iuris (principios de la jurisprudencia). 3. La inferencia. 4. La sistematización.

I. LA CIENCIA CLASICA (1)

1. El conocimiento científico

Aristóteles (384-322) (2) concibe la "investigación científica" como

* Este artículo, el cual forma parte de un trabajo más ambicioso sobre el derecho y la ciencia del derecho es la versión revisada de mi comunicación *Il modello de la prima giurisprudenza presentata a la Conferenza sulla Ragione nel Diritto* celebrada en Bolonia del 10 al 15 de diciembre de 1984 (previamente discutida en el *Segundo Simposio de Filosofía del Derecho* celebrado del 4 al 8 de junio de 1984 en la Cd. de Querétaro, México bajo los auspicios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro).

(1) En la exposición de este tema seguiré, *inter alia*, a John Losee. *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, Oxford University Press 1980; Allan, D.J. *The Philosophy of Aristotle*, Oxford University Press, 1978, Barnes, Jonathan. *Aristotle*, Oxford, Oxford University Press, 1982, Cresson, André. *Aristote. Sa vie, son oeuvre*, Presses Universitaires de France, 1963; Greene, Marjorie. *Portrait of Aristotle*, Londres, 1953; Jaeger, Werner W. *Aristotle; Fundamentals of the History of his Development*, Oxford, Oxford University Press, 1968; etc. etc.

(2) Aristóteles es el primer filósofo de la ciencia; hace filosofía de la ciencia cuando analiza los problemas de la investigación científica. Los *Analytica Posteriora* constituyen el principal trabajo de Aristóteles sobre la disciplina. A este podemos agregar los *Analytica Priora* (libro primero, 24a 10-52b 37), La *Physica* (esp. 184a 10-194b 15) y la *Meta physica* (esp. los primeros tres libros: 980a 22-1003b 16) donde explica ciertos aspectos del método científico. Cfr. Losse, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, cit., pp. 5 y 6.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 8 (Palma de Mallorca 1984).

una progresión que va de la observación de los hechos a los principios generales y regresa a los hechos. El científico tiene que inducir principios y deducir de ellos enunciados que “expliquen” los fenómenos.

Para Aristóteles el conocimiento científico comienza con el “conocimiento” de que cierto evento ocurre o de que ciertas propiedades coexisten (3). Sin embargo, la verdadera explicación científica se logra únicamente cuando los enunciados que hablan sobre estos eventos o propiedades son deducidos de los principios explicativos. La explicación científica es una transición del conocimiento de los hechos al conocimiento de las causas de los hechos (4).

El conocimiento científico difiere del conocimiento práctico, obtenido por la experiencia, en que aquél incluye un conocimiento de las causas. Los prácticos que han aprendido por experiencia —dice Aristóteles— saben lo que se tiene que hacer, pero no saben porqué; los científicos, por el contrario, conocen el porqué y la causa (5).

2. La inducción de principios generales

Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible. Aristóteles encuentra dos tipos de inducción. El primer tipo es una simple enumeración en la cual los enunciados acerca de los fenómenos particulares son tomados como base para una *generalización* acerca la *especie* de la cual estos fenómenos son miembros (6). El

(3) En *Anal. Post.*, 71a 1-71b 8 Aristóteles insiste en la existencia de un conocimiento preexistente.

(4) Aristóteles expresamente dice: “Suponemos tener... conocimiento científico de una cosa... cuando pensamos que conocemos la causa de la que el hecho depende, como la causa de tal hecho y no de otro y, más aún, de forma que el hecho no podría ser otro del que es” (*Anal. Post.*, 71b 9-11).

El arte q. v. ciencia nace cuando, de una multitud de nociones tomadas de la experiencia, se obtiene un solo juicio universal. Puesto que juzgar que cuando Callias estaba enfermo de cierta enfermedad, esto le hizo bien, y similarmente a Sócrates y en muchos casos individuales, es una cuestión de experiencia; pero juzgar que le ha hecho bien a todas las personas de cierta constitución, miembros de una clase, cuando estaban enfermos de esa enfermedad e.g... biliosos... esto es una cuestión de arte (*Meta.*, 981a 7-12. Lo que se encuentra entre Corchetes es mío).

(5) Cfr. *Meta.*, 981a 28-30.

(6) Dice John Losee que un típico argumento por simple enumeración tiene la forma siguiente:

- a_1 tiene la propiedad P
- a_2 tiene la propiedad P
- a_3 tiene la propiedad P
- ... *Todo a* tiene la propiedad P

segundo tipo de inducción es una intuición directa de los principios generales. Esta inducción intuitiva es una cuestión de *comprensión*, de *penetración*; es una aptitud especial para ver lo que es *esencial* en los datos de la experiencia sensible (7).

Las generalizaciones alcanzadas por inducción son usadas como *premisas* para la deducción de enunciados sobre los fenómenos observados (8). En este momento Aristóteles introduce una importante reducción: los enunciados que pueden funcionar como premisas y conclusiones de argumentos deductivos de la ciencia son sólo aquellos que afirman que *una clase* está incluida o no en una segunda clase (9).

(7) A este respecto Aristóteles expresamente dice: ... una rápida perspicacia es la facultad de dar con el término medio de forma instantánea. Esto podría ejemplificarse con un hombre que vio que la luna siempre tiene su lado luminoso volteado hacia el sol y rápidamente penetró la causa de ello, a saber: que ella toma prestada su luz del sol (*Anal. Post.*, 89b 10-20).

(8) De acuerdo con Aristóteles —señala D.J. Allan— existen dos formas a través de las cuales una nueva verdad puede ser obtenida. La primera, que es denominada *inducción*, es el movimiento de lo particular a lo general. El examen de ejemplos (no necesariamente un gran número), en los cuales una característica aparece conjuntamente con otra, nos conduce a proponer una norma general que suponemos válida para los casos aun no examinados. En virtud de que la regla —sigue diciendo D.J. Allan— es de mayor generalidad que los casos, esto es, un proceso que va de una verdad '*prior* para nosotros' a una verdad '*prior* en naturaleza'. Por el otro lado, algunas veces, dos verdades generales obtenidas por inducción que son autoevidentes o no son objeto de duda implican, necesariamente, una tercera verdad de alcance más limitado. Este procedimiento, es la *deducción* o la *demonstración*. Esta procede de lo que es *prior* en naturaleza hacia lo que es *prior* para nosotros y, en virtud de que así lo hace, tiene una completitud y fuerza que siempre falta en la inducción. (*Cfr. The Philosophy of Aristotle, cit.*, p. 98). Más adelante D.J. Allan comenta que la lógica de la inducción pareciera no importar grandemente a Aristóteles: "... la considera como un procedimiento absolutamente necesario en las primeras etapas de la ciencia... la cual puede desaparecer... cuando la ciencia está cerca de completarse". (*Ibid; cfr. infra* n. 27). Aristóteles hace de la deducción el objetivo fundamental del análisis lógico. Sobre este particular comenta W.C. Dampier que el mayor valor que Aristóteles atribuye al razonamiento deductivo, en comparación con el inductivo, se debe al hecho de que el más exitoso producto del genio griego fue la ciencia deductiva de la geometría (*cfr. A. History of Science, and its Relations with Philosophy and Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, p. 40).

(9) Los argumentos que permite Aristóteles son:

- A Todo S es P
- E Ningún S es P
- I Algún S es P
- O Algún S no es P

Señala John Losee que estos enunciados corresponden a las siguientes relaciones:

- S está totalmente incluido en P
- S está totalmente excluido de P
- S está parcialmente incluido en P
- S está parcialmente excluido de P

(*Cfr. Historical Introduction to the Philosophy of Science, cit.*, p. 8).

Los enunciados del tipo *A*, sostiene Aristóteles, son los más importantes de los enunciados; una explicación científica apropiada debe ser producida por enunciados de este tipo. Específicamente sostiene que el silogismo *Barbara* constituye el paradigma de la demostración científica (10).

Con independencia de lo que las premisas nombren, la conclusión se sigue de *manera necesaria*. Esto es así porque el silogismo es “un discurso en el que, ciertas cosas siendo establecidas, alguna otra... sigue por necesidad (11). Sobre el particular comenta John Losee que uno de los grandes logros de Aristóteles fue precisamente insistir en que la validez de un argumento es determinado únicamente por la relación entre premisas y conclusión (12).

Aristóteles concebía el paso deductivo del conocimiento científico como la interposición de términos medios entre el sujeto y el predicado del enunciado a comprobar. Con la aplicación del paso deductivo de la ciencia, el científico ha avanzado del conocimiento del hecho a un entendimiento del por qué este hecho es como es.

3. *El status de las premisas*

Aristóteles insiste en que las premisas de una explicación científica deben ser verdaderas; claramente señala: “El conocimiento demostrativo debe descansar en verdades fundamentales necesarias” (13). La exigencia de que las premisas sean verdaderas es uno de los requerimientos *extralógicos* que Aristóteles impone a las premisas de la demostración científica. Aristóteles dice:

... las premisas del conocimiento... tienen que ser además de verdaderas premisas, inmediatas, mejor conocidas que y previas a la conclusión, la cual se encuentra relacionada con ellas como efecto a causa (14).

(10) Aristóteles literalmente señala: “La más científica de todas las figuras es la primera... es el vehículo de la demostración de todas las ciencias matemáticas, tales como la aritmética, la geometría, la óptica y, prácticamente, de todas las ciencias que investigan causas... Es claro, por tanto, que la primera figura es la condición primaria del conocimiento” (*Anal. Post.*, 79a 17-20 y 32).

(11) *Analytica Priora* (*Anal. Prior.*), 24b 19-20. “El razonamiento —insiste Aristóteles— es un argumento en el que habiéndose establecido ciertas cosas, cierta otra necesariamente se deriva de ellas. Es una demostración cuando las premisas de las que el razonamiento parte son verdaderas y primarias (*Topica*, 100a 25-29).

(12) Cfr. Losee, John. *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, cit., p. 9.

(13) *Anal. Post.*, 74b 5.

(14) *Anal. Post.*, 71b 20-22. Lo que se encuentra entre corchetes es mío.

Si estas condiciones no son satisfechas, las verdades fundamentales, dice Aristóteles, no serán *apropiadas* para las conclusiones. Es cierto que puede haber silogismos en que no concurren estas condiciones, pero tales silogismos, sostiene Aristóteles, no son productores de conocimiento científico (15). Siguiendo con las características de los principios, Aristóteles señala que “las premisas tienen que ser primarias e indemostrables” (16). En la ciencia, es necesaria la existencia de algunos principios indemostrables para evitar un *regressus ad infinitum* en las explicaciones. De esto se desprende que en la ciencia no todo conocimiento es susceptible de prueba (17).

“Las premisas —afirma Aristóteles— tienen que ser la causa de la conclusión... causa, porque poseemos conocimiento de una cosa sólo cuando conocemos su causa” (18). Según John Losee éste es el más importante de los requerimientos (19).

(15) Cfr. *Anal. Post.*, 71b 22-24.

(16) *Anal. Post.*, 71b 26. Aristóteles explica este requerimiento así: “Al decir que las premisas... tienen que ser primarias, quiero indicar que tienen que ser las verdades fundamentales *apropiadas*, puesto que yo identifico premisas primarias y verdades fundamentales. Una verdad fundamental en una demostración es una proposición inmediata. Una proposición inmediata es aquella que no tiene ninguna otra proposición que le preceda (*Anal. Post.*, 72a 6-8). No todo conocimiento es demostrable..., el conocimiento de las premisas inmediatas es independiente de demostración. La necesidad de esto es obvia, puesto que tenemos que conocer las premisas previas, de las cuales la demostración es obtenida y puesto que el *regressus* tiene que terminar en verdades inmediatas, dichas verdades tienen que ser indemostrables” (*Anal. Post.*, 72b 18-23).

(17) Cfr. Losee, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, p. 10.

(18) *Anal. Post.*, 71b 29-30.

(19) Cfr. *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, *cit.*, p. 10. Aristóteles admite la posibilidad de silogismos con premisas verdaderas que no establecen, sin embargo, la causa del predicado atribuido en la conclusión. (Véase el ejemplo del muro en *Anal. Post.*, 78b 16-29). Sobre el particular resulta instructivo comparar los siguientes silogismos imaginados por John Losee:

Silogismo del hecho razonado o causado

Todos los rumiantes con estómagos de cuatro cavidades son animales sin incisivos superiores.

Todos los bueyes son rumiantes con estómagos de cuatro cavidades.

... Todos los bueyes son animales sin incisivos superiores.

Silogismo del hecho

Todos los rumiantes de pezuñas hendidas son animales sin incisivos superiores.

Todos los bueyes son rumiantes de pezuñas hendidas.

... Todos los bueyes son animales sin incisivos superiores.

Aristóteles diría que el primer silogismo establece la causa del hecho (de que los bueyes carezcan de incisivos superiores) en tanto que la correlación, en el segundo silogismo, es meramente accidental (Cfr. Losee, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science*, *cit.*, pp. 10-11). De esto se sigue que Aristóteles necesita establecer un criterio que le permita distinguir entre correlaciones *causales* y meramente accidentales.

4. La estructura de la ciencia

Para Aristóteles cada ciencia tiene sus propios géneros y predicados. Ahora bien, como en la demostración no podemos pasar de un género a otro, “no podemos, por ejemplo, probar —afirma Aristóteles— verdades geométricas por la aritmética” (20). En el mismo lugar agrega:

La demostración aritmética y las otras ciencias, por igual, poseen, cada una de ellas, sus propios géneros, de tal manera que si la demostración ha de pasar de una esfera a otra, el género tiene que ser o bien absoluto o, en algún sentido, el mismo. Si no es así, la transferencia es claramente imposible... Es por ello que no se puede probar por la geometría que... el producto de dos cubos es un cubo. Tampoco un teorema de cualquier ciencia puede ser demostrado por los medios de otra ciencia (21).

Aristóteles afirma que una ciencia individual constituye un grupo de enunciados deductivamente organizados. En el más alto nivel de generalidad se encuentran los primeros principios de toda demostración (los cuales equivalen a verdades analíticas e.g. ‘tómense iguales de iguales y se mantendrán iguales’) (22). Estos son principios aplicables a todo argumento deductivo. En el segundo más alto nivel de generalidad se encuentran los principios y definiciones de la ciencia particular. Los primeros principios de cada ciencia, como ya vimos, no son susceptibles de deducción de otros principios más fundamentales: son los enunciados más generales que se pueden hacer de los predicados propios a cada ciencia. Como tales, estos principios constituyen el punto de toda partida de demostración (23).

De todo lo anterior podemos ver que el conocimiento científico es un proceso. Se comienza por acumular experiencias ($\epsilon\mu\pi\tau\epsilon\rho(\alpha)$) por las que se recuerda lo que ha sido repetidamente observado. De la etapa de la experiencia se pasa a la etapa de la ciencia ($\tau\epsilon\chi\nu\sigma\iota$) al encontrar el elemento común en los casos particulares que han sido observados (24). El paso clave en la transición de la experiencia a la ciencia es el descubrimiento del elemento común que *une* los casos particulares que han sido observados. Este paso de lo particular a lo universal

(20) Cfr. Barnes, Jonathan. *Aristotle, cit.*, 23.

(21) Cfr. *Anal. Post.*, 75a 38-39 y 75b 6-15.

(22) Cfr. *Anal. Post.*, 76a 38-76b 2.

(23) Cfr. Losee, John, *Historical Introduction to the Philosophy of Science cit.*, p.

(24) Cfr. *Anal. Post.*, 100a 1-100b 1.

(ἐπιταγή), es el método por el cual se alcanzan los primeros principios (25). Cuando los primeros principios de la ciencia han sido descubiertos, éstos tienen que ser formulados en proposiciones. Los principios (exclusivos de una ciencia) son de tres tipos: a) axiomas (proposiciones autoevidentes); b) definiciones (ὁρισμός), y c) hipótesis (26). (Las hipótesis de Aristóteles corresponden, *mutatis mutandi*, a los postulados de Euclides).

Estos elementos fundamentales proveen a la ciencia de sus mínimos presupuestos. Sólo cuando este primer paso en la construcción de la ciencia ha sido completado, es decir, cuando los principios fundamentales han sido descubiertos y establecidos en proposiciones, entonces la deducción es posible.

Finalmente, la ciencia tiene que presentarse sistemáticamente y, así, los materiales obtenidos en estos dos procesos (establecimiento de principios y deducción de enunciados) tienen que ser organizados de acuerdo a su género y especie (27).

5. El ideal de la sistematización deductiva y la demostración

La concepción clásica de ciencia (concepción ampliamente compartida) encuentra en el sistema geométrico de Euclides el paradigma del ideal científico (28). Existe desde la antigüedad una muy compartida opinión de que la estructura de la ciencia debía ser un sistema deductivo

(25) Cfr. *Topica*, 105a 13-16.

(26) Para Aristóteles un axioma es una "tésis" que constituye una *verdad fundamental*, (i.e. principio) que no es susceptible de ser probado (cfr. *Anal. Post.*, 72a 14-17) "Le llamo axioma —dice Aristóteles— porque existen tales verdades..." (*Anal. Post.*, 72a 17). A continuación dice: "Si una tesis asume una o la otra parte de un enunciado, i.e. afirma la existencia o no existencia del sujeto, es una hipótesis" (*Anal. Post.*, 72a 19-20). La definición es también una tesis, en que se *establece algo* (Cfr. *Anal. Post.*, 72a 21). Sin embargo, "la definición —dice Aristóteles— no es una hipótesis, puesto que definir algo no es lo mismo que asumir su existencia" (*Anal. Post.*, 72a 23-24).

(27) Cfr. *Top.* 120b 12-128b 10. Sobre la estructura de la ciencia y la forma en que sus resultados son sistematizados y expuestos, podría decirse que la actividad científica difícilmente corresponde al esquema que propone Aristóteles en los *Analítica posteriora*. Sobre este particular señala J. Barnes que "el sistema de Aristóteles es un gran esquema para una ciencia terminada y completada. Los *Analítica posteriora* no describen la actividad de un investigador científico [sino] determina la forma en la cual sus resultados tienen que ser sistemáticamente organizados y expuestos" (*Aristotle, cit.*, p. 38. Lo que se encuentra entre corchetes es mío).

(28) Cfr. Alchouarrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires Astrea, 1974, p. 85; Barnes, Jonathan, *Aristotle, cit.*, p. 23.

de enunciados. Aristóteles, como vimos, concibe la *demostración* científica como una deducción de conclusiones a partir de los principios primarios. Muchos autores creen, observa John Losee, que el ideal de la sistematización deductiva fue alcanzada por Euclides en la geometría y por Arquímedes en la estática (29). Euclides y Arquímedes formularon sistemas de enunciados conteniendo axiomas, definiciones, postulados y teoremas. Tres son los aspectos, de la sistematización deductiva: (30) 1) los axiomas y teoremas se encuentran deductivamente relacionados, 2) los axiomas son verdades autoevidentes y 3) los teoremas corresponden a la observación (31).

Dentro de esta concepción de ciencia, 'teoría', expresión que nombra una parte de la ciencia, señala un objeto que se caracteriza como un sistema de principios: axiomas y postulados (un conjunto de premisas) del cual se deducen las 'leyes empíricas'. Así, se pretende que las teorías tengan una forma lógica, con axiomas, reglas de formación, reglas de inferencia, etcétera. Ciertamente la propia geometría, la matemática, la física, no corresponden, ni con mucho, a la concepción clásica de ciencia, e inclusive, en relación a su formalización lógica, muy pocas teorías son estructuradas cuidadosamente. La concepción moderna de la ciencia debe su origen, precisamente, al hecho de que los desarrollos de la ciencia (*id est*: el nacimiento de la ciencia empírica, las geometrías no euclidianas, la mecánica del *quantum*, la lógica matemática, etcétera) son incompatibles con las exigencias de la concepción clásica de ciencia (32). Sin embargo, los usos del lenguaje (las actitudes y valoraciones que supone) se encuentran ligados al ideal clásico de ciencia (aún ampliamente difundido y extensamente aceptado), más coincidente con una visión inmediata del mundo (33).

(29) Cfr. *Historical Introduction to the Philosophy of Law, Science cit.*, p. 23.

(30) Cfr. *Ibid.*

(31) Una impresionante ilustración del sistema deductivo puede observarse en el libro primero de los *Elementa* de Euclides. Comienza estableciendo 23 definiciones, 5 postulados, y 48 teoremas (proposiciones) (Cfr. *The Thirteen Books of Euclid's Elements*, traducción de Sir Thomas L. Heath, en *Great Books of the Western World*, Encyclopaedia Britannica, Inc. Chicago 1952 (reimpresión de la edición de Cambridge University Press) pp. 1-22. En él, Euclides, a partir de sus definiciones de 'ángulo recto': (*def. 10*), de 'triángulo rectángulo' (*def. 21*), de 'paralelas', del principio de igualdad (*nociones comunes 2*) y del resultado de otras demostraciones (e.g. teoremas 4 y 41) construye y prueba, indicando todos los pasos, que "en los triángulos rectángulos el cuadrado del lado que se opone (*subtending*) al ángulo recto es igual a los cuadrados de los lados que lo contienen" (proposición 47) (Cfr. *The Thirteen Books of Euclid's Elements, cit.*, pp. 28-29).

(32) Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, cit.*, p. 82.

(33) Cfr. Cassirer, Ernst, *Substance and Function and Einstein's Theory of Relativity*, Nueva York, Dover Publication, 1953, pp. 4-9.

II. LA CIENCIA DEL DERECHO

Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum iurisconsultorum scriptis comparari possit...

Leibnitz

1. Geometría y Jurisprudencia (34)

¿Qué tanto se puede aplicar las consideraciones del capítulo anterior a la "ciencia del derecho"?

¿Consiguió la jurisprudencia alcanzar un nivel análogo al que en Grecia habían logrado los sistematizadores de otras disciplinas (e.g. la lógica, la retórica, la metafísica y la geometría)?

Cuando se estudia la jurisprudencia del último siglo de la República uno se maravilla al observar el paso casi repentino de una fase en que la jurisprudencia aparece cautelosa y práctica a una en que, por el contrario, se encuentra reducida a un sistema (35). Pero ¿cómo surge, y sobre qué fundamentos, el sistema en la jurisprudencia?

Quién observa la estructura lógica de los escritos de los juristas romanos y la compara con la de los geómetras griegos se percató de la verdad del paralelismo que Leibniz (36) —de quien, creo, nadie dudará que conocía la "ciencia clásica"— encuentra entre ambos. Los juristas romanos tomaron de los griegos el modelo de ciencia: "*sint ista graecorum quamquam ab iis philosophiam et omnes ingenuas disciplinas ha-*

(34) Sobre este tema seguiremos particularmente a La Pira, Giorgio "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice" en *Bulletino dell'Istituto de Diritto Romano*, Vol. 42, Roma, 1934; *Id.*, "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Problemi generali" en *Studi in onore di F. Virgilio*, Siena, 1935; *Id.* "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo" en *Studia et Documenta Iuris*, Vol. 1, Roma 1935, Mitteis, L., "Storia del diritto antico e studio del diritto romano", En *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, vol., XII, 1929; Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Oxford University Press, 1967. pp. 5-98; *id.*, *Principles of Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1936, pp. 6-39, Nocera, G. "Jurisprudentia". *Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma, Bulzoni Editore, 1973, Bretone, M. *Technique e ideologie degli giuristi romani*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1971, pp. 5-7 y 163-180; Schiavone, Aldo, *Nascità delle giurisprudenza*. Roma, 1977, etc. etc.

(35) *Cfr.* La Pira, Giorgio "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. L'arte sistematrice", *cit.* p. 336.

(36) *Loc. cit.*, *Epist. 1*; *cfr. Epist. 15*.

bemus, sed tomen est aliquid, quod nobis non liceat, illis" (37); pero el material se mantuvo romano. La jurisprudencia se había desarrollado lo suficiente para no ser sobrepasada por la influencia griega. Con la impresión de la "ciencia clásica" los juristas romanos se lanzaron al descubrimiento de los principios propios del derecho romano.

Por la exposición que precede sabemos que por '*scientia*', en el mundo cultural romano del último siglo de la República, se entiende, en primer lugar, el fundamento y constitución del conocimiento mediante la aplicación de los dos métodos usados por los lógicos y geómetras: la observación de lo singular, de la $\epsilon \mu \pi \tau \epsilon \rho \iota \sigma$, que conduce a la obtención de principios y el mecanismo de deducción que; partiendo de los principios, permite la obtención de nuevos enunciados (38). En segundo lugar, la organización sistemática de una disciplina, realizada mediante la *divisio* por *genera* y *partes*.

Para hacer pasar la jurisprudencia de la fase de mera acumulación de experiencias a la de la ciencia, era necesario construirla de conformidad con el único modelo de ciencia de que se disponía. Para ello los juristas debieron afrontar los problemas fundamentales que ofrece la construcción de cualquier ciencia (aritmética, geometría, óptica, retórica, gramática): a) La determinación del material jurídico dado. El jurista, ante todo, señala cuál es el material jurídico *existente* (¿Qué es lo que le ha proporcionado el legislador?). Establece, por decirlo así, la base empírica de su sistema. b) El segundo paso del jurista consiste en la búsqueda y establecimiento de los principios fundamentales (axiomas, definiciones, postulados) a partir del material jurídico dado. c) Después vendrá la deducción de enunciados a partir de los principios establecidos; y por último, d) Procederá a la sistematización y ordenación del material. Así, el método de la ciencia griega, el método severo y admirable del geómetra y del lógico, vendrían a fundamentar el nuevo edificio de la jurisprudencia romana. Las generalizaciones son alcanzadas por inducción, a partir de la experiencia sensible (*id est*, el material jurídico dado). Las generalizaciones obtenidas por inducción serán usadas como premisas para la deducción de enunciados (sobre las consecuencias y alcances del derecho observado).

(37) Cicerón, *De finibus*, 2, 21, 68.

(38) Cfr. La Pira, Giorgio "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il concetto di scienze e gli strumento della costruzione scientifiche" en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. 44, Roma, 1936, pp. 132-133.

2. *Las regulae iuris (y los principios de la jurisprudencia)*

En lo que al establecimiento de los principios se refiere, cabe señalar que, según el modelo "clásico", toda ciencia se funda en sus propios principios (39). Para construirla es necesario *encontrarlos* y formularlos. Consecuentemente, la jurisprudencia necesita de sus principios: de sus definiciones y de sus *regulae* ("*Regula est quae rem quae est breviter enarrat... per regulam agitur brevis rerum narratio traditur*") (40). Las *regulae* realizan, en el caso de la jurisprudencia, el mismo papel que desempeñan los axiomas en el caso de la geometría y de la lógica (41).

El saber dogmático que se manifiesta en los *nomina iuris* se hace aún más evidente cuando los juristas pasan, de la mera discusión sobre el alcance de un término al establecimiento de principios primeros (42). Así, Manilio establece que por '*nexum*' se entiende "*omne quod per libraon et aes geritur in quo sint mancipia*" (43). Otro claro ejemplo de generalización empírica lo constituye la *regula catoniana*: "*Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocum que decesserit non valere*" (44). (Además de las generalizaciones encontramos claras reformulaciones del material jurídico en diferentes definiciones. Q. Mucio Scaevola, dice de la coacción (vi): "*vi factum in videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, facit*" (45). Esta definición es sorprendente porque incluye casos en que no es usada la coacción (46); es claro que aquí ciertos actos *son tenidos* por coacción).

(39) Cfr. Aristóteles, *Anal. Post.*, 75a 38-39 y 75b 6-15. Cfr. *supra*: la estructura de la ciencia.

(40) D. 50, 17, 1.

(41) La búsqueda de principios ha sido designada 'jurisprudencia de reglas' ('*Regularjurisprudenz*'), por ejemplo, P. Joers, P.: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, 1888, p. 283 y ss., denominación adoptada por varios autores. Esta denominación es poco feliz puesto que '*regula*', como he señalado, significa simplemente principio'. (Cfr. Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., pp. 66-67). Con objeto de apreciar la función de las *regulae* Schulz recomienda comparar D. 50, 17, 1 con *Anal. Post.*, 92b 26. En este pasaje Aristóteles dice: "Puesto que... definir es probar la naturaleza esencial de una cosa o el significado de su nombre, podemos, concluir que esa definición, si en ningún sentido prueba la naturaleza esencial, es un conjunto de palabras que significan precisamente lo que un nombre significa" (*Anal. Post.*, 92b 26-27).

(42) Cfr. Aristóteles, *Anal. Post.*, 71b 20-22. Cfr. *supra*: el *status* de las premisas.

(43) Varro, *De Ling., Lat.*, 25, 7, 105. Cfr. Stein, Peter, "Regulae Juris". *From Juristic Rules to Legal Maxims*, cit., p. 30.

(44) D. 34, 7, 1.

(45) D. 50, 17, 73, 2.

(46) Cfr. Stein, Peter, "Regulae Juris". *From Juristic Rules to Legal to Legal Maxims*, cit., p. 36.

Ahora se comprende por qué Q. Mucio Scaevola —iniciador de esta transformación de la jurisprudencia— sintió la necesidad de escribir un *liber* y por qué en todos sus escritos concede bastante lugar a la formulación de definiciones y *regulae*. Para construir una ciencia del derecho necesitaba, primero que nada, encontrar, a partir del análisis del material jurídico dado, sus fundamentos (definiciones y sus *regulae*) (47). Q. Mucio Scaevola no se limita a formular definiciones y establecer *regulae*; en él se encuentra el germen de la sistematización (48).

3. Inferencia

En cuanto a la deducción de enunciados —proposiciones normativas— los escritos de Q. Mucio Scaevola también son fuentes de claros ejemplos. Estas proposiciones normativas son obtenidas a partir de las reglas y definiciones. El mecanismo de esta operación una subsumición revestida con la forma de un silogismo: en caso de que Cayo robe ciertos bienes a Fabio y que Livio, a su vez, los robe a Cayo (premisa menor), ¿a quién corresponde la *actio furti*? Partiendo del principio que ésta corresponde a aquel "*cuius interest id quod subreptum est salvum esse*" (49) (premisa mayor). Ahora bien, como Fabio es el primer despojado, entonces la *actio furti* corresponde a este último (conclusión) (50).

Que los juristas realmente deduzcan proposiciones normativas a partir de principios (definiciones y *regulae*) o que los científicos efectivamente infieran leyes o enunciados a partir de axiomas y postulados o que simplemente "arreglen" su material en esa forma para "reforzar" su validez, es un problema muy importante de la ideología de la ciencia jurídica (y de la ciencia en general), el cual tenemos que pasar por alto en razón de las limitaciones de espacio propias de este trabajo (51).

(47) Véase por ejemplo, *D. 41, 1, 64; 50, 17, 73 pr; 50, 17, 73, 3-4; 43, 20, 8; 60, 16, 241*.

(48) *Cfr. Gayo 1, 118; D. 1, 2, 2, 41; D. 41, 2, 3, 21-24*.

(49) *D. 47, 2, 77*.

(50) Este ejemplo podría formularse en la típica forma de un silogismo.

La *actio furti* corresponde a aquel que *cuius interest id quod subreptum est salvum esse*

A una persona (e.g., Fabio) le roba alguien (Cayo) quien, a su vez, es despojado (por Livio)

∴ La *actio furti* corresponde al primer despojado.

(51) Sobre la ciencia en general, véase: Black, M. *Problems of Analysis*, Londres, Routledge and Kegan, 1954. En cuanto al problema de la ciencia jurídica véase: Ross, Alf. *On Law and Justice*, University of California Press, 1974, p. 75 y ss., 108 y ss.: Nino, Carlos S. *Algunas consideraciones sobre la dogmática jurídica. Con referencia particular a la dogmática penal*, México, UNAM, 1974. *Id.*, *Algunos modelos metodológicos de 'cien-*

4. La sistematización

El método de sistematización en género y especies practicado en las escuelas aristotélicas y estoicas fuy muy conocido por los juristas romanos. M. Manilio, Q. Mucio Scaevola (*augur*), P. Rutilio Rufo, Q. Aelio y Q. Mucio Scaevola (*pontifex*) pertenecieron al grupo de Scipio el joven y de Panaetio (52). De la sistematización de la jurisprudencia disponemos de elegantes formulaciones debidas a Q. Mucio Scaevola. En ellas se sigue el método "clásico" de dividir en *genera*, especies y partes: "... *ius civile primus constituit generatim*" (53). "*Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit... quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit...*" (54) "*Ex his apparet quot sit species tutelarum... quidam quinque genera esse dixerunt ut Q. Mucius*" (55).

Que los libros de Q. Mucio Scaevola no existan más que fragmentariamente es otro problema; igualmente lo es el hecho de que a Cicerón la *divisio in genera* de Q. Mucio Scaevola le parezca deficiente (56) o que prefiera las clasificaciones de Servio Sulpicio Rufo. En realidad, la sistematización de la jurisprudencia no fue obra de un día y, como observa Giorgio La Pira, todo lo que se pueda decir de Q. Mucio Scaevola debe decirse de Servio Sulpicio Rufo y de todos los grandes juristas de ese período.

El cuádruple compuesto que participa en la construcción de la ciencia de la jurisprudencia: a) determinación del material jurídico dado (materia prima de la observación); b) búsqueda y establecimiento de los principios (definiciones y *regulae*), a partir del material jurídico dado; c) deducción de proposiciones normativas (*responsa*) en base a esos principios, y d) sistematización del material (*divisiones in genera*, especies y partes) dio a la jurisprudencia romana del último siglo de la República una estructura impresionantemente armónica por su rigor y consistencia. Estas operaciones que reclama la construcción de la ciencia ("clásica") son con las que, como elegantemente afirma Giorgio La Pira, "*logici, geometri*

ciá' jurídica, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo 1979. En cuanto a Roma, véase: Schiavone, Aldo, *Studi sulle logiche dei giuristi, romani*, Nápoles Dott. Eugenio Jovene, 1971; Vannuchi, F. *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milán, Dott., A. Giuffrè Editore, 1973.

(52) Cfr. Schulz, Fritz. *History of Roman Legal Science*, cit., p. 63.

(53) *D. 1, 2, 2, 41*.

(54) *D. 41, 2, 3, 21-23*.

(55) *Gayo 1, 188*.

(56) Cfr. *Brutus, 152*.

e giuristi hanno saputo creare sistemi scientifici di imperatura bellezza" (57).

Los *jurisconsulti* desarrollaron un sistema: (*id est*: la jurisprudencia) por el cual el cambio del derecho, y el cambio social en general, fue relativamente fácil y en el que la posibilidad de llevarlo a cabo en experiencias concretas estaba en manos de las mejores cabezas. Este sistema habría de impedir la petrificación de las instituciones. El sistema de la jurisprudencia, logró la permeabilidad de las instituciones jurídicas, permitiendo la incorporación de las ideologías imperantes. Es así como la jurisprudencia romana vendría a positivizar el ideal ético de la doctrina estoica (58).

La racionalización de la jurisprudencia permitió la superación del ritual jurídico primitivo. Introdujo el negocio consensual —contratos reales y convenios pretorianos—, obra de los *jurisconsultos*. En este orden de ideas, nada más significativo, en cuanto a innovación jurídica y política que la aparición de los edictos tanto de ediles y pretores. No cabe la menor duda que sus verdaderos autores fueron los *jurisconsultos* (59).

De esta manera la sistematización y racionalización no únicamente subsumieron los fenómenos jurídicos en géneros y especies, sino que permitieron la formulación de los principios o "dogmas" de la jurisprudencia. El sistema de la jurisprudencia se convirtió en un instrumento de "descubrimiento" detectando y previendo problemas que no habían ocurrido en la práctica. La inmediata consecuencia de esto es que se amplió la protección judicial y se produjo un más fácil y mayor acceso a la "justicia". El derecho, más que formas, es entendido como un conjunto de mecanismos de protección: *ubi remedium ibi ius*.

Al convertirse la jurisprudencia en una ciencia profesional de tipo helénico, su alta especialización produjo una clara separación entre la demás reflexión social y filosófica. Desde entonces existe una nítida división entre el derecho y la religión, por un lado, y entre el derecho y la moral, por el otro. El derecho, antes de la jurisprudencia, tenía una configuración y un trato indiferenciados. La nueva sistematización de la jurisprudencia (*civilis*) la alejó del derecho sacro. Esta diversificación

(57) "La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. Il metodo" *cit.*, p. 348.

(58) Para una explicación más amplia sobre el tema véase: Tamayo y Salmorán, Rolando. *Introducción al estudio de la constitución. El significado de 'constitución' y el constitucionalismo*, México, UNAM 1979 *cit.*, pp. 94-106.

(59) *Cfr.* Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*, pp. 53 y 83.

introdujo una clara distinción entre las esferas religiosa y civil (60). Para saber qué hacer no se necesitaba consultar a los dioses; se interrogaba a los jurisconsultos. Este cambio de concepción que alejaba a Roma de los rituales primitivos del derecho puede evidenciarse por el hecho de que, *inter alia*, “el fundador de la jurisprudencia, Q. Mucio Scaevola, *pontifex maximus*, escribe un tratado que hace época sobre el *ius civile*, pero ninguno sobre el *ius sacrum*” (61).

(60) Nocera, G. “*Jurisprudentia*”. *Per una storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 70. Sobre la relación entre *ius sacrum* y el *ius civile*, véase: Noailles, P. *Du droit sacré au droit civil*, Paris, Sirey 1949.

(61) *Cfr.* Schulz Fritz, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 81.

SOCIOLOGIA DEL DERECHO Y SOCIOLOGIA DE LA IDEA DE JUSTICIA EN EL PENSAMIENTO DE HANS Kelsen ()*

RENATO TREVES

I. PREAMBULO

Según una opinión bastante difundida Kelsen debería ser considerado como un adversario, un enemigo de la sociología (1). En este artículo sostendré una opinión muy diferente. De hecho mi propósito es demostrar que Kelsen en el esfuerzo por asegurar la pureza de su teoría preservándola de las contaminaciones que tienen su origen en el tratamiento sociológico, por un lado, y en las teorías del derecho natural, por otro, ha suministrado, negativamente, valiosas contribuciones al estudio de los problemas sociológicos del derecho y de la justicia. Más precisamente, intentaré demostrar que Kelsen ha determinado y definido la naturaleza y las tareas de la sociología empírica del derecho con una mayor precisión que la conseguida por los padres fundadores de esta disciplina. Además, procuraré explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estrechos vínculos que unen las teorías del derecho natural con las de la sociología general (incluido el marxismo) y señalando los errores

(*) Este artículo ha sido traducido por Sebastián Urbina, profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, del original publicado en la revista *Sociología del Diritto*, Revista Quadrimestrale VIII/1981/3, págs. 7 a 24.

(1) Ch. Eisenman, en el ensayo "Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen", observa que la mayor parte de los juristas y de los sociólogos que hablan de Kelsen como si lo conocieran dirían que "Kelsen, c'est l'anti-sociologie, puisque c'est l'homme de la science du droit pure, c'est le juriste, le normativiste pur", en vol. Batiffol, Bobbio y en., *Méthode sociologique et droit*, Dalloz, Paris, 1958, p. 60.

comunes de ambos sistemas doctrinales, atisba la oportunidad de desarrollar investigaciones pertenecientes a una disciplina de particular importancia para la política del derecho, una disciplina que evite aquellos errores y que, utilizando una expresión del mismo Kelsen, puede ser denominada: "sociología de la idea de justicia".

II. LA TEORIA PURA DEL DERECHO Y DOS DIFERENTES SOCIOLOGIAS

En el prefacio a la segunda edición de su primera gran obra, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen advierte desde el principio que ha intentado alcanzar la pureza de su propia teoría, "o, lo que es lo mismo, la autonomía del derecho como objeto de conocimiento científico" (2), ante todo tomando posición "contra la pretensión de semejante tratamiento sociológico que quiere ocuparse del derecho como un trozo de realidad dado en la naturaleza sirviéndose del método científico causal". En las páginas que siguen al pasaje referido, y en toda su obra, explica e ilustra ampliamente en que consiste la distinción entre teoría pura del derecho y tratamiento sociológico del derecho. Así destaca sobre todo que se trata de una distinción de carácter preferentemente metodológico, entre método sociológico y método jurídico, ya que para él todas las ciencias sociales, incluyendo la ciencia jurídica, tienen un único objeto y se distinguen solamente por el método con el que lo estudian. Observa además que las leyes de las que se ocupa la teoría pura del derecho, en cuanto leyes de una disciplina normativa, como lo son asimismo la ética, la lógica y la gramática, se refieren al deber ser (sollen) y las leyes de las que se ocupa la sociología (y por tanto, igualmente, la sociología del derecho), en cuanto leyes de una disciplina explicativa como las de las ciencias naturales, se refieren al ser (sein). Precisa finalmente que las leyes objeto de la teoría pura del derecho son juicios hipotéticos basados en el principio de imputación y que las leyes objeto de las ciencias naturales son juicios explicativos basados en el principio de causalidad (3).

Además de haber dado estas indicaciones acerca de la distinción en-

(2) H. Kelsen *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, Tübingen 1923, p. III.

(3) Sobre el carácter metodológico de la distinción cfr. Kelsen. *Hauptprobleme*, cit., pp. III-XXIII, 1-94, y también la conferencia del mismo *Über Grenzen Zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Mohr, Tübingen 1911, Trad. it. *Tra metodo giuridico e sociologico*, a cargo de G. Calabro, Guida, Napoli 1974. En esta conferencia Kelsen dice, entre otras cosas, que las Ciencias Sociales o ciencias del espíritu (como entonces se prefería llamarlas) "están una en contacto con la otra por su objeto, pero están separadas por el diferente modo de tratarlo", Trad. it. p. 32.

tre la teoría pura del derecho y la sociología del derecho, en los mismos *Hauptprobleme*, Kelsen advierte que tal distinción, hecha sobre el plano metodológico y en los términos precisos arriba indicados, a pesar de las apariencias, es una distinción que se sitúa en un determinado período de tiempo. Recuerda de hecho que, en los orígenes, entre los pueblos primitivos se creía que el orden de la naturaleza estaba gobernado por una voluntad superior o por una voluntad divina a la que los elementos de aquel orden obedecían al igual que “el ciudadano obedecía a los mandatos del legislador”. Recuerda después que en épocas más recientes “con la emancipación de las ciencias naturales de la imagen de aquella voluntad superior”, se ha producido una notable transformación del concepto de ley por la que hoy “la ley natural de las disciplinas explicativas está en franca oposición respecto de la ley jurídica, de la ley ética afín a ella, de la ley gramatical y estética de las disciplinas normativas y de la norma en sentido específico y restringido” (4).

Más de treinta años después de la publicación de los *Hauptprobleme*, en 1943, en *Society and Nature*, una de sus grandes obras específicamente sociológicas, Kelsen reincide a propósito de la temática apenas bosquejada muchos años antes y se propone “investigar sobre la base del material etnográfico del que... se dispone, cómo interpreta el hombre primitivo la naturaleza que le rodea y de qué manera, partiendo de esta interpretación y especialmente del principio de retribución, se haya desarrollado la idea de causalidad y de ahí la concepción moderna de la naturaleza (5). En esta investigación Kelsen desarrolla, de este modo, sobre todo cuándo y cómo se ha producido el indicado tránsito desde la interpretación de la naturaleza basada en el principio de retribución hasta la que está basada en el principio de causalidad y advierte asimismo que, cuando se considera la crisis que el principio de causalidad atraviesa en el pensamiento científico moderno, se puede prever que la interpretación basada en este último principio así como ha tenido un origen podrá tener un final (6).

Kelsen observa, además, que la interpretación de la naturaleza basada en el principio de retribución ha hecho aparecer a la naturaleza “como la sociedad ideal dado que se presentaba como un ordenamiento absolutamente justo respecto del que la sociedad humana parecía una copia imperfecta”. “La idea de la naturaleza como sociedad ideal se im-

(4) Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pp. 4-5.

(5) Kelsen, *Society and Nature. A Sociological Inquiry* (1º 1943) 3º Kegan Paul, London 1946, p. VII.

(6) Kelsen, *Society and Nature*, cit., cap. VI, pp. 249-262.

pone, dice él, especialmente en la teología cristiana" y esto explica cómo sobre la base del dualismo entre el ordenamiento absolutamente justo y su copia imperfecta y en base a aquella teología ha aparecido la idea del derecho natural. En efecto, esta idea se conexiona esencialmente, añade él, "con la idea de que la naturaleza ha sido creada por Dios; que sus leyes son expresión de la voluntad de Dios y son, por consiguiente, normas", normas jurídicas cuyo verdadero contenido deriva del orden de la naturaleza (7).

Por estas últimas observaciones me parece que se ve claro cómo Kelsen, que en los *Hauptprobleme* había tratado de distinguir la ciencia del derecho basada en el principio de imputación de la sociología basada, como las demás ciencias de la naturaleza, en el principio de causalidad, en su libro posterior en treinta años ha llegado a distinguir la ciencia del derecho no sólo de la sociología del derecho entendida en el sentido mencionado, sino también de otra disciplina de tipo sociológico que se puede llamar sociología de la idea de justicia; una disciplina que explica, por ejemplo, cómo de la concepción de la naturaleza entendida como sociedad ideal hayan surgido, en diversas épocas, las teorías del derecho natural y las ideas de justicia en ellas contenidas. En el prefacio a la edición española de *Society and Nature*, reflexionando sobre su trabajo realizado y sobre las críticas dirigidas a la primera edición inglesa, Kelsen reconoce cabalmente haber distinguido "la teoría normativa del derecho de una sociología de los fenómenos que constituyen la causa y el efecto del hecho de que los hombres piensan en términos de un derecho determinado" y especialmente de "una sociología de la idea de justicia y de la creencia en ella en cuanto ideal" (8).

III. LA TOMA DE POSTURA EN RELACION A LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Si bien es cierto que la sociología del derecho y la sociología de la idea de justicia se han examinado y analizado conjuntamente en la obra de que hemos hablado, sin embargo, son examinadas y discutidas por

(7) Kelsen, *Society and Nature*, cit., cap. VII, n. 81, pp. 264-266.

(8) Kelsen, *Society and Nature*. Una investigación sociológica. Prefacio del autor a esta edición castellana, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. X. Este prefacio de indudable importancia, del que en la edición española se reproduce también el texto inglés, no ha sido reproducida en las sucesivas ediciones inglesas y tampoco en la italiana. Se encuentra una referencia semejante a la Sociología del derecho y a la Sociología de la justicia en Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Comunità, Milano 1952, cap. XII, K, pp. 177-178.

Kelsen de forma separada en escritos específicos dedicados a una u otra de estas disciplinas.

Por lo que se refiere a la sociología del derecho, no se puede olvidar que encuentra su origen en el marco de los juristas alemanes en los mismos años en que Kelsen publicaba su primera gran obra. Hermann Kantorowicz, que en 1906 había presentado el programa del movimiento de derecho libre, en 1910 pronunciaba, en efecto, su famosa conferencia sobre *Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie* en la que afirmaba la exigencia del estudio sociológico del derecho. La ciencia del derecho, decía, debe dar un relieve mucho mayor del que haya dado hasta ahora a los hechos reales de la vida social y no debe ser considerada como "una ciencia de palabras" que agota su actividad "en la interpretación literal de las normas jurídicas, sino como una ciencia valorativa (*Wertwissenschaft*) al servicio de los fines de la vida social" (9).

Tres años después de la conferencia de Kantorowicz, Eugene Ehrlich, que con él y antes que él había sido defensor del movimiento de derecho libre y que, con su ejemplo personal, había afirmado la exigencia de desarrollar investigaciones empíricas en el campo del derecho publicaba, precisamente en 1913, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Y en aquel clásico libro suyo establecía las bases de la sociología del derecho que también él calificaba como ciencia de hechos y no de palabras y que opinaba que debía ser considerada como teoría del derecho en sentido estricto, diciendo textualmente: "Desde el momento que el derecho es un fenómeno social toda clase de ciencia jurídica (*Jurisprudenz*) es una ciencia social; pero la ciencia del derecho (*Rechtswissenschaft*), en el estricto sentido del término, es una parte de la ciencia teórica de la sociedad o, lo que es lo mismo, una parte de la sociología. La sociología del derecho, por lo tanto, es la teoría científica (*wissenschaftliche Lehre*) del derecho" (10).

Es interesante recordar cómo Kelsen, siempre atento y empeñado en analizar y discutir críticamente las principales corrientes de pensamiento de su época, haya aprovechado la ocasión de estos escritos para remarcar y aclarar mejor su punto de vista acerca de la distinción entre ciencia del derecho como ciencia del deber ser y sociología del derecho como

(9) H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1° 1911) ahora en Id., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Rechtswissenschaftslehre*, a cargo de T. Württemberg, Karlsruhe 1962, p. 126.

(10) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (1° 1913) trad. it. I fondamenti della sociologia del diritto, a cargo de A. Febbrajo, Giuffrè, Milano 1976, p. 32.

ciencia del ser, polemizando viva y duramente con Kantorowicz y especialmente con Ehrlich. Pone de manifiesto, de este modo, como la sociología del derecho entendida de la forma mencionada, no pudiendo tomar como fundamento el concepto del derecho que es definido por la ciencia normativa del derecho (ciencia del deber ser), no alcanza a encontrar un criterio válido para separar el derecho de los otros conjuntos de reglas de la conducta, ni para diferenciar el orden jurídico de los otros órdenes sociales, ni para afirmar la propia autonomía como sociología del derecho frente a la sociología de los otros fenómenos sociales. Además, expresa sus reservas acerca de la preferencia que estos autores demuestran hacia las ciencias que actúan utilizando el método inductivo ignorando, o casi, la importancia de un conocimiento científico basado en el método deductivo. Finalmente, proclama parecidas reservas a la tendencia a pasar de lo fáctico a lo normativo, de lo descriptivo a lo valorativo así como se puede ver, por ejemplo, en Kantorowicz allí donde afirma que la jurisprudencia es considerada "como una ciencia valorativa al servicio de la vida social", o en Ehrlich allí donde dice que la regla de conducta social es una regla según la que, "no sólo se actúa sino que también se debe actuar" (11).

Si Kelsen expresa su desacuerdo en relación a estos autores que quieren sustituir la ciencia del derecho (ciencia del deber ser) por la sociología del derecho (ciencia del ser), manifiesta por contra, su acuerdo con otro autor que, contrariamente a los anteriores, distingue claramente el punto de vista jurídico del punto de vista sociológico en el estudio del derecho. Me refiero a Max Weber que, en los mismos años en que Kelsen polemizaba con Kantorowicz y con Ehrlich, había escrito su *Rechtssociologie* que permaneció inédita por mucho tiempo y sólo fué publicada en 1922 como capítulo séptimo de la obra póstuma *Wirtschaft und Gesellschaft* (12). Y reflexionando sobre esta obra, que entre 1922 y 1925 había sometido a un atento examen crítico (13), Kelsen, varios años más

(11) Kelsen criticó a Kantorowicz en la nota "Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, 1912, pp. 601-607 y criticó a Ehrlich en un largo ensayo "Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX, pp. 839-876. A este ensayo le siguió una larga polémica entre los dos autores. Sobre el tema cfr. A. Febbrajo, "Presentazione a Ehrlich en I fondamenti...", cit., pp. XXXIV-XXXIX; N. Bobbio, "Max Weber y Hans Kelsen" *Sociologia del diritto* 1/1981, pp. 137-138; H. Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Aller, Freiburg - München 1981, pp. 31-61. G. Robles Morchón, "La polémica entre Kelsen y Ehrlich entorno a la naturaleza de la ciencia jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVIII, pp. 627-641.

(12) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922 trad. it. a cargo de P. Rossi, *Economía e Società, Comunità*, Milano 1961.

(13) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1º 1922) 2º Mohr,

tarde, en la *General Theory of Law and State* de 1945, afirma haber encontrado en ella “el intento más afortunado de definir el objeto de la sociología del derecho”. Transcribo el largo pasaje en el que Kelsen, resumiendo el pensamiento de Weber, implícitamente resume también el propio en torno a este importante tema. Cita ante todo las siguientes palabras de Weber: “Cuando nos interesamos por el derecho, por el orden jurídico, por la regla del derecho, debemos atenernos rigurosamente a la distinción entre el punto de vista jurídico y el sociológico. La jurisprudencia va en busca de las normas jurídicas idealmente válidas. Esto es... qué significado normativo debe ser atribuido a una proposición que pretenda representar una norma jurídica. Por el contrario, la sociología indaga lo que sucede efectivamente en una sociedad, porque allí hay una cierta probabilidad (chance), de que sus miembros crean en la validez de un ordenamiento y orienten hacia éste su comportamiento”. Y después de esta cita observa que, según la definición weberiana, “el objeto de la sociología del derecho es la conducta humana que el agente ha orientado hacia un ordenamiento porque lo considera válido; y esto quiere decir que el individuo, cuya conducta constituye el objeto de la sociología del derecho, considera el ordenamiento de la misma forma en que la jurisprudencia normativa contempla el derecho. Para constituirse en objeto de una sociología del derecho el comportamiento humano debe ser determinado por la idea de un derecho válido” (14).

Considerando en conjunto el problema de las relaciones entre la sociología del derecho de Kelsen y la de Weber y teniendo también presente arriba citado, en un artículo específicamente dedicado al tema, Norberto Bobbio observa ante todo que la distinción weberiana entre lo que es idealmente válido (validez ideal) y lo que efectivamente sucede (validez empírica) corresponde a la distinción kelseniana entre validez (entendida como validez ideal) y eficacia. Observa además que “a pesar de la diferencia terminológica Weber y Kelsen están de acuerdo en un punto muy importante, esto es, sobre la distinción de los dos puntos de vista del sociólogo y del jurista, y respectivamente de los dos campos, el campo del ser y el del deber ser, sobre los que se sitúan las dos ciencias: distinción que se niega o no se reconoce por la mayor parte de los representantes de la jurisprudencia sociológica”. Pero el acuerdo entre Kelsen y Weber, advierte enseguida Bobbio, “termina aquí”. De hecho, Kelsen no se limita “a afirmar la existencia de dos puntos de vista frente a los sociólogos que la niegan, pero en relación a los sociólogos, a diferencia de Weber, da la vuelta completamente a la relación entre los dos puntos

Tübingen 1928, cap. VIII, S. 27, pp. 156-170.

(14) Teoria generale del diritto e dello Stato, Cit., pp. 178-190.

de vista defendiendo la primacía, o la prioridad, del punto de vista jurídico sobre el sociológico". Y el argumento principal para defender esta tesis en polémica con Weber reside, según Kelsen, en el hecho de que la sociología del derecho solamente puede encontrar en la teoría del derecho el criterio para distinguir los comportamientos jurídicos de los comportamientos no jurídicos. "Sólo refiriendo la conducta humana al derecho como sistema de normas válidas, esto es, el derecho como está definido por la jurisprudencia normativa, dice Kelsen, la jurisprudencia sociológica puede delimitar su objeto específico del de la sociología general" (15).

En este párrafo en el que he examinado la postura de Kelsen respecto de la sociología del derecho, como se ha podido ver, he tenido presente, esencialmente, la *General Theory* de 1945, que es la obra de carácter general en la que nuestro autor se ocupa, principalmente, de la sociología del derecho y sobre todo de la jurisprudencia sociológica americana. Y esta es también la obra en que retomando conceptos expuestos en un ensayo de hacía poco tiempo (16), Kelsen admite una pluralidad de ciencias del derecho, entre las que se encuentra la sociología del derecho (17), separándose de la opinión implícita en un pasaje de las dos ediciones de la *Reine Rechtslehre* en el que afirma que "no es precisamente el derecho lo que constituye el objeto" de la sociología del derecho, "sino que sólo constituye este objeto ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza" (18).

Se ha dicho, y con razón, que esta diferencia de opiniones se debe al hecho de que la gente a la que se dirige la *General Theory*, a diferencia de aquélla a la que se dirige la *Reine Rechtslehre*, es un público de lectores educados en la tradición y en la atmósfera del Common Law" y, por consiguiente, más interesados y sensibilizados por los problemas de la sociología del derecho. Pero con esto no se puede decir que la admisión de una pluralidad de ciencias jurídicas, entre las que está la sociología del derecho, constituya para Kelsen una novedad. Ya en los *Hauptpro-*

(15) Bobbio, Max Weber e Hans Kelsen, cit., pp. 145-146. En la última frase antes citada el autor se remite a Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. 181.

(16) Kelsen "Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, LV, 1941, pp. 44-70, trad. it. "La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica", en Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1952, pp. 180-185.

(17) Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 165. Sobre el tema cfr. también Ch. Eisenmann, "Science du droit et Sociologie dans la pensée de Kelsen" en Baffiol, Bobbio y otros, *Méthode sociologique et droit*, spec. pp. 66-73.

(18) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 54; Id., *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Vienna, 1960, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, a cargo de M. Losano, p. 124.

bleme Kelsen considera como posible esta pluralidad afirmando entre otras cosas que “la tarea de los sociólogos es la de entender el derecho como una fuerza de hecho que domina las masas; como un hecho de psicología de masas” (19). En la crítica a Kantorowicz, que se remonta a la misma época, Kelsen reconoce el interés que puede presentar al jurista una sociología del derecho que examine las causas de las normas jurídicas en la sociedad en que vivimos (20). Refiriéndose al debate con Stammer, que es también de la misma época, advierte Bobbio, en su artículo citado, que Kelsen se propone “no ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas” y observa que, con ello, deja entender “que se puede dar un tratamiento no formal del derecho como es precisamente la sociología jurídica” (21).

IV. LA TOMA DE POSICION RESPECTO DE LA SOCIOLOGIA DE LA IDEA DE JUSTICIA

Al principio de este artículo he manifestado el propósito de explicar cómo Kelsen, poniendo en evidencia los estrechos lazos que unen las doctrinas del derecho natural y las de la sociología general (marxismo incluido) y señalando los errores comunes en que caen estos dos diferentes tipos de teorías, contempla la oportunidad de desarrollar investigaciones pertenecientes a una disciplina particularmente importante para la política jurídica, una disciplina que evite aquellos errores y que podría llamarse sociología de la idea de justicia.

De acuerdo con aquel propósito mío es preciso explicar ahora cómo Kelsen, poniendo de relieve los orígenes sociológicos de las teorías iusnaturalistas y las tendencias iusnaturalistas de las teorías de los sociólogos, expresa, hacia ambas, las mismas valoraciones y las mismas críticas.

En el libro *Society and Nature*, ya examinado antes, se ha visto que Kelsen pone en evidencia los orígenes sociológicos de las teorías del derecho natural allí donde explica cómo de la interpretación animista de la naturaleza, regida por el principio de retribución, nace la idea de la naturaleza como sociedad ideal y de esta idea se deriva la de un derecho natural entendido como derecho absolutamente justo. Y volviendo sobre este tema en trabajos más específicos se puede ver cómo Kelsen ex-

(19) Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 42.

(20) Kelsen, *Zur Soziologie des Rechts*, cit., p. 602 y también W. Ebenstein, *Rechtsp-hilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Taussig, Praga 1938, p. 53.

(21) Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen*, cit., p. 140.

plica más minuciosamente el hecho de que estas teorías, buscando deducir “de la naturaleza de la sociedad y también de la de las cosas algunas reglas que proporcionen una norma totalmente adecuada al comportamiento humano”, cometen diversos errores. Primeramente, el de partir del presupuesto “de la inmanencia del valor en la realidad natural”, presupuesto inadmisibles desde la perspectiva de la ciencia. Además, el error de dar un salto, igualmente inadmisibles, “del plano del ser al del deber ser”. El valor, añade textualmente: “no es inmanente a lo real y por tanto no se puede deducir del mismo. El hecho de que alguna cosa sea no implica que deba ser o ser hecha, o que deba o no deba hacerse. El dato experimental consistente en que los peces grandes se comen a los pequeños no implica que el comportamiento de los peces sea bueno o malo. No existe ninguna inferencia lógica del ser al deber ser, de la realidad natural al valor moral o legal” (22).

Después de haber puesto los orígenes sociológicos de las teorías de los iusnaturalistas si se pasa a examinar las tendencias iusnaturalistas de las de los sociólogos, se puede comprender fácilmente cómo para Kelsen las teorías de estos últimos caen en los mismos errores evidenciados en las de los primeros. A este propósito es particularmente interesante leer el segundo capítulo de su libro de 1922 *Der Soziologische und juristische Staatsbegriff* en el que, revisando particularmente las teorías de Spencer, de Durkheim, de Tönnies y de otros sociólogos de su tiempo, Kelsen intenta poner en evidencia las tendencias iusnaturalistas o, como el mismo dice, “normativas” de las propias teorías (23). Y haciendo esto nos muestra sus errores. Es decir, explica cómo estas teorías “bajo la apariencia de una explicación causal del acontecer real, creyendo poner en evidencia una ley natural, esto es, causal, (por ejemplo, la ley de la evolución) no hacían otra cosa que intentar fundamentar un sistema universal de valores y por tanto no eran, en resumidas cuentas, sino ética, teología o derecho natural” (24). Muchos años después de la publicación del libro mencionado, en un ensayo en el que ha colocado y tratado bajo la misma etiqueta a iusnaturalistas y sociólogos, Kelsen, volviendo sobre el tema, ha podido reforzar su tesis. Es decir, ha destacado que las teorías sociológicas, aunque aparentemente contrarias a las del derecho

(22) Kelsen, “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science” *The American Political Science Review*, XLSS (1948) trad. it., “La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza”, en el vol. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, Il Mulino, Bologna 1966, p. 339.

(23) Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff* cit., cap. 2 “Die normative Tendenz der Sociologie”, pp. 46-74.

(24) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlino 1925, S 4D p. 16. Sobre el carácter iusnaturalista de la sociología moderna, Kelsen hace referencia al ensayo de A. Menzel,

natural, cometen los mismos errores de las teorías que intentan sustituir: la equivocación de dar el paso ilegítimo de la descripción a la prescripción, del ser al deber ser, y la equivocación de mostrar los juicios subjetivos de valor nacidos de la conciencia de cada uno como principios deducidos de la realidad natural y social y teniendo, como tales, los caracteres de objetividad y absolutez. Después de un cuidadoso examen de las teorías de Comte y de Spencer, Kelsen, entre otras cosas, pone así en evidencia "el carácter iusnaturalista" de su sociología que considera a la ley de la naturaleza como una norma social de valor universal y que, por ejemplo, pone a Comte en situación de justificar un programa político altamente colectivizado y a Spencer de justificar uno altamente individualista" (25).

No se puede olvidar que el mismo carácter iusnaturalista que Kelsen pone de relieve en las teorías clásicas de la sociología, lo destaca también en la teoría de Marx que, de acuerdo con su carácter, sigue básicamente el mismo método y comete la misma equivocación que las doctrinas iusnaturalistas. Seleccione, entre muchos, dos pasajes de Kelsen bastante significativos al respecto. "El socialismo científico de Marx es una ciencia social cuyo objetivo único y exclusivo no consiste en concebir o describir la realidad social como efectivamente es, sin valorarla, sino, por el contrario, en juzgarla conforme a un valor presupuesto por esta ciencia pero proyectado engañosamente en la realidad social, con el objetivo admitido sin trabas de conformarla al valor presupuesto" (26). Al igual que la teoría iusnaturalista, presuponiendo que la justicia sea inmanente a la realidad presentada como naturaleza, considera "que sea posible deducir desde la naturaleza, lo justo, es decir, el derecho natural, y atribuye a la ciencia, a la ciencia jurídica la tarea de descubrir este derecho natural escondido, de alguna forma, en la naturaleza, pues Marx afirma que la justicia del socialismo como justicia social puede venir desarrollada por la realidad social" (27).

Si Kelsen junta en una misma valoración y en una misma crítica las teorías de los iusnaturalistas con las de los sociólogos también demuestran darse cuenta de las exigencias a las que estas teorías intentan res-

Naturrecht und Soziologie, Vienna 1912, ensayo que considera fundamental.

(25) Kelsen, *La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza*, cit., p. 377.

(26) Kelsen, *The Communist Theory of Law*, Praeger, New York 1955, trad. it., *La teoría comunista del diritto*, a cargo de G. Treves, p. 71.

(27) Kelsen, *La teoría comunista*, cit., p. 32 y también Id., *Sozialismus und Staat*, Leipzig 1923, trad. it., *Socialismo e Stato*, a cargo de R. Racinaro, De Donato, Bari 1978, passim y especialmente. pp. 7-35.

ponder: las exigencias de una política del derecho interesada en los problemas de los fines y de los valores. Y dándose cuenta de esto, formula la posibilidad de sustituir esta disciplina por una disciplina diferente que busque satisfacer aquellas mismas exigencias, pero que apoyándose en un fundamental relativismo, evite el error del paso del ser al deber ser y de la consecuente atribución de un valor absoluto al mismo deber ser.

Me refiero a la sociología de la idea de justicia que, según lo que dice Kelsen en su referido prefacio a *Society and Nature*, es una disciplina que desarrolla investigaciones “sobre las ideas que determinan efectivamente o, desde un punto de vista moral, deberían determinar la formación de las normas que denominamos jurídicas”, que individualiza además la “función social de ciertas ideas que existen en la mente de los hombres y que funcionan como causa de sus conductas”, que critica, finalmente, la civilización y especialmente “las ideologías que acompañan el curso de la civilización” (28). En otras obras Kelsen afirma que esta disciplina tiene “una importancia capital para la política del derecho” (29) y deja entender que la misma debe desarrollarse en su ámbito específico de las investigaciones que en un terreno más amplio desarrollan la sociología del conocimiento y la sociología de los valores. Son significativas, en mi opinión, a este respecto, las bien conocidas consideraciones hechas por Kelsen sobre el sentimiento del derecho y sobre las teorías del derecho natural allí donde, por ejemplo, con motivo de estas últimas, dice que ellas han desarrollado casi siempre una función conservadora, esto es, la de “sostener y justificar y reconocer como absoluto al derecho positivo” y solamente en pocos momentos de su historia milenaria han desarrollado, en cambio, una función revolucionaria y, al menos, reformista impugnando el valor del derecho positivo “y manteniendo que ésta en oposición a un orden absoluto presupuesto de cualquier modo” (30).

Es innecesario decir que, desarrollando las investigaciones del modelo indicado y haciendo consideraciones como a las que he aludido, la sociología de la idea de justicia de las que estamos hablando no puede conceder valor objetivo y absoluto a ninguna teoría y debe asumir una concepción relativa de los valores. Son significativas, a este propósito, las conclusiones a las que Kelsen llega después de un amplio análisis de las normas de justicia y de los principios contenidos en ellas, conclusio-

(28) Kelsen, *Sociedad y Naturaleza*, cit., pp. VII-XVI.

(29) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 8.

(30) Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 422-425 ed., Lineamenti, cit., p. 59.

nes en las que afirma, entre otras cosas, que la justicia absoluta que el mundo busca es un ideal irracional cuyo origen y realización “deben ser transferidos de este mundo al del más allá, mientras que en la tierra debemos contentarnos con una justicia sólo relativa como puede verse en cada orden jurídico y en las situaciones de paz y seguridad que cada uno de ellos asegura en mayor o menor medida” (31). Esta es una afirmación que está, evidentemente, de acuerdo con aquella teoría relativista de los valores a la que se adhiere, advirtiendo, de todos modos, que tal teoría no defiende “que no haya valores y en particular que no haya justicia”, defiende, en cambio, que “no hay valores absolutos sino sólo relativos, que no existe una justicia absoluta sino sólo una justicia relativa y que los valores, establecidos por nosotros por actos legislativos y en los que se fundamentan nuestros juicios de valor, no pueden aparecer con la pretensión de excluir valores contrarios” (32).

LOS LIMITES DE LA TEORIA PURA DEL DERECHO

Hemos tratado, hasta aquí, los esfuerzos hechos por Kelsen para separar su teoría del derecho de la sociología del derecho y de la sociología de la idea de justicia. Ahora interesa ver si estos esfuerzos han alcanzado su objetivo, es decir, si ha logrado dar a su teoría aquella pureza a la que aspiraba. Con tal finalidad es oportuno, por tanto, examinar el trabajo en el que Kelsen, en dos ediciones realizadas con muchos años de diferencia una de la otra, ha dado la exposición sistemática de su teoría: la *Reine Rechtslehre*.

Este trabajo, en ambas ediciones, se inicia con dos capítulos en los que autor separa, en los modos y formas de los que hemos hablado ampliamente, la teoría del derecho de la sociología del derecho, por un lado, y de la sociología de la idea de justicia, por otro. De este modo, recuerda que la teoría pura, como ciencia normativa, no se confunde con la sociología del derecho, entendida como ciencia de la naturaleza, ya que esta última “no relaciona los hechos concretos, objeto de sus investigaciones, con normas válidas sino con otros hechos concretos como causas y efectos” (33). Y tal teoría no va siquiera confundida con la sociología de la idea de justicia que se ocupa de un problema que, como dice

(31) Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Deuticke, Vienna 1960, trad. it., *Il problema della giustizia*, a cargo de M. Losano, Einaudi, Torino 1975, p. 66.

(32) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 83.

(33) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 54, id., *La dottrina pura del diritto*, p. 124.

Kelsen, tiene “una importancia capital para la política del derecho”, pero que, estando “unido a valores, cae fuera de una teoría jurídica que se limite a un análisis del derecho positivo entendido como realidad del derecho” (34).

Después de haber depurado, en los dos primeros capítulos, la teoría del derecho desde el exterior, es decir, separándola de la sociología del derecho, por un lado, y de la sociología de la idea de justicia, por otro, Kelsen, en los siguientes capítulos, procede a depurar la misma teoría desde el interior buscando identificar la presencia de elementos sociológicos e ideológicos en los conceptos de la ciencia jurídica tradicional y procediendo a una redefinición de forma que elimine de ella los mismos elementos. Así destaca que, por ejemplo, en la concepción del derecho subjetivo entendido como un derecho diferente del derecho objetivo e independiente del mismo, está implícita la ideología burguesa dirigida “a proteger la institución de la propiedad privada de una supresión por parte del orden jurídico” (35). Destaca también que “la atribución de carácter absoluto a la oposición entre derecho público y privado hace nacer la idea de que solamente el terreno del derecho público, como es sobre todo el del derecho Constitucional y Administrativo, es el dominio de la soberanía de la que estaría, en cambio, completamente excluido el campo del derecho privado” (36). Y después de haber destacado la presencia de elementos ideológicos en definiciones y distinciones como estas, propias de la ciencia jurídica tradicional, Kelsen procede, como es sabido, a la redefinición de aquellos conceptos y de aquellas distinciones poniendo las bases de su teoría pura que construye y presenta en su parte estática y en la dinámica.

No es ahora el caso de entretenerse a hablar de esta redefinición porque se trata de un tema bien conocido por los especialistas y es oportuno, en cambio, ver si, como decimos, con esta depuración realizada no sólo desde el exterior sino también desde el interior Kelsen ha alcanzado el verdadero objetivo: el de dar, como él dice, “una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento científico naturalista” (37).

No es este, ciertamente, un problema nuevo. En 1934, hace casi medio siglo, me ocupé de ello en un ensayo en el que, después de haber exa-

(34) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 8.

(35) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 81.

(36) kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 136.

(37) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 41.

minado los escritos de Kelsen y la literatura crítica aparecida en aquel tiempo, había llegado a la conclusión de que el objetivo al que tendía el autor no se había alcanzado del todo dado que en su construcción formal, admirable por el rigor del método y precisión del lenguaje, eran fácilmente identificables algunos puntos en los que, contrariamente a los propósitos iniciales, la misma construcción se abre, y no podía dejar de abrirse, hacia aquellos elementos sociológicos e ideológicos de los que se proponía prescindir (38).

Debo añadir que, después de tantos años, al escribir ahora el prólogo al libro de Mario Losano con el significativo título *Forma e realtà in Kelsen*, he considerado que tenía que destacar que las tesis que sostenía en aquellos lejanos tiempos eran sustancialmente análogas a las que se mantienen en este reciente libro y que los puntos de apertura de la teoría kelseniana hacia aquellos elementos de los que debería haber sido depurada, puntos de los que hablaba y se habla ahora, eran sustancialmente análogos a aquéllos puestos de relieve hoy por Losano y por otros críticos de nuestro tiempo (39).

Me refiero, sobre todo, al punto en que en la primera edición de la *Reine Rechtslehre* Kelsen afirma que la validez, es decir, la específica existencia del orden jurídico depende de su eficacia, o sea, “del hecho de que la conducta de los hombres a los que el orden jurídico se refiere corresponde a tal orden hasta cierto punto” (40); una afirmación cuyo alcance amplía en la segunda edición, diciendo que no sólo la validez del ordenamiento como totalidad sino también la validez de la norma jurídica singular dependen de su eficacia (41). Me refiero, además, al punto en el que Kelsen sitúa en el vértice de la jerarquía de las normas la norma fundamental, que no se concibe solamente como el principio que responde a la pretensión lógica de cerrar en un sistema unitario los diversos niveles normativos, sino también “como el principio que atribuye la validez normativa al mero hecho, que determina la metamorfosis de la facticidad en normatividad y que establece, por tanto, la unión del mundo del ser con el del deber ser” (42). Me refiero, finalmente, al pun-

(38) Me refiero a mi ensayo, *Il diritto come relazione*, Istituto giuridico del l'Università, Torino 1934, spec. cap. VI.

(39) M. Losano, *Forma e realtà sociale*, Comunità, Milano 1981, “Prefazione” de Treves, p. 10.

(40) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 101.

(41) Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 239 y también p. 20.

(42) Este aspecto relevante se encuentra en mi ensayo *Il diritto come relazione*, cit., p. 115 en el que me conecto a observaciones análogas hechas anteriormente por Erich Kaufmann que hablaba precisamente de *Metamorphose des Faktischen zum Normativen*, cfr.

to en el que Kelsen habla de la interpretación, es decir, de aquel "procedimiento espiritual que acompaña el proceso de producción del derecho en su desarrollo de un grado superior a un grado inferior, regulado por el superior" (43), punto en el que dice que el acto interpretativo no es sólo un acto de conocimiento sino también un acto de voluntad y que el problema de la interpretación "no es un problema del conocimiento dirigido al derecho positivo, no es un problema de la teoría del derecho, sino un problema de política jurídica" (44). He traído a colación esta última frase para mostrar como Kelsen no pone aquí en conexión solamente elementos sociológico-naturalísticos, sino también elementos ideológicos. Deseo añadir que cuanto he destacado en este punto, puede ser destacado también en los otros dos puntos arriba mencionados dado que en las conductas que realizan o no las normas singulares o la misma norma fundamental, determinando la eficacia de las normas singulares o de todo el ordenamiento, están implícitas las valoraciones que inspiran y motivan las propias conductas.

LA CONTRIBUCION DE KELSEN A LOS ESTUDIOS SOCIOLOGIO-JURIDICOS

En el apartado precedente he recordado que en mis escritos kelsenianos de hace casi medio siglo, siguiendo una opinión bastante difundida entre los críticos de entonces, he defendido una tesis análoga a la que defendería hoy poniendo en evidencia los límites de la teoría pura y concretando los puntos en los que esta teoría se abre, y no puede dejar de abrirse, hacia los hechos sociales y las ideologías políticas de las que se proponía prescindir. Debo añadir ahora que el espíritu con el que mantuve entonces aquella tesis era, sin embargo, bastante diferente de aquél con el que la mantendría hoy. Entonces destacaba, más que nada, la insuficiencia de un formalismo que, en mi opinión, no había conseguido alcanzar el grado de pureza a que aspiraba y oponía al formalismo kelseniano el antiformalismo de Heller y de Leibholz con los que me sentía especialmente próximo. Hoy, después de una larga experiencia en el campo de la sociología, además de reconocer, como por otra parte reconocía entonces, la importancia de la contribución de Kelsen al estudio de la teoría y de la metodología del derecho reconozco también la impor-

E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen 1921, p. 32. También me hago partícipe de la opinión expuesta por H. Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. V, 1926, p. 208.

(43) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 117.

(44) kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 386.

tancia de su contribución al estudio de las dos sociologías: la sociología del derecho, por un lado, y la sociología de la idea de justicia, por otro; dos sociologías de las que intenta tener separada a la teoría pura del derecho.

Trataré ahora de indicar brevemente cuáles han sido las contribuciones de Kelsen a las dos sociologías, por decirlo así, desde una perspectiva negativa: es decir, tomando posiciones respecto de ellas.

Para el que mira con cautela la sociología del derecho no puede dejar de destacarse que ha renacido después del final de la guerra y se ha desarrollado en América y en Europa, esencialmente como disciplina comprometida en la investigación empírica y, por tanto, como disciplina sociológica que por su propia naturaleza no puede ocupar el lugar de la ciencia formal del derecho, ni cumplir la función de la teoría científica del derecho. Y a partir de esta constatación es, en mi opinión, fácil llegar a la conclusión de que los juristas antiformalistas adversarios de Kelsen que, como Erhlich en otros tiempos, habían auspiciado y promocionado la creación de una sociología del derecho en situación de ocupar aquel sitio y cumplir aquella función, estarían hoy desilusionados. Así, frente a ellos, se puede decir que ha tenido razón Kelsen que, distinguiendo claramente la ciencia del derecho de la sociología del derecho, ha definido con claridad la naturaleza de los estudios que esta última disciplina hoy y ha indicado con precisión los temas de los que se ocupa: "La sociología del derecho, dice, no pone en relación los hechos naturales que debe estudiar con las normas válidas sino que establece una relación de causa a efecto entre estos y otros hechos naturales. Ella se pregunta, por ejemplo, por qué determinada causa un legislador haya promulgado éstas y no otras normas y qué efectos hayan producido sus disposiciones. Ella se pregunta en qué modo ciertos hechos económicos, ciertas ideas religiosas, influyen efectivamente en la actividad de los tribunales, por qué motivos los hombres adecúen o no su conducta al orden jurídico" (45).

Es conocido el hecho de que el sociólogo del derecho, que realiza investigaciones de la naturaleza del tipo arriba indicado y sobre los temas señalados igualmente, no puede dejar de preguntarse: ¿de qué sirven? ¿a qué finalidad tienden? y siente, por tanto, la exigencia de afrontar el problema de los fines y de los valores. A este propósito, Kelsen ha tenido el mérito de apuntar la posibilidad de desarrollar una sociología de la idea de justicia distinta de la teoría pura del derecho y de poner

(45) Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 54.

en evidencia el hecho de que esta sociología, que tiene una especial importancia para la política del derecho, debe apoyarse sobre un relativismo fundamental para evitar los errores de las teorías del derecho natural y de la sociología general (incluso el marxismo) que efectúan el paso ilegítimo del ser al deber ser y atribuyen, en consecuencia, un valor absoluto al deber ser.

No se puede olvidar que en los años treinta el fundamental relativismo de Kelsen tenía un significado particular; el de coincidir sustancialmente con el relativismo de Mannheim, de Radbruch y de otros especialistas que, en aquellos años, intentaban resistir en el plano intelectual a la oleada nazi. Un discípulo de Kelsen, William Ebenstein, en un libro publicado en Praga en 1938 poco antes de trasladarse a los Estados Unidos, comparaba precisamente a Kelsen con Radbruch. Recordaba que para Radbruch "relativismo significa renuncia a la justificación científica de las actitudes últimas, no renuncia a tales actitudes", y después de haber destacado que Kelsen era de la misma opinión y defendía las mismas tesis que Radbruch, destacaba "la grandeza moral" de ambos especialistas (46).

El relativismo de Kelsen de los años treinta no es diferente del de los años sesenta y setenta en el que desarrollando ampliamente su sociología de la idea de justicia en una base fundamentalmente relativista, no ha renunciado nunca a la afirmación y defensa de su punto de vista personal: aquel por el que, en base a la relatividad de los valores defendida por él, se encuentra y puede deducirse el principio de la tolerancia, al que están estrechamente unidos los de la libertad y de la democracia y, en último término, también el de la ciencia ya que, como él dice, "el alma de la ciencia es la tolerancia" (47).

(46) Ebenstein, *Rechtsphilosophische Schule*, cit., p. 46.

(47) Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Deuticke, Vienna 1953, trad. it., *Che cos'è la giustizia?*, en Kelsen *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 428-433, y también O. Weinberger, "Prefazione" de Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, pp. XXV—XXVI, Reidel Company, Boston 1973, pp. XXIV-XXV.

LA LEY PENAL MILITAR ALEMANA DE 1974. COMENTARIOS Y NOTAS

EDUARDO CALDERON SUSIN

1.- Desde el día primero del año 1975 cobra vigencia en la República Federal de Alemania la Ley Penal Militar (Wehrstrafgesetz, en abreviatura WStG) de 24 de mayo de 1974, que sustituyó, operando importantes reformas, a la de 30 de marzo de 1957.

Entrelazadas razones de conveniencia y de oportunidad, a pesar de los ya diez años de vida de la Ley, explican mi interés en que se publique la misma en España.

Las de conveniencia no son otras que las de facilitar el manejo de un material importante y las de posibilitar con ello además el que se repare en una de las partes del ordenamiento jurídico, cual es el derecho penal militar, cuanto menos desatendida u olvidada; las de oportunidad estriban en la inminente modificación de nuestro Código de Justicia Militar, pues en su sesión del día 12 de septiembre de este año el Consejo de Ministros, según referencia de su Portavoz, aprobó un Proyecto de Código Penal Militar que, cuando estas páginas se escriben, a finales de octubre, aún no se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales*.

La utilidad en general de la legislación comparada requiere, en evitación del peligro de manejar argumentos esgrimidos o recibidos de modo sesgado (peligro por demás común a toda argumentación), un conocimiento de la doctrina, científica y jurisprudencial, así como del resto del ordenamiento jurídico e incluso de la idiosincracia del pueblo y de los instituciones del país cuyo cuerpo legal se maneja; hecha esta salvedad digo calificando de importante el material, el texto íntegro de la Ley

*Ya en prensa este Comentario ha aparecido en el B.O. de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) del día 12 de noviembre.

Penal Militar alemana de 1974, porque, además de que en sí mismo constituye algo neutro en relación a posibles necios manejos, no hay que olvidar que la remodelación del texto punitivo castrense se inserta en la llamada "gran reforma penal", en la que intervino, de una u otra manera, la práctica totalidad de la dogmática alemana, cuyo prestigio y reconocimiento universal no ofrece dudas, y de la que los españoles en cierta medida también, dicho sea con todas las reservas y respetos, somos tributarios.

Que el derecho penal militar no ha atraído a los penalistas españoles es afirmación que difícilmente se me refutará; las causas de ello son múltiples y no explicadas; además de las comunes a toda legislación especial, van desde el desprecio e inquina al descuido, lo que explica tratamientos parciales, sentimentalizados o viscerales, en los que se entrevé el apasionamiento en pro o en contra de la existencia de unas Fuerzas Armadas y, en otros casos, sobre su estructuración, funciones y comportamientos.

Se oscila pues entre la postura de quienes, con la idea de que debe abolirse todo ejército organizado, concluyen más o menos expresamente que, estando el derecho penal militar por fuerza llamado a desaparecer, es innecesario estudiarlo, y la de los que a toda costa quieren mantener un determinado estado de cosas; por desgracia las voces, y pensamientos, de quienes desean y abordan un tratamiento riguroso y profundo del tema no es raro que sean recibidas con recelo por aquellos, o ni se las escuche.

Ni es el lugar, ni mi intención, argüir en pro de la existencia de los Ejércitos organizados, me limito a constatar el hecho de su existencia y de lo residual de las posiciones abolicionistas. Ahí están los hechos históricos y actuales de España y de fuera de ella, nuestra vigente Constitución y las normas penales militares. No se me alcanza razón alguna ni para el descuido ni para el olvido de su estudio.

Subyace además un corriente equívoco cual es el de identificar el derecho penal militar con la jurisdicción castrense, idea íntimamente relacionada cuando ésta última exista, pero no necesariamente dependientes, cual se demuestra con dos hechos evidentes: hay ordenamientos que prescinden de la jurisdicción militar pero no de un derecho penal castrense (como es el caso de la Alemania Federal), y también existen ordenamientos en los que la jurisdicción marcial conoce no sólo de los delitos militares sino que extiende su competencia a otros ámbitos (como ha sido tradicional en España).

No estimo que sea esta la ocasión para profundizar en el tema de la jurisdicción militar, traído a colación tan sólo a fin de salir al paso de la mencionada identificación de esta con el sector del derecho penal en el que tiene su origen, y porque la polémica casi siempre virulenta, y a mi impresión nada dialogante, sobre la existencia de aquella, ha relegado a un plano secundario, por ello casi no estudiado, a los delitos militares.

La escasa dedicación dogmática y científica al estudio del derecho penal militar, con notables y escasas excepciones que no hacen sino confirmar su insuficiencia, la he sentido como carencia, ya desde hace tiempo, por correrse así el riesgo de peligrosos anclajes, pero ahora de forma más acuciante cuando, de una parte, tanto se habla de la necesidad de acercamiento y vital intercomunicación entre el pueblo y sus Fuerzas Armadas, y, de otra, nuestra Constitución de 1978 sienta los valores superiores a que debe acomodarse "todo" el ordenamiento jurídico y consiguiendo los principios que son piedra de toque y otorgan márchamo de validez a todas las normas que integran el sistema, y entre las cuales están las relativas a los delitos militares, incluidas por supuesto las jurisdiccionales.

En este orden de ideas a pesar de la obviedad no está por demás, a fin de evitar minusvaloraciones, recordar que las normas penales militares no son, ni deben ser, corporativas o de castas, y que, sin prejuzgar su contenido pero precisamente por el importante papel que deben desempeñar las Fuerzas Armadas en el seno de la sociedad, contienen prohibiciones y mandatos dirigidos a todos y especialmente a los que sirven en sus filas, por las que pasan gran parte de los españoles; y que como justiciables a quienes se pretenda aplicar las sanciones allí prescritas, por los órganos que integran la jurisdicción militar, les corresponden íntegros los derechos constitucionales, entre ellos el de defensa; a todos interesa pues, en aras de una recta administración de justicia, unas normas penales militares claras y eficaces así como su más cabal conocimiento, y ni a una cosa ni a otra contribuye la falta de dedicación doctrinal.

Las esgrimidas razones sobre la oportunidad de que se publique en español la vigente Ley Penal Militar de la República Federal Alemana no necesitan, tras lo dicho hasta aquí, ser explicadas en abundancia; basta simplemente recordar que el programa del Partido Socialista Obrero Español con el que se presentó a las elecciones generales de 1982 incluía la reforma del Código de Justicia Militar para recoger y desarrollar los mandatos constitucionales referidos al Poder Judicial, "teniendo en cuenta la experiencia y la realidad nacional en este ámbito, así como los prin-

cipios más comúnmente consagrados en la legislación militar comparada" (III, 2. 1.(1)); y que antes la disposición final 1ª de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de Noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, después de ordenar que se constituyera bajo la autoridad del Ministro de Defensa de inmediato una "Comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar", señalaba que sería misión de la misma "elaborar un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la Justicia Militar antes de un año, a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación"; indudablemente las preocupaciones del legislador se centran más en la Jurisdicción que en el Derecho penal, pero no albergo duda alguna de que su intención era incorporar, en la medida de lo posible, el "progreso comparado" en todos los trabajos de aquella Comisión.

2.- Intentada la explicación de la conveniencia y de la oportunidad de que se publique en español la Ley Penal Militar alemana, y antes de resaltar alguno de sus aspectos, pueden no sobrar unas ideas generales sobre el sistema alemán en esta parcela.

Quedó ya apuntada la inexistencia en la Alemania Federal de jurisdicción específicamente militar.

La Ley Fundamental de Bonn, de 23 de marzo de 1949, como la suprema de un Estado en gestación, tras la derrota y con su territorio sometido a régimen de ocupación, apenas nada previó sobre la existencia de unas Fuerzas Armadas; conforme se consolida la "guerra fría" se hace lo propio con la Alemania Occidental hasta que en los acuerdos de París de 23 de octubre de 1954, al margen de la U.R.R.S., se decide devolverle la soberanía.

En la Conferencia que preparó tales acuerdos, Konrad Adenauer mantuvo con firmeza que mal se podía hablar de soberanía si no se tenían unas Fuerzas Armadas con que defenderla, de ahí, entre otras razones, que en aquella se conviniera la necesidad de crear un ejército con el que Alemania participara en la Comunidad Europea de Defensa y en la O.T.A.N.; el año 1955 significa el fin de la ocupación y el restablecimiento de la soberanía en el territorio de la República Federal Alemana.

Surge pues el nuevo Ejército alemán y la necesidad de insertar la organización militar en la Constitución (Ley Fundamental), así como de paralela y posteriormente dotarla de las normas correspondientes.

La Ley de 19 de marzo de 1956 modifica y añade varios artículos a la Ley Fundamental (era la séptima reforma) y, en lo que a la exposición concierne, el legislador alemán, en la tesitura de que las Fuerzas Armadas contaran con jurisdicción propia en materia penal, volvió los ojos a la Constitución de Weimar, concretamente a su artículo 106 ("Queda suprimida la jurisdicción militar, salvo en los casos de guerra y a bordo de los navíos de guerra. Los pormenores serán regulados por la ley"), y añadió un artículo 96a (hoy 96.2) a tenor del que "la Federación puede establecer tribunales militares en materia penal para las Fuerzas Armadas a título de tribunales federales. No pueden ejercer jurisdicción penal más que en caso de defensa y (en tiempos de paz) únicamente sobre los miembros de las Fuerzas Armadas enviados al extranjero o embarcados en navíos de guerra. Las modalidades serán reguladas por una ley federal. Estos Tribunales dependerán del ministro federal de Justicia. Sus jueces titulares deben poseer las cualidades requeridas para el ejercicio de las funciones de Juez".

El camino seguido en Alemania difiere del que se tomó en Italia, donde, tras la guerra, el artículo 103 de la Constitución de diciembre de 1947 admite, en su párrafo 3º, que los tribunales militares en tiempos de paz tendrán jurisdicción en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas (el problema para los italianos ha estribado en adaptar a la Constitución tanto la justicia militar como el Código penal militar de paz de 1941). Sin embargo recientemente, en 1982, mediante reforma del Código de Justicia Militar de 1965, ya que no existía previsión constitucional expresa, Francia ha seguido una vía semejante a la alemana. Ya en el VIII Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra celebrado en Turquía (Ankara, octubre de 1979) sobre "evolución de la justicia militar" se demostró, a través de la información recibida (y recogida en publicación de la Sociedad), la mutabilidad y la variopinta heterogeneidad de las soluciones al respecto adoptadas, incluso en áreas de cultura afín.

En la República Federal de Alemania, en tiempo de paz, los delitos militares se juzgan pues por los tribunales de derecho común de los "Länder" y por el Tribunal Federal de Justicia, aplicando a los soldados las leyes generales de procedimiento; y ello incluso para los militares enviados al extranjero o embarcados en buques de guerra (sólamente conozco proyectos de justicia militar en caso de defensa); el único particularismo

estriba en la existencia funcional dentro de las Fiscalías de secciones especializadas en delitos de funcionarios y de soldados para un mejor conocimiento de la materia.

En paralelo se ha desarrollado, con el límite del Derecho penal militar, un fuerte poder disciplinario que se traduce en una llamada "Administración de la justicia militar" a través de "jurisdicciones disciplinarias militares", cuyas principales normas en vigor están recogidas en la Ley de soldados (Soldatengesetz de 19 de agosto de 1975), en la extensa (141 artículos) Ordenanza de disciplina militar (Wehrdisziplinarordnung de 4 de septiembre de 1974) y en la Ordenanza sobre el procedimiento de reclamación (Wehrbeschwerdeordnung de 11 de septiembre de 1972); se establece un sistema que en la actualidad cuenta, amén de con los jefes disciplinarios (en cuyas atribuciones entra, además de las medidas disciplinarias simples, el canalizar el conocimiento de las infracciones cometidas hacia las jurisdicciones disciplinarias), con tres tribunales disciplinarios militares de primera instancia, que totalizan veintinueve cámaras, y con dos de segunda instancia, instituidos en el seno del Tribunal Administrativo Federal. Cerca de estos tribunales existen los comisarios disciplinarios militares, funcionarios dependientes del Ministerio de Defensa, cuya función principal es la de consejero jurídico a nivel de división y escalones más elevados, y con la calificación exigida por la ley alemana para el ejercicio de la función de juez (igual aptitud se exige a los, alrededor de cuarenta, profesores de derecho agregados a las academias y escuelas militares).

3.- Con referencia a la Ley penal militar (en adelante WStG) llama la atención tanto lo preciso de la terminología como su concisión y brevedad.

La precisión destaca, al igual que en el Código Penal (StGB), hasta tal punto que en ocasiones se sacrifica a ello el estilo importando más, y así lo comparto, la claridad que lo literario; qué duda cabe de que lo ideal es aunar ambas cualidades, pero, en la ineludible disyuntiva de sacrificar una, debe dejarse de lado la meramente estética; de todos modos discutida es la utilización de términos técnicos en las leyes, y a ello, en aras de la precisión, recurre de continuo el legislador alemán (como ejemplo claro de esta última afirmación puede citarse el artículo 5º).

Beccaria, al comenzar el capítulo 41 de su obra "De los delitos y de las penas", afirmaba felizmente que es mejor evitar los delitos que castigarlos, contestando a la pregunta ¿queréis evitar los delitos? con la propuesta, entre otras, de que las leyes fueran claras y simples; pues bien,

dicho ya lo de la claridad, y aunque no se identifique lo simple y lo sencillo con lo breve, la brevedad puede ser el camino para alcanzar aquellos atributos.

En época de fárrago legislativo, como la que vivimos, el texto de la WStG, sobre todo desde la comparación con el tratado II de nuestro Código de Justicia Militar, es de una brevedad sugestiva.

Depurando lo propiamente penal de lo procesal y disciplinario, el corto número de artículos, en una poda progresiva desde los 166 artículos del Código Penal de 1872, obedece, sobre todo, al hecho de las constantes remisiones al StGB ya desde el artículo primero en su apartado tres hasta el artículo 48 que cierra la Ley y en el que enumeran una serie de delitos especiales a cuyos efectos se equiparan los militares a los funcionarios públicos y el servicio militar a la función pública; así mismo la WStG utiliza el repertorio y sistema de penas del StGB; pero la fundamental remisión, ya que determina la naturaleza de las normas penales militares, es la contenida en el artículo 3º con la tajante proposición de que “el Derecho penal común se aplica en tanto esta Ley no determine otra cosa”.

El Derecho penal militar es pues un Derecho penal especial, no ya en un sentido formal por tratarse de normas particulares frente a las codificadas, ni en el de que se trata de un estatuto singular, aplicable a una categoría determinada de personas, sino en el de que integra una especie respecto al género constituido por la ley común, por existir unos elementos especificantes que justifican la excepción; como ya he dicho en otro lugar la ley marcial “adopta una serie de particularismos o regulaciones distintas en diversas materias, pero siguiendo fiel a los principios e instituciones que, como comunes, se prevén en el Código Penal y de los que el legislador castrense sólo se aparta cuando la protección de los bienes, que justifica su existencia, lo exige”.

Esta es la idea que preside la WStG, al igual que ocurre en la mayoría de los ordenamientos de los países más cercanos culturalmente a España (puede anotarse como dato que incluso se detecta una corriente excepcional de incluir en la ley común la materia penal militar, cual ocurre en Suecia; también en la Europa oriental pero esta referencia comparativa carece de utilidad por la no homologación de los sistemas jurídicos); por contra nuestro vigente Código de Justicia Militar da la impresión de inspirarse en la idea de sustantividad o autonomía del Derecho penal castrense, por su integralidad (en el sentido de regular paralelamente al Código Penal toda la parte general de modo exhaustivo) así como por

la regla contenida en el párrafo 2º de su artículo 257.

La WStG se estructura en dos partes, una, la segunda, dedicada a la acuñación de los concretos tipos de delito militar, y otra, previa, en la que se recogen las disposiciones generales especificantes.

4.- Los primeros quince artículos de la Ley contienen las especificaciones generales, de entre las que, sobre todas, cabe destacar las relativas a la culpabilidad, centradas en los artículos 5, 6 y 7, que respectivamente se ocupan de la obediencia, del miedo y de la embriaguez, materias de arraigada regulación particular en las leyes militares, sobre todo aquellas dos.

El realizar un tipo injusto (como dice el legislador alemán “un hecho antijurídico que cumple el tipo de una Ley penal”) en cumplimiento de órdenes o por miedo puede estar amparado en una causa de exculpación, basada en que al sujeto no le era exigible en el caso concreto actuar conforme a la norma; pues bien lo que hace el legislador alemán en la WStG, como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, es, respecto de la obediencia, bajar en la esfera militar el listón de exigencia del deber de respeto a la prohibición (o al mandato) y, a la inversa, elevarlo con relación al miedo.

A nadie se oculta que la obediencia tiene capital importancia en la vida militar, y tampoco lo delicado, y hasta resbaladizo, de su tratamiento como causa excluyente de la responsabilidad criminal; buena prueba de ello es la coletilla que cierra el artículo 34 de nuestras Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, promulgadas mediante Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

Desterrada con razón de la mayoría de las legislaciones la exigencia de la obediencia ciega, con su lógica secuela de excesivas y fáciles justificaciones, la WStG tiene en cuenta los imperativos castrenses arbitrando una causa de exculpación con un máximo de cautelas, cuales son, además de las expresamente detalladas en el artículo 5, la definición de lo que es una orden (artículo 2.2) y la prolija regulación de los delitos de desobediencia; en último extremo, como no podía ser menos en una materia en que lo desisivo es establecer el poder del sujeto en el caso concreto, lo que se hace es marcar unas pautas y grados al juez, quien cuidadosamente determinará la ausencia de culpabilidad o su mínima concurrencia; en definitiva se trasluce una lógica confianza en la Jurisdicción, lo que parece no ocurrir en el artículo 185-12ª de nuestro Código de Justi-

cia Militar, tras la reforma operada mediante la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre.

En congruencia con lo dispuesto en el artículo 35 StGB sobre la necesidad exculpante, el artículo 6 WStG obliga al soldado, por su peculiar misión y cuando ésta lo demandare, a afrontar el peligro, a ser valeroso, a desterrar la cobardía. Existe pues una mayor exigibilidad y si esto es así ninguna objeción cabe oponer a la regla. Otra conclusión cabría si, por el contrario, se recondujera el miedo a la inimputabilidad. Desde luego la fórmula alemana es preferible a la utilizada, en el artículo 185-10^a, por nuestro Código de Justicia Militar, afirmación extensible a la tajante proposición que cierra el artículo 186, en relación con la embriaguez.

El artículo 7 adelanta también las barreras de protección de los bienes jurídicos tutelados por las normas penales militares, al negar efectos atenuatorios a la embriaguez culpable o a cualquier otra intoxicación análoga si se comete en tal estado un delito militar durante el servicio (o cuando integre una infracción del Derecho Internacional de Guerra).

Si parece evidente que con tales intoxicaciones lo que queda disminuida es la imputabilidad (porque al sujeto parcialmente se le diluye o desdibuja, en mayor o menor medida, el carácter ilícito de su conducta y la posibilidad de actuar conforme a las normas), es fácil concluir que el mantenimiento de una regla cual la comentada constituye una clara desviación del principio de culpabilidad.

Da la impresión de encontrarnos con una inercia mantenedora de algo que dogmáticamente no resulta de recibo; de modo esquemático puede decirse: que dichas intoxicaciones deben ser atajadas en la vida militar por lo que de perjudicial tienen para el servicio y, en consecuencia, para el cumplimiento de los cruciales cometidos encomendados a las Fuerzas Armadas; que por ello integran en sí mismas ilícitos disciplinarios e incluso, en supuestos muy destacados, penales (confrontar artículo 45.1 WStG); pero ir más allá, basándose en el resabio de que la embriaguez, o estado análogo, por constituir ya infracción en sí misma, no puede ser motivo de atenuación de la responsabilidad criminal, es desviarse, sin fundamento, de las exigencias del principio de culpabilidad.

No es raro así encontrar ordenamientos jurídicos que, en sede de delitos militares, o no contienen regla alguna respecto de la embriaguez, o la catalogan como atenuante.

También históricamente se encuentran regulaciones de todo tipo; y del siglo XVIII español recojo a título de curiosidad el dato: mientras las Ordenanzas de la Marina de Guerra de 1748 consideraban circunstancia atenuante la perpetración de un delito en estado de embriaguez “de suerte que por este accidente le faltaba el uso regular de la razón” (tratado II, tít. 3º, artículo 40), las del Ejército de 1768 establecían que nunca servirá de exculpación y si es habitual se tomará como circunstancia agravante (Tratado VIII, tít. 10º, artículo 121).

Otros aspectos a resaltar son: la punición a los partícipes, no soldados, en los delitos militares, claro ejemplo de delitos especiales propios o en sentido estricto (artículo 1.4); la lógica extraterritorialidad de las normas penales castrenses (artículo 1.a); la expresa previsión de proteger los bienes jurídicos contemplados en la WStG en relación con las Fuerzas Armadas de Estados Aliados, aunque tan sólo para los comportamientos que pueden repercutir en el mantenimiento de la disciplina de las fuerzas armadas federales (artículo 4).

Precisamente tal mantenimiento de la disciplina, cardinal bien jurídico a proteger y que es la primordial razón de ser de un Derecho penal militar, es lo que ha llevado al legislador alemán, tanto a conservar en este campo, incluido el disciplinario, cuando proscritas están en el derecho común, las penas privativas de libertad de corta duración, que se estiman como medidas imprescindibles, irrenunciables e insustituibles para la defensa de la disciplina (artículo 9), como a establecer la sustitución de la pena de multa, cuando así convenga, por arresto (artículos 10, 11 y 12) y a restringir los supuestos en que proceda la suspensión condicional de la condena (artículo 14 y 14a), limitada por tanto en su aplicación, y particularizada en cuanto a las condiciones y mandatos que deban cumplirse durante el plazo de suspensión, pero no imposibilitada de raíz cual se deduce, para los militares condenados por delitos militares, del artículo 245 de nuestro Código de Justicia Militar.

5.- La segunda parte de la WStG, desde el artículo 15 al 48, desarrolla los “hechos punibles militares”, en una catalogación que, desde la perspectiva de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, hay que calificar de reducida, y que contribuye a la comentada brevedad del texto; ello es debido básicamente a razones técnicas de no repetir lo que ya está en el StGB (delitos como los equivalentes a nuestra traición, espionaje y rebelión quedan en el Código Penal y por otra parte se salvan reiteraciones con la fórmula utilizada en los artículos 1.3 y 48) y por haberse respetado de modo estricto el carácter fragmentario que corres-

ponde al Derecho Penal, reconociéndose, a la par, que la vía disciplinaria es el primer eslabón protector de los bienes que interesan a las Fuerzas Armadas; tampoco es ajena la característica de benignidad que era anotada por Rodríguez Devesa al comentar la WStG de 1957 (en el número 4 de la Revista Española de Derecho Militar).

Llama poderosamente la atención el cuidado tenido para evitar los términos alusivos a la guerra, situación de guerra, tiempo de guerra u otros equivalentes, cuando en la práctica totalidad de las legislaciones se establece en base a ella cuanto menos unos tipos agravados sino nuevos, e incluso, como ocurre en Italia, existe un Código Penal Militar de guerra separado del de paz, o se posibilita la pena de muerte al modo de nuestra Constitución. Sólo de modo indirecto, y en raras ocasiones, la WStG tiene en cuenta la guerra (vgr. artículo 16.1).

También la llama el que, por utilizar cláusulas difusas en la elaboración de algunos tipos agravados, se intente salvaguardar, en algo, el contenido material del principio de legalidad penal; así, el definir qué se entiende por "consecuencia grave" (artículo 2.3) y el ofrecer expresas pautas de lo que pueden ser "casos especialmente graves" (vgr. artículos 19.3, 24.4, 27.3, 30.4, etc...) son técnicas que pueden obedecer a lo dicho.

Se estructura esta parte especial en cuatro secciones, siendo el bien jurídico expresamente protegido en la primera "el deber de prestar el servicio militar", en cuya salvaguardia, se configura como delictiva, amén de otras conductas, la desertión, regulada, al contrario que en España y asociando una pena nada benigna (quizás por englobar implícitamente la previsión de situaciones conflictivas), con un criterio subjetivo y recogiendo la distinción, ya plasmada en el derecho justinianeo, entre el "desertor", en quien existía una intención de abandono definitivo del Ejército objetivada "per prolixum tempus vagatus" (por andar errante mucho tiempo), y el "emansor", o sea quien tras una breve ausencia regresaba a filas.

Las secciones segunda y tercera contienen los delitos contra los deberes de los subordinados y de los superiores, siendo éstas las categorías jerárquicas que básicamente utiliza el legislador alemán a efectos penales, prescindiendo de diversificar el tratamiento de similares conductas según el grado del sujeto activo (vrg. en tema de desertión).

En términos generales se puede decir que en los supuestos de resultados antijurídicos consecuentes a la agresión, la infracción militar en-

trará en concurso con el homicidio o lesiones del StGB, al igual que ocurre con los atentados de nuestro Código Penal; solución técnica más correcta, por acorde con las exigencias de la culpabilidad, que la que se deduce de nuestro Código de Justicia Militar en esta materia.

Las concretas regulaciones son claras, y a veces minuciosas, destacando los preceptos dedicados a las insubordinaciones y, dentro de ellas, a las desobediencias, con algunas soluciones interesantes, sino acertadas, desde la óptica político criminal (vgr. artículo 20.2 y 22.3; también 28.2 y 34.2).

Dignos de estudio, por no tener exacto paralelismo en nuestro Derecho, son los artículos 31 ("trato degradante") y 39 ("abuso de poder disciplinario"), así como en general toda la sección tercera.

Bajo la rúbrica de "hechos punibles contra otros deberes militares, la sección cuarta se utiliza a modo de cajón de sastre, siendo de fácil lectura y comprensión salvo quizás el artículo 46 ("uso ilícito de las armas") que peca de la vaguedad propia de las leyes penales en blanco, en una materia delicada que, aún consciente de las dificultades que ello conlleva, merece un minucioso tratamiento.

6.- La traducción que, a continuación, se ofrece, es fruto de un concurso heterogéneo de factores; el primero en la cadena casual fue la reflexión de quien estas líneas escribe sobre el hecho de que, si había culminado en la Alemania Federal la ya mencionada "gran reforma penal", no había podido ser ajena a ella la Ley Penal de 1957, que era la habitualmente manejada por gran parte de los escasos españoles curiosos o estudiosos de las normas punitivas castrenses, merced a la traducción del Dr. Rodríguez Devesa, publicada en el número 4 de la Revista Española de Derecho Militar; en efecto, tras tan simple reflexión, una búsqueda elemental me descubrió el dato, la Ley de 1974, y el encuentro con el Dr. Wolfgang Schöne propició que me facilitase el texto alemán, que ofrecí a algunos de los estudiosos y curiosos a los que he aludido; por ello, el Dr. Millán Garrido, siempre emprendedor, elaboró una traducción, hoy ya publicada en el número 95 de la Revista de Derecho Público (abril-junio 1984); con esta traducción en mi poder, antes de su publicación gracias a su autor, coincidió la fecunda estancia, como profesor invitado, en la Universidad de Palma del Dr. Schöne y que fue aprovechada por mí, entre otros aprendizajes, para comentar el tema de la ley penal militar; la amabilidad y los conocimientos del profesor invitado dieron como resultado el que, con su trabajo y unas sesiones en las que aporté

una modesta colaboración, surgiera el texto español que figura en las siguientes páginas, en columna paralela al alemán y para el que se ha preferido, e intentado, la traducción más literal posible.

Las notas a pie de página desparramadas a lo largo del articulado no son, gran parte de ellas, sino consecuencia de lo trabajado en aquellas sesiones y las he escrito con la única finalidad de facilitar la comprensión de las normas alemanas desde la perspectiva del lector español, para quien está pensado el comentario que antecede, con un tinte fundamentalmente de divulgación y en la esperanza de que alguno profundice en temas y problemas de los apuntados o esbozados.

WERSTRAFGESETZ

Inhaltsübersicht

	§
Erster Teil. Allgemeine Bestimmungen	
Geltungsbereich	1
Auslandstaten	1a
Begriffsbestimmungen	2
Anwendung des allgemeinen Strafrechts	3
Militärische Straftaten gegen verbündete Streitkräfte	4
Handeln auf Befehl	5
Furcht vor persönlicher Gefahr	6
Selbstverschuldete Trunkenheit	7
weggefallen	8
Strafarrest	9
Geldstrafe bei Straftaten von Soldaten	10
Ersatzfreiheitsstrafe	11
Strafarrest statt Freiheitsstrafe	12
Zusammentreffen mehrerer Straftaten	13
Strafaussetzung zur Bewährung bei Freiheitsstrafe	14
Strafaussetzung zur Bewährung bei Strafarrest	14a
Zweiter Teil. Militärische Straftaten	
Erster Abschnitt. Straftaten gegen die Pflicht zur militärischen Dienstleistung	
Eigenmächtige Abwesenheit	15
Fahnenflucht	16
Selbstverstümmelung	17
Dienstentziehung durch Täuschung	18
Zweiter Abschnitt. Straftaten gegen die Pflichten der Untergebenen	
Ungehorsam	19
Gehorsamsverweigerung	20
Leichtfertiges Nichtbefolgen eines Befehls	21
Verbindlichkeit des Befehls; Irrtum	22
Bedrohung eines Vorgesetzten	23
Nötigung eines Vorgesetzten	24
Tätlicher Angriff gegen einen Vorgesetzten	25
weggefallen	26
Meuterei	27
Verabredung zur Unbotmäßigkeit	28
Taten gegen Soldaten mit höherem Dienstgrad	29
Dritter Abschnitt. Straftaten gegen die Pflichten der Vorgesetzten	
Mißhandlung	30
Entwürdigende Behandlung	31
Mißbrauch der Befehlsbefugnis zu unzulässigen Zwecken	32
Verleiten zu einer rechtswidrigen Tat	33
Erfolgles Verleiten zu einer rechtswidrigen Tat	34
Unterdrücken von Beschwerden	35
Taten von Soldaten mit höherem Dienstgrad	36
Beeinflussung der Rechtspflege	37
Anmaßen von Befehlsbefugnissen	38
Mißbrauch der Disziplinargewalt	39
Unterlassene Mitwirkung bei Strafverfahren	40

LEY PENAL MILITAR

Sumario

	§
<i>Primera parte. Disposiciones generales.</i>	
Ambito de aplicación	1
Hechos realizados en el extranjero	1a
Definiciones	2
Aplicación del Derecho penal común	3
Hechos punibles militares contra las fuerzas armadas aliadas	4
Actuación en cumplimiento de una orden	5
Miedo a un peligro personal	6
Embriaguez culpable	7
Suprimido	8
Arresto penal	9
Multas por hechos punibles de soldados	10
Prisión sustitutiva	11
Arresto penal en lugar de prisión	12
Concurso de varios hechos punibles	13
Suspensión condicional de la pena de prisión	14
Suspensión condicional del arresto penal	14a
<i>Segunda parte. Hechos punibles militares.</i>	
<i>Sección primera. Hechos punibles contra el deber de prestar el servicio militar</i>	
Ausencia por decisión propia	15
Deserción	16
Automutilación	17
Eiusión del servicio mediante engaño	18
<i>Sección segunda. Hechos punibles contra los deberes de los subordinados</i>	
Desobediencia	19
Negativa a obedecer	20
Incumplimiento de una orden por imprudencia grave	21
Obligatoriedad de la orden; error	22
Amenazas a un Superior	23
Coacciones a un Superior	24
Agresión de obra a Superior	25
Suprimido	26
Motín	27
Conspiración para insubordinarse	28
Hechos cometidos contra soldados con graduación superior	29
<i>Sección tercera. Hechos punibles contra los deberes de los superiores</i>	
Malos tratos	30
Trato degradante	31
Abuso de facultades de mando con fines antijurídicos	32
Inducir a un acto antijurídico	33
Inducir sin resultado a un acto antijurídico	34
No dar curso a reclamaciones	35
Hechos cometidos por soldados con graduación superior	36
Influencia en la Administración de Justicia	37
Usurpación de facultades	38
Abuso de poder disciplinario	39
Omisión de cooperar en el procedimiento penal	40

Mangelhafte Dienstaufsicht	41
Vierter Abschnitt. Straftaten gegen andere militärische Pflichten	
Unwahre dienstliche Meldung	42
Unterlassene Meldung	43
Wachverfehlung	44
Pflichtverletzung bei Sonderaufträgen	45
Rechtswidriger Waffengebrauch	46
weggefallen	47
Verletzung anderer Dienstpflichten	48

ERSTER TEIL ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

§ 1 Geltungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für Straftaten, die Soldaten der Bundeswehr begehen.

(2) Es gilt auch für Straftaten, durch die militärische Vorgesetzte, die nicht Soldaten sind, ihre Pflichten verletzen (§§ 30 bis 41).

(3) Wegen Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 Abs. 2, 4, 5, §§ 204, 205 des Strafgesetzbuches), wegen Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 353b Abs. 1 des Strafgesetzbuches) und wegen Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses (§ 354 Abs. 4 des Strafgesetzbuches) sind nach Maßgabe* des § 48 auch frühere Soldaten strafbar, soweit ihnen diese Geheimnisse während des Wehrdienstes anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden sind.

(4) Wegen Anstiftung und Beihilfe zu militärischen Straftaten sowie wegen Versuchs der Beteiligung an solchen Straftaten ist nach diesem Gesetz auch strafbar, wer nicht Soldat ist.

§ 1a Auslandstaten

(1) Das deutsche Strafrecht gilt, unabhängig vom Recht des Tatorts, für Taten, die nach diesem Gesetz mit Strafe bedroht sind und im Ausland begangen werden, wenn der Täter

1. Soldat ist oder zu den in § 1 Abs. 2 bezeichneten Personen gehört oder
2. Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat.

(2) Das deutsche Strafrecht gilt, unabhängig vom Recht des Tatorts, auch für Taten, die ein Soldat während eines dienstlichen Aufenthalts oder in Beziehung auf den Dienst im Ausland begeht.

§ 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. eine militärische Straftat eine Handlung, die der Zweite Teil dieses Gesetzes mit Strafe bedroht;
2. ein Befehl eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten, die ein militärischer Vorgesetzter (§ 1 Abs. 4 des Soldatengesetzes) einem Untergebenen schriftlich, mündlich oder in anderer Weise, allgemein oder für den Einzelfall und mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt;
3. eine schwerwiegende Folge eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, die Schlagkraft der Truppe, Leib oder Leben eines Menschen oder Sachen von bedeutendem Wert, die dem Täter nicht gehören.

*La letra beta, que nunca encabeza palabra se sustituye por la B debido a problemas técnicos de impresión.

Vigilancia defectuosa del servicio	41
<i>Sección cuarta. Hechos punibles contra otros deberes militares</i>	
Información falsa relativa al servicio	42
Omisión de informar	43
Abandono de la guardia	44
Infracción de un deber durante misiones especiales	45
Uso ilícito de las armas	46
Suprimido	47
Infracciones de otros deberes relativos al servicio	48

PRIMERA PARTE DISPOSICIONES GENERALES

§ 1 *Ámbito de aplicación*

- (1) Esta ley se aplica a los hechos punibles¹ cometidos por los soldados² de las fuerzas armadas federales.
- (2) Asimismo se aplica a hechos punibles de los mandos militares, no soldados, que supongan infracción de sus deberes (§§ 30 a 41).
- (3) De los delitos de violación de secretos privados (§ 203, párrs. 2, 4 y 5, §§ 204 y 205 StGB³, violación de secretos relativos al servicio (§ 353b, párr. 1 StGB) y violación de secretos postales o de telecomunicación (§ 354, párr. 4 StGB) responden también, conforme al § 48, los que han sido soldados cuando durante el servicio militar, se les hubieran confiado dichos secretos o, de cualquier modo, hubieren tenido acceso a los mismos.
- (4) Igualmente será castigado con arreglo a esta ley el que no es soldado en los casos de inducción o complicidad⁴ en hechos punibles militares, así como en los de tentativa de participación en los mismos.

§ 1a *Hechos cometidos en el extranjero*

- (1) El Derecho penal alemán se aplica, con independencia del lugar de comisión, a los hechos previstos en esta ley que se realicen en el extranjero, cuando su autor⁵
 - 1.- es soldado o un sujeto de los indicados en el § 1, párr. 2, o
 - 2.- es alemán y tiene su base de vida en el ámbito de la aplicación espacial de esta ley⁶
- (2) El Derecho penal alemán también se aplica, con independencia del lugar de comisión, a los hechos realizados por un soldado en el extranjero durante una permanencia oficial o con relación al servicio⁷.

§ 2 *Definiciones*

A los efectos de esta ley

- 1.- Hecho punible militar es toda acción sancionada en la segunda parte de esta ley con una pena;
- 2.- Orden es toda consigna de realizar una determinada conducta dada, con la pretensión de que sea obedecida, por un superior (§ 1, párr. 4 de la Ley de Soldados⁸) a un inferior, por escrito, verbalmente o de cualquier otro modo, con carácter general o para un caso concreto;
- 3.- Consecuencia grave es un peligro para la seguridad de la República Federal de Alemania, para el potencial bélico de sus fuerzas armadas, para la vida o integridad física de una persona o para cosas de valor considerable que no pertenezcan al autor.

§ 3 Anwendung des allgemeinen Strafrechts

(1) Das allgemeine Strafrecht ist anzuwenden, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

(2) Für Straftaten von Soldaten, die Jugendliche oder Heranwachsende sind, gelten besondere Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes.

§ 4 Militärische Straftaten gegen verbündete Streitkräfte

(1) Die Vorschriften dieses Gesetzes sind auch dann anzuwenden, wenn ein Soldat der Bundeswehr eine militärische Straftat gegen Streitkräfte eines verbündeten Staates oder eines ihrer Mitglieder begeht.

(2) Das Gericht kann von Strafe absehen, wenn die Wahrung der Disziplin in der Bundeswehr eine Bestrafung nicht erfordert.

§ 5 Handeln auf Befehl

(1) Begeht ein Untergebener eine rechtswidrige Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, auf Befehl, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt, daß es sich um eine rechtswidrige Tat handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist.

(2) Ist die Schuld des Untergebenen mit Rücksicht auf die besondere Lage, in der er sich bei der Ausführung des Befehls befand, gering, so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches mildern, bei Vergehen auch von Strafe absehen.

§ 6 Furcht vor persönlicher Gefahr

Furcht vor persönlicher Gefahr entschuldigt eine Tat nicht, wenn die soldatische Pflicht verlangt, die Gefahr zu bestehen.

§ 7 Selbstverschuldete Trunkenheit

(1) Selbstverschuldete Trunkenheit führt nicht zu einer Milderung der angedrohten Strafe, wenn die Tat eine militärische Straftat ist, gegen das Kriegsvölkerrecht verstoßt oder in Ausübung des Dienstes begangen wird.

(2) Der Trunkenheit steht ein Rausch anderer Art gleich.

§ 8 (weggefallen)

§ 9 Strafarrest

(1) Das Höchstmaß des Strafarrestes ist sechs Monate, das Mindestmaß zwei Wochen.

(2) Der Strafarrest besteht in Freiheitsentziehung. Im Vollzug soll der Soldat, soweit tunlich, in seiner Ausbildung gefördert werden.

(3) Die Vollstreckung des Strafarrestes verjährt in zwei Jahren.

§ 10 Geldstrafe bei Straftaten von Soldaten

Bei Straftaten von Soldaten darf Geldstrafe nicht verhängt werden, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung von Freiheitsstrafe zur Wahrung der Disziplin gebieten.

§ 11 Ersatzfreiheitsstrafe

Ist wegen einer Tat, die ein Soldat während der Ausübung des Dienstes oder in Beziehung auf den Dienst begangen hat, eine Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen verhängt, so ist die Ersatzfreiheitsstrafe Strafarrest. Einem Tagessatz entspricht ein Tag Strafarrest.

§ 12 Strafarrest statt Freiheitsstrafe

Darf auf Geldstrafe nach § 10 nicht erkannt werden oder ist bei Straftaten von Soldaten die Verhängung einer Freiheitsstrafe, die nach § 47 des Strafgesetzbuches unerlässlich ist,

§ 3 *Aplicación del Derecho penal común*

- (1) El Derecho penal común se aplica en tanto esta Ley no determine otra cosa.
- (2) A los hechos punibles realizados por soldados menores de edad o semiadultos se aplican los preceptos especiales de la Ley de Tribunales de la Juventud⁹.

§ 4 *Hechos punibles militares contra las fuerzas armadas aliadas*

- (1) Los preceptos de esta ley se aplican también cuando un soldado del Ejército Federal realiza un hecho punible militar contra las fuerzas armadas de un Estado aliado o contra alguno de sus miembros.
- (2) El Tribunal puede no imponer pena cuando no lo requiera el mantenimiento de la disciplina en las fuerzas armadas federales.

§ 5 *Actuación en cumplimiento de una orden*

- (1) A un inferior que, cumpliendo órdenes recibidas, realice un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal se reputará culpable sólo cuando sea consciente de que se trata de un hecho antijurídico o que esto es evidente atendidas las circunstancias por él conocidas¹⁰.
- (2) Cuando, dada la especial situación en que el inferior se encontraba al ejecutar la orden, su culpabilidad es mínima, el Tribunal puede atenuar la pena conforme al § 49, parr. 1 del StGB o, en caso de falta¹¹, no imponerla.

§ 6 *Miedo a un peligro personal*

El miedo a un peligro personal no exculpa el hecho cuando el deber militar exige afrontar el riesgo.

§ 7 *Embriaguez culpable*

- (1) La embriaguez culpable no atenúa la pena prevista cuando el hecho es un hecho punible militar, y constituye una infracción del Derecho internacional de guerra o haya sido cometido durante la prestación del servicio.
- (2) Se equipara a la embriaguez cualquier otra intoxicación análoga.

§ 8 *(Suprimido)*¹²

§ 9 *Arresto penal*¹³

- (1) El máximo del arresto penal es de seis meses. El mínimo de dos semanas.
- (2) El arresto penal consiste en privación de libertad. Durante su cumplimiento se ayudará, en lo posible, al soldado en su formación.
- (3) La ejecución del arresto penal prescribe a los dos años.

§ 10 *Multas por hechos punibles de soldados*

No pueden ser castigados con multa los hechos punibles de los soldados cuando, en atención a las circunstancias especiales derivadas del propio hecho o la personalidad del autor, requiera el mantenimiento de la disciplina la imposición de una pena privativa de libertad.

§ 11 *Prisión sustitutiva*¹⁴

Cuando se ha impuesto con motivo de un hecho realizado por un soldado, durante el servicio o con ocasión de él, una pena-multa de hasta 180 días la pena privativa de libertad que la sustituye es el arresto penal. Un día de multa equivale a un día de arresto penal.

§ 12 *Arresto penal en lugar de prisión*

Cuando, conforme al § 10 no puede imponerse una pena-multa o cuando respecto a hechos punibles realizados por soldados debe imponerse una pena privativa de libertad que

auch zur Wahrung der Disziplin geboten, so ist, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten nicht in Betracht kommt, auf Strafarrrest zu erkennen.

§ 13 *Zusammentreffen mehrerer Straftaten*

(1) Wäre nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches eine Gesamtstrafe von mehr als sechs Monaten Strafarrrest zu bilden, so wird statt auf Strafarrrest auf Freiheitsstrafe erkannt. Die Gesamtstrafe darf zwei Jahre nicht übersteigen.

(2) Trifft zeitige Freiheitsstrafe mit Strafarrrest zusammen, so ist die Gesamtstrafe durch Erhöhung der Freiheitsstrafe zu bilden. Jedoch ist auf Freiheitsstrafe und Strafarrrest gesondert zu erkennen, wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Vollstreckung des Strafarrrestes nicht vorliegen, die Vollstreckung der Gesamtstrafe aber zur Bewährung ausgesetzt werden müßte. In diesem Fall sind beide Strafen so zu kürzen, daß ihre Summe die Dauer der sonst zu bildenden Gesamtstrafe nicht überschreitet.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch anzuwenden, wenn nach den allgemeinen Vorschriften eine Gesamtstrafe nachträglich zu bilden ist.

§ 14 *Strafaussetzung zur Bewährung bei Freiheitsstrafe*

(1) Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten wird die Vollstreckung nicht ausgesetzt, wenn die Wahrung der Disziplin sie gebietet.

(2) Bewährungsaufgaben und Weisungen (§§ 56 b bis 56 d des Strafgesetzbuches) sollen die Besonderheiten des Wehrdienstes berücksichtigen.

(3) Für die Dauer des Wehrdienstverhältnisses kann ein Soldat als ehrenamtlicher Bewährungshelfer (§ 56 d des Strafgesetzbuches) bestellt werden. Er untersteht bei der Überwachung des Verurteilten nicht den Anweisungen des Gerichts.

(4) Von der Überwachung durch einen Bewährungshelfer, der nicht Soldat ist, sind für die Dauer des Wehrdienstverhältnisses Angelegenheiten ausgeschlossen, für welche die militärische Vorgesetzten des Verurteilten zu sorgen haben. Maßnahmen des Disziplinarvorgesetzten haben den Vorrang.

§ 14a *Strafaussetzung zur Bewährung bei Strafarrrest*

(1) Das Gericht setzt die Vollstreckung des Strafarrrestes unter den Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 Satz 1 des Strafgesetzbuches zur Bewährung aus, wenn nicht die Wahrung der Disziplin die Vollstreckung gebietet. § 56 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4, die §§ 56a bis 56c, 56e bis 56g und 58 des Strafgesetzbuches gelten entsprechend.

(2) Das Gericht kann die Vollstreckung des Restes eines Strafarrrestes unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Satz 1 des Strafgesetzbuches zur Bewährung aussetzen § 57 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 und die §§ 56a bis 56c, 56e bis 56g des Strafgesetzbuches gelten entsprechend.

(3) Bewährungsaufgaben und Weisungen (§§ 56b und 56c des Strafgesetzbuches) sollen die Besonderheiten des Wehrdienstes berücksichtigen.

ZWEITER TEIL MILITÄRISCHE STRAFTATEN

Erster Abschnitt

Straftaten gegen die Pflicht zu militärischen Dienstleistung

§ 15 *Eigenmächtige Abwesenheit*

(1) Wer eigenmächtig seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihr fernbleibt und vorsätzlich oder fahrlässig länger als drei volle Kalendertage abwesend ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

con arreglo al parr. 47 StGB es inevitable, y además así lo requiere el mantenimiento de la disciplina, se impone arresto penal, a no ser que deba imponerse una pena privativa de libertad de más de seis meses.

§ 13 *Concurso de varios hechos punibles*

- (1) Cuando, de la aplicación de los preceptos del StGB resulte una pena total superior a seis meses de arresto, se impondrá en vez de arresto penal, pena de prisión. La pena total no puede exceder de dos años¹⁵.
- (2) Cuando concurren penas de arresto y de prisión, la pena total se obtendrá mediante un incremento de la de prisión. No obstante, las penas de arresto y de prisión deben ser impuestas por separado cuando falten los presupuestos de la suspensión de la ejecución del arresto penal, aunque si concurren los presupuestos para la suspensión de la pena total. En este supuesto se reducirán ambas penas, de forma que la suma no rebase el límite de duración que, en su caso, tendría la pena total.
- (3) Los párrafos 1 y 2 se aplican también cuando, conforme a los preceptos generales, una pena total tiene que formarse posteriormente.

§ 14 *Suspensión condicional de la pena de prisión*¹⁶

- (1) La condena a prisión de por lo menos seis meses no podrá ser suspendida cuando el mantenimiento de la disciplina requiera su efectivo cumplimiento.
- (2) En las condiciones y mandatos (§§ 56b a 56d StGB) se tomarán en consideración las peculiaridades del servicio militar.
- (3) Durante la relación de servicio militar¹⁷, puede ser nombrado un soldado como delegado-ayudante honorífico¹⁸ (§ 56d StGB). Este soldado no estará subordinado, en la vigilancia del condenado, a las instrucciones del Tribunal.
- (4) Cuando el delegado-ayudante no sea militar, de su intervención quedan excluidos, durante la permanencia en el servicio, aquellos asuntos que sean competencia de los superiores del condenado. Tienen preferencia las medidas adoptadas por el superior disciplinario.

§ 14a *Suspensión condicional del arresto penal*

- (1) El tribunal suspenderá bajo las condiciones del § 56, parr. 1º, apart. 1 del StGB, la ejecución del arresto penal a no ser que el mantenimiento de la disciplina obligue a la ejecución. Son de aplicación el § 56, parr. 1º, apart. 2, parr. 4º y los §§ 56a al 56c, 56e al 56g y 58 del StGB.
- (2) El Tribunal puede suspender la ejecución de la parte residual de un arresto penal bajo las condiciones del § 57, parr. 1 del StGB. Son de aplicación el 4 57, parr. 1º, apart. 2, parr. 4º, y los §§ 56a al 56c, 56e a 56g del StGB.
- (3) En las condiciones y mandatos (§§ 56b y 56c StGB) se tomarán en consideración las peculiaridades del servicio militar.

SEGUNDA PARTE HECHOS PUNIBLES MILITARES

Sección primera

Hechos punibles contra el deber de prestar el servicio militar

§ 15 *Ausencia por decisión propia*

- (1) El que por decisión propia abandone su unidad o destino o permanezca alejado de ellos y dolosamente o por imprudencia esté ausente más de tres días naturales, será castigado con hasta tres años de prisión.

(2) Ebenso wird bestraft, wer außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes von seiner Truppe oder Dienststelle abgekommen ist und es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, sich bei ihr, einer anderen Truppe oder Dienststelle der Bundeswehr oder einer Behörde der Bundesrepublik Deutschland innerhalb von drei vollen Kalendertagen zu melden.

§ 16 Fahnenflucht

(1) Wer eigenmächtig seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihr fernbleibt, um sich der Verpflichtung zum Wehrdienst dauernd oder für die Zeit eines bewaffneten Einsatzes zu entziehen oder die Beendigung des Wehrdienstverhältnisses zu erreichen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Stellt sich der Täter innerhalb eines Monats und ist er bereit, der Verpflichtung zum Wehrdienst nachzukommen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.

(4) Die Vorschriften über den Versuch der Beteiligung nach § 30 Abs. 1 des Strafgesetzbuches gelten für Straftaten nach Absatz 1 entsprechend.

§ 17 Selbstverstümmelung

(1) Wer sich oder einen anderen Soldaten mit dessen Ewinwilligung durch Verstümmelung oder auf andere Weise zum Wehrdienst untauglich macht oder machen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft. Dies gilt auch dann, wenn der Täter die Untauglichkeit nur für eine gewisse Zeit oder teilweise herbeiführt.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 18 Dienstentziehung durch Täuschung.

(1) Wer sich oder einen anderen Soldaten durch arglistige, auf Täuschung berechnete Machenschaften dem Wehrdienst dauernd oder für eine gewisse Zeit, ganz oder teilweise entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Zweiter Abschnitt

Straftaten gegen die Pflichten der Untergebenen

§ 19 Ungehorsam

(1) Wer einen Befehl nicht befolgt und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter durch die Tat

1. wenigstens fahrlässig die Gefahr eines schweren Nachteils für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder die Schlofkraft der Truppe oder
2. fahrlässig den Tod oder eine schwere Körperverletzung eines anderen (§ 224 des Strafgesetzbuches)

(4) Die Vorschriften über den Versuch der Beteiligung nach § 30 Abs. 1 des Strafgesetzbuches gelten für Straftaten nach Absatz 1 entsprechend.

§ 20 Gehorsamsverweigerung

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft,

1. wer die Befolgung eines Befehls dadurch verweigert, daß er sich mit Wort oder Tat gegen ihn auflehnt, oder

- (2) Con la misma pena será castigado quien, alejado de su unidad o destino fuera del ámbito espacial de validez de esta ley, dolosamente o por imprudencia omita presentarse, en el plazo de tres días naturales, a ellos o a otra unidad o dependencia de las fuerzas armadas federales o ante una autoridad de la República Federal de Alemania.

§ 16 *Deserción*

- (1) El que por decisión propia abandone su unidad o destino o permanezca alejado de ellos para sustraerse al servicio militar permanentemente, o por el tiempo de una intervención armada o para lograr el final anticipado de la relación de servicio, será castigado con hasta cinco años de prisión.
- (2) La tentativa es punible.
- (3) Cuando el autor se presente en el plazo de un mes, asumiendo su obligación de prestar el servicio militar, la pena será de hasta tres años de prisión.
- (4) Los preceptos sobre tentativa de participación conforme al § 30, parr. 1 del StGB, se aplican a los hechos punibles previstos en el párrafo 1.

§ 17 *Automutilación*

- (1) El que, mediante mutilación o de otro modo, se inutiliza para el servicio o inutiliza, con su consentimiento, a otro soldado, así como el que permite su inutilización, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión. Ello es aplicable también para el caso de que sólo se produzca una inutilización temporal o parcial.
- (2) La tentativa es punible.

§ 18 *Elusión del servicio militar mediante engaño*

- (1) El que se sustrae a sí mismo o sustrae a otro soldado al servicio militar, de modo parcial o total, temporal o permanentemente, mediante maquinaciones engañosas y tendientes a formar creencia errónea, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión.
- (2) La tentativa es punible.

Sección segunda

Hechos punibles contra los deberes de los subordinados

§ 19 *Desobediencia*

- (1) El que no cumple una orden, y por ello causare, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, n° 3), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.
- (2) La tentativa es punible.
- (3) En casos especialmente graves la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Por lo general un caso especialmente grave¹⁹ se da cuando el autor causare,
- 1.- al menos por imprudencia, un riesgo de grave perjuicio para la seguridad de la República Federal de Alemania o, para el potencial bélico de sus fuerzas armadas, o
- 2.- por imprudencia, la muerte o una lesión grave de otro (§ 224 StGB).
- (4) Los preceptos sobre tentativa de participación conforme al § 30, parr. 1, del StGB, se aplican a los actos penales previstos en el párrafo 1.

§ 20 *Negativa a obedecer*

- (1) Será castigado con la pena de hasta tres años de prisión:
- 1.- quien rehuse cumplir una orden, manifestándose contra ella de palabra o de hecho,
- o

2. wer darauf beharrt, einen Befehl nicht zu befolgen, nachdem dieser wiederholt worden ist.

(2) Verweigert der Täter in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 den Gehorsam gegenüber einem Befehl, der nicht sofort auszuführen ist, befolgt er ihn aber rechtzeitig und freiwillig, so kann das Gericht von Strafe absehen.

§ 21 *Leichtfertiges Nichtbefolgen eines Befehls*

Wer leichtfertig einen Befehl nicht befolgt und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft.

§ 22 *Verbindlichkeit des Befehls; Irrtum*

(1) In den Fällen der §§ 19 bis 21 handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist, insbesondere wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen eine Straftat begangen würde. Dies gilt auch, wenn der Untergebene irrig annimmt, der Befehl sei verbindlich.

(2) Befolgt ein Untergebener einen Befehl nicht, weil er irrig annimmt, daß durch die Ausführung eine Straftat begangen würde, so ist er nach den §§ 19 bis 21 nicht strafbar, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte.

(3) Nimmt ein Untergebener irrig an, daß ein Befehl aus anderen Gründen nicht verbindlich ist, und befolgt er ihn deshalb nicht, so ist er nach den §§ 19 bis 21 nicht strafbar, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte und ihm nach den ihm bekannten Umständen auch nicht zuzumuten war, sich mit Rechtsbehelfen gegen den vermeintlich nicht verbindlichen Befehl zu wehren; war ihm dies zuzumuten, so kann das Gericht von einer Bestrafung nach den §§ 19 bis 21 absehen.

§ 23 *Bedrohung eines Vorgesetzten*

Wer im Dienst oder in Beziehung auf eine Diensthandlung einen Vorgesetzten mit der Begehung einer Straftat bedroht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

§ 24 *Nötigung eines Vorgesetzten*

(1) Wer es unternimmt, durch Gewalt oder Drohung einen Vorgesetzten zu nötigen, eine Diensthandlung vorzunehmen oder zu enterlassen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer die Tat gegen einen Soldaten begeht, der zur Unterstützung des Vorgesetzten zugezogen worden ist.

(3) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter durch die Tat eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) herbeiführt.

§ 25 *Tätlicher Angriff gegen einen Vorgesetzten*

(1) Wer es unternimmt, gegen einen Vorgesetzten tötlich zu werden, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter durch die Tat eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) herbeiführt.

§ 26 *(weggefallen)*

§ 27 *Meuterei*

2.- quien persista en desobedecer una orden después de haberle sido reiterada.

(2) En el supuesto del número 1 del párrafo anterior el Tribunal puede no imponer pena a quien, habiendo desobedecido una orden que no tenía que ser inmediatamente ejecutada, la cumple luego, a tiempo y de modo espontáneo.

§ 21 *Incumplimiento de una orden por imprudencia grave* ²⁰

El que por imprudencia grave, no cumple una orden y causare con ello, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, n° 3) será castigado con la pena de hasta dos años de prisión.

§ 22 *Obligatoriedad de la orden; error*

(1) En los supuestos previstos en los §§ 19 a 21, la conducta del inferior no es antijurídica cuando la orden no es obligatoria, especialmente si no ha sido dada con fines relativos al servicio, lesiona la dignidad del individuo o si su cumplimiento comportaría la comisión de un hecho punible. Ello es aplicable también en el supuesto de que el inferior crea erróneamente que la orden es obligatoria.

(2) No es punible conforme con los §§ 19 a 21 el inferior si incumple la orden por creer erróneamente que su ejecución comportaría un hecho punible, siempre que el error no sea vencible.

(3) Tampoco es punible conforme con los §§ 19 a 21 el inferior si incumple la orden al creer erróneamente que, por algún motivo distinto al señalado en el párrafo anterior, ella no es obligatoria siempre que el error no sea vencible y que, de acuerdo con las circunstancias conocidas por él, no le sea exigible defenderse con recursos legales contra la orden supuestamente no obligatoria; si le era exigible, el Tribunal puede, de acuerdo con los §§ 19 a 21, renunciar a imponer un castigo.

§ 23 *Amenazas a un superior*

El que durante el servicio o con ocasión de un acto de servicio amenace a un superior con la comisión de un hecho punible será castigado con hasta tres años de prisión.

§ 24 *Coacciones a un superior*

(1) El que, con violencia o intimidación, pretenda obligar a un superior a realizar u omitir un acto de servicio, será castigado con la pena de tres meses a tres años de prisión.

(2) La misma pena se impondrá a quien realice el acto previsto en el párrafo anterior contra un soldado a quien le ha sido ordenado auxiliar a su superior.

(3) En los casos menos graves, la pena será de hasta dos años de prisión.

(4) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Un supuesto de especial gravedad se da por lo general cuando el autor causa con su hecho una consecuencia grave (§ 2, n° 3).

§ 25 *Agresión de obra a superior*

(1) El que emprenda una agresión de obra a superior será castigado con la pena de tres meses a tres años de prisión.

(2) En los casos menos graves, la pena será de hasta dos años de prisión.

(3) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Un supuesto de especial gravedad se da por lo general cuando el autor causa con su hecho una consecuencia grave (§ 2, n° 3).

§ 26 *(Suprimido)*²¹

§ 27 *Motín*

(1) Wenn Soldaten sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften eine Gehorsamsverweigerung (§ 20), eine Bedrohung (§ 23), eine Nötigung (§ 24) oder einen tätlichen Angriff (§ 25) begehen, so wird jeder, der sich an der Zusammenrottung beteiligt, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter Rädelsführer ist oder durch die Tat eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) herbeiführt.

(4) Wer sich nur an der Zusammenrottung beteiligt, jedoch freiwillig zur Ordnung zurückkehrt, bevor eine der in Absatz 1 bezeichneten Taten begangen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

§ 28 Verabredung zur Unbotmäßigkeit

(1) Verabreden Soldaten, gemeinschaftlich eine Gehorsamsverweigerung (§ 20), eine Bedrohung (§ 23), eine Nötigung (§ 24), einen tätlichen Angriff (§ 25) oder eine Meuterei (§ 27) zu begehen, so werden sie nach den Vorschriften bestraft, die für die Begehung der Tat gelten. In den Fällen des § 27 kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches gemildert werden.

(2) Nach Absatz 1 wird nicht bestraft, wer nach der Verabredung freiwillig die Tat verhindert. Unterbleibt sie ohne sein Zutun oder wird sie unabhängig von seinem früheren Verhalten begangen, so genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Tat zu verhindern.

§ 29 Taten gegen Soldaten mit höherem Dienstgrad

(1) Die §§ 23 bis 28 gelten entsprechend, wenn die Tat gegen einen Soldaten begangen wird, der zur Zeit der Tat nicht Vorgesetzter des Täters, aber

1. Offizier oder Unteroffizier ist und einen höheren Dienstgrad als der Täter hat oder
 2. im Dienst dessen Vorgesetzter ist,
- und der Täter oder der andere zur Zeit der Tat im Dienst ist oder die Tat sich auf die Diensthandlung bezieht.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 ist § 4 nicht anzuwenden.

Dritter Abschnitt

Straftaten gegen die Pflichten der Vorgesetzten

§ 30 Mißhandlung

(1) Wer einen Untergebenen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer es fördert oder pflichtwidrig duldet, daß ein Untergebener die Tat gegen einen anderen Soldaten begeht.

(3) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter sein Verhalten beharrlich wiederholt.

§ 31 Entwürdigende Behandlung

(1) Wer einen Untergebenen entwürdigend behandelt oder ihm böswillig den Dienst erschwert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer es fördert oder pflichtwidrig duldet, daß ein Untergebener die Tat gegen einen anderen Soldaten begeht.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis

- (1) Cuando soldados se amotinan y, uniendo sus fuerzas, se niegan a obedecer (§ 20), amenazan a sus superiores (§ 23), les coaccionan (§ 24) o les agreden de obra (§ 25), cada uno de los participantes en el motín será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión.
- (2) La tentativa es punible.
- (3) En los casos especiales graves, la pena será de uno a diez años de prisión. Un supuesto de especial gravedad es por lo general el del cabecilla, así como cuando el hecho causa consecuencias graves (§ 2, n° 3).
- (4) El que habiendo participado en el motín, se reintegre espontáneamente al orden antes de que se haya cometido alguno de los delitos señalados en el párrafo 1, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

§ 28 *Conspiración para insubordinarse*

- (1) Cuando soldados se concertan para cometer en común un delito de desobediencia (§ 20), amenazas a superior (§ 23), coacciones (§ 24), agresión de obra (§ 25) o motín (§ 27), serán castigados conforme a los preceptos que se aplican al delito consumado. En los casos del § 27, las penas podrán ser atenuadas conforme al § 49, parr. 1, del StGB.
- (2) No se castiga según el párrafo anterior el que, tras la conspiración, evite voluntariamente el hecho. Cuando éste no tenga lugar sin una intervención suya o si se realiza independientemente de su comportamiento anterior, es suficiente el esfuerzo voluntario y serio del autor por impedir el hecho.

§ 29 *Hechos cometidos contra soldados con graduación superior*

- (1) Los §§ 23 a 28 serán de aplicación cuando el hecho se cometa contra un soldado que, al tiempo de ejecutarlo, no sea superior del otro, pero:
 - 1.- sea Oficial o Suboficial y tenga una graduación superior a la del autor, o
 - 2.- sea superior de éste en el servicio
 y el autor o el otro se encuentran durante el servicio o el hecho tiene relación con un acto de servicio.
- (2) En los casos previstos en el párrafo 1, n° 1, no es de aplicación el § 4.

Sección tercera

Hechos punibles contra los deberes de los superiores

§ 30 *Malos tratos*

- (1) El que maltrate corporalmente a un inferior o le cause un perjuicio en su salud, será castigado con la pena de tres meses a cinco años de prisión.
- (2) Con la misma pena será castigado el que, promoviendo o faltando a su deber, tolere que un inferior ejecute el hecho contra otro soldado.
- (3) En los casos menos graves, la pena será de hasta tres años de prisión.
- (4) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Un supuesto de especial gravedad por lo general se da cuando el autor reitera insistentemente su comportamiento.

§ 31 *Trato degradante*

- (1) El que trate de modo humillante a un inferior o, maliciosamente, le haga más penoso el servicio, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión.
- (2) Con la misma pena será castigado el que promueva o, faltando a su deber, tolere que un inferior ejecute el hecho con otro soldado.
- (3) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter sein Verhalten beharrlich wiederholt.

§ 32 Mißbrauch der Befehlsbefugnis zu unzulässigen Zwecken

Wer seine Befehlsbefugnis oder Dienststellung gegenüber einem Untergebenen zu Befehlen, Forderungen oder Zumutungen mißbraucht, die nicht in Beziehung zum Dienst stehen oder dienstlichen Zwecken zuwiderlaufen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

§ 33 Verleiten zu einer rechtswidrigen Tat

Wer durch Mißbrauch seiner Befehlsbefugnis oder Dienststellung einen Untergebenen zu einer von diesem begangenen rechtswidrigen Tat bestimmt hat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, wird nach den Vorschriften bestraft, die für die Begehung der Tat gelten. Die Strafe kann bis auf das Doppelte der sonst zulässigen Höchststrafe, jedoch nicht über das gesetzliche Höchstmaß der angedrohten Strafe hinaus erhöht werden.

§ 34 Erfolgloses Verleiten zu einer rechtswidrigen Tat

(1) Wer durch Mißbrauch seiner Befehlsbefugnis oder Dienststellung einen Untergebenen zu bestimmen versucht, eine rechtswidrige Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, zu begehen oder zu ihr anzustiften, wird nach den für die Begehung der Tat geltenden Vorschriften bestraft. Jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches gemildert werden.

(2) Nach Absatz 1 wird nicht bestraft, wer freiwillig den Versuch aufgibt, den Untergebenen zu bestimmen, und eine etwa bestehende Gefahr, daß der Untergebene die Tat begeht, abwendet. Unterbleibt die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden oder wird sie unabhängig von seinem früheren Verhalten begangen, so genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Tat zu verhindern.

§ 35 Unterdrücken von Beschwerden

(1) Wer einen Untergebenen durch Befehle, Drohungen, Versprechungen, Geschenke oder sonst auf pflichtwidrige Weise davon abhält Eingaben, Meldungen oder Beschwerden bei der Volksvertretung der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder, bei dem Wehrbeauftragten des Bundestages, bei einer Dienststelle oder bei einem Vorgesetzten anzubringen, Anzeige zu erstatten oder von einem Rechtsbehelf Gebrauch zu machen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine solche Erklärung, zu deren Prüfung oder Weitergabe er dienstlich verpflichtet ist, unterdrückt.

(3) Der Versuch ist strafbar.

§ 36 Taten von Soldaten mit höherem Dienstgrad

(1) Die §§ 30 bis 35 gelten entsprechend für Taten eines Soldaten, der zur Zeit der Tat nicht Vorgesetzter des anderen, aber

1. Offizier oder Unteroffizier ist und einen höheren Dienstgrad als der andere hat oder
 2. im Dienst dessen Vorgesetzter ist
- und der bei der Tat seine Dienststellung mißbraucht.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 ist § 4 nicht anzuwenden.

§ 37. Beeinflussung der Rechtspflege

Wer es unternimmt, durch Mißbrauch seiner Befehlsbefugnis oder Dienststellung unzulässigen Einfluß auf Soldaten zu nehmen, die als Organe der Rechtspflege tätig sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Un supuesto de especial gravedad por lo general se da cuando el autor reitera insistentemente su comportamiento.

§ 32 *Abuso de facultades de mando con fines ilícitos*

El que, frente a un inferior, abusa de su facultad de mando o de su posición en el servicio para formular órdenes, pretensiones o exigencias que no estén en relación con el servicio o sean contrarias a los fines de éste, será castigado con hasta dos años de prisión, siempre que el hecho no esté amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

§ 33 *Inducir a un acto antijurídico*

El que, abusando de su facultad de mando o de su posición en el servicio, determine a un inferior a cometer un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal, será castigado con arreglo a los preceptos que se aplican para la comisión del hecho. La pena puede elevarse hasta el doble de la pena máxima allí prevista aunque no puede sobrepasar el máximo legal correspondiente a la clase de pena conminada.

§ 34 *Inducir sin resultado a un acto antijurídico*

- (1) El que, abusando de su facultad de mando o de su posición en el servicio intente determinar a un inferior a cometer un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal, o a inducirle a ello, será castigado con arreglo a los preceptos que se aplican para la comisión del hecho. No obstante, la pena puede ser atenuada conforme al § 49, parr. 1 del StGB.
- (2) No se castigará según el párrafo anterior al que espontáneamente cese en el intento de determinar al inferior y evite el peligro de que el inferior cometa el hecho. Cuando éste no tenga lugar sin una intervención suya o si se realiza independientemente de su comportamiento anterior, es suficiente el esfuerzo voluntario y serio del autor por impedir el hecho.

§ 35 *No dar curso a reclamaciones*

- (1) El que, valiéndose de órdenes, amenazas, promesas, dádivas o algún otro medio contrario al deber, impide a un inferior presentar peticiones, informes o reclamaciones ante el Parlamento de la República Federal de Alemania o de uno de sus Estados Federados, el Comisario militar del Parlamento Federal, una dependencia militar o un superior, formular denuncias o hacer uso de un recurso será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.
- (2) En la misma pena incurrirá el que oculte una instancia que está obligado por su cargo a examinar o dar curso.
- (3) La tentativa es punible.

§ 36 *Hechos cometidos por soldados con graduación superior*

- (1) Los §§ 30 al 35 serán de aplicación cuando el hecho se cometa por un soldado que, al tiempo de ejecutarlo, no sea superior al otro, pero:
 - 1.- sea Oficial o Suboficial y tenga una graduación superior al otro, o
 - 2.- sea su superior en el servicio,
 y abusa de su posición en el servicio²².
- (2) En los casos previstos en el párrafo 1, n° 1, no es de aplicación el § 4.

§ 37 *Influencia en la Administración de Justicia*

El que, abusando de su facultad de mando o de su posición en el servicio, intente ejercer una influencia ilegal sobre soldados que actúen como órganos de la Administración de Justicia, será castigado con hasta cinco años de prisión, siempre que el hecho no esté amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

§ 38 *Anmaßen von Befehlsbefugnissen*

Wer sich Befehlsbefugnis oder Disziplinalgewalt anmaßt oder seine Befehlsbefugnis oder Disziplinalgewalt überschreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in § 39 mit Strafe bedroht ist.

§ 39 *Mißbrauch der Disziplinalgewalt*

Ein Disziplinarvorgesetzter, der absichtlich oder wissentlich

1. einen Untergebenen, der nach dem Gesetz nicht disziplinarrechtlich verfolgt werden darf, disziplinarrechtlich verfolgt oder auf eine solche Verfolgung hinwirkt,
 2. zum Nachteil des Untergebenen eine Disziplinarmaßnahme verhängt, die nach Art oder Höhe im Gesetz nicht vorgesehen ist oder die er nicht verhängen darf, oder
 3. ein Dienstvergehen mit unerlaubten Maßnahmen ahndet,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

§ 40 *Unterlassene Mitwirkung bei Strafverfahren*

Wer es seiner Pflicht als Vorgesetzter zuwider unterläßt,

1. den Verdacht zu melden oder zu untersuchen, daß ein Untergebener eine rechtswidrige Tat begangen hat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, oder
 2. eine solche Sache an die Strafverfolgungsbehörde abzugeben,
- um den Untergebenen der im Gesetz vorgesehenen Strafe oder Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 des Strafgesetzbuches) zu entziehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

§ 41 *Mangelhafte Dienstaufsicht*

(1) Wer es unterläßt, Untergebene pflichtgemäß zu beaufsichtigen oder beaufsichtigen zu lassen, und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Wer die Aufsichtspflicht leichtfertig verletzt und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bestraft.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Vierter Abschnitt

Straftaten gegen andere militärische Pflichten

§ 42 *Unwahre dienstliche Meldung*

(1) Wer

1. in einer dienstlichen Meldung oder Erklärung unwahre Angaben über Tatsachen von dienstlicher Bedeutung macht,
 2. eine solche Meldung weitergibt, ohne sie pflichtgemäß zu berichtigen, oder
 3. eine dienstliche Meldung unrichtig übermittelt
- und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Wer im Falle des Absatzes 1 leichtfertig handelt und die schwerwiegende Folge wenigstens fahrlässig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft.

§ 43 *Unterlassene Meldung*

(1) Wer von dem Vorhaben oder der Ausführung einer Meuterei (§ 27) oder einer Sabotage (§ 109e Abs. 1 des Strafgesetzbuches) zu einer Zeit, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann, glaubhaft erfährt und es unterläßt, unverzüglich Meldung zu machen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

§ 38 *Usurpación de facultades*

El que se atribuya facultades de mando o poder disciplinario que no le corresponda o se exceda en su ejercicio, será castigado con la pena de hasta dos años de prisión, siempre que el hecho no esté conminado en el § 39.

§ 39 *Abuso del poder disciplinario*

El superior disciplinario que intencionadamente o a sabiendas

- 1.- procede en vía disciplinaria contra un inferior, que según la ley no debe ser procesado en vía disciplinaria, o procure que se proceda en tal vía
- 2.- imponga, en perjuicio del inferior, una medida disciplinaria distinta en clase o extensión a la prevista en la ley, o que imponga una medida disciplinaria, que no le es permitido imponer, o
- 3.- corrija una falta disciplinaria con una medida prohibida, será castigado con la pena de hasta cinco años de prisión.

§ 40 *Omisión de cooperar en el procedimiento penal*

El que, contra su deber como superior, omita:

- 1.- dar parte o investigar la sospecha de que un inferior ha cometido un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal, o
- 2.- entregar tal cosa a las autoridades encargadas del procedimiento penal, para sustraer al inferior de la pena o medida prevista en la ley (§ 11, parr. 1, n° 8 StGB), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

§ 41 *Vigilancia defectuosa del servicio*

- (1) El que omita vigilar o hacer vigilar debidamente a sus inferiores y con ello produzca, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, n° 3), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.
- (2) La tentativa es punible.
- (3) El que infrinja por imprudencia grave su deber de vigilancia y con ello causare, al menos imprudentemente, una consecuencia grave, será castigado con la pena de hasta seis meses de prisión.
- (4) Los párrafos 1 al 3 no serán aplicables cuando el hecho no esté amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

Sección cuarta

Hechos punibles contra otros deberes militares

§ 42 *Información falsa relativa al servicio*

- (1) El que
 - 1.- haga constar en un parte o informe oficial datos contrarios a la verdad sobre hechos de importancia para el servicio,
 - 2.- transmita un informe de este tipo sin rectificarlo con arreglo a su deber, o
 - 3.- comunique un parte oficial incorrectamente,y, con ello, al menos por imprudencia, causare una consecuencia grave (§ 2, n° 3), será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.
- (2) La tentativa es punible.
- (3) El que, en el caso del párrafo 1, actúe por imprudencia grave y causare, al menos por imprudencia, una consecuencia grave, será castigado con la pena de hasta un año de prisión.

§ 43 *Omisión de informar*

- (1) El que, teniendo noticias dignas de crédito, sobre el intento o la ejecución de un motín (§ 27) o de un sabotaje (§ 109e, parr. 1, StGB), a tiempo de poder evitar todavía la ejecución o sus efectos, omita dar parte de inmediato, será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) § 139 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

§ 44 *Wachverfehlung*

(1) Wer im Wachdienst

1. als Wachvorgesetzter es unterläßt, die Wache pflichtgemäß zu beaufsichtigen,
 2. pflichtwidrig seinen Postenbereich oder Streifenweg verläßt oder
 3. sich außerstande setzt, seinen Dienst zu versehen,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer im Wachdienst in anderen als den in Absatz 1 bezeichneten Fällen Befehle nicht befolgt, die für den Wachdienst gelten, und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) verursacht.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. § 19 Abs. 3 Satz 2 gilt entsprechend.

(5) Wer in den Fällen der Absätze 1 oder 2 fahrlässig handelt und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge verursacht (§ 2 Nr. 3), wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft.

(6) Wird ein Befehl nicht befolgt (Absatz 2), so gelten § 22 sowie die Vorschriften über den Versuch der Beteiligung nach § 30 Abs. 1 des Strafgesetzbuches entsprechend.

§ 45 *Pflichtverletzung bei Sonderaufträgen*

Nach § 44 Abs. 1, 3 bis 6 wird auch bestraft, wer als Führer eines Kommandos oder einer Abteilung, der einen Sonderauftrag selbständig auszuführen hat und auf seine erhöhte Verantwortung hingewiesen worden ist,

1. sich außerstande setzt, den Auftrag pflichtgemäß zu erfüllen,
 2. seinen Posten verläßt oder
 3. Befehle nicht befolgt, die für die Ausführung des Auftrags gelten,
- und dadurch wenigstens fahrlässig eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) verursacht.

§ 46 *Rechtswidriger Waffengebrauch*

Wer von der Waffe einen rechtswidrigen Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

§ 47 *(weggefallen)*

§ 48 *Verletzung anderer Dienstpflichten*

- (1) Für die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über
- Gefangenenbefreiung (§ 120 Abs. 2),
 - Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 Abs. 3),
 - Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 Abs. 2, 4, 5, §§ 204, 205),
 - Vorteilsannahme und Bestechlichkeit (§§ 331, 332, 335),
 - Körperverletzung im Amt (§ 340),
 - Aussageerpressung (§ 343),
 - Vollstreckung gegen Unschuldige (§ 345),
 - Falschbeurkundung im Amt (§ 348),
 - Verletzung des Dienstsheimnisses (§ 353b Abs. 1) und
 - Verletzung des Post- und Fernmeideheimnisses (§ 354 Abs. 4)

stehen Offiziere und Unteroffiziere den Amtsträgern und ihr Wehrdienst dem Amte gleich.

(2) Für die Anwendung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über Gefangenenbefreiung (§ 120 Abs. 2), Bestechlichkeit (§§ 332, 335), Falschbeurkundung im Amt (§ 348) und Verletzung des Dienstheimnisses (§ 353b Abs. 1) stehen auch Mannschaften den Amtsträgern und ihr Wehrdienst dem Amte gleich.

(2) Será de aplicación, en su caso, el § 139 del StGB.

§ 44 *Abandono de la guardia*

(1) El que, en acto de servicio de guardia,

- 1.- como superior de la guardia, omite controlarla debidamente
- 2.- abandone, en contra de su deber, el puesto o se aparte del itinerario marcado, o
- 3.- se coloque en estado de no poder prestar su servicio,

será castigado con la pena de hasta tres años de prisión.

(2) Con la misma pena será castigado el que, en el servicio de guardia en casos distintos a los previstos en el párrafo 1, incumpla las órdenes que rigen para el servicio de guardia y con ello causare, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, n° 3).

(3) La tentativa es punible.

(4) En los casos especialmente graves, la pena será de seis meses a cinco años de prisión. Será de aplicación, en su caso, el § 19, parr. 3, apartado 2.

(5) El que, en los supuestos de los párrafos 1 y 2, actúe por imprudencia, causando con ello, al menos por imprudencia, una consecuencia grave (§ 2, n° 3), será castigado con la pena de hasta dos años de prisión.

(6) Cuando se incumple una orden (parr. 2) serán de aplicación, en su caso, el § 22 y las normas sobre la tentativa de participación del § 30, parr. 1, del StGB.

§ 45 *Infracción de un deber durante misiones especiales*

Será castigado también con arreglo al § 44, parr. 1 y 3 al 6 también el que, como jefe de un comando o un destacamento que tiene que realizar independientemente una misión especial, y ha sido advertido de su superior responsabilidad.

- 1.- se coloque en estado de no poder desempeñar su misión como debe,
- 2.- abandone su puesto, o
- 3.- incumpla las órdenes dadas para el cumplimiento de la misión,

y, con ello, al menos por imprudencia, causare una consecuencia grave (§ 2, n° 3).

§ 46 *Uso ilícito de las armas*

El que haga un uso ilícito de las armas será castigado con la pena de hasta un año de prisión, cuando el hecho no esté amenazado, de acuerdo con otros preceptos, con una pena más grave.

§ 47 *(Suprimido)*²³

§ 48 *Infracción de otros deberes relativos al servicio*

(1) Respecto a la aplicación de los preceptos del StGB sobre

- liberación de presos (§ 120, parr. 2),
 - lesión de la palabra confidencial (§ 201, parr. 3),
 - violación de secretos privados (§ 203, parrs. 2, 4, 5; §§ 204, 205),
 - cohecho y prevaricación (§§ 331, 332 y 335),
 - lesiones cometidas en el ejercicio de la función (§ 340),
 - extorsión de testimonios (§ 343),
 - ejecución penal indebida (§ 345),
 - falsificación documental pública en el ejercicio de la función (§ 348),
 - violación de secretos relativos al servicio (§ 353b, parr. 1),
 - violación de secretos postales y telegráficos (§ 354, parr. 4),
- se equiparan los Oficiales y Suboficiales a los funcionarios públicos y su servicio militar a la función pública.

(2) Para la aplicación de los preceptos del StGB sobre liberación de presos (§ 120, parr. 2), prevaricación (§§ 332 y 335), falsificación documental pública en el ejercicio de la función (§ 348) y violación de secretos relativos al servicio (§ 353b, parr. 1), se equiparan también los individuos de tropa a los funcionarios públicos y su servicio militar a la función pública.

NOTAS

1. El término "strafal" se traduce por "hecho punible" con la intención, que es la de la dogmática alemana, de abarcar tanto las acciones como las omisiones; es, en los últimos tiempos, la versión más extendida por los penalistas españoles traductores de manuales y tratados alemanes; sin embargo Rodríguez Devesa en su versión de la Ley de 1957 utiliza la expresión "acto penal", aunque en nota explicativa a pié de página alude a hecho punible (ver Revista Española de Derecho Militar, n.º. 4 página 72).

2. Según la Soldatengesetz, que se cita más adelante (art. 2.2 y nota correspondiente), soldado es el que presta Servicio Militar, bien voluntario, bien obligatorio, y es voz que abarca a todos los empleos y graduaciones militares; en España, y aunque la primera acepción del Diccionario de la Real Academia define al soldado como "el que sirve en la milicia", es la segunda acepción, "militar sin graduación", la que se suele utilizar, haciéndose alusión al soldado como el escalón mínimo de la clase de tropa y de marinería, incluso a veces se evita el nombre genérico (denominándose artilleros, marineros, etc.), y tampoco falta en ocasiones, en arcangas y escritos de mandos militares de los máximos empleos, el que se hable del soldado, incluso en primera persona, como militar en general.

3. StGB es la abreviatura alemana de Strafgesetzbuch y, aún admitiendo que la postura más correcta, a efectos de traducción y máxime cuando se ha intentado en términos generales hacerla del modo más literal posible, sería utilizar la expresión Código Penal, se ha optado por aquella en base a razones de economía, dada la constante repetición, y por ser de habitual utilización no ya en la literatura jurídica penal de origen, sino en la española.

4. El artículo 26 StGB define la inducción (anstiftung) como determinar intencionadamente a un tercero a cometer con dolo un hecho punible, castigándola con las penas previstas para el autor; cabe la atenuación respecto de éstas y según el artículo 27 para la complicidad (beihilfe), allí definida como ayudar intencionadamente a un tercero a cometer un hecho punibles.

5. El singular "tatér" designa al autor en sentido amplio, abarcando también al inductor y al cómplice.

6. La previsión se explica por el hecho de la división de Alemania en dos Estados, la República Federal y la Democrática.

7. Se hace referencia tanto a una misión oficial como a los supuestos en que, no estando específicamente en misión, se realiza sin embargo algo relacionado con el servicio.

8. La Soldatengesetz vigente data de 1975, con una reforma en 1981, y sustituyó a la anterior legislación que procedía del año 1956; contiene un estatuto jurídico del personal de las Fuerzas Armadas; un comentario a la Soldatengesetz de 1956, se encuentra, de la pluma de Rodríguez Devesa, en el número 2 de la Revista Española de Derecho Militar, págs. 62 a 65.

9. La Ley de Tribunales de la Juventud no es equivalente a nuestra insuficiente Ley de Tribunales Tutelares de Menores; el StGB establece, en su artículo 19, la irresponsabilidad del menor de catorce años, mientras que para la juventud se contemplan diversas medidas, en dicha Ley específica, atendiendo a una división en dos grupos: los menores, de catorce a dieciocho años, y los semiadultos, de los dieciocho a los veinticuatro.

10. Se trata de un supuesto de error sobre la prohibición fácilmente evitable o veniable.

11. "Vergessen" equivale a delitos leves o faltas punibles, distintas de las contravencionales, y se definen en el artículo 12.2 StGB, atendiendo al marco penal, como los hechos antijurídicos conminados con prisión de menos de un año o con multa.

12. El precepto suprimido se limitaba a enumerar las penas que podían imponerse con arreglo a esta Ley, deviniendo superfluo por la adaptación en la nueva Ley a las penas que, con carácter común, prevé el StGB; la especialidad militar se contiene en el siguiente artículo 9, cuyo contenido data del año 1957.

13. La corriente, que adquiere carta de naturaleza en el StGB a partir del año 1975, es de suprimir las penas cortas de privación de libertad, por no reformadoras, por costosas y, sobre todo, por criminógenas (ya en el siglo pasado Röder calificó a las prisiones de universidades del crimen, y mucho antes Lardizábal las describía como "escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos"); pues bien, la cristalización de tal corriente tiene su excepción en el ordenamiento jurídico de la Alemania Federal, además de en el derecho penal de jóvenes (muy criticada), en el militar, tal y como se regula en este artículo nueve, justificándose esta última en las exigencias de la vida castrense; obsérvese, no obstante, que el apartado 2 tiene coherencia con la dicha corriente (ya desde el año 1957).

14. "Ersatzfreiheitsstrafe" es una cadena de genitivos en la que se recoge la idea de la pena privativa de libertad que reemplaza a los días-multa impagados.

15. Así como en nuestro ordenamiento jurídico la liquidación de las diversas condenas impuestas a una persona queda prácticamente en manos de la Administración Penitenciaria (aunque hoy exista el Juez de Vigilancia), el sistema alemán, con lo que se ha traducido por pena total, establece que el Juez que conoce de un delito, al condenar, decide, en aplicación de unas normas específicas (artículo 55 StGB), la pena que debe cumplir el reo que tiene otras condenas pendientes, en cumplimiento o todavía sin cumplir.

16. Es más correcto el legislador alemán titulando suspensión condicional que nuestro Código Penal al rubricar la Sección 3ª del Capítulo V del título III del Libro I con "remisión condicional", pues lo que propiamente regula es la suspensión. La remisión como efecto de la suspensión se contempla en la Ley de 17 de Marzo de 1908, sobre Condena Condicional, expresión esta última que si abarca los dos momentos.

17. Se incluyen otros supuestos previos al efectivo cumplimiento del Servicio Militar (vrg. automutilación para eximirse de éste).

18. Este delegado ayudante tiene como misiones ayudar y asistir al condenado, así como vigilar que cumpla las condiciones y mandatos, admitiendo el 56 de StGB que el desempeño de la función lo sea como trabajo profesional o a título honorífico; el soldado que prevé la Ley Penal Militar lo es a cargo de honor, o sea no retribuido.

19. "In der regel" equivale a generalmente o, como se ha traducido, "por lo general", aludiéndose con tal expresión a supuestos con presunción "iuris tantum" de gravedad, y que pueden ser no apreciados por el Juez si razona en contra. Ver artículos 24.4, 27.3, 30.4 y 31.3.

20. El legislador alemán utiliza los términos "fahrlässigkeit" y "leichtfertigkeit" para referirse respectivamente a la imprudencia y a la imprudencia grave.

21. Contenia una atenuación específica (posibilidad de reducir la pena al mínimo legal) para el caso de previo tratamiento antirreglamentario del superior que produjera consecuentemente una excitación en el inferior. La regla parecía superflua ya que a la postre es un problema de grado de culpabilidad a medir en los criterios generales del StGB.

22. Es algo más que facultad de mando, pues abarca a no militares.

23. El precepto suprimido contenía una regulación específica del homicidio o lesiones, por imprudencia, durante el servicio, remitiendo a las penas del StGB con las variaciones que se expresaban.

SOBRE EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS RECURSOS EN EL PROCESO DE EJECUCION

CARLOS GUTIERREZ GONZALEZ

1. En el pasado mes de agosto, la Revista "Cuadernos de la Facultad de Derecho", n° 7, Palma de Mallorca, 1984, págs. 64 a 93, publicó un trabajo nuestro con el título "Tratamiento procesal de los recursos en el proceso de ejecución de sentencias". De entrada advertíamos que había sido elaborado y redactado a principios de año, cuando todavía no estaban avanzados los trabajos parlamentarios sobre "la ley de reforma urgente de la Ley de enjuiciamiento civil". La reforma de la Ley de enjuiciamiento civil ha sido aprobada y sancionada el día 6 de agosto y publicada en el Boletín oficial del estado el día 7 de agosto de 1984, con una disposición final que determina su entrada en vigor para el día 1 de septiembre del presente año. Así, ya en vigor la reforma de la LEC, nos vemos en la necesidad de cumplir lo prometido en el trabajo a que hacemos mención y realizar los ajustes necesarios sobre la legislación vigente.

Con carácter previo, sin embargo, hemos de advertir al lector que no observamos cambios sustanciales en el tratamiento procesal de los recursos, sino más bien sistemáticos, con lo que, en línea de principio, debemos mantener todas las cuestiones suscitadas en el trabajo origen de esta NOTA. En consecuencia, nuestra tarea se reducirá a resaltar las modificaciones introducidas, alabando la nueva legislación en todo aquello que nos parece positivo y, reseñando, por el contrario, todos aquellos defectos de regulación que ya observábamos anteriormente y que se mantienen tras la reforma, incluso agravándose, en algunos casos. De todo ello intentaremos dar puntual cuenta en esta breve NOTA, utilizando, eso sí, el mismo planteamiento sistemático.

2. Por lo que respecta a los recursos ordinarios, la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil no incide sustancialmente en su tratamiento procedimental. Con todo, se deben observar algunas diferencias que haremos notar seguidamente:

a) Desaparece la doble distinción entre las providencias de "mera tramitación" y las de "no mera tramitación". El art. 376 del nuevo texto legal se refiere

a todo tipo de providencias, frente a las cuales sólo podrá interponerse el recurso de reposición en el plazo de tres días.

El recurso de reposición podrá interponerse también contra los autos que no sean resolutorios de recursos de reposición ni sean autos comprendidos en el art. 382 LEC, en el plazo de tres días (cfr. art. 380 LEC), y se tramitará en la forma establecida en los art. 377 y ss. LEC. Así pues, la variación respecto a la antigua legislación, como se ve, tan sólo incide en dos cuestiones: a) restringe el número de resoluciones recurribles en reposición (elimina dicho recurso contra las llamadas providencias de no mera tramitación¹¹); b) acorta el plazo para su interposición (cinco días marcaba el art. 377 LEC sin reformar).

b) Por lo que respecta al recurso de súplica, la reforma legal no le alcanza de forma directa, por lo que es ocioso todo comentario. Con todo, si queremos llamar la atención sobre un efecto marginal de la reforma sobre este recurso. Nosotros, al hacer referencia al art. 403 i.f. LEC (sin variación tras la reforma), habíamos englobado en el contenido de esta norma a las antiguas providencias de no mera tramitación (véase pág. 74 de nuestro trabajo). Al desaparecer, tras la reforma del art. 376 LEC, toda distinción entre providencias, debemos considerar derogada la alusión del art. 401 LEC a las providencias de mera tramitación, quedando contenidas en la citada norma todas las providencias, no siendo susceptibles de recurso de súplica. Así, podemos concluir que lo manifestado en nuestro trabajo es —a nuestro entender— del todo correcto, quedando claramente delimitadas, como sucedía antes de la reforma, las resoluciones susceptibles de ser recurridas en súplica: las sentencias y autos resolutorios de incidentes que se promuevan durante la segunda instancia (cfr. art. 402 i.l. LEC).

c) Tampoco son de especial importancia las reformas introducidas por la nueva ley en lo referente al recurso de apelación. Por una parte, se mantiene la apelación de forma directa contra los autos y las sentencias comprendidos en el art. 382 LEC. Asimismo se mantiene la apelación contra el auto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra autos no comprendidos en el art. 382 ni resolutorios de recursos de reposición interpuestos frente a providencias (cfr. art. 381 LEC). Traducido esto al proceso de ejecución supone lo siguiente: a) La sentencia dictada en proceso incidental de la ejecución será apelada directamente (cfr. art. 758, II LEC); b) Los autos dictados por el juez ejecutor al dirigir la actividad ejecutiva podrán ser recurridos en reposición y posterior apelación.

Tampoco sufren variación dos cuestiones importantes en el proceso de ejecución: por una parte, frente al auto definitivo del incidente de liquidación de sentencias ilíquidas se mantiene la apelación directa (cfr. art. 942 LEC); por otra, contra el auto denegando el despacho de la ejecución, cabrá el recurso de reposición y posteriormente el de apelación a tenor del art. 1441 LEC.

Por lo que respecta a la tramitación del recurso de apelación es importante que, sucintamente, resaltemos dos cuestiones importantes. a) Por una parte, la

tramitación del recurso de apelación, a tenor del nuevo art. 381 i.l. LEC, se hará conjuntamente con la apelación del asunto principal. Tema que nos es útil por cuanto viene a corroborar la tesis mantenida en el art. 937, III LEC con respecto a los autos que deniegan alguna diligencia de prueba en el incidente de liquidación de sentencias ilíquidas (véase pág. 77 de nuestro trabajo). b) Por otra parte, creemos que puede desprenderse del contexto de la reforma la intención del legislador de no interrumpir los procesos más de lo necesario, admitiéndose, como regla general, la apelación en un sólo efecto, expresándolo así el legislador al reformar el contenido del art. 758, II LEC y decretar que la apelación contra las sentencias del proceso incidental serán en un solo efecto (con las excepciones lógicas preestablecidas en la ley o cuando el juez considere que puede existir un perjuicio irreparable). Posición que no influye de forma directa en el proceso de ejecución por cuanto este aspecto ya estaba (y está) regulado en el art. 949 i.l. LEC (“Todas las apelaciones que fueran precedentes en las diligencias para ejecución de sentencias serán admitidas en *un solo efecto*”), con las excepciones previstas en el art. 949 i.f. LEC (“no se comprenderán en esta disposición los incidentes que puedan promoverse sobre cuestiones no controvertidas en el pleito ni decididas en la ejecutoria”). Véase sobre el particular lo dicho en la pág. 76 de nuestro trabajo.

d) Por lo que respecta al recurso de queja no existe variación alguna con referencia a su tratamiento procesal. Tan sólo con referencia al recurso de queja suscitado por inadmisión del recurso de casación observamos alguna diversidad. Esta será tratada más adelante.

3. Trataremos seguidamente las reformas introducidas por la nueva ley en materia de casación. Aquí observamos que el legislador modifica de forma global todo el Título XXI de la Ley de enjuiciamiento civil, introduciendo importantes reformas en la casación en su conjunto, pero no afectan de forma sustancial a la casación en ejecución de sentencias. Con todo es preciso señalar algunas modificaciones introducidas y que afectan a la redacción del trabajo que origina esta nota.

a) El art. 1687 LEC trata en su conjunto todas las resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación, regulando, en concreto, lo referente al proceso de ejecución en su apartado segundo al decir: “los autos dictados en apelación en los procedimientos para la ejecución de las sentencias recaídas en los juicios a que se refiere el apartado anterior, cuando se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado”. Observamos, pues, varias reformas introducidas al hilo de este artículo. De ellas daremos cuenta seguidamente:

a’) Es bueno para la doctrina en general y para los estudiosos del derecho que el legislador regule conjuntamente en un mismo artículo de la Ley de enjuiciamiento civil todas las resoluciones susceptibles de casación. El mantenimiento de un artículo específico de la Ley para tratar la casación en ejecución de sentencias, como lo era el art. 1695 LEC anterior, producía una gran confusión que

tan sólo era salvada con el estudio de la relación existente entre los artículos 1689 y 1695 LEC anteriores a la reforma. Véase al respecto las apreciaciones que sobre la necesidad de tal reforma hacíamos en la pág. 88 de nuestro trabajo.

b') Es bueno también que el propio legislador concrete, en el texto de la ley, lo que era deducido por la doctrina en general. Nos referimos a la necesidad de que la resolución que se desea recurrir en casación provenga de una apelación en el proceso de ejecución de sentencias firmes que de por sí eran susceptibles de casación. Es decir, a tenor del art. 1687, II LEC tan sólo son recurribles los autos de apelación en ejecución de sentencias que estuvieran comprendidas en el art. 1687, I LEC; o sea, las sentencias recaídas en juicios de mayor cuantía, de menor cuantía cuando sobrepase la cantidad de tres millones de pesetas y aquellas sentencias recaídas en juicio cuya cuantía era inestimable.

c') También hemos de felicitar la reforma del legislador al redactar el art. 1687, II en positivo, advirtiendo cuáles son las resoluciones dictadas en proceso de ejecución que son recurribles en casación. La redacción anterior, contenida en el art. 1695 LEC, negaba, como criterio general, la posibilidad de recurrir en casación, señalando a renglón seguido las causas excepcionales por las que se daba este recurso. En definitiva, con este cambio de redacción creemos que el precepto gana en claridad.

d') Sin embargo, no estamos de acuerdo con el tratamiento conjunto que de las resoluciones y los motivos de casación hace el legislador en lo referente al proceso de ejecución. Comete, a nuestro entender, el mismo error que se producía con anterioridad. Tanto en el art. 1695 LEC (sin reformar) como en el actual 1687, II LEC, el legislador propone conjuntamente las resoluciones admisibles en casación y los motivos por los que se debe acceder al recurso, haciendo depender las primeras (las resoluciones) de estos últimos (los motivos). El error es obvio, como ya denunciábamos en la pag. 89 de nuestro trabajo, ya que si tan sólo se permite el acceso a casación en los supuestos en que se da el motivo, el tratamiento procedimental del recurso de casación sufre grandes anomalías, configurándolo como especial y deformando la actuación de la Sala de Audiencia y de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus funciones de admisión, como luego pondremos de relieve.

e') Tampoco estamos de acuerdo con la regulación que de los motivos hace el nuevo texto legal. El art. 1687, II LEC ofrece tres posibilidades o motivos de acoger un recurso de casación en ejecución de sentencias, o por lo menos así lo debemos deducir del tenor literal de la norma: "1) puntos sustanciales no controvertidos en el pleito; 2) puntos sustanciales no decididos en la sentencia; 3) puntos sustanciales contenidos en la resolución que contradigan lo ejecutoriado". Con respecto al último de ellos nada tenemos que decir dada su correcta redacción, y en nuestro trabajo ya expusimos lo que entendemos por "contradicción con lo ejecutoriado" (cfr. pág. 84). Problema, distinto, sin embargo, se nos plantea con los dos primeros motivos a que hace referencia el nuevo texto legal. Desde luego con innovación sobre el texto ahora reformado que tan sólo

contemplaba un motivo al afirmar “puntos sustanciales no controvertidos en el pleito *ni* decididos en la sentencia”. Era, precisamente, el conjunto de los dos factores el que permitía configurar el motivo de casación (cfr. pág. 78 y en concreto la Nota 13 bis). Ahora la cuestión es diferente. Del tenor literal del texto contenido en el art. 1687, II LEC no puede desprenderse otra cosa que la existencia de dos motivos distintos: “puntos no controvertidos en el pleito” y “puntos no decididos en la sentencia” (amén del tercer motivo a que aludíamos anteriormente). Pero, ¿cómo puede entenderse esto? Si un punto sustancial no ha sido controvertido en el pleito, pero sí decidido en la sentencia, existe una incongruencia por *extrapetita* que debe ser denunciada por la parte antes de que la sentencia sea firme, o de lo contrario precluye tal posibilidad; al igual, si un punto sustancial ha sido controvertido en el pleito, pero no fallado en la sentencia, existe incongruencia por omisión de pronunciamiento, que debe ser igualmente recurrido por la parte en tiempo y forma. En definitiva, es un problema de “congruencia” y no de “motivos de casación” en ejecución de sentencias.

Con todo, consideramos que ha sido un error, grave a nuestro entender, por parte del legislador y que será subsanado a través de una línea jurisprudencial acorde con lo que manifestamos y en plena conformidad con lo dicho por Moreno Catena, que ya expusimos en nuestro trabajo.

4. Por último, nos resta hacer un breve repaso al tratamiento procedimental del recurso de casación en ejecución de sentencias. Este se subdivide en fases, que ahora examinaremos:

a) Fase de admisión de la Sala de Audiencia. La regulación de esta fase en el nuevo texto legal se encuentra contenida en los art. 1694 y ss. LEC y sustancialmente no plantea ninguna reforma en profundidad. La cuestión primordial —a nuestro entender— radicaba en la delimitación de la finalidad concreta de esta fase de admisión y de su repercusión en el tratamiento procedimental del recurso de casación en ejecución de sentencias (véase pág. 86 de nuestro trabajo). La finalidad, no obstante, es clara: impedir que todas aquellas resoluciones que no son susceptibles de ser recurridas en casación, a tenor de los artículos 1687, 1688 y 1689 LEC, tengan acceso a la tramitación del recurso.

Esta función, que es obvia, y se respeta claramente en el recurso de casación contra sentencias no firmes (nótese que la Ley, con independencia de enumerar las resoluciones susceptibles de ser recurridas en los art. 1698 (rectius, 1687), 1688 y 1689, dedica el art. 1692 LEC para enumerar los motivos que dan lugar a la admisión por el Tribunal Supremo del recurso), queda desvirtuada en el proceso de ejecución. La función de esta fase se especifica de forma clara en el art. 1697 que dice: “si la sentencia o resolución no es susceptible de recurso conforme a lo dispuesto en los arts. 1687, 1688 y 1689, o si no cumple lo previsto en el art. 1694 para la preparación del recurso, se dictará auto motivado denegando la remisión de los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo y el emplazamiento de las partes”. Entendemos, pues, que se regulan dos cosas: a) el cumplimiento formal de los trámites de preparación del recurso que se contienen en el art. 1694;

b) el análisis, sobre todo, del art. 1687 LEC que contiene el número de resoluciones que son susceptibles de casación. En este último aspecto, si tenemos en cuenta que el párrafo segundo del art. 1687 LEC regula conjuntamente, interrelacionados, las resoluciones y los motivos de recurso de casación en ejecución de sentencias, haciendo depender áquellas de éstos, nos encontramos con que la misión de la Sala de Audiencia es compleja; si quiere delimitar qué resoluciones son recurribles, debe entrar a conocer los motivos, es decir, si dichas resoluciones resuelven puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.

En definitiva, se comete el mismo error que en la anterior legislación, al imponer el texto de la ley la misión a la Sala de Audiencia de entrar en el fondo del recurso. Y, en este contexto, la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron por imponer el criterio contrario, dejando el análisis del fondo para la Sala primera del Tribunal Supremo y no para la Sala de Audiencia. Debía ser, a nuestro entender, misión de esta reforma el clarificar los términos y regular las distintas funciones de las fases de tramitación del recurso de casación, como ya denunciábamos en la pág. 86 y 91 de nuestro trabajo.

Por otra parte, también debemos hacer una breve referencia a la interposición del recurso de queja ante el Tribunal Supremo contra el auto de inadmisión del recurso de casación. El art. 1703 de la Ley anterior a la reforma especificaba la posibilidad de recurrir en queja en el plazo de quince días. Por su parte, la reforma no alcanza al fundamento ni a las razones del recurso, que mantiene inalterables, pero sí al plazo que lo restringe a diez días (cfr. art. 1698 LEC). Asimismo, en el nuevo texto legal, desaparece la llamada Sala de Admisión del Tribunal Supremo (que era, en definitiva, la Sala Primera), por lo que el recurso de queja deberá ser dirigido directamente a la Sala 1ª del Tribunal Supremo, eso sí, en funciones de admisión y no de resolución sobre el fondo (vid. no obstante, lo que diremos después).

b) Fase de admisión del tribunal Supremo. La reforma tampoco afecta en profundidad, a no ser el cambio de denominación de la Sala de Admisión (por otra parte con raigambre histórica) por la propia Sala primera, como decíamos anteriormente. Las cuestiones fundamentales no varían y el tratamiento procedimental de esta fase es, sustancialmente, en lo que afecta a la ejecución, el mismo.

La finalidad de esta fase puede concretarse, a nuestro entender, del modo siguiente: a) por una parte, corroborar o no la declaración que sobre la tramitación del recurso haya hecho la Sala de Audiencia, es decir, analizar el art. 1697 LEC (función de la Sala de Audiencia) y, si la resolución no reúne las características exigidas por los arts. 1698 (rectius, 1687), 1688 y 1689 LEC, declarar por Auto su inadmisión (cfr. art. 1710, II LEC); b) por otra parte, vigilar la adecuación de las partes a los trámites formales de interposición del recurso (depósito, representación, asistencia de letrado, ... etc.), declarando su inadmisión en caso de que no se respeten los trámites formales.

En este contexto, no ponemos en entredicho la segunda de las finalidades antes comentadas, ya que es perfectamente lógico que el propio Tribunal Supremo antes de entrar a conocer el recurso, exija el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley. Sí, en cambio, debemos hacer alguna alusión sobre la primera de las finalidades expuestas. Vuelve el legislador, a nuestro entender, a caer en el mismo error al que aludíamos anteriormente al hablar de la Sala de Audiencia. La Sala Primera del Tribunal Supremo en fase de admisión deberá determinar si la resolución es o no susceptible de ser recurrida en casación, cuestión que solamente es posible determinar analizando los motivos expuestos en el art. 1687, II i.f. LEC, es decir, los motivos de fondo. Tampoco, en este aspecto, ha servido la reforma para introducir modificaciones oportunas que permitieran definir nítidamente la función del propio Tribunal Supremo en su fase de admisión (véase págs. 91-92 de nuestro trabajo).

c) Fase de decisión del recurso de casación. En este aspecto la reforma no incide en absoluto, realizándose esta fase según el contenido de los arts. 1711 y ss. LEC, dando lugar a un pronunciamiento, si es que se llega a él, de la Sala Primera del Tribunal Supremo que puede ser el siguiente: admitir el recurso de casación y en consecuencia casar la resolución, dictando una nueva sentencia; o bien, declarar que dicho Tribunal (o sea, el Tribunal Supremo), no tiene como misión el analizar tal resolución por cuanto no se encuentra comprendida en el párrafo segundo del art. 1687 LEC. Posición distinta, como se observa, de la simple negación del recurso de casación contra sentencias no firmes, donde puede denegarse el recurso, pero no declarar que no es misión de este Tribunal revisar tal resolución (véase pág. 87 de nuestro trabajo).

EL REGIMEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (NOTAS A UN TRABAJO COLECTIVO)

JOAN OLIVER ARAUJO

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Las largas décadas de autocracia que siguieron a la guerra civil produjeron, como consecuencia lógica a la ausencia de un texto normativo que mereciera rigurosamente el nombre de Constitución, un conocido y polémico despiazamiento de los centros de interés intelectual entre los profesores de Derecho Político. La reconquista de la democracia y la entrada en vigor de la Constitución de 1978 significaron para todos los juristas, y muy especialmente para los constitucionalistas, una convocatoria moral a realizar un esfuerzo ilusionado y riguroso para dotar a la nueva Constitución del "arsenal doctrinal" preciso en orden a conseguir ser lo que prácticamente nunca han sido entre nosotros los textos constitucionales: un factor de concordia civil. A este noble propósito responde, en último extremo, la obra objeto de la presente nota.

Junto a este generoso objetivo de aportar su esfuerzo a la consolidación de las instituciones del Estado social y democrático de derecho que consagra el art. 1-1 de nuestra Constitución, la razón inmediata que impulsó a los autores a elaborar este trabajo fue, como reza en el prólogo del primer volumen, "satisfacer una necesidad docente: la de contar con un texto que ayude a los estudiantes a preparar el programa de segundo año de Derecho Político, a los cuales va dirigido especialmente este manual". A la vista de los resultados, se puede afirmar que, junto a los dos objetivos prioritariamente perseguidos, el texto definitivo ha cumplido otro que, a la vez que resalta aquéllos, da al trabajo una dimensión especial. Se trata, al mismo tiempo, de una esmerada obra de investigación, que tiene el mérito añadido de haber sabido profundizar en los temas más enjundiosos del Derecho Constitucional, tratándolos con claridad y precisión, ofreciendo soluciones sólidamente argumentadas.

Este segundo volumen de *El régimen constitucional español**, objeto exclusivo de nuestra atención, ha sido dirigido, como el anterior, por los profesores Jorge de Esteban y Luis López Guerra, de la Universidad Complutense de Madrid y la de Extremadura, respectivamente, contando en esta ocasión con la colaboración de los profesores Eduardo Espín y Joaquín García Morillo. A pesar de tratarse, como vemos, de un trabajo en equipo, lo primero que constata un lector mínimamente atento es la cuidada armonía interna que guardan entre sí las diferentes partes del mismo, hasta el punto de parecer obra de una misma mano.

Entre otros aspectos novedosos y elogiables, destaca en este libro su originalidad sistemática. Lejos de limitarse al análisis pormenorizado de cada uno de los artículos de la Constitución o al mero estudio sucesivo de los distintos órganos constitucionales, analiza y explica el ordenamiento constitucional español a partir de las definiciones centrales extraídas del propio Texto Constitucional, concretamente las que conforman al régimen político español como un Estado social y democrático de derecho (vol. I), como una Monarquía parlamentaria y como un Estado autonomista (vol. II). A nuestro juicio, es en este esfuerzo por superar las limitaciones inherentes a los criterios hermenéuticos estrictamente legalistas donde la obra muestra su gran altura doctrinal. A su ambiciosa y lograda sistemática hay que añadir, desde una perspectiva formal, una claridad expositiva notable, sin menoscabo de la precisión y rigor de los conceptos.

Por otra parte, también es preciso resaltar que la lectura de este libro se hace especialmente agradable gracias al esfuerzo realizado por los autores para evitar caer en lo que podríamos denominar "un juridicismo excluyente" que, prescindiendo del aliento político, histórico y actual, que late tras cada institución constitucional y de las perspectivas de futuro de las mismas, se limitara a presentar un complejo entramado de esquemas abstractos y formales. No obstante tratarse de una obra eminentemente jurídica, escrita por constitucionalistas, han valorado en sus justos términos el dato político, consiguiendo una armonía que, por impecable, puede inducir al error de estimarla sencilla, cuando en la realidad esconde un arduo trabajo y una sólida formación intelectual de sus autores.

Aunque el viejo anatema de Kirchmann contra la ciencia jurídica concretado en la célebre expresión: "tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en basura", ha sido brillantemente ridiculizado por el profesor Hernández Gil al conceptualarlo como "una trivialización pseudopolítica de un problema no captado", lo cierto es que los desarrollos y las alteraciones legislativas pueden obligar a repensar y modificar amplios fragmentos de los tratados de Derecho. Esta genérica realidad del mundo jurídico adquiere especial importancia en el campo del Derecho público en el actual momento post-constituyente, ya que la compleja maquinaria constitucional sólo podrá adquirir su perfil definitivo cuando un buen número de leyes orgánicas y ordinarias hayan visto la luz en las páginas del Boletín Oficial del Estado. De la provisionalidad

(*) Labor Universitaria, Barcelona, 1982, vol. II, 425 págs.

dad de algunas de sus conclusiones, son plenamente conscientes el profesor De Esteban y sus discípulos, que, no obstante contemplar expectantes el paulatino desarrollo constitucional, decidieron dar su trabajo a la imprenta, además de por otros importantes motivos, por la lúcida creencia de que “la servidumbre —y deber— de todo jurista consiste en analizar la norma existente, aun cuando la decisión del legislador pueda trastocar, en todo momento, la vigencia de la normativa analizada”. Es por esto mismo que se hace imprescindible una periódica revisión de sus páginas, al objeto de introducir en ellas aquellas modificaciones que la obra legislativa de las Cortes Generales y la invalorable labor interpretativa del Tribunal Constitucional vayan exigiendo.

A pesar de que, como hemos dejado apuntado, centremos nuestra atención en el segundo volumen de esta obra, no debemos olvidar que, desde todas las ópticas, este libro forma con el anterior un todo coherente, respondiendo no sólo a unos mismos objetivos, sino también a un mismo plan expositivo. Después de que en el primer volumen (que contó con la colaboración adicional del profesor Pablo Pérez Tremps) los autores analizaran, a partir de la definición del régimen constitucional español como un “Estado social y democrático de derecho”, la parte dogmática de la Constitución de 1978, es decir, sus principios fundamentales, los derechos y libertades consagrados en la misma y sus garantías, en el segundo han realizado un pormenorizado estudio de su *parte orgánica*, contemplando la estructura, composición, funcionamiento y relaciones de los órganos constitucionales del Estado. Este segundo volumen consta de dos partes bien diferenciadas (en el esquema general de la obra, la cuarta y la quinta), que tratan de las instituciones que configuran al sistema constitucional español como una *Monarquía parlamentaria* y como un *Estado autonomista*.

2. UNA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

La cuarta parte de la obra, primera de este volumen, lleva a cabo un minucioso análisis de la *Monarquía parlamentaria* española. Después de introducir el tema con una rápida pero sugestiva aproximación a los rasgos generales de la Monarquía parlamentaria, se detiene en el estudio de la Corona, abordando, en primer lugar, la problemática de su naturaleza en la Constitución actual. Apartándose del sistema inglés que configura a la Corona como una persona jurídica identificada con el Estado, y del sistema seguido en las Monarquías europeas continentales que ven en la Corona un órgano al que se le atribuye, con matices, el poder ejecutivo (atendiendo, tanto en uno como en otro caso, a sus respectivas disposiciones constitucionales, no a la realidad práctica), en la Constitución española de 1978 la Corona no es más que un órgano del Estado, cuyo titular es precisamente el Rey. Concluye su razonamiento en este punto el profesor López Guerra afirmando que el titular de la Corona no lo es porque represente al pueblo, sino porque tiene un *ius ad officium*, “el Rey representa al Estado, pero no al pueblo, cuya representación corresponde a las Cortes”.

A continuación, sigue el examen, perspicaz y completo, de la importante

cuestión sucesoria, tema que encuentra su regulación básica en el art. 57 de la Constitución. Quizá sobre esta cuestión habría que decir que, a nuestro juicio, hay un aspecto que aparece insuficientemente tratado. Nos estamos refiriendo a la polémica preferencia del varón sobre la mujer en el llamamiento a la sucesión en el Trono. En consonancia con sus planteamientos progresistas, el profesor López Guerra entiende que esta marginación de la mujer "no puede caracterizarse como acorde con las tendencias de nuestra época en favor de la igualdad de los sexos". Nosotros, sin embargo, creemos que se podría ir más lejos y poner en duda, a tenor del principio de igualdad que consagra el art. 14, la constitucionalidad de aquel precepto, aunque ello nos adentraría en el complejo terreno de las disposiciones constitucionales inconstitucionales. El análisis de la Regencia y de los poderes de la Corona completan el segundo capítulo de esta parte. Dentro de este último epígrafe son especialmente relevantes las conclusiones que se vierten en torno al papel del Rey, el cual se contempla como un cuarto poder (distinto del legislativo, del ejecutivo y del judicial) con atribuciones muy limitadas, rechazando radicalmente la posibilidad de que se le configure como el guardián último de la Constitución (una especie de "Hüter der Verfassung") con facultad de asumir plenos poderes en momentos excepcionales.

El tercer capítulo, redactado con rigurosa precisión y claridad, analiza la composición, organización, funcionamiento y funciones de las Cortes Generales. Sin embargo, hemos de señalar que, cuando ya se habían corregido las pruebas de imprenta de este volumen, el Congreso de los Diputados aprobó, el 10 de febrero de 1982, su nuevo Reglamento. Ello obligó a los autores a redactar un *Apéndice* de urgencia en el que se recogieron los aspectos más novedosos e importantes de la flamante reglamentación. El capítulo cuarto se ocupa del Gobierno, analizando temas tan enjundiosos como su papel en el sistema, su composición, su nombramiento y cese, el estatuto de sus miembros y el conjunto de sus atribuciones. Entre las innumerables cuestiones que nos podrían inducir al comentario, queremos destacar el acierto con que se analiza el problema de la preeminencia jurídica y efectiva del presidente del Gobierno sobre el resto del Gabinete, aun dejando por sentado tanto la actuación colegiada del mismo como la responsabilidad particular de cada uno de sus miembros por su propia gestión. La primera parte de este volumen finaliza con un completo estudio del profesor Eduardo Espín sobre la Administración central. De él queremos resaltar su clarividente exposición de las, entre nosotros dificultosas, relaciones entre el poder civil y el poder militar: "tales relaciones se resumen en el principio indiscutido de la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil, hasta el punto de que esta subordinación constituye un principio básico de un moderno Estado democrático".

3. UN ESTADO AUTONOMISTA

La segunda parte de este volumen, quinta y última de la obra, analiza la nueva organización territorial de España que aparece consagrada en el título VIII de la Constitución, y que permite calificar al Estado español de *Estado auto-*

mista. Esta redistribución territorial del poder implica básicamente una reducción del protagonismo de los poderes centrales y una potenciación de las entidades territoriales menores, como son los municipios, las provincias y especialmente las comunidades autónomas. Después de una breve introducción en la que se pone de manifiesto el carácter indeterminado y no unívoco del concepto "autonomía", se pasa al estudio de la regulación constitucional de la Administración local (arts. 140-142), destacando las tres direcciones en que se ha manifestado la labor innovadora de la Ley Fundamental: en la introducción de la garantía constitucional de la estructuración territorial en provincias y municipios; en la aplicación del principio de autonomía a la organización de los entes locales; y, en último término, en la reserva de un conjunto de materias a la competencia de dichos entes.

Con su buen sentido jurídico habitual, el profesor Jorge de Esteban lleva a cabo la ardua tarea de analizar la configuración del Estado autonomista *strictu sensu*. Materia que, amén de su dificultad técnica intrínseca, entre nosotros "se encuentra teñida de elementos pasionales, con un fuerte contenido irracional, que dificultan la adopción de una solución satisfactoria para todos". Tras una detenida introducción en la que se relatan minuciosamente y ordenadamente los precedentes del Estado autonomista, distinguiendo entre los condicionamientos remotos y los inmediatos, se inicia el estudio de los caracteres del proceso autonómico, entendiéndolo por tal "el conjunto de trámites, plazos, requisitos y normas diversas que jalonan todo el proceso de constitución de las comunidades autónomas". De este último apartado queremos destacar dos ideas que nos parecen claves para entender correctamente el pensamiento autonómico de nuestros legisladores constituyentes: en primer lugar, que no existen dos clases diferentes de comunidades autónomas, sino únicamente diferencias de ritmo en la obtención de la autonomía plena; y en segundo lugar, que el resultado final de aquel proceso podría aproximarse "al modelo clásico de Estado federal".

Los límites del sistema autonómico español constituyen el siguiente objeto de reflexión del profesor De Esteban. El respeto a lo preceptuado en la Constitución, la salvaguardia de la unidad de España, la igualdad y la solidaridad entre las comunidades autónomas y la prohibición de su federación, señalan el marco constitucional al cual deberá ajustarse tanto el proceso autonómico (hoy ya concluido) como la propia actuación de las diecisiete comunidades autónomas. Por lo que se refiere a la prohibición de que puedan federarse diversas comunidades autónomas (art. 145-1), el autor manifiesta sus dudas en torno a la oportunidad de este precepto, el cual es, a nuestro entender, notoriamente discriminatorio para los pueblos de habla catalana.

Siguiendo un riguroso orden lógico, tras el meritorio análisis de los diversos procedimientos de creación de las comunidades autónomas previstos en la Constitución, se aborda el estudio de los Estatutos, de la organización y de las competencias de las comunidades autónomas. La participación de estas últimas en los órganos del Estado, y el control de éste sobre aquéllas, ponen punto final a una de las más completas y coherentes aportaciones que, desde el campo del

Derecho Político, se ha realizado a la clarificación de lo que, a falta de mejor denominación, ha venido en llamarse Estado de las autonomías.

Esta obra, en sus dos volúmenes, está llamada a convertirse, con las impresionables actualizaciones periódicas, en un clásico en las aulas de nuestra Universidad. La inusitada rapidez con que se ha agotado la primera edición, forzando una reimpresión inmediata, es una buena prueba de ello*.

(*) A mayor abundamiento, podemos adelantar, como primicia, que en estos momentos los autores están preparando una nueva edición, totalmente actualizada, de esta magnífica obra.

ALBISETTI, Alessandro, *Giurisprudenza costituzionale e diritto ecclesiastico*, Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Ecclesiastico. 3, Dott. A. Giuffré editore, Milano, 1983, 130 páginas.

Si el Profesor De Luca propuso definir al Derecho eclesiástico como *legislatio libertatis*, y tal definición alcanzó una rápida difusión, no puede resultar sorprendente que en aquellos sistemas jurídicos que tienden a transformar dicha propuesta doctrinal en norma de actuación en el plano del Derecho material, el recurso a las instancias de justicia constitucional sea muy frecuente. Y creo que no puede sorprender tal resultado si se piensa que pocos conceptos jurídicos alcanzan un mayor grado de concreción que el de libertad; para fijar en que consista tal concepto en un ordenamiento jurídico concreto parece imprescindible el acudir a las supremas potestades normativas —a la cúspide de la pirámide kelseniana— y, en el mundo jurídico en que España pretende situarse, descartadas las soluciones iusnaturalistas, parece evidente que no se puede acudir a otro lugar que a ese nuevo *ius divinum* que resulta ser la Constitución (*ius divinum* no positivizado y no formalizado completamente, y que hay que descubrir a cada instante). Así pues, si se pretende conocer en que medida un concreto ordenamiento jurídico, en un concreto momento histórico, respeta la libertad religiosa, parece tarea imprescindible el conocer el contenido de la jurisprudencia constitucional sobre tal cuestión; es más, si pretendemos conocer en que consista la libertad religiosa —en el plano de lo real, no en el de las teorizaciones individuales— será aquel el único camino para lograrlo.

En España sólo desde momentos muy recientes nuestro ordenamiento ha optado por una concepción del Derecho eclesiástico que tendiera a aproximarla a la propuesta por Luigi De Luca, añádase a lo anterior la muy reciente creación del Tribunal Constitucional en nuestro país y se comprenderá que la jurisprudencia constitucional sobre la materia sea muy escasa. Aún a pesar de su escasez existe ya un pequeño cuerpo jurisprudencial; resulta difícil acometer estudios globales del mismo pero, con todo el riesgo propio de las simplificaciones, me permitiría apuntar que tal vez las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional sobre cuestiones de Derecho eclesiástico podrían agruparse, por su origen, en dos grandes bloques: 1º Algunas de origen político (vg.: asistencia religiosa a las F.F.A.A.); 2º Otras consecuencias de muy inadecuadas —técnicamente— previsiones normativas (vg.: el ajuste de sentencias canónicas de nulidad).

He hablado de sentencias políticas, sé que referirse a sentencias políticas del Constitucional, en la actual España, es cuestión peligrosa; tal vez con mi siguiente

afirmación baste para comprender a que es exactamente a lo que pretendo referirme. Apunté más arriba mi convencimiento acerca de la inconcreción del concepto de libertad religiosa, aparece ese concepto como argamasa moldeable para producir los más variados resultados; entiendo que uno de los principales “alfareros” de aquella argamasa es el Tribunal Constitucional, de cual sea la actitud adoptada por él dependerá el que la vasija resultante sea suficiente e igualitaria, o por el contrario sea punto de apoyo para discriminaciones y marginaciones; en ese, sólo en ese, sentido considero al Tribunal Constitucional como “político”.

A todo ese conjunto de cuestiones —en referencia a Italia— ha atendido el Profesor Albisetti en el libro que intento presentar al lector de estas líneas.

Precisa con toda claridad Alessandro Albisetti cual es la pretensión de su trabajo: *“la presente indagine, lungi da ogni pretesa di completezza, intende essenzialmente evidenziare quale sia stato il ruolo che il supremo Consesso, attraverso le sue svariate pronunce, ha svolto in ordine a una corretta ‘rilettura’... [del concetto ‘odierno’ di diritto ecclesiastico]”* (pág. 5). Por ello se comprenderá que la primera parte del primer capítulo —*Presupposti e motivazioni*— vaya destinada precisamente a exponer el proceso de evolución del Derecho eclesiástico hasta llegar al *concetto odierno* (no es esta la sede para resumirlo y, sin duda, el lector ya lo conoce, baste con apuntar que en los últimos lustros las tesis enfrentadas han sido aquellas partidarias de identificar, en cierto modo, el Derecho eclesiástico con el concordatario, y de otra parte las posiciones claramente “constitucionalistas”). La posición del autor a este propósito pienso que queda precisada con esta frase: *“Invero, una corretta ‘rilettura’ del diritto ecclesiastico alla luce dei principi costituzionali significa, anche e soprattutto, considerare la disciplina stessa nell’ottica e nell’idea del ‘diritto vivo’ e quindi della ‘costituzione vivente’, ossia della costituzione che si viene concretamente rivelando nello svolgersi della realtà storica: è solo in tale prospettiva, infatti, che il dato costituzionale per così dire positivo acquista una sua straordinaria dinamica che appare funzionale ad ogni significativo mutamento sociale”* (págs. 12-13).

Concluye esta primera parte del capítulo con una afirmación que permite hacerse cabal idea de la importancia que, necesariamente, tiene la jurisprudencia constitucional: *“Oltre a ... [la] ‘statiticità’ legislativa, è necessario ribadire come anche la giurisprudenza [ordinaria], con taluni suoi indirizzi, abbia ritardato l’opportuna attuazione dei principi costituzionali in materia ecclesiastica”* (pág. 18).

La segunda parte de este capítulo va destinada al análisis de la posición que ocupa la Corte constitucional en el sistema jurídico italiano. Si he comprendido bien, me parece que el autor se muestra claramente partidario de la legitimidad de decisiones, “políticas”, lo cual lleva a una opción metodológica clara: *“l’interesse e l’utilità di un’indagine svolta sul ruolo della Corte costituzionale dovrebbe necessariamente tendere ad analizzare non tanto cosa la Corte decida in uno o più casi, ma come la Corte decida”* (pág. 23). Se ocupa el autor de preci-

sar en que sentido cabe hablar de jurisprudencia política: *“Non ci piace molto l'espressione 'la Corte fa politica', perché tale affermazione non sembra pienamente rispondente alle funzioni esercitate dal supremo Consesso. Preferiano... dire che la Corte svolge necessitatamente una politica giurisprudenziale nelle varie materie affrontate (e quindi anche in materia ecclesiastica), politica che non si risolve altrimenti se non in una indispensabile 'autoistituzionalizzazione' di un organo che si è trovato — e non sempre agevolmente — a farsi spazio all'interno degli altri organi costituzionali, per molti versi e molto spesso carenti”* (pág. 35) y cierra el capítulo anunciando los criterios con los que se adentra en el preciso análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de Derecho eclesiástico: *“Con specifico riferimento alla dinamica della sudetta 'costituzione materiale', sembra agevole ipotizzare anche l'esistenza di un binomio funzionale strettamente interdipendente tra 'politica istituzionale' e 'logica giurisprudenziale' della Corte: ipotesi di lavoro, questa, in base alle quale ci accingiamo ad esaminare quelli che sono stati gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica”* (págs. 36-37).

El segundo —y último— capítulo, con el título *Orientamenti y prospettive*, es un análisis pormenorizado de la jurisprudencia constitucional agrupada en tres grandes periodos: 1º, hasta 1965; 2º, la década de los setenta y 3º, las más recientes sentencias.

La situación de partida es descrita por Albisetti de un modo certero, así, por ejemplo: *“In passato le questioni di diritto ecclesiastico furono viste in una prospettiva, o meglio nei termini di un rapporto tra ordinamenti, con la conseguente tendenza a favorire una concezioni eminentemente formalistica della nostra disciplina, ed una particolare inclinazione all'astrattismo e al distacco della vita giuridica dalla realtà sociale”* (págs. 39-40); *“d'altra parte il clima politico in cui erano stati stipulati i Patti lateranensi non consentiva, certo, una visione di tipo sostanziale. In tale situazione, infatti, non sarebbe stato agevole inquadrare la problematica ecclesiastica nell'ambito del diritto interno, e in particolare facendo riferimento alla libertà religiosa, là dove i diritti pubblici soggettive erano stati così notevolment limitati”* (pág. 42). La gran tarea de la jurisprudencia constitucional italiana ha sido, aún a pesar de numerosas vacilaciones, el ir tratando de sentar las bases para lograr un Derecho eclesiástico que sea una auténtica *legislatio libertatis*.

Naturalmente no cabe el entrar aquí en el análisis pormenorizado de las distintas resoluciones, pero tal vez el lector se podrá hacer cabal idea de lo ocurrido, tratando de sintetizar —sin duda de modo excesivamente breve y, por lo tanto, temerario— las grandes líneas de los tres periodo estudiados por nuestro autor. En lo que se refiere al primero se puede decir que *“una sia pur sommaria valutazione della 'prima' giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica, sembra mostrare come preoccupazione costante e precipua della Corte sia stata soprattutto quella di garantire, quanto possibile, la particolare posizione di favore riconosciuta alla Chiesa dai Patti lateranensi. Così, mentre ha cercato di migliorare in qualche modo la posizione dei culti acattolici, dichiarando l'illegittimità*

di alcune norme che ne limitavano in modo diretto la libertà religiosa, ha optato per il 'rispetto'... quando si sarebbe trattato di dichiarare l'illegittimità costituzionale di altre norme poste a garanzia di qualche privilegio della Chiesa cattolica" (pág. 55). La década de los setenta fue la del descubrimiento de los "principios supremos"; digámoslo con palabras de Albisetti: "Non v'è dubbio che... [del] riferimento ai 'principi supremi' dell'ordinamento costituzionale abbia aperto una nuova prospettiva d'interpretazione nella configurazione stessa dei rapporti tra Stato e Chiesa. In realtà, pare che la Corte, con questa nuova 'logica argomentativa', abbia ammesso la possibilità di un contrasto tra norme della Costituzione e norme d'esecuzione dei Patti lateranensi, e quindi dell'instaurarsi del giudizio di legittimità costituzionale ad esso conseguente" (pág. 59). Por último, y si se me permite ahora utilizar mis propias palabras, pienso que las más recientes actuaciones de la Corte constitucional en materia eclesiástica han ido encaminadas a frenar determinadas "intromisiones" del ordenamiento canónico en materia matrimonial, en el ámbito del Derecho italiano, que ya —trás la reforma del Derecho de familia— no tiene justificación posible; obvio es decir que me estoy refiriendo a las tres importantísimas sentencias de 22 de Enero de 1982, que, aunque con algunos aspectos discutibles —vg.: algunas argumentaciones en la relativa a la dispensa *super rato*— son piezas básicas en la construcción del último Derecho eclesiástico italiano.

Se cierra el trabajo de Albisetti con unas *considerazioni conclusive*. No espere el lector encontrar en esas pocas páginas un resumen de lo ya dicho antes, bien al contrario se tratan, probablemente, de las páginas más sugerentes de todo el libro. Baste con dos ejemplos: 1º. Una llamada —que tengo graves dudas en compartir— de aproximación del Derecho eclesiástico a la sociología de las religiones: "*Il riferimento alle indagini sociologiche —nella specie di sociologia religiosa— sembra, dunque, costituire una costante sempre più diffusa tra gli studi di diritto ecclesiastico, tant'è che un taglio siffatto appare ormai quasi inevitabile nell'approccio alla nostra disciplina*" (pág. 113); 2º Una llamada —en apariencia contradictoria de la anterior— a la especificidad del Derecho eclesiástico frente a algunas tendencias "expansionistas", así las que pretenden incluirlo en una rama más amplia del Derecho (vg.: Pizzorusso): "*Parlare di un 'diritto comune delle formazioni sociali' può esecere dunque estremamente stimolante, soprattutto de jure condendo. Ciò, tuttavia, non sembrerebbe sufficiente —almeno a nostro avviso— ad eliminare quella ben nota 'specialità' del diritto ecclesiastico, che non appare ispirata a una diversa configurazione giuridica rispetto ai cosiddetti diritti paralleli (cioè quelli delle formazioni sociali), bensì dalla 'specialità' dell'oggetto che caratterizza la disciplina stessa*" (pág. 119).

Se cierra este excelente volumen con un índice cronológico de la jurisprudencia (págs. 121-125) y un detallado índice sumario.

Tal vez dentro de algunos años se escriba un libro en nuestro país comparable a este, ello será la mejor prueba de que nuestro Tribunal Constitucional habrá sabido resolver los numerosos problemas latentes de Derecho eclesiástico en nues país; ello sería prueba, también, de, que la *spes* de eclesiasticística patria

se habrá transformado en realidad; el camino por recorrer es largo, algunas actitudes ponen en peligro la consecución del resultado final, pero esperemos que las aptitudes logren superar esas dificultades.

Iván C. Ibán

MARIA VICTORIA BERZOSA FRANCOS, *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*, Córdoba, 1984, 239 págs.

Uno de los temas más debatidos por la doctrina procesal —sobre todo, la alemana— y que más serias dificultades ofrece a la hora de encontrar una solución unitaria, es el del objeto del proceso civil. Hallar el encuadre dogmático de “lo que se debate en el proceso” (“res de qua agitur”) así como resolver y desarrollar sus repercusiones prácticas, es cuestión que no escapa a los estudiosos del proceso y que evidencia una notable divergencia de criterios doctrinales.

En el libro que reseñamos, la autora se plantea lo que constituye el objeto que se debate (establecido ya en el momento de la demanda) con el fin de averiguar qué elementos no pueden variar por ser esenciales y cuáles sí por ser accesorios (lo que constituye la prohibición de la “mutatio libelli”); si puede darse un segundo proceso igual al primero (esto es, a qué elementos afecta esa identidad, capaces de excluir un segundo proceso); si ese proceso, sin ser idéntico, es conexo; si el Juez se ha pronunciado sobre todo el objeto propuesto; si se han aplicado correctamente las reglas de la competencia; si se aprecia reconvencción o no (ya que la reconvencción sólo existirá si se plantea un tema distinto al de la demanda); si se observa acumulación de acciones; o acumulación de autos... etc.

Como se puede apreciar, el interés del tema tratado en este libro es importante. No se trata de exponer una teoría abstracta del objeto del proceso acerca de la cual podría discutirse incansablemente. Se trata, además y sobre todo, de manifestar la transcendencia práctica de la cuestión: la necesidad de establecer qué es lo que en el proceso se debate, esto es, qué se entiende por objeto litigioso (Streitgegenstand) y cuáles son los elementos definidores de tal objeto litigioso capaces de identificarlo y distinguirlo de los demás posibles que con él pueden guardar alguna relación.

De este modo, como afirma la autora en la Introducción de la obra, se propone, en primer lugar, delimitar los factores singularizadores del objeto debatido, tomando como base las instituciones en que estos factores son determinantes (modificación de la demanda, excepción de litispendencia y cosa juzgada); y en segundo lugar, llevar a cabo una adecuación de estos elementos singulariza-

se habrá transformado en realidad; el camino por recorrer es largo, algunas actitudes ponen en peligro la consecución del resultado final, pero esperemos que las aptitudes logren superar esas dificultades.

Iván C. Ibán

MARIA VICTORIA BERZOSA FRANCOS, *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*, Córdoba, 1984, 239 págs.

Uno de los temas más debatidos por la doctrina procesal —sobre todo, la alemana— y que más serias dificultades ofrece a la hora de encontrar una solución unitaria, es el del objeto del proceso civil. Hallar el encuadre dogmático de “lo que se debate en el proceso” (“res de qua agitur”) así como resolver y desarrollar sus repercusiones prácticas, es cuestión que no escapa a los estudiosos del proceso y que evidencia una notable divergencia de criterios doctrinales.

En el libro que reseñamos, la autora se plantea lo que constituye el objeto que se debate (establecido ya en el momento de la demanda) con el fin de averiguar qué elementos no pueden variar por ser esenciales y cuáles sí por ser accesorios (lo que constituye la prohibición de la “mutatio libelli”); si puede darse un segundo proceso igual al primero (esto es, a qué elementos afecta esa identidad, capaces de excluir un segundo proceso); si ese proceso, sin ser idéntico, es conexo; si el Juez se ha pronunciado sobre todo el objeto propuesto; si se han aplicado correctamente las reglas de la competencia; si se aprecia reconvencción o no (ya que la reconvencción sólo existirá si se plantea un tema distinto al de la demanda); si se observa acumulación de acciones; o acumulación de autos... etc.

Como se puede apreciar, el interés del tema tratado en este libro es importante. No se trata de exponer una teoría abstracta del objeto del proceso acerca de la cual podría discutirse incansablemente. Se trata, además y sobre todo, de manifestar la transcendencia práctica de la cuestión: la necesidad de establecer qué es lo que en el proceso se debate, esto es, qué se entiende por objeto litigioso (*Streitgegenstand*) y cuáles son los elementos definidores de tal objeto litigioso capaces de identificarlo y distinguirlo de los demás posibles que con él pueden guardar alguna relación.

De este modo, como afirma la autora en la Introducción de la obra, se propone, en primer lugar, delimitar los factores singularizadores del objeto debatido, tomando como base las instituciones en que estos factores son determinantes (modificación de la demanda, excepción de litispendencia y cosa juzgada); y en segundo lugar, llevar a cabo una adecuación de estos elementos singulariza-

dores a cada institución concreta. Y todo ello dentro del marco de opinión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, las declaraciones jurisprudenciales del más alto Tribunal ha constituido el material de primera mano de que se ha servido la Profesora Berzosa; declaraciones cuyo exhaustivo estudio ha servido de fundamento a sus conclusiones.

La obra, aparte de la Introducción mencionada, consta de seis capítulos en los que se analiza con profundidad el tema que intitula el libro. Comienza exponiendo las diversas opiniones doctrinales acerca del concepto y delimitación del objeto litigioso. En este sentido, como dice el Profesor Serra Dominguez en el Prólogo, "era difícil sustraerse a la influencia de la dogmática alemana, que en gran parte ha construido un concepto del objeto del proceso totalmente abstracto y dogmático. La autora lo ha conseguido limitándose a resumir las opiniones dogmáticas, para acto seguido examinar la experiencia jurídica a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo". Y así, tras el mencionado resumen de dichas opiniones doctrinales (realizado con una de las constantes que preside toda la obra: la claridad expositiva y la sistematización metodológica) afirma la autora que el núcleo o esencia del objeto del proceso lo constituye "la afirmación de un derecho; lo que en el proceso se debate es la afirmación que el actor hace de que a él le corresponde un determinado efecto de contenido jurídico; efecto que puede consistir en una declaración a su favor de una determinada relación jurídica, en la condena al demandado a una determinada prestación, o en la constitución, modificación o extinción de una concreta situación jurídica". Analizando lo que se debate en el proceso, la autora expone los factores o elementos que lo delimitan: el elemento objetivo, esto es, el bien jurídico cuya protección se solicita del Juzgador y cuya delimitación se deduce de la lectura del "suplico" de la demanda; y el elemento causal, esto es, el acaecimiento o conjunto de acaecimientos de la vida real que originan la petición del actor. Un tercer elemento, el subjetivo, no forma parte de la esencia del objeto litigioso, pero lo delimita en cuanto lo refiere a las personas concretas a las que afecta.

Sin duda, el elemento causal es el más complejo de cuantos plantea la identificación del objeto del proceso. A él se refiere el Capítulo III de la obra. Los hechos que alegan las partes, generalmente el actor, constituyen el elemento definidor de la causa de pedir. Pero ¿todos los hechos alegados por las partes configuran la causa petendi? La autora, partiendo de la distinción entre hechos individualizadores de la petición y hechos motivadores o fundamentadores de la misma, concluye que sólo los hechos que delimitan la petición, que la distinguen de las demás, que hacen que esa petición y ese objeto litigioso sea ése precisamente y no otro, constituyen la causa de pedir. La motivación o fundamentación es cosa distinta; ella hará que una sentencia sea favorable, pero no tiene relevancia a efectos de delimitación de la causa. La individualización implica aportar elementos fácticos o que juegan en su dimensión fáctica; la fundamentación, elementos fácticos y elementos jurídicos. Como consecuencia, se afirma la irrelevancia de la calificación jurídica para individualizar el objeto del proceso. Esta afirmación no aparece clara en la doctrina científica ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en ocasiones conceden a tal calificación jurídica carácter

de esencialidad, como factor integrante de la causa de pedir.

Partiendo, pues, de la distinción esencial entre hechos individualizadores y hechos fundamentadores de la petición, se analiza en la obra el elemento causal en los distintos tipos de acciones (de condena, constitutivas y mero declarativas), ya se basen en derechos absolutos o en derechos personales, construyendo un concepto válido para cualquier proceso y superando las tradicionales teorías de la sustanciación y de la individualización, que tanta problemática han acarreado a lo largo de los años.

Entre los hechos individualizadores de la petición, que constituyen el elemento causal, se destaca en la obra, como esencialmente relevante, el factor tiempo que, en muchas ocasiones, permite individualizar la causa de pedir y diferenciarla de cualquiera otra con otros elementos fácticos exactamente iguales pero referidos a distinto momento.

Establecida, pues, una teoría unitaria en torno al objeto del proceso y a sus elementos definidores, la que podríamos señalar como segunda parte del libro va dirigida a manifestar la transcendencia práctica de esta construcción dogmática. Esto es, cómo influye el tema del objeto del proceso en una serie de instituciones tales como el concurso de leyes y acciones (Capítulo IV de la obra), la modificación de la demanda (Capítulo V), la litispendencia (Capítulo VI) y la cosa juzgada (Capítulo VII). Quizá se eche a faltar un capítulo dedicado a la congruencia, si bien es verdad que de la exposición de conjunto, el tema de la congruencia (la relación entre "lo que se debate" y la sentencia) se infiere con claridad.

No se trata aquí de valorar ni de comentar la obra que reseñamos. Sin embargo me parece de justicia apreciar la originalidad y el rigor científico que la preside. Siguiendo en todo momento la legislación procesal vigente y criticando con seriedad las diversas opiniones doctrinales, la autora muestra los logros de una investigación profunda sobre el tema del objeto del proceso, analizando meticulosamente los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto y ofreciendo así al jurista una cabal explicación a problemas —teóricos, es verdad, pero sobre todo con una incidencia práctica importantísima— que se plantean con frecuencia ante nuestros Tribunales.

No quisiera terminar esta presentación del libro "Demanda, causa petendi y objeto del proceso" sin aludir a un punto particularmente interesante. Me refiero al tema de la no producción de cosa juzgada de los juicios sumarios (legalizada en los artículos 1479 de la LEC, referente al juicio ejecutivo; 1617, referido al juicio de alimentos provisionales; 1658, con referencia al proceso interdictal; y 41 de la Ley hipotecaria). En los procesos sumarios la limitación de las alegaciones y pruebas de los litigantes, con el consiguiente conocimiento restringido del Juez, permite un proceso plenario posterior; por lo que se dice que estos juicios sumarios no producen cosa juzgada. La fórmula legal adoptada al respecto no es correcta; pues no se trata de que las resoluciones que recaen en estos proce-

sos estén privadas de la eficacia de la cosa juzgada sino de que sólo pueden producirla respecto del objeto debatido en ellos. El planteamiento, pues, de este problema no debe efectuarse a partir de la naturaleza sumaria de estos juicios sino que se trata esencialmente de un problema de identidad de objeto litigioso; esto, es, no es un problema de eficacia de cosa juzgada, sino de la necesidad de que exista la más perfecta coincidencia entre los elementos definidores de ambos procesos. Por lo tanto, se puede acudir siempre a un proceso plenario posterior, ya que en este juicio se van a debatir cuestiones "relacionadas" con lo debatido en el juicio sumario, pero que no son "idénticas". Pues si en el plenario lo que se debate es idéntico a lo debatido en el anterior, la función negativa de la cosa juzgada (non bis in idem) actuará plenamente.

En definitiva, el trabajo de la Profesora Berzosa ofrece un tratamiento profundo, original y práctico del inagotable tema del objeto litigioso. La profundidad científica y el tratamiento original del tema son condiciones inexcusables en toda obra de investigación científica que aspire a serlo. Si a estos datos se une la construcción de una reglas generales válidas para la solución de los problemas que surgen en la práctica cotidiana del foro, se puede concluir que la utilidad del trabajo es realmente considerable. En esta línea se sitúa el libro que presentamos.

Isabel Tapia Fernández

TEDESCHI, Mario, *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico*, Università degli Studi di Messina. Facoltà di Scienze Politiche. Serie Studi Giuridici. I, Dott., A. Giuffré editore. Milano, 1983, 73 páginas.

Desconozco cual sea la razón —aunque, sin duda, existirá— pero me parece un dato indiscutible que el nivel científico de la eclesiasticística y de la canónica ubicada en las Universidades sicilianas es elevadísimo. Es alentador para un universitario español que, como es mi caso, desempeña sus funciones docentes en una pequeña Universidad de reciente creación, el comprobar que la auténtica Ciencia no es patrimonio exclusivo de las “grandes” Universidades (Roma, Complutense), sino pura consecuencia del trabajo y capacidad de quienes conforman el corpus universitario; parece que la absurda política de creación de Universidades seguida en Italia y en España —*Università di campanille*—, tal vez termine por producir el resultado inverso al que todos sospechábamos —y que, obvio es decirlo, ni tan siquiera intuyeron quienes propiciaron aquella enloquecida carrera: “una Universidad para cada provincia”—, y, con gran sorpresa, suponga la aproximación o un modelo similar al norteamericano (trataré de explicarme: tengo la impresión que en Estados Unidos no es plenamente acertado el hablar de “buenas” y “malas” Universidades, sino, antes bien, de “buenos” y “malos” Departamentos, y así, ya no sorprende que la primera Universidad en materia de estudios acerca de las relaciones Iglesia-Estado, esté también en la cabeza en lo que se refiere a técnicas quirúrgicas de trasplante de un cierto órgano de cuerpo humano; o que para estudiar Derecho canónico medieval sea conveniente el acudir a la misma Universidad a la que se debe ir para completar un modelo econométrico sin que ello signifique que tal nivel exista en todos los restantes Departamentos), en el que el criterio de valoración de un Departamento o Instituto de investigación no sea el de su proximidad a una gran conurbación sino el del nivel investigador y docente allí alcanzado. Ciertamente queda un largo trecho por recorrer, pero si ese es el camino que seguimos, no me sorprendería que para la canónica y la eclesiasticística, Sicilia fuera un lugar de convergencia.

Pues bien, entre las penúltimas aportaciones monográficas de la excelente eclesiasticística siciliana, se encuentra este *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico* del Profesor Tedeschi.

El punto de partida de Tedeschi es claro: “*é questo un lavoro preliminare, basato sul presupposto che quella del diritto ecclesiastico non debba essere considerata una scienza esclusivamente giuridica... ma piuttosto perché, trattandosi*

di una scienza umana, i piani d'indagine e di verifica sono molti di più di quello giuridico per cui a tale scientificità deve pervenirsi con un procedimento di sintesi, di comparazione e di verifica metodologica dei vari aspetti, senza di che lo si condannerebbe a un inevitabile impoverimento delle sue tematiche di fondo e forse a una definitiva scomparsa" (pág. 2).

Y que esa es la pretensión de Tedeschi queda meridianamente claro tras la lectura del capítulo I —*Scienze naturali e Scienze umane*— de su libro, en el que se hace necesaria la lectura de varias páginas para que aparezca la palabra Derecho, y en el que los nombres que aparecen son los de Planck, Kant, Pauli, Einstein, etc. Quien hubiera prestado atención al título del libro, como fue mi caso, sin duda quedará sorprendido por el contenido de este capítulo que no puede ser reconducido al ámbito de la Ciencia del Derecho eclesiástico sino, antes bien, al de la noxeología y la metodología.

No me resultaría posible emitir un juicio de valor a propósito de este primer capítulo, y ello por un motivo muy simple, en cuanto que científico he pretendido siempre hacer algo, pero nunca el reflexionar acerca de mi actividad —por emplear la terminología de este primer capítulo, nunca he pretendido transformar en objeto de la actividad científica al sujeto—, y siempre he tenido como guía de actuación metodológica la sugerida por Don Federico de Castro: encontrar la concepción jurídica verdadera en la certeza que así parecería claro el camino (método) a seguir. Dicho en breve, las cuestiones metodológicas y noxeológicas quedan muy alejadas de mis aptitudes —y de mis actitudes—.

Es sin duda el segundo capítulo —*La scienza del diritto ecclesiastico*— en donde se encuentra al excelente eclesiasticista que es Mario Tedeschi. Un lector no atento —o no experto— podría llegar a la conclusión de que estamos, otra vez más, ante un nuevo resumen —realizado ya docenas de veces— de la evolución de la disciplina Derecho eclesiástico. Ciertamente este ensayo es eso pero, sin duda, es mucho más que eso.

Parte Tedeschi de una afirmación que supone el punto de conexión entre ambos capítulos: "*Il diritto ecclesiastico... non ha problemi metodologici o interpretativi diversi da quelli degli altri settori*" (pág. 41), sin embargo, ese argumento sólo se retomará al final del capítulo, pues las páginas inmediatamente siguientes a tal afirmación van destinadas de modo exclusivo al Derecho eclesiástico.

Pasa a continuación a realizar un resumen de la evolución del Derecho eclesiástico, en el que aquí no podemos entrar, para llegar a la conclusión de la presente situación de crisis de la disciplina, afirmando que "*dalla sua nascita e dopo un breve periodo di splendore il diritto ecclesiastico ha avuto in effetti un'importanza sempre minore nell'ambito delle scienze giuridiche ed umane, dando quindi apparentemente ragione a coloro che hanno assunto una posizione scettica sul suo futuro*" (pág. 57), pero esas afirmaciones en torno a las crisis del Derecho eclesiástico tal vez sorprenda a algunos cuando ya parecía que todos los pro-

blemas estaban solucionados, esa idea es apuntada por Tedeschi al preguntar: *“Accertati i presupposti storico-politici... definiti i rapporti con il diritto canonico, inserita la disciplina nell’ambito del diritto pubblico dello Stato, stabilita la necessità del ricorso ai principi di teoria generale, determinate infine l’autonomia didattica, perché si avanzano tuttora così numerose riserve? (pág. 52).*

Tedeschi admite que la situación es efectivamente de crisis, pues entiende que el paso de las posiciones concordataristas a las constitucionalistas no ha supuesto suficiente acicate para el progreso de la disciplina, que sólo se ha visto “animado” por algunas reformas legislativas (vg.: Derecho de familia). Sin embargo, si he comprendido bien, me parece que Tedeschi apunta dos vías de solución para la situación de crisis: 1°. Superando las concepciones constitucionalistas y comprendiendo que *“il diritto ecclesiastico sussisterebbe, come di fatto è avvenuto, anche a prescindere dalle norme costituzionali o dai Patti lateranensi”* (pág. 66); 2°. De otra parte, dejando de buscar la especificidad del Derecho eclesiástico pues *“la ricerca di una materia di studio esclusiva del solo diritto concordatario con le conseguenze a tutti note”* (Pág. 55) y, en definitiva permitiendo y propiciando la integración del Derecho eclesiástico en áreas más amplias de conocimiento no cerradas.

Cierra Tedeschi su introducción con la siguiente invitación: *“Ci sia perdonata... di avere deciso di concluderlo [el estudio] nel punto in cui non a noi ma agli altri è concesso di trarre le conseguenze”* (pág. 4). Naturalmente sería temerario que ahora este modesto representante de la modesta eclesiasticística española pretendiese extraer consecuencias, pero tal vez se me permita que apunte algunas intuiciones, probablemente infundadas, acerca de posibles vías a seguir para superar la crisis; si es que tal crisis existe.

Naturalmente para un teórico español del Derecho eclesiástico el hablar de crisis de la disciplina le resulta sorprendente, pues cuando prácticamente la Ciencia del Derecho eclesiástico no existe en nuestro país, no podemos permitirnos el lujo de ponerla en crisis. (En mis últimas palabras hay una evidente intencionalidad, pero me gustaría explicitarla aún más: me refiero a poner en crisis la disciplina para señalar que en buena medida tal situación de crisis no es un hecho externo a la actividad científica, sino que responde a una decisión de los propios científicos; esa actividad de “poner a prueba”, “poniendo en crisis” es lujo que sólo se pueden permitir Ciencias muy consolidadas —que no están en crisis— como la Ciencia del Derecho eclesiástico italiano). Sean comprendidas mis subsiguientes afirmaciones desde esta perspectiva.

Nada descubro si señalo que la Historia de la Ciencia del Derecho eclesiástico es, en gran medida, la Historia de la búsqueda de su propia identidad —¿existencia?—. Cuando se precisaba la fuente, se hacía necesario precisar el objeto, cuando se pensaba que este era claro, se ponía en tela de cuestión y se discutía el objeto del objeto. Hace dos lustros parecía que sólo quedaba por precisar en que consistía la libertad religiosa para alcanzar el puerto tantas veces deseado de la autonomía y precisión de la disciplina. Sin embargo, a principios de

la presente década, comenzó a detectarse una cierta inquietud doctrinal, algo así como si tantos años de búsqueda del concepto hubieran imposibilitado a los autores a permanecer en una cierta calma, el barco de la eclesiasticística no quiso permanecer surto en puerto y comenzó una huida —¿de qué?— hacia todas partes. Algunos decidieron redescubrir el iusnaturalismo que, en ocasiones, pretendían ocultar —¿de quién?, ¿por qué?—, con escaso éxito, bajo pudorosas invocaciones internacionalistas; otros se lanzaron por vías sociologistas, quedando algunos en la pura estadística. Comenzaron a surgir algunos trabajos en los que el jurista ni siquiera comprendía el lenguaje. Nada tengo que oponer a esa vía, pues nada me desagrada más que el estancamiento de una Ciencia, pero ¿era esa dispersión necesaria?, ¿no existe acaso otra vía de dinamizar la propia disciplina sin huir de ella?, ¿es realmente necesario, como propone Tedeschi, el superar las crisis, zambullendo al Derecho eclesiástico en un magma del que tal vez no logre sobresalir?

Es muy probable que mi intento de respuesta sea desacertado, pero me gustaría que se reflexionase sobre él. Pienso que la solución es absolutamente la inversa, no se debe buscar la dispersión, la interdisciplinariedad, etc., lo que es necesario es concentrarse en el objeto. Si hemos llegado, más o menos, al acuerdo de que el objeto —al menos un objeto, habrá que matizar hoy— del Derecho eclesiástico es la libertad religiosa, y si hasta la mitad de los años setenta se desarrolló un interesante debate acerca del significado de dicho término, que, desconozco por que motivo, se interrumpió bruscamente, parece que es menester retomararlo donde se dejó. Tal vez, de adoptarse esta línea, nos encontraríamos con el resultado inverso al sugerido por algunos; tal vez no tengamos que ir nosotros —los eclesiasticistas— a la búsqueda de apoyos externos, sino que serán otros los que deberían ir a buscar en los cuarteles de la eclesiasticística sus armas, pues en ellos, ni más ni menos, se encontraría el procedimiento de alcanzar la libertad.

Iván C. Ibán

P.S. Tras releer estas líneas recuerdo un dato que me parece necesario dejar escrito. Este excelente libro del Profesor Tedeschi fue recensionado por un ilustre canonista español que ha hecho mucho por la creación de una auténtica Ciencia jurídico-canónica en España (como he sostenido siempre, aún a riesgo de no estar *a la page*), en una Revista que, algún día, fue importante publicación canónica. Con una cierta ironía se apunta que este trabajo, este excelente trabajo, ha sido publicado en diversas sedes: 1º Eso es buena prueba de que el autor de la recensión ha leído la n. 6 de la pág. 4; 2º Eso es prueba de que, tal vez, no se ha comprendido nada de la intención de Mario Tedeschi.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Ediciones del Boletín Oficial del Estado. Colección *Textos Legales*, Madrid 1984, 1 vol. de 254 págs.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 constituye un verdadero Código administrativo que regula no sólo el procedimiento en sentido estricto, sino también los principios generales de organización y actuación de la Administración, el régimen de los actos administrativos y la posición y relación de los administrados respecto de aquélla.

La Colección «Textos Legales» presenta ahora la vigésima segunda edición de este título, ofreciendo un texto rigurosamente actualizado de la Ley de Procedimiento, acompañado de todas las disposiciones complementarias dictadas hasta el momento.

Esta edición, enriquecida con nuevas notas y concordancias, se completa con una tabla cronológica de las disposiciones que se incluyen o citan y un detallado índice analítico referido a la Ley y a los 13 textos que se incluyen como apéndices.

CODIGO CIVIL. Ediciones del Boletín Oficial del Estado. Colección *Textos legales*, 1ª Ed., Madrid 1984, 1 vol. de 1616 págs.

Dentro de la nueva *Serie Universitaria*, dedicada a recoger los textos básicos de nuestro ordenamiento jurídico de mayor uso por parte de los estudiantes, se inserta esta primera edición del *Código civil*. Un volumen de 616 páginas, de fácil manejo, bien presentado y totalmente actualizado.

La utilidad de esta edición se ve reforzada por un índice analítico completísimo con remisiones a los diferentes artículos del Código.

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Licencia de obras.** Suspensión de actos de las Corporaciones locales. **Abstención.** El Técnico municipal no debió informar la solicitud de licencia suscrita por su cónyuge. *Sentencia de 9 de enero de 1984.*
2. **Derechos fundamentales.** Inadmisión del recurso por extemporáneo. Aplicación del art. 5 Código Civil. *Sentencia de 12 de enero de 1984.*
3. **Desahucio.** La recuperación administrativa de la posesión pública de un bien es materia sometida al Derecho Administrativo. Importancia de probar, por parte de la Administración, el carácter de bienes de dominio y uso públicos. *Sentencia de 18 de enero de 1984.*
4. **Actas de obstrucción.** Sanción: improcedencia por citación defectuosa. Indemnización por daños y perjuicios; No procede. *Sentencia de 23 de enero de 1984.*
5. **Ordenes de ejecución.** No es preciso que el peticionario de la licencia acredite su derecho de propiedad. Compatibilidad de las sanciones administrativas con la orden de demolición de las obras ilegales. *Sentencia de 25 de enero de 1984.*
6. **Huelga.** Determinación de servicios mínimos. Audiencia a los interesados en el expediente administrativo. Sindicatos. *Sentencia de 26 de enero de 1984.*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Sr. Segura Ginard en lo que se refiere a las sentencias en materia administrativa, por el Prof. M. Dols Roca 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 al Derecho del Trabajo.

7. **Taxis.** Impugnación por parte del Ayuntamiento de Lluçmajor del Reglamento Municipal del Servicio Urbano de Transportes en Automóviles ligeros con conductor, aprobado por el Ayuntamiento de Palma. **Interés directo.** No necesidad del previo recurso de reposición. Principio de legalidad en materia sancionatoria. Necesidad de título previo a la ejecución. Coerción injustificada. Ilícitud del establecimiento de responsabilidad solidaria entre titular y conductor del vehículo. *Sentencia de 27 de enero de 1984**.
8. **Liquidación tributaria:** inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por no haber agotado previamente la vía administrativa. **Contribuciones especiales.** *Sentencia de 27 de enero de 1984.*
9. **Legalización de obras.** Suelo no urbanizable. Necesidad de nueva legalización al no haberse seguido el procedimiento adecuado. *Sentencia de 30 de enero de 1984.*
10. **Expropiación forzosa.** Impugnación del justiprecio. *Sentencia de 31 de enero de 1984.*
11. **Licencia de apertura de vial.** Aprovechamiento agrícola. La licencia es un acto reglado y no puede denegarse en base a una presunción de intenciones. *Sentencia de 1 de febrero de 1984.*
12. **Arquitectos.** Incompatibilidades de los Arquitectos al servicio de la Hacienda Pública. No puede establecerlas el Colegio de Arquitectos de Baleares. *Sentencia de 4 de febrero de 1984.*
13. **Plan parcial.** Aprobación provisional. Actos de trámite. Acto reglado. *Sentencia de 6 de febrero de 1984.*
14. **Sanciones administrativas.** Juego de Bingo. Principio de legalidad en materia sancionatoria. *Sentencia de 8 de febrero de 1984.*
15. **Sanciones administrativas.** Juego de Bingo. *Sentencia de 9 de febrero de 1984.*
16. **Sanciones administrativas.** Juego de Bingo. *Sentencia de 9 de febrero de 1984.*
17. **Contribuciones especiales:** beneficios a construcciones de interés social. Inaplicabilidad de bonificaciones previstas para impuestos: autonomía de las categorías tributarias. Irrelevancia del carácter y desti-

no del edificio a efectos de determinar la base imponible. *Sentencia de 10 de febrero de 1984.*

18. **Funcionarios.** Concurso-oposición. Cuerpo de Bomberos. Claridad y razonabilidad de las bases de la convocatoria. *Sentencia de 14 de febrero de 1984.*
19. **Funcionarios.** Derechos pasivos. Derecho a la igualdad: Es irrelevante que el funcionario haya prestado sus servicios en un órgano de la Administración Estatal o en un organismo de la Administración Institucional. *Sentencia de 15 de febrero de 1984.*
20. **Sanciones administrativas.** Juego de Bingo. *Sentencia de 15 de febrero de 1984.*
21. **Ordenes de ejecución.** Demolición de un porche. Prescripción. *Sentencia de 16 de febrero de 1984.*
22. **Notificación defectuosa.** Indefensión. *Sentencia de 16 de febrero de 1984.*
23. **Impugnación de acuerdos de las corporaciones locales.** Aplicación del artículo 9 de la Ley 40/81. Es preceptivo interponer previamente el recurso de reposición. No hay invasión de las competencias de la Comunidad Autónoma. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 20 de febrero de 1984*.*
24. **Bienes de dominio público.** Posesión en precario. Responsabilidad administrativa. *Sentencia de 20 de febrero de 1984.*
25. **Licencia de obra.** Competencia de los ingenieros industriales para redactar el proyecto. No es necesaria la licencia de apertura. *Sentencia de 22 de febrero de 1984.*
26. **Honorarios profesionales.** Incidente relativo a la impugnación de minuta por asistencia letrada en un proceso contencioso-administrativo. *Sentencia de 22 de febrero de 1984*.*
27. **Licencia de apertura de vial.** Aprovechamiento agrícola. La licencia es un acto reglado y no puede denegarse en base a una presunción de intenciones. *Sentencia de 25 de febrero de 1984.*
28. **Administración portuaria.** Elaboración de disposiciones de carácter

- general.** Audiencia a los interesados. Nulidad procedimental. *Sentencia de 27 de febrero de 1984.*
29. **Notificación defectuosa.** Indefensión. *Sentencia de 28 de febrero de 1984.*
30. **Administración portuaria.** Autorización para ejercicio de actividades de estiba y desestiba de buques. Resolución de recurso de alzada por silencio. Principio antiformalista en el cómputo de plazos. Audiencia a los interesados. *Sentencia de 28 de febrero de 1984.*
31. **Fondo de garantía salarial.** Relaciones laborales de carácter especial. Falta de cotización. Limitación de prestaciones de FOGASA a las relaciones de trabajo regidas por el E.T. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*
32. **Funcionarios.** Concurso de traslado. Convocatoria ajustada a Derecho. *Sentencia de 1 de marzo de 1984.*
33. **Propinas de comedor.** No tienen la consideración de salario y no deben incluirse en la documentación acreditativa al respecto (Recibo de salario). *Sentencia de 3 de marzo de 1984.*
34. **Sanciones.** Resolución de la Dirección General de Trabajo. Impugnación: competencia de la Audiencia Nacional. *Sentencia de 5 de marzo de 1984.*
35. **Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales.** Hecho imponible: mero ejercicio de la actividad. Sujeto pasivo: persona física o jurídica que realice la actividad. Explotación de salas de bingo: sujeto pasivo: empresa explotadora y no la entidad autorizada. **Infracción de omisión.** *Sentencia de 7 de marzo de 1984.*
36. **Potestad sancionadora de la administración.** Ordenanzas laborales y convenios colectivos constituyen derecho dispositivo. Sus infracciones no son sancionables en vía administrativa. *Sentencia de 9 de marzo de 1984.*
37. **Licencia de obras.** Suspensión acuerdos de las Corporaciones locales. Infracción urbanística grave: construcción en suelo rústico. *Sentencia de 13 de marzo de 1984.*
38. **Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales.** Hecho im-

ponible: mero ejercicio de la actividad. Sujeto pasivo: persona física o jurídica que realice la actividad. Explotación de salas de bingo: sujeto pasivo: empresa explotadora y no la entidad autorizada. **Infracción de omisión.** *Sentencia de 14 de marzo de 1984*.*

39. **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 14 de marzo de 1984.*
40. **Licencia de obras.** Suspensión acuerdos de las Corporaciones locales. Infracción urbanística grave. *Sentencia de 15 de marzo de 1984.*
41. **Tasa Municipal sobre Balcones y Miradores:** bonificación. *Sentencia de 16 de marzo de 1984.*
42. **Funcionarios.** Policías municipales. Gratificaciones por conocimiento de idiomas. Interpretación de un pacto suscrito con los funcionarios. *Sentencia de 21 de marzo de 1984.*
43. **Liquidación de cuotas.** No es necesario depósito previo al recurso. Actas de infracción: Prevención de certeza. Alcance. *Sentencia de 23 de marzo de 1984.*
44. **Licencia de obras.** Construcción de bar y toboganes acuáticos. No es actividad molesta. *Sentencia de 24 de marzo de 1984.*
45. **Funcionarios.** Liquidación de haberes. Complemento de destino. Naturaleza de la relación de dependencia con la Administración. Omisión del procedimiento debido. Desviación de poder. *Sentencia de 27 de marzo de 1984.*
46. **Expropiación forzosa.** Expediente de retasación. Los acuerdos del Jurado Provincial de expropiación gozan de la presunción de acierto. *Sentencia de 28 de marzo de 1984.*
47. **Fondo de garantía salarial.** Regímenes especiales de seguridad social: artistas en espectáculos públicos. Improcedencia de prestaciones con cargo al FOGASA. *Sentencia de 29 de marzo de 1984.*
48. **Litispendencia.** Aprobación definitiva de Proyecto de Urbanización. Isla Dragonera. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 29 de marzo de 1984.*

49. **Impugnación de acuerdos de las corporaciones locales.** Ley 40/81. Declaración del término municipal como zona no nuclear. Invasión de competencias estatales. *Sentencia de 21 de marzo de 1984**.
50. **Funcionarios.** Concurso. Puntuación negativa por deméritos. Cancelación de anotaciones en hoja de servicios. *Sentencia de 2 de abril de 1984.*
51. **Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.** Matadero de aves. Denegación licencia de ampliación. *Sentencia de 3 de abril de 1984.*
52. **Legalización de obras.** Prescripción. La Administración no puede alegar que el recurrente ocultó la existencia de las obras. *Sentencia de 5 de abril de 1984.*
53. **Expropiación forzosa.** Impugnación del justiprecio. Valoración independiente de los muros de cierre. *Sentencia de 10 de abril de 1984.*
54. **Funcionarios.** Incremento de las retribuciones. Interpretación de la Ley de Presupuestos. *Sentencia de 10 de abril de 1984.*
55. **Infracción urbanística.** Denuncia. Licencia ajustada a Derecho. Estética. Prueba insuficiente respecto a la falta de adaptación de lo construido al ambiente histórico del casco antiguo. *Sentencia de 11 de abril de 1984.*
56. **Expropiación forzosa.** Impugnación del justiprecio. *Sentencia de 12 de abril de 1984.*
57. **Expropiación forzosa.** Impugnación del justiprecio. *Sentencia de 16 de abril de 1984.*
58. **Licencia para usos provisionales.** Artículo 58,2 Ley del Suelo. Venta artículos deportivos. **Control de la discrecionalidad.** Es irrelevante que el edificio se halle fuera de ordenación y que esté suspendido el otorgamiento de licencias. Deficiente infraestructura que determina la correcta denegación de la licencia. *Sentencia de 16 de abril de 1984.*
59. **Expropiación forzosa.** Razones urbanísticas. Impugnación del justiprecio. Nulidad procedimental. *Sentencia de 21 de abril de 1984.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

7

7. TAXIS. Impugnación por parte del Ayuntamiento de Lluçmajor del Reglamento Municipal del Servicio Urbano de Transportes en Automóviles Ligeros con Conductor, aprobado por el Ayuntamiento de Palma. **INTERES DIRECTO.** No necesidad del previo recurso de reposición. Principio de legalidad en materia sancionatoria. Necesidad de título previo a la ejecución. Coerción injustificada. Ilícitud del establecimiento de responsabilidad solidaria entre titular y conductor del vehículo. *Sentencia de 27 de enero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar el artículo 73 (en el escrito interponiendo aquél se aludía también al 69, reduciéndose la impugnación en la demanda sólo al primeramente citado) del Reglamento Municipal del Servicio Urbano de Transportes en Automóviles Ligeros con Conductor de 28 de Febrero de 1980, añadido en virtud del acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Palma de Mallorca de 29 de Abril de 1982 y que entró en vigor el 23 de julio del mismo año, que expresa: "Para ejercer la actividad de prestación del servicio público de transporte de viajeros con conductor en el término Municipal de Palma de Mallorca los titulares de los vehículos deberán estar en posesión de la correspondiente Licencia de este Municipio y sus conductores ostentan el permiso local de conductor de vehículos de alquiler urbano expedido por la Alcaldía de esta ciudad. A los efectos regulados en el presente Capítulo se considerará que ejercen dicha actividad de servicio público quienes recojan viajeros dentro del término Municipal de Palma de Mallorca o circulen o estén estacionados dentro del mismo llevando en el vehículo cualquier tipo de indicación para la captación de pasaje, tales como carteles de "lliure-libre", "libre", luz verde encendida y/o cualquier otro tipo de letreros o señal luminosa similar. La prestación de dichos servicios sin las expresadas licencias y/o permisos municipales otorgados por esta Corporación o Autoridad Municipal de Palma de Mallorca se considerará falta grave y será sancionada por la Alcaldía con multa, cuya cuantía será la máxima autorizada por la normativa del Régimen Local. El procedimiento sancionador será el previsto en el artículo 69 del presente Reglamento, sin perjuicio de que los vehículos sean retirados de la vía pública hasta tanto los infractores hayan abonado o depositado el importe de la sanción, a resultas de la resolución que en su día recaiga como consecuencia del procedimiento que se siga. Serán responsables y sancionados por la infracción a que se refiere este artículo tanto el titular del vehículo como el conductor del mismo, respondiendo, en todo caso, solidariamente el titular del vehículo".

CONSIDERANDO: Que por obvias razones se hace necesario examinar en primer lugar los motivos de inadmisibilidad del recurso alegados por la defensa del Ayuntamiento de Palma, es decir, con base en el apartado b) del artículo 82, en relación con el 28.1 a), de la Ley Jurisdiccional, la falta de interés directo en el Ayuntamiento de Lluçmajor para la impugnación que ejercita, y, con apoyo en el supuesto e) del mismo artículo 82, en relación con lo dispuesto en el 53 e), todos de la referida Ley de esta Jurisdicción, el no haberse interpuesto el preceptivo recurso previo de reposición.

CONSIDERANDO: Que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el "interés directo" ha de ser estudiado y considerado con un hondo criterio espiritualista, sin admitirse interpretaciones restrictivas del concepto en cuestión, bastando para su existencia y constatación la realidad de un interés personal en el éxito de la pretensión deducida en la demanda, ya porque pueda representar para el recurrente un beneficio material o jurídico efectivos, o porque, por el contrario, la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto impugnado le originaría un perjuicio, sin necesidad de exigir que ese interés se halle respaldado por un precepto legal concreto, pues ello supondría confundir los términos interés y derecho, gramatical y jurídicamente diferenciados, siendo necesario acogerse a un criterio interpretativo flexible o amplio en materia de inadmisibilidades dentro del proceso contencioso por imperativo no sólo de lo ya establecido en la Exposición de Motivos de la Ley, sino también, principalmente, por el derecho que toda persona, natural o jurídica, tiene a la plenitud jurisdiccional (artículo 24 de la Constitución Española), para hacer efectivo su derecho, además de lograr, en este caso, el control de la potestad reglamentaria (artículo 106 de la Ley Fundamental) y la legalidad de la actuación administrativa, que solamente se consigue si el Tribunal examina, en toda su extensión, el problema planteado (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1983); por ello, estableciendo el impugnado artículo 73 drásticas limitaciones al servicio de los vehículos de servicio público de los municipios limítrofes al de Palma de Mallorca, incidiendo así directamente en aquél, hasta el punto de que pueden ser inmovilizados, con el consiguiente perjuicio para ese servicio público impropio o actividad privada reglamentada, regulando una materia que de alguna manera —según la apreciación de la entidad recurrente— desborda el ámbito lícito competencial del Ayuntamiento demandado, debe rechazarse el referido motivo de inadmisión, que, en definitiva, suscita una problemática directamente conexonada con el fondo del tema planteado; debiendo destacarse que, de lege ferenda, se acentúa la tendencia antiformalista en esta materia, ampliando el ámbito de la legitimación al exigirse tan sólo un simple "interés", sin más circunstancias cualificadoras —directo, personal, legítimo o actual—, como se decía en el anteproyecto para la reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, elaborado en el año 1980 dentro de la sección 3ª. de la Comisión General de Codificación.

CONSIDERANDO: Que en orden al segundo obstáculo procesal planteado, no desconoce la Sala la tendencia jurisprudencial que estima que al referirse el apartado e) del artículo 53 al supuesto previsto en el artículo 39, párrafo primero —disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades Locales y las Corporaciones e Instituciones públicas—, no están exentas del recurso de reposición las disposiciones a que alude el párrafo 3 del mencionado precepto —disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual—; pero últimamente no faltan sentencias del Tribunal Supremo que propugnan la solución contraria, como las de 5 y 11 de marzo de 1982 y 3 de marzo de 1983, estableciendo la segunda de ellas que a la vista de lo trascendente del tema, ya que la inadmisibilidad provoca graves consecuencias —posible caducidad del plazo para la iniciación del proceso contencioso y posible calificación del acto como consentido—, si las matizaciones de encuadramiento en los supuestos 1 ó 3 del artículo 39 ofrece una cierta confundibilidad, permite motivar la aplicación del principio antiformalista no sólo en el sentido de limitar las interpretaciones análogas y, más aún, ampliatorias, sino de prevalencia de la admisión del recurso contencioso-administrativo en supuestos como el presente; porque, además, puede perfectamente interpretarse que el apartado 3 del artículo 39 no es una excepción del 1, sino más bien una precisión únicamente a efectos de legitimación, y que al no distinguir el artículo 53 e) no procede realizar una distinción que aumenta las causas de inadmisión en contra del princi-

pio pro actione, aparte de que la distinción entre ambos regímenes de impugnación carece de sentido en uno y otro supuesto de legitimación, cuando en idénticos casos el objeto del recurso es absoluta y totalmente idéntico y sus problemas de fondo rigurosamente intercambiables; por todo lo que procede igualmente rechazar el aludido motivo de inadmisibilidad.

CONSIDERANDO: Que no ofrece duda la competencia municipal para regular la materia de que se trata, dictando reglas de organización de esta clase de servicios (sentencias de 7 de marzo y 7 de mayo de 1983), como se expresa en el artículo 101 del texto Refundido de la Ley de Régimen Local y se ratifica en el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros de 16 de marzo de 1979, que se refiere en su artículo 52 a las Ordenanzas o Reglamentos municipales, autorizando la definición de faltas; ahora bien, como ya decidió esta Sala en anteriores sentencias (3 de octubre de 1982 y 23 de febrero de 1983), el principio de legalidad tiene una doble vertiente: por una parte, no hay infracción ni sanción administrativa posibles sin Ley que las determine de una manera previa; y, en segundo término, esa previsión legal, la atribución a la Administración de potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de Ley formal, principio que tiene hoy explícito rango constitucional —nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento (artículo 25.1 de la Constitución)—, con idéntica formulación que la relativa a delitos y faltas penales, equiparación muy importante para explicar el alcance del principio de legalidad en la materia sancionadora administrativa, que es un alcance idéntico al principio de Derecho penal, de donde se deriva que la tipificación normativa previa de conductos sancionables tenga que ser hecha por Ley formal y que no alcancen a producir ese efecto los simples Reglamentos; pero ello no obsta a la validez de las remisiones normativas, o sea, a los supuestos en que la Ley reenvía a una normación ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia Ley establece, en otros términos, la Ley delegante remite a un Reglamento para completar su propia regulación, atribuyendo a la vez a la Administración la potestad de dictar dicho Reglamento; por ello no puede estimarse la infracción del principio de legalidad que el recurrente acusa, pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 108, 109 y 121 h) de la Ley de Régimen Local, en la esfera de su competencia —el citado artículo 101. 1 y 2 e) se refiere a los transportes terrestres— los Ayuntamientos podrán aprobar Ordenanzas y Reglamentos, siempre que sus preceptos no se opongan a las leyes o disposiciones generales, lo que otorga cobertura legal y validez al artículo que se impugna, siempre, naturalmente, que no contradiga aquéllas.

CONSIDERANDO: Que como excepción al principio que impone la necesidad de impetrar el auxilio judicial para que la coacción legítima pueda ponerse en servicio de la ejecución práctica de los derechos conculcados, la Administración está dispensada de esta necesidad y puede imponer por sí misma la ejecución forzosa de sus propios derechos, para la que el ordenamiento jurídico pone a su disposición una serie de medios, que, según el artículo 104 de la Ley de Procedimiento Administrativo, son: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas; y al primero, el más general y de más frecuente utilización y que es el que cobra relevancia en el caso que se contempla, está sometido al procedimiento previsto en el Estatuto de Recaudación, al que remite el artículo 105 de la Ley de Procedimiento citada, para los casos en que en virtud de acto administrativo hubiere de satisfacerse cantidad líquida, y el 261, apartado 9, del Reglamento de Haciendas Locales de 4 de agosto de 1952; pero constituye un presupuesto necesario del mismo la existencia de un acto administrativo que imponga una obligación precisa y determinada a un destinatario cierto y que aquélla haya sido desatendida, es decir, la constancia formal de un título ejecutivo, de acuerdo con el viejo principio nulla executio sine titulo, una decisión que sirva de fundamento jurídico a la ejecución, como dice el artículo 100 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a la que ha de llegarse después de un procedimiento, que cobra especial relevancia en materia sancionadora, en la que la posibilidad de defensa del administrado se erige en pieza cardinal; y fuera de estos límites precisos, el uso por la Administración en sus relaciones con los demás sujetos de sus medios coactivos —salvo en excepcionales supuestos, condicionados por circuns-

tancias muy concretas y temporales en que puede ejercitarse la coacción inmediata o directa— pierde toda legitimidad y se presenta como una actuación jurídicamente viciada, como una “vía de hecho”, según la expresión histórica consagrada; pues bien, en el caso que nos ocupa, la carencia del título, que sería el acto administrativo que impusiese la multa después de seguirse los trámites del artículo 69 del Reglamento Municipal, según expresa el propio artículo 73, veda absolutamente la posibilidad de que “los vehículos... sean retirados de la vía pública hasta tanto los infractores hayan abonado o depositado el importe de la sanción a resultas de la resolución que en su día recaiga como consecuencia del procedimiento que se siga”, estableciendo así una medida coercitiva en manera alguna justificada, forzando el pago de una multa no impuesta legalmente; lo que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1977, supone la creación de una medida supletoria y coercitiva dentro del procedimiento de apremio por multas impuestas por faltas cometidas, desconociéndose que la ejecución patrimonial está y debe estar en la línea directa de continuación del acto, al dirigirse a actualizar la obligación que del mismo resulte sin innovarla ni sustituirla, ya que no transforma el contenido del acto ni añade obligación nueva; lo que implica, además, agravar, sin base legal, la situación del administrado, puesto que su responsabilidad patrimonial ha de hacerse efectiva a través del procedimiento ejecutivo o de apremio correspondiente dirigido a la efectividad práctica del acto-sanción-título ejecutivo, legalmente adoptado, sobre bienes del deudor, en cantidad suficiente para cubrir el importe del débito, incluidos recargos y costas que se haya ocasionado, dado que los recargos actúan dentro de este procedimiento como sanción coercitiva, tendente a forzar el cumplimiento de la obligación, mas no puede robustecerse un procedimiento de ejecución patrimonial —que, ha de insistirse en ello, aquí no lo es por falta de título que lo permita— con medidas limitadoras de los derechos del deudor, que constituyen, en realidad, una modalidad de compulsión y que tienen en este caso una especial significación al referirse a la privación práctica de la posibilidad de ejercer una profesión; por todo lo cual ha de declararse la ilegalidad del párrafo transcrito.

CONSIDERANDO: Que también resulta no conforme a Derecho el último párrafo del tan repetido artículo 73 en cuanto autoriza la imposición de sanciones al titular del vehículo, haciéndole responder, en todo caso, solidariamente con el conductor del mismo; porque la ausencia en la legislación de una parte general de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna legal que ha de interpretarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario, como ha establecido reiteradamente el Tribunal Supremo, que advierte que en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se mueve en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios, cuyo respeto legitima la imposición de las sanciones, principios establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos que ha de tener en cuenta, la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal por norma jurídica anterior, antijurídica y culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y no procediendo en ningún caso la interpretación extensiva ni analógica; pues si los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas, y no de contravenciones de carácter penal, tal criterio de flexibilidad tiene como límites insalvables la necesidad de que el acto o la omisión castigados se hallen claramente definidos como falta administrativa y la perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud por una parte, y de la imputabilidad por la otra, debiendo rechazarse la interpretación extensiva y la posibilidad de sancionar un supuesto diferente del que la misma contempla, pues con otro criterio se reconocería a la Administración una facultad creadora de tipos de infracción y de correctivos análogos, con evidente merma de las garantías jurídicas que al administrado corresponden (sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 25 de marzo de 1972, 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980 y del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981); pues bien, es evidente la incorrección jurídica, fácilmente detectable a través de los principios que rigen el ius puniendi, de sancionar, sin más, a una persona que no cometió la infracción —en este caso el titular del vehículo— imponiéndole, solidariamente, la obliga-

ción de pagar la multa, con olvido de que al tratarse de una sanción, es incuestionable el principio de que sólo el sujeto declarado culpable del hecho que la motive debe cumplirla, independientemente, claro está, de los supuestos de coautoría.

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

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. M. F. R., en nombre y representación del Ayuntamiento de Lluchmayor, contra el artículo 73 del Reglamento Municipal del Servicio Urbano de Transportes en Automóviles Ligeros con Conductor de 28 de febrero de 1980, añadido en virtud del acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Palma de Mallorca de 29 de abril de 1982 y que entró en vigor el 23 de julio del mismo año, debemos declarar y declaramos que el párrafo del mismo que dice: "...sin perjuicio de que los vehículos que se dediquen a prestar los servicios expresados en este artículo sean retirados de la vía pública hasta tanto los infractores hayan abonado o depositado el importe de la sanción a resultas de la resolución que en su día recaiga como consecuencia del procedimiento que se siga", no es conforme a Derecho; igualmente debemos declarar y declaramos que no se ajusta al Ordenamiento jurídico el último párrafo del citado artículo 73 en cuanto autoriza la imposición de sanciones, sin más especificaciones, al titular del vehículo, haciéndole responder, en todo caso, solidariamente con el conductor del mismo; declarando que el resto del precepto se ajusta a Derecho; todo ello sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

23

23. IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES. Aplicación del artículo 9 de la Ley 40/81. Es preceptivo interponer previamente el recurso de reposición. No hay invasión de las competencias de la Comunidad Autónoma. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 20 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso Contencioso-Administrativo, tramitado a solicitud de la recurrente, Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por las normas del proceso especial establecido en el art. 8º de la Ley 40/1981 de 28 de Octubre que se remite al procedimiento en los casos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones locales por infracción manifiesta de las leyes del art. 118 de la Ley Jurisdiccional, y en el que la recurrente impugna el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Selva de 9 de Septiembre de 1983, que concedió voz a los Alcaldes de Barrio en las sesiones plenarias de la Corporación, por estimar que dicho acuerdo constituye una infracción de las leyes y afecta a las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, se alega por el

Abogado del Estado la inadecuación del procedimiento por entender que debió haberse aplicado el art. 9º de la misma Ley 40/81, y no el procedimiento del art. 8º que no exige el preceptivo recurso de reposición, por lo que al no haber precedido esta ineludible diligencia preliminar, el Tribunal no puede entrar en el examen de la cuestión de fondo planteada en el recurso: si existe o no infracción del Ordenamiento Jurídico en el contenido del Acuerdo plenario municipal de Selva.

CONSIDERANDO: Que como quiera que, aunque no lo diga claramente, el Abogado del Estado está planteando una cuestión de inadmisibilidad del recurso al amparo del art. 82, e) de la Ley Jurisdiccional —no haberse interpuesto, si fuera preceptivo, el recurso previo de reposición— aparece evidente que esta cuestión previa por su carácter de presupuesto procesal, que puede examinarse en el ámbito del art. 8º referido, pues aunque se remite el art. 118 de la Ley Jurisdiccional para el procedimiento, impone los fallos de los arts. 81 y siguientes de ésta, incluida, pues, la inadmisibilidad, no puede resolverse sin aclarar, también previamente, cuales son la naturaleza y fines de las reglas procesales contenidas en los arts. 8º y 9º citados de la Ley 40/81 y a este respecto, conviene partir de la premisa fundamental de que tan importante regulación legislativa de la Administración Local está encaminada a desarrollar, aunque sea parcialmente, hasta que de conformidad con lo previsto en el art. 149. 1. 18 de la Constitución española se aprueben las bases del Régimen Local, el principio cardinal de aquella que proclaman sus arts. 137 y 140, de la autonomía de los municipios, tal como lo expresa el Preámbulo del Real Decreto-Ley 3/1981 de 16 de Enero que precedió y fue sustituido por la Ley 40/81 que comentamos; autonomía, que para ser plenamente eficaz en relación con el control de sus acuerdos que ejercía en el anterior régimen político el Estado a través de la Autoridad gubernativa provincial o del Presidente de la Corporación actuando como delegado suyo, mediante la suspensión de los acuerdos directamente que permitían los arts. 362, 363, 364, 365, 366 y 368 de la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 24 de Junio de 1955, exigía la derogación de estos preceptos para dar otra nueva vía jurídica más conforme con aquella constitucional autonomía a la suspensión, o impugnación en su caso, de los acuerdos municipales que incurrieran en infracción de las leyes; por lo que a esta finalidad vienen encaminados los repetidos arts. 8º y 9º de la Ley 40/81 que, además, en su Disposición derogatoria, después de sentar la regla general para todas las disposiciones de igual o inferior rango que se le opusieran, determinó que, en el plazo de un mes, presentará el Gobierno una tabla de vigencia, lo que éste realizó mediante el Real Decreto 3.183/1981 de 29 de Diciembre, donde se citan expresamente como derogados los arts. citados anteriormente de la Ley de Régimen Local sobre el control suspensivo de la legalidad de los acuerdos de las Corporaciones Locales.

CONSIDERANDO: Que a la luz de lo expresado anteriormente, es como hay que interpretar los oscuros preceptos —arts. 8º y 9º de la Ley 40/81— que enfrentan a las dos partes que han hecho alegaciones en el presente proceso —Administración General del Estado y Gobierno de la Comunidad Autónoma de Baleares— pues mientras la segunda estima de aplicación el primero de ellos que, al remitirse al art. 118 de la Ley Jurisdiccional previsto para encauzar jurisdiccionalmente las suspensiones directas gubernativas de los artículos derogados de la Ley de Régimen Local, no exigía el preceptivo recurso de reposición necesario para los demás procesos contencioso-administrativos (art. 52 de la Ley Jurisdiccional), el Abogado del Estado estima que ha de aplicarse el art. 9º encaminado solo a otorgar legitimación procesal al Estado para impugnar por la vía jurisdiccional general aquellos acuerdos de las Corporaciones Locales que incurran en infracción de ordenamiento jurídico, necesitándose, por consiguiente, el preceptivo recurso de reposición; y sobre este importante problema que afecta al Derecho Constitucional de la organización Territorial del Estado, a pesar de su aparente aspecto de nueva cuestión procesal, hay que resolver por la apreciación de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Baleares; pues en efecto, el procedimiento del art. 8º, como residuo del antiguo extenso control gubernativo de la legalidad, solo puede excepcionalmente emplearse, por suponer una suspensión previa “*ope legis*”, no directa, como en el sistema anterior, sino indirecta a través del órgano jurisdiccional, cuando, además de dirigirse contra acuerdos municipales que constituyan infracción de leyes, “afecten directamente a materias de competencia del Estado”; es decir, que si bien, como tienen ya resuelto tanto la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como la del Tribunal Constitucional (Sen-

tencias del Tribunal Supremo de 3 de Junio, 7 de Julio y 11 de Octubre de 1982 y 24 de Abril de 1983 y del Tribunal Constitucional de 2 de Febrero —recurso de constitucionalidad 185/80, fundamento jurídico 3 y 29 de Marzo de 1981— recurso de constitucionalidad 17/81, fundamento jurídico 6), la autonomía municipal no ha eliminado totalmente el control gubernativo de la legalidad, lo ha limitado estrictamente a los casos en que afecten a competencias del Estado o invadan competencias ajenas, por lo que, en obvia consecuencia, en los demás casos, ese control de la legalidad ha de efectuarse por los Tribunales a través de un proceso contencioso-administrativo con todas sus exigencias jurídico-procesales, entre las que sobresale, el presupuesto necesario de plantear previamente la cuestión de ilegalidad ante la propia Corporación Municipal que dictó el Acuerdo mediante recurso de reposición, para lo que, precisamente, el art. 9º de la Ley 40/81 ha concedido legitimación al Estado que no tenía en el art. 28 de la Ley Jurisdiccional, ya que era innecesario por tener atribuido el control directo a través de la suspensión gubernativa en todo caso de infracción de leyes, como también ha concedido esa legitimación, en su sustitución, a las Comunidades Autónomas a las que el Estado ha transferido sus competencias (Disposición Final 5ª de la propia Ley 40/81).

CONSIDERANDO: Que contra tan lógico razonamiento apoyado en la propia Constitución española, aparece absolutamente ineficaz el empleado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Baleares y que basa en el artículo 11, apartado 1, de su Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/1983 de 25 de Febrero) que atribuye a esta Comunidad el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen jurídico y de responsabilidad de la Administración Local, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1. 18. art. 149 de la Constitución, pues al utilizar tal precepto como base de su pretendida competencia directa en la materia de la asistencia a las sesiones plenarias de los Alcaldes de Barrio de un Municipio perteneciente a la Comunidad, está confundiendo la potestad legislativa con la de la fiscalización de la legalidad y si bien la primera —como dice el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia de 23 de Diciembre de 1982, fundamento jurídico cuarto, (recursos de inconstitucionalidad números 108 y 109 acumulados)— en las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia exclusiva en materia de régimen local, les atribuye la regulación mediante Ley del régimen jurídico de las Corporaciones Locales de su Territorio, ajustándose, sin embargo, a las bases establecidas por el Estado, “de manera que el régimen jurídico de las Corporaciones Locales, aun en aquellas Comunidades Autónomas que, como la Catalana, asumen el máximo de competencias al respecto, es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas”, la suspensión, aunque sea a través de la Jurisdicción, de los acuerdos municipales, sin otra razón que el control de legalidad en materias que corresponda al ámbito competencial exclusivo de las Entidades Locales, como en el régimen de sesiones (art. 293. 1. de la Ley de Régimen Local), no es compatible con la autonomía que hoy proclama el art. 137 de la Constitución, porque, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de Abril de 1981, en el recurso de inconstitucionalidad ya citado anteriormente, fundamento jurídico 6º, “entraña una tutela sin otro fundamento que la defensa de la legalidad ejercitable por una vía excepcional” y como dice el Abogado del Estado en su escrito, de aceptarse esta tutela, sobraría el art. 9º de la Ley 40/81 que, precisamente y como se dijo anteriormente, tiene como objeto dar cauce de legitimación a las impugnaciones que actúen el Estado y las Comunidades Autónomas ante esta Jurisdicción y por el procedimiento general, de los acuerdos de las Corporaciones Locales que infrinjan el Ordenamiento, sin invadir competencias ajenas.

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

FALLAMOS: Que estimando el motivo de inadmisibilidad alegado por el Abogado del Estado, debemos declarar y declaramos inadmisibile el recurso interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contra el Acuerdo pleno del Ayuntamiento de Selva de 5 de Septiembre de 1983, sobre asistencia de los Alcaldes de Barrio a las sesiones plenarias, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas. Se confirma el levantamiento acordado en auto de 13 de los corrientes, en la pieza separada de la

suspensión operada por ministerio de la Ley del Acuerdo Municipal impugnado. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

26

26. HONORARIOS PROFESIONALES. Incidente relativo a la impugnación de minuta por asistencia letrada en un proceso contencioso-administrativo. *Sentencia de 22 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que por la representación del Letrado Don M. D. P., se alega, con base en los apartados 2º y 3º del artículo 533 de la Ley Procesal Civil, "la falta de los requisitos legales de la Asociación P. de A., por carecer de calidades necesarias para comparecer en juicio y, también, la falta de personalidad en el Procurador por insuficiencia o ilegalidad del poder"; lo cual no resulta, en verdad, fácilmente comprensible, pues consta en el poder para pleitos (folios 118 y siguientes), la comparecencia ante Notario de D. J. C. Q., Presidente de la entidad, acreditando su cargo y las facultades que tiene para el otorgamiento de aquél en virtud de las oportunas certificaciones, que se protocolizan al final de la matriz, todo ello en perfecta congruencia con lo dispuesto en el apartado p) del artículo 26 de los Estatutos de la Asociación: Son funciones del Presidente... representar a la Asociación Patronal ante cualquier Organismo, Autoridad, Juzgado, Tribunal, Magistratura, etc. de la Nación y otorgar poderes para pleitos en favor de Procuradores así como designación de Letrados; y si bien es cierto que el artículo 24 f) establece que es competencia del Comité Ejecutivo el ejercitar toda clase de acciones civiles, penales, administrativas y contencioso-administrativas, y que el acuerdo que consta en el folio 124 se refiere únicamente a la interposición del recurso contencioso-administrativo que posteriormente se sustentó con el número 33 de 1980, también lo es que es válido para cualquier incidente o incidencia que pueda surgir con motivo del mismo, no sólo porque ello obedece a una evidente lógica, sino igualmente porque consta así en las amplísimas facultades que, en relación con todo tipo de procesos, se confieren en el poder; todo lo que conduce a la desestimación de tales excepciones.

CONSIDERANDO: Que la misma suerte debe correr la alegación, que se articula en el apartado 2º de las que se denominan "Cuestiones Previas" del escrito de contestación a la cuestión incidental planteada, respecto a la improcedencia del trámite seguido y no, como se pretende, el del juicio declarativo pertinente; y ello porque así lo dispone claramente el artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: cuando sea impugnada la tasación por haberse incluido en ella partidas de derechos u honorarios cuyo pago no corresponda al condenado en las costas, se sustentará y decidirá esta reclamación por los trámites y con los recursos establecidos para los incidentes; partiendo el alegante de una evidente interpretación errónea que le lleva a decir que "el precepto sólo autoriza a discutir o plantear el problema en el caso de que los honorarios se exijan a persona distinta del obligado a su pago o al condenado en las costas", cuando lo que obviamente dice es que se reclamen derechos u honorarios indebidos, o, lo que es igual, que el pago no corresponda a la persona a la que se reclama, no porque deba pagarlos otra, sino porque no le es imputable a él por tratarse de partidas que legalmente no son reclamables, no son debidas.

CONSIDERANDO: Que por la A. P. de A., se alega, en primer lugar, la "utilización indebida del cauce procesal establecido en los artículos 12 y 7 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina una falta de legitimación y acción para solicitar la suma de 7.100.000 pesetas", importe de la Minuta de Honorarios que pretende percibir de aquélla el Letrado Don M. D. P. por la dirección jurídica ante esta Sala en el recurso contencioso-administrativo número 33/80, interpuesto contra resolución de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria y Energía de 1 de Julio de 1977 y contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado ante la Dirección General de la Energía, sobre Normativa de Aplicación de las Normas Básicas para Instalaciones Interiores de Suministro de Agua; motivo de oposición que se basa en que, de acuerdo con el primero de los preceptos citados, la reclamación de honorarios ha de referirse a los devengados en el pleito, no a los que provengan de actuaciones extrajudiciales, por lo que la partida de 3.000.000 de pesetas correspondiente al "estudio de todo el expediente administrativo" no puede ser reclamada por esta vía; como tampoco es admisible la que determina el artículo 7, que únicamente se refiere al caso de que "después de establecido un negocio el poderdante no habilitare a su Procurador con los fondos necesarios para continuarlo"; pero tales alegaciones deben desestimarse, porque, como se expresa en el dictamen emitido por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, han de comprenderse en los honorarios las consultas, conferencias, examen de antecedentes, redacción de escritos, etc., que, como en el caso que nos ocupa, cobran una especial relevancia, siendo un trabajo perfectamente minutable, sobre todo en lo que concierne al estudio, necesariamente exhaustivo, del expediente administrativo y de la "Normativa" cuestionada, por ser presupuesto necesario para la buena dirección del pleito y formar parte de la labor de preparación del mismo; por otra parte, el procedimiento fue iniciado, por providencia de 8 de Noviembre de 1983, con estricta observancia de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, requiriendo al Procurador para que abonase al Letrado el importe de su minuta, y, posteriormente, por proveído del 12 siguiente, se procedió a efectuar el mismo requerimiento a la entidad actora en el proceso de referencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8, al que se remite el referido 12; por todo lo que, procede rechazar las alegaciones formuladas.

CONSIDERANDO: Que se alega igualmente, con base en lo dispuesto por los artículos 1.967 y 1.969 del Código Civil, la prescripción de la partida de 3.000.000 de pesetas correspondientes al "estudio de todo el expediente administrativo", por cuanto, al ser anterior a la redacción de la demanda y al haberse presentado ésta el 17 de Junio de 1980 —en realidad el día 20 de los mismos mes y año—, han pasado los tres años que establece el primero de los preceptos citados, lo que sucede igualmente con la partida de 100.000.- pesetas que corresponde a la redacción del escrito de interposición del recurso; pero, como establecen las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1969 y 17 de Enero de 1970, bien por aplicación del último párrafo del referido artículo 1.967 —el tiempo para la prescripción se contará desde que dejaron de prestarse los servicios—, en cuyo caso la reclamación sólo pudo ejercitarse desde el día de la sentencia de primera instancia: 23 de Diciembre de 1980 (artículo 1.969), bien por imperativo del 1971 —el tiempo para la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que ésta quedó firme—, en cuyo supuesto el plazo inicial debe partir desde la notificación a las partes de la resolución del Tribunal Superior, es claro que, habiéndose formulado la reclamación el 2 de noviembre de 1983, y aun prescindiendo del requerimiento extrajudicial verificado notarialmente el 28 de Septiembre anterior, no había transcurrido el plazo prescriptivo.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede prosperar la tesis de que al haber sido contratado D. M. D. P. por la Asociación Patronal de referencia como asesor jurídico y secretario de la misma (hecho acreditado) deben estimarse incluidos en su remuneración mensual (igualmente acreditada) todo tipo de actuaciones, tanto judiciales como extrajudiciales, que pudiera desarrollar en beneficio de aquélla; y para llegar a esta conclusión de improsperabilidad de tal alegación prescinde de la Sala de la prueba testifical practicada tendente a aseverar o desvirtuar tal afirmación, por estimarse que es contradictoria y carente de contundencia, y se apoya en el artículo 35 de los aludidos Estatutos, en el que se fijan los

cometidos de las respectivas asesorías, entre los que no figuran las actuaciones judiciales (folio 173), aparte de que, como expresa el Colegio de Abogados en su dictamen, "si un Abogado recibe una remuneración por los servicios de Asesoría jurídica no puede entenderse incluidos en dicha remuneración los honorarios devengados en asuntos judiciales, pues el régimen de convenio se refiere al asesoramiento en general, sin que comprenda la defensa o asistencia", y el "Colegio tiene establecido de siempre la prohibición de que se fijen contractualmente los honorarios referentes a asuntos judiciales... como también tiene prohibidas las "iguales", entendiéndose por tales los convenios por unidades de tiempo en que se estipulan honorarios o condiciones inferiores a lo establecido para los servicios de Asesoría jurídica".

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, han de estimarse correctas las partidas que se especifican en la Minuta y examinar si son o no excesivas, para lo que, por elementales razones de economía procesal, no ha de acudirse, como procedimiento independiente, a lo dispuesto en los artículos 426 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto los trámites que especifican han sido ya cumplidos: vista a las partes e informe del Colegio de Abogados; y en trance de decidir sobre ello, no puede desconocerse la dificultad que suscita, por tratarse, propiamente, de un problema deontológico, en el que la conciencia y la ética profesionales juegan un decisivo papel y en el que no pueden despreciarse los factores subjetivos, como tampoco puede olvidarse, en el momento de valorar los dictámenes de los Colegios, aun partiendo de su valor no vinculante, el que a estos corresponde, como dispone el Estatuto General de la Abogacía de 24 de julio de 1982, la ordenación del ejercicio de la profesión, la defensa de los intereses de los colegiados, el cumplimiento de la función social que a la Abogacía corresponde y la colaboración en la promoción y administración de la Justicia, ordenando la actividad profesional y velando por la ética y la dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares; y esto sentado, se estiman adecuadas las cantidades que se establecen en el dictamen referente a las siguientes partidas: por el estudio y redacción del escrito de interposición del recurso, 50.000.- pesetas; por el estudio del expediente administrativo, 500.000.- pesetas; y por la redacción de la demanda, 1.500.000.- pesetas; por el contrario, se considera manifiestamente excesiva la partida referente al trámite de vista, que se concreta en 750.000.- pesetas, máxime si se tiene en cuenta que no se practicó prueba alguna por entender la Sala, por auto de 24 de Julio de 1980, que los puntos de hecho relacionados en el primer otrosí de la demanda no tenían trascendencia para la resolución del recurso, por lo que se reduce a 200.000.- pesetas; en definitiva, se cifra el importe de los honorarios en la cantidad de 2.250.000.- pesetas.

CONSIDERANDO: Que no se estima la existencia de méritos especiales a efectos de hacer expresa condena en costas.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando la petición formulada con carácter principal y estimando parcialmente la que se formula subsidiariamente por el Procurador D. M. A. S., en nombre de la A. P. de A., impugnando la Minuta de honorarios presentada por el Letrado D. M. D. P., derivada de la dirección técnica del recurso contencioso-administrativo nº 33/80, el cual estuvo representado en este procedimiento por el Procurador Don A. O. V., debemos declarar y declaramos que las partidas incluidas en dicha Minuta son debidas por la entidad impugnante al referido Letrado, si bien reducidas a la suma de 2.250.000.- pesetas (dos millones doscientas cincuenta mil) en la forma que se determina en el penúltimo Considerando de esta resolución; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

38

38. LICENCIA FISCAL DE ACTIVIDADES COMERCIALES E INDUSTRIALES. Hecho imponible: mero ejercicio de la actividad. Sujeto pasivo: persona física o jurídica que realice la actividad. Explotación de salas de bingo: sujeto pasivo: empresa explotadora y no la entidad autorizada. **INFRACCIONES DE OMISION.** *Sentencia de 14 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares de 17 de Diciembre de 1982, que desestima la reclamación formulada por R. B., S.A. contra la liquidación por el Impuesto Industrial, Licencia Fiscal, por entender que no tiene la condición de sujeto pasivo del mismo, y, en caso de serlo, que la cuota correspondiente a 1979 debe ser prorrateada, así como que debe anularse el Acta de Omisión y levantarse otra de Rectificación.

CONSIDERANDO: Que el artículo 3º. 1, del Reglamento del bingo, aprobado por Orden de 9 de Enero de 1979, dispone que únicamente podrán ser autorizadas para la explotación de salas de bingo las Sociedades o Asociaciones deportivas, culturales o benéficas y las personas o Entidades titulares de establecimientos turísticos, siempre que reúnan las características y requisitos que se señalan en los artículos siguientes; y el 6º. 1, dice que las personas y Entidades a que se refieren los dos precedentes podrán realizar por sí mismas y bajo su exclusiva responsabilidad la gestión del juego del bingo o contratar la llevanza de esta gestión con una Empresa de servicios; en el caso que se contempla, P. C. M. y R. B., S.A. respectivamente.

CONSIDERANDO: Que el hecho imponible del impuesto sobre actividades y beneficios comerciales e industriales, abreviadamente impuesto industrial, en su forma de Licencia fiscal, se origina por *el mero ejercicio de cualquier actividad* extractiva, fabril, artesana, de la construcción, comercial y de *servicios por cuenta propia o en comisión*, siendo sujetos pasivos de tal Licencia todas las personas físicas y jurídicas, así españolas como extranjeras, que realicen en territorio español cualquiera de las *actividades* que originan dicho hecho imponible (artículos 1, 4 y 11 del Texto Refundido de 29 de Diciembre de 1966); es decir, el impuesto de que se trata se refiere a la realización de actividades, independientemente de la persona que haya obtenido la licencia gubernativa o administrativa para verificar la explotación, aunque, incluso, el Reglamento del juego emplea esta última palabra al referirse a las Empresas de servicios, equiparando así gestión a explotación; en efecto, el artículo 6. 2 c) les exige tener como objeto social único y exclusivo "la explotación" de una o varias salas de bingo, y, en su caso, de los restantes juegos de azar que pudieran autorizarse, así como los servicios complementarios de los mismos, tal como se estableció en los estatutos de la sociedad actora (folio 1 de los autos); y por mucho que se fuerce la interpretación de los textos citados, es evidente que jurídica, técnica y usualmente (artículo 23 de la Ley General Tributaria), *el mero ejercicio de la actividad de servicios en comisión* (en palabras del Texto Refundido) se verifica por la empresa hoy recurrente, que legalmente se denomina, precisamente, *empresa de servicios* (artículo 6º del Reglamento del Bingo) y a quien, además, corresponde ante la Administración la total responsabilidad por la organización y funcionamiento del juego (artículo 19), mientras que las empresas o entidades licenciatarias son designada, simplemente, *titulares de autorización* (artículo 6. 4) y ambas se entienden ligadas por un *contrato de prestación de servicios*.

CONSIDERANDO: Que, por otra parte, es clara la inclusión en el epígrafe 9.854 apartado k) — Juego del Bingo en casinos, círculos, casas regionales y demás establecimientos autorizados—, de acuerdo con la modificación de las Tarifas de Licencia Fiscal operada por Orden de 2 de Diciembre de 1977, así como también resulta evidente que, según la Orden de 9 de Junio de 1978, la consideración de prorrateables para el ejercicio en que se inicie la actividad la tienen las cuotas del apartado l) de dicho epígrafe — Juegos de suerte, envite o azar, no clasificados en otro apartado, que se practiquen en casino de juego—.

CONSIDERANDO: Que, dados los términos inequívocos del artículo 79 de la Ley General Tributaria, se está en presencia de una infracción de omisión; y aunque en el párrafo a) del mismo parece introducirse la exigencia de un dolo específico con el empleo de la expresión "que tiendan a ocultar a la Administración", ya que aparece un móvil dominante en la conducta del infractor, sin embargo esa interpretación se ve corregida por la propia redacción del precepto, que viene a establecer una especie de presunción legal o, mejor, una determinación *ope legis* de esa "tendencia", lo que produce el efecto de que hay que entender cometidas estas infracciones cuando se realicen los supuestos que contemplan los números 1º y 2º del párrafo a).

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto, es procedente la desestimación del recurso; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don M. F. R., en nombre de la entidad R. B., S.A., contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares de 17 de Diciembre de 1982, que, a su vez, desestima la reclamación formulada contra la liquidación practicada por la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes de la Delegación de Hacienda de Baleares a cargo del recurrente y con un total a ingresar de 772.679.- pesetas, debemos declarar y declaramos que el acto administrativo impugnado es conforme a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

49

49. IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES. Ley 40/81. Declaración del término municipal como zona no nuclear. Invasión de competencias estatales. *Sentencia de 21 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 40/81, de 28 de octubre — "los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales que constituyan infracción manifiesta de las leyes y afecten directamente a materias de la competencia del Estado podrán ser impugnadas por esta Administración"—, y, en cuanto al procedimiento, con lo que establece el 118 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento Pleno de Ibiza en sesión extraordinaria celebrada el día 24 de noviembre de 1983, que declara el término municipal "como zona no nuclear".

CONSIDERANDO: Que la relación entre las Corporaciones Locales y el Poder Central constituye uno de los motivos de mayor influencia en la conformación de la naturaleza de cualquier sistema de gobernación y fuente de tensiones entre los mismos, máxime en periodos de irrupción autonomista, como reacción a una situación de autoritarismo y de centralismo exacerbado, en los que se hace necesario llegar a un equilibrio que rechace, tanto unos poderes estatales esterilizadores y absorbentes, como un cantonalismo disolvente y anárquico, lo que trata de evitarse con la concesión de legitimación a la Administración del Estado para poder residenciar jurisdiccionalmente determinados actos de las Entidades territoriales menores, correspondiendo a los Tribunales pronunciarse soberanamente sobre la legalidad o ilegalidad de los mismos, como hace la referida Ley de 28 de octubre de 1981; y, centrando la cuestión al tema que nos ocupa, que, por cierto, aunque parezca insólito, ha sido planteado ante el Tribunal Constitucional Federal alemán en relación a la celebración de un referendun, en virtud de los acuerdos de los municipios del Land de Hessen, sobre prohibición de armas atómicas, y que terminó con el rechazo del mismo —los resultados están a la vista— por sentencia que declara que ha de entenderse por asuntos de la comunidad local los “que están enraizados en ésta, o que con ella tienen una específica relación, y que pueden ser resueltos por la misma de forma independiente y bajo su propia responsabilidad”; y centrándonos, repetimos, al problema enjuiciado, es evidente que, a la luz de la Constitución, el Ayuntamiento se ha extralimitado al adoptar el acuerdo impugnado, invadiendo potestades propias del Poder Central, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 de la misma, aquél tiene competencia exclusiva en lo relativo a: defensa y Fuerzas Armadas (apartado 4º), bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (12º), instalaciones eléctricas (22º), Legislación básica sobre protección del medio ambiente (23º), bases del régimen energético (25º) y régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos (26º); es decir, salvo en casos específicos de transferencias en favor de las Comunidades Autónomas, el uso de la energía nuclear para fines pacíficos o bélicos es materia reservada al Estado; y, congruentemente con lo expuesto, la Ley 15/80, de 22 de abril, crea al Consejo de Seguridad Nuclear como único Organismo competente en esta materia, con funciones, que especifica su artículo 2º, que muestran inequívocamente el monopolio estatal respecto a la misma.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede la estimación del recurso; sin que se observe la existencia de motivos especiales para una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando la impugnación formulada por la Abogacía del Estado con base en lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 40/81, de 28 de octubre, y tramitada de acuerdo con las previsiones del 118 de la Ley Jurisdiccional, contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Ibiza en sesión extraordinaria celebrada el 24 de noviembre de 1983, que declara el término municipal “zona no nuclear”, debemos declarar y declaramos que tal acto administrativo no es conforme a Derecho y, en consecuencia, lo anulamos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

C. INDICE ANALITICO

Abstención, 1.	Bienes de dominio público, 3, 24.
Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, 51.	Citación, 4.
Administración portuaria, 28, 30.	Coerción, 7.
Arquitectos, 12.	Contribuciones especiales, 8, 17.
Audiencia a los interesados, 28, 30.	Convenios colectivos, 36.

- Derecho a la igualdad, 19.
- Derechos Fundamentales, 2.
- Desahucio administrativo, 3.
- Discrecionalidad, 58.
- Disposiciones de carácter general, 28.

- Estética, 55.
- Expropiación forzosa
 - Impugnación del justiprecio, 10, 53, 56, 57, 59.
 - Retasación, 46.

- Fondo de garantía salarial, 31, 47.
- Funcionarios públicos
 - Concurso, 18, 32, 50.
 - Derechos pasivos, 19.
 - Retribuciones y complementos, 42, 45, 54.

- Honorarios profesionales, 26.
- Huelga
 - Servicios mínimos, 6.
 - Audiencia al interesado, 6.

- Indemnización, 4.
- Impuesto
 - Licencia fiscal actividades comerciales e industriales, 35, 38.
 - Renta personas físicas, 39.
- Impugnación acuerdos de las Corporaciones Locales, 23, 49.
- Infracción urbanística, 37, 40, 55.
- Interés directo, 7.

- Legalización de obras, 9, 52.
- Licencia apertura de vial, 11, 27.
- Licencia de obras
 - En general, 44.
 - Infracción urbanística grave, 37, 40, 55.
 - Suspensión actos de las Corporaciones Locales, 1, 37, 40.

- Técnico competente, 25.
- Licencia para usos provisionales, 58.
- Liquidación tributaria
 - Impugnación, 8.
 - Litispendencia, 48.

- Notificación defectuosa, 22, 29.

- Ordenes de ejecución, 5, 21.

- Plan Parcial, 13.
- Prescripción, 52.

- Recurso de alzada, 30.

- Sanciones administrativas, 14, 15, 16, 20, 34, 36.
- Seguridad social
 - Cotización, 31, 43.
 - Limitación de prestaciones, 31.
 - Regímenes especiales, 47.
- Salario
 - Propinas, 33.

- Tasa
 - Balcones y miradores, 41.
- Taxis, 7.

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre: equiparación al mismo del uso distinto al fin pactado. Importancia de la discrecionalidad judicial. Apertura esporádica del local al público: no es por sí sola implicadora de cierre si se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del arrendatario. La disminución del tráfico negocial en el local y del consumo de energía, seguidas del traspaso del mismo, demuestran una intencionalidad de la que surge el concepto legal de cierre. Carga de la prueba: compete al arrendador suministrar un principio de prueba y al arrendatario desvirtuar la presunción que surge de aquella inicial probanza. Traspaso ilegal: lo supone la no comunicación del precio del traspaso separado del de los demás elementos patrimoniales transmitidos. *Sentencia de 13 de enero de 1984**.
2. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Reclamación de gastos comunes a propietario de edificio en régimen de propiedad horizontal. Innecesariedad de demandar al arrendatario aunque se exprese en el contrato que tal obligación de pago compete al mismo. *Sentencia de 13 de enero de 1984.*
3. **Juicio ejecutivo cambiario.** Letra librada por uno solo de los acreedores según el contrato subyacente: es intrascendente. Falta de provisión de fondos: no la supone la resolución de la venta subyacente por uno solo de los vendedores: actos posteriores que demuestran la pervivencia del contrato. *Sentencia de 16 de enero de 1984.*
4. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada cuyo

(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.

acierto encomia la Sala que aprecia la existencia de un negocio fiduciario no apreciado por el juez *o quo*. *Sentencia de 17 de enero de 1984*.

5. **Incompetencia de jurisdicción.** Extranjería. Real decreto de 17 de noviembre de 1852. Incompetencia de los tribunales españoles. Sumisión tácita: no la hay por no ser aplicables a los litigantes las leyes procesales españolas y no suponerla una comparecencia personal anterior a la personación en juicio. *Sentencia de 18 de enero de 1984*.
6. **Juicio ejecutivo cambiario.** Legitimación *ad procesum* y *ad causam*: diferencia. Excepción de falta de acción opuesta al librador ejecutante: desestimación. Falta de provisión de fondos: existencia de provisión. *Sentencia de 19 de enero de 1984*.
7. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por obras incontestadas. Cláusula contractual que permite a la arrendataria el destino del local al objeto que tenga por conveniente y que impide dar aquella calificación a las obras que sucesivamente emprende. *Sentencia de 19 de enero de 1984*.
8. **Arrendamiento de temporada.** Notas características de esta modalidad contractual según la doctrina del Tribunal Supremo. Antecedentes de hecho de los que se infiere que se trata de un arrendamiento sometido a la ley especial. Cauces procesales para ventilar las cuestiones arrendaticias según estén sometidas a esta ley o al Código civil. Juicio de desahucio y su naturaleza. Licitud de recurrir al declarativo correspondiente en vez de acogerse a los trámites del expresado. *Sentencia de 23 de enero de 1984**.
9. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Carga de la prueba: incumbe al librador probar aquellas relaciones con el librado normalmente determinantes de la aceptación y a éste desvirtuar la provisión demostrando el hecho o circunstancia obstativa. No es prueba de improvisión la resolución contractual origen de las letras y el subsiguiente retiro de las mercancías servidas por el librador ejecutante, ni el abono en la cuenta del librado del producto de la venta a un tercero de parte de los géneros retirados ya que con posterioridad fueron renovadas las letras originarias mediante las que son objeto de ejecución. *Sentencia de 23 de enero de 1984**.

10. **Responsabilidad civil.** Culpa contractual. Daños producidos a vehículos estacionados en garage por desprendimientos del techo. Presunción de culpa y obligación de indemnizar a cargo del titular. *Sentencia de 23 de enero de 1984.*
11. **Cosa juzgada penal.** Lo resuelto en esta jurisdicción en torno a la responsabilidad civil agota las pretensiones indemnizatorias en la civil. *Sentencia de 24 de enero de 1984.*
12. **Falta de legitimación activa.** Excepción alegada en la segunda instancia. Principio de preclusión y doctrina de los actos propios que imponen la desestimación de la excepción. Propiedad horizontal: facultades representativas del presidente. Reclamación de gastos comunes: requisitos de procedibilidad. *Sentencia de 25 de enero de 1984.*
13. **Recurso de apelación.** Incomparecencia del letrado recurrente. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 26 de enero de 1984.*
14. **Litisconsorcio necesario.** Fundamento. Juicio de retracto. Innecesariedad de demandar al vendedor. *Sentencia de 26 de enero de 1984*.*
15. **Contrato de corretaje.** Concepto y naturaleza jurídica. Derecho del mediador a percibir el premio aun cuando no se consume la operación en que intervino. Agentes de la propiedad inmobiliaria: reglamento sobre honorarios. *Sentencia de 30 de enero de 1984*.*
16. **Divorcio.** Contribución a las cargas del matrimonio. Supuestos en que descansa la atribución de pensión por esta causa. Inexistencia de fundamento. *Sentencia de 31 de enero de 1984.*
17. **Juicio ejecutivo.** Rigorismo formal que preside esta clase de juicios y que permite admitir en segunda instancia motivos de nulidad no alegados en la primera. Indebida acumulación de acciones ejecutivas cambiarias y ejecutivas dimanantes de aval extracambiario. El impago de las letras no supone la obligación de pago de los avalistas. Infracción del art. 156 de la Lec. que supone la nulidad del juicio al amparo del n° 2 del art. 1467 de la Lec. *Sentencia de 31 de enero de 1984*.*
18. **Principio de preclusión.** Cuestiones alegadas en el escrito de conclusiones lo que impide su acogimiento. Cláusula penal prevista

en contrato de edificación: doctrina del Tribunal Supremo sobre tal clase de pactos. *Sentencia de 31 de enero de 1984.*

19. **Retracto arrendaticio urbano.** Trasmisión de una finca parcialmente arrendada al accionante: impide el éxito de la demanda. *Sentencia de 31 de enero de 1984.*
20. **Recurso de apelación.** Incomparecencia del letrado recurrente. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 3 de febrero de 1984.*
21. **Cosa juzgada material.** Para su existencia es preciso que la sentencia recaída en el pleito anterior entrara en la cuestión de fondo. Existencia de diferencias entre una y otra demanda. Orden de 9 de agosto de 1974 y responsabilidad de las agencias de viaje como representantes de Tour operadores extranjeros. Contrato de reserva de plazas hoteleras. *Sentencia de 3 de febrero de 1984*.*
22. **Recurso de apelación.** Incomparecencia del letrado recurrente. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 6 de febrero de 1984.*
23. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre. Estimación de la demanda. *Sentencia de 6 de febrero e 1984.*
24. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Petición de nulidad del título por fijar cantidad líquida superior a la reglamentariamente establecida. La Sala estima, no obstante, plus petición. *Sentencia de 6 de febrero de 1984*.*
25. **Servidumbre de "altius non tollendi".** *Sentencia de 6 de febrero de 1984.*
26. **Contratos: interpretación.** *Sentencia de 8 de febrero de 1984.*
27. **Arrendamiento de industria.** Reclamación por menoscabos sufridos en lo arrendado: falta de prueba. *Sentencia de 8 de febrero de 1984.*
28. **Nulidad de testamento por falta de capacidad mental del testador.** Principios que rigen la materia y doctrina del Tribunal Supremo. Estudio y valoración de los hechos concurrentes y pruebas practicadas. *Sentencia de 8 de febrero de 1984*.*

29. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 11 de febrero de 1984.*
30. **Reclamación de cantidad.** Trabajos de excavación de naturaleza extra a los contratados y cobrados. Falta de prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 11 de febrero de 1984.*
31. **Seguridad social.** Convenio suscrito con la Agrupación Nacional de Entidades Aseguradoras de Automóviles. Reclamación de cantidad. *Sentencia de 11 de febrero de 1984.*
32. **Arquitectos.** Reclamación de cantidad importe de honorarios facultativos. *Sentencia de 11 de febrero de 1984.*
33. **Compraventa mercantil.** Comisionistas: falta de prueba de la comisión. *Sentencia de 14 de febrero de 1984.*
34. **Arrendamientos rústicos.** Resolución por muerte del usufructuario arrendador. Vías procesales para el ejercicio de la acción resolutoria. El uso de un proceso inadecuado no supone la nulidad del mismo si ello no implica indefensión. Naturaleza rústica y no urbana del predio. *Sentencia de 16 de febrero de 1984*.*
35. **Separación matrimonial.** Convenio privado suscrito con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981. Custodia de los hijos: mantenimiento de la situación convenida atendido el bien de los mismos. Pensión alimenticia: improcedencia al estar orientada al sustento de los hijos cuya custodia no corresponde al cónyuge instante. Pensión compensatoria: fundamento de la misma y elementos precisos para su concesión. Litis-expensas. *Sentencia de 18 de febrero de 1984*.*
36. **Recurso de apelación.** Incomparencia del letrado recurrente. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 18 de febrero de 1984.*
37. **Arquitecto.** Naturaleza del contrato que le une con el cliente. Soluciones doctrinales y criterio de la Sala. Proyecto inviable por razones urbanísticas: no obsta a la obligación de pago de los correspondientes honorarios facultativos. *Sentencia de 18 de febrero de 1984*.*
38. **Juicio ejecutivo.** Iliquidez: la supone la inconcreción del débito im-

putable a un fiador que revocó, con la aquiescencia del ejecutante, la garantía. *Sentencia de 20 de febrero de 1984.*

39. **Competencia territorial.** Divorcio. Carácter imperativo de las reglas competenciales que rigen esta materia, inalterables por actos de sumisión. *Sentencia de 23 de febrero de 1984.*
40. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria. Pensión compensatoria: procedencia de la misma. Litis expensas. Fondos bancarios comunes que impiden su concesión. *Sentencia de 24 de febrero de 1984.*
41. **Acción ordinaria y no cambiaria.** Los documentos acompañados con la demanda no son elementos de los que se debe inferir la clase de acción ejercitada. Aportación de documentos extemporánea: consecuencias. *Sentencia de 24 de febrero de 1984*.*
42. **Contrato de seguro.** Reclamación de primas. *Sentencia de 24 de febrero de 1984.*
43. **Venta a plazos.** Acción indemnizatoria por incumplimiento del comprador. Valoración de la prueba y estimación de la demanda. *Sentencia de 25 de febrero de 1984.*
44. **Juicio ejecutivo.** Póliza de crédito: disponibilidad excesiva sobre la cantidad pactada en la póliza. No supone novación extintiva. Requisitos de la misma. Acción dirigida contra un fiador: estimación parcial de la demanda limitada a la cantidad pactada en la póliza. *Sentencia de 25 de febrero de 1984*.*
45. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos: desestimación de la misma. La sentencia admite la posibilidad de suscitarse de nuevo esta cuestión en un posterior declarativo. Plus petición: error de suma. Estimación de la excepción. *Sentencia de 25 de febrero de 1984.*
46. **Tercería de dominio.** Título de tercerista constituido por documento privado. Análisis conjunto de la prueba del que resulta dicho dominio. Presunción hipotecaria de exactitud. Estimación de la demanda. *Sentencia de 25 de febrero de 1984.*
47. **Separación matrimonial.** Litis expensas: denegación al resultar probada la propiedad de la demandada sobre determinados bienes

- pese a la inconcreción de su valor. Pensión compensatoria: no puede pretenderla el cónyuge que dilapida los bienes y permanece en voluntaria situación de paro. Ajuar doméstico: atribución al cónyuge al que se confían los hijos. *Sentencia de 25 de febrero de 1984.*
48. **Juicio ejecutivo.** Incompetencia de jurisdicción: sometimiento al juzgado distinto del consignado en la póliza. Actos y declaración de voluntad, en confesión en juicio, de los que se infiere el deseo de aceptar la competencia del juzgado al que acudió el actor. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 25 de febrero de 1984.*
49. **Separación matrimonial.** Alimentos. Análisis de la situación económica de los cónyuges y cuantificación de los alimentos. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*
50. **Arrendamiento de obra.** Su ejecución incompleta y deficiente constituye un capítulo indemnizable al amparo del artículo 1101 Cc. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*
51. **Arquitectos.** Existencia de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales que se infiere de actos anteriores, coetáneos y posteriores. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*
52. **Reconocimiento de deuda.** Doctrina jurisprudencial. Negocios abstractos y desvinculación de la causa que se presume y releva de la carga de la prueba. Inexistencia de la misma y "falta de demostración a cargo del accionante". *Sentencia de 19 de febrero de 1984*.*
53. **Arrendamientos urbanos.** Procedimiento adecuado según se trate o no de derechos reconocidos en la ley especial. Pretensiones fundadas en la misma: la normativa aplicable es la del derecho común. *Sentencia de 29 de febrero de 1984*.*
54. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*
55. **Juicio de desahucio.** Arrendamiento de industria: notas características de esta modalidad contractual. Doctrina jurisprudencial. Expiración del plazo. *Sentencia de 29 de febrero de 1984*.*
56. **Propiedad horizontal.** Reclamación de gastos comunes. Falta de legitimación pasiva al no ser la demandada propietaria de la concreta

parte determinada: desestimación de la excepción al resultar ser la excepcionante titular registral, presunción que no destruye un documento privado de venta otorgado, como vendedor, por persona distinta de la demandada no anterior al título que causó la inscripción y no haberse adverbado en juicio tal documento. Intranscendencia del destino y dedicación del local sobre el que gravitan las cuotas impagadas. Validez de los recargos aprobados en junta. *Sentencia de 29 de febrero de 1984**.

57. **Responsabilidad civil.** Accidente de circulación. La acción directa contra la compañía aseguradora en base al seguro voluntario precisa que el siniestro fuese causado mediando acción culposa o negligente del asegurado, lo que debe presumirse. Análisis de los hechos de los que se desprende la actuación diligente del conductor asegurado. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*
58. **Simulación.** La validez del negocio disimulado depende de que su causa sea verdadera y lícita. Venta simulada: elementos de hecho de los que se deduce tal calificación. Acción de petición de legítima que se pretendió burlar mediante aquellas ventas simuladas. *Sentencia de 1 de marzo de 1984**.
59. **Juicio ejecutivo.** Novación por sustitución del deudor. *Sentencia de 1 de marzo de 1984.*
60. **Recurso de apelación.** Inasistencia del letrado recurrente al acto de la vista. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 5 de marzo de 1984.*
61. **Arrendamiento de industria.** El carácter de tal no queda desvirtuado por la aportación del arrendatario de nuevos elementos para una mejor explotación de la empresa. Falta de inventario: no desvirtúa aquella calificación. *Sentencia de 5 de marzo de 1984.*
62. **Arrendamientos urbanos.** Traspaso, subarriendo o cesión. Estudio de los hechos de los que se desprende el consentimiento del arrendador a la introducción en el local del supuesto tercero. *Sentencia de 5 de marzo de 1984.*
63. **Servidumbre de paso.** Acción negatoria. *Sentencia de 7 de marzo de 1984.*
64. **Simulación.** Falta de prueba. Legítima en Ibiza: actos dispositivos

- patrimoniales que no afectan a tales derechos. *Sentencia de 7 de marzo de 1984.*
65. **Recurso de apelación.** Incomparecencia del letrado apelante al acto de la vista. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 7 de marzo de 1984.*
66. **Responsabilidad civil.** Acción indemnizatoria ejercitada por el Estado cifrada en la lesión de un funcionario motivadora de su baja del servicio y determinados, aquéllos, por la obligación de pago del sueldo durante la baja. Falta de concreta evaluación de los supuestos perjuicios. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 7 de marzo de 1984*.*
67. **Pobreza.** Requisitos para la concesión del beneficio. Ocultación de medios de subsistencia no maliciosa. *Sentencia de 9 de marzo de 1984.*
68. **Subcontrato.** Reclamación de cantidad al subcontratista. Estimación de la demanda. *Sentencia de 13 de marzo de 1984.*
69. **Separación matrimonial.** Ejecución de sentencia canónica. Custodia de los hijos: mantenimiento de la situación actual más conveniente al bien de los mismos. Pensión alimenticia: es consecuencia de la atribución de la guarda de los hijos sin que se oponga a su concesión el que no se solicitara antes desde la separación canónica. *Sentencia de 13 de marzo de 1984.*
70. **Saneamiento por vicios ocultos.** Acciones redhibitoria y estimatoria: finalidad, alcance y requisitos. *Sentencia de 14 de marzo de 1984.*
71. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Distintos suscriptores del contrato causal y del acepto; vinculación entre ambos. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 14 de marzo de 1984.*
72. **Arquitectos.** Reclamación de honorarios por dirección de obra. Modificación del proyecto por deseo del comitente y no por defectuosa proyección. *Sentencia de 15 de marzo de 1984.*
73. **Juicio de desahucio.** Calificación del contrato: es de industria, no desvirtuando tal carácter la introducción por el arrendatario de

- nuevo menaje o mobiliario. Expiración del plazo. *Sentencia de 15 de marzo de 1984**.
74. **Pobreza.** Salarios eventuales: indiferencia de su importancia. Concesión del beneficio. *Sentencia de 15 de marzo de 1984.*
75. **Contrato de arrendamiento.** Destrucción parcial del objeto arrendado: no enerva la obligación de pagar la renta al no haber probado la falta de culpa o negligencia por su parte. *Sentencia de 16 de marzo de 1984.*
76. **Tercería de dominio.** Prueba del mismo que recae sobre un automóvil. Posesión y título. *Sentencia de 21 de marzo de 1984**.
77. **Cosa juzgada penal.** Lo resuelto en esta jurisdicción vincula a la civil. *Sentencia de 21 de marzo de 1984.*
78. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 21 de marzo de 1984.*
79. **Propiedad horizontal.** Impugnación de acuerdos: caducidad de la acción por lo que el cómputo es por días naturales. Efectos de la inserción del acta en el correspondiente libro legalizado: exactitud y veracidad. *Sentencia de 21 de marzo de 1984.*
80. **Juicio ejecutivo cambiario.** Insuficiencia de timbre: es subsanable en cualquier momento hasta sentencia. Protesto realizado a empleo de entidad bancaria en que se domicilió la Letra: es válido y eficaz. Necesidad del mismo aun cuando se ejercite una acción ordinaria. Plus-petición: no la supone la reclamación de los gastos de protesto pese a contener la cambial la cláusula "sin gastos". *Sentencia de 21 de marzo de 1984**.
81. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre: Local destinado a venta de billetes de una compañía de transportes. Análisis de la prueba de la que resulta la concurrencia de la causa alegada que no queda enervada por la dedicación de aquél a otras actividades que no implican comunicación con el público. *Sentencia de 23 de marzo de 1984.*
82. **Acción declarativa de dominio.** Inmueble vendido bajo reserva de dominio hasta tanto no se hubiera pagado el íntegro precio y transmitido antes de que ello tuviera efecto. Calificación de este último

- contrato como de cesión de derechos. Concepto jurisprudencial del pacto de reserva de dominio y consecuencias. *Sentencia de 23 de marzo de 1984**.
83. **Juicio de desahucio.** Litispendencia: no se produce dada la sumariidad del proceso. Doctrina del Tribunal Supremo. Excepción de cuestión compleja: es de interpretación restrictiva, suponiéndola la determinación de si lo arrendado es industria o local. Interpretación del contrato de la que se infiere que lo arrendado es una industria. *Sentencia de 23 de marzo de 1984**.
84. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima: Requisitos para su estimación. Maniobras de fortuna: ámbito de las mismas. La invocación de tal culpa debe hacerse como motivo de nulidad. *Sentencia de 24 de marzo de 1984**.
85. **Juicio ejecutivo cambiario.** La insuficiencia del poder para pleitos no es oponible en estos procedimientos y es, además, vicio subsanable. *Sentencia de 24 de marzo de 1984*.
86. **Masters Bill.** Concepto. *Sentencia de 24 de marzo de 1984**.
87. **Contrato de seguros.** Reclamación de primas: análisis de la póliza. Pasividad de la compañía aseguradora dentro del tiempo pactado en aquélla determinante de su anulación y de la consiguiente irrecuperabilidad de las primas desde que se operó tal anulación automática. *Sentencia del 24 de marzo de 1984*.
88. **Acción declarativa de dominio.** Intranscendencia, a efectos del mismo, de la titulación fiscal. *Sentencia de 27 de marzo de 1984*.
89. **Arrendamientos urbanos.** Obras incontestadas: las supone la construcción de un cielo raso que disminuye el volumen del local. El conocimiento no supone consentimiento. *Sentencia de 27 de marzo de 1984*.
90. **Tercería de dominio.** Requisitos para su viabilidad. Especial consideración del título en fase de admisión de la demanda y de resolución del litigio. Consecuencias de la rebeldía en estos procedimientos y su atemperación mediante diligencias para mejor proveer. Documentos privados cuya fecha no ha sido justificada. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 27 de marzo de 1984*.

91. **Recurso de apelación.** Incomparecencia del letrado apelante al acto de la vista. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 30 de marzo de 1984.*
92. **Acción reivindicatoria.** Falta de coincidencia de la cabida del terreno en disputa con la cosignada en el título. Estimación de la demanda. *Sentencia de 30 de marzo de 1984.*
93. **Responsabilidad decenal.** Concepto de ruina. Litisconsorcio pasivo necesario: inexistencia al ser tal responsabilidad de carácter solidario. Sustitución de elementos que se dicen defectuosos con anterioridad a la demanda. Falta de prueba. *Sentencia de 31 de marzo de 1984.*
94. **Fianza.** Acción de repetición del fiador que pagó por el deudor principal contra los demás cofiadores. Requisitos y presupuestos para el éxito de esta acción: reclamación judicial contra el accionante e insolvencia del deudor principal: quiebra de éste y falta de justificación de que se hallara en tal estado en el momento del pago. Desestimación de la demanda y de la apelación, con costas. *Sentencia de 31 de marzo de 1984*.*
95. **Acción cambiaria declarativa.** Falta de protesto. Supone la pérdida de esta acción salvo que la Letra fuera librada con la cláusula "sin gastos". *Sentencia de 31 de marzo de 1984*.*
96. **Cosa juzgada.** Requisitos. Inexistencia. *Sentencia de 4 de abril de 1984.*
97. **Contrato vitalicio.** Resolución por incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada. Falta de prueba. *Sentencia de 4 de abril de 1984.*
98. **Actos propios.** Va contra los mismos quien contradice en el pleito lo que reconoció en el acto de conciliación previo. *Sentencia de 6 de abril de 1984.*
99. **Propiedad horizontal.** Modificación de la configuración exterior del inmueble. *Sentencia de 6 de abril de 1984.*
100. **Servidumbre de paso.** Requisitos para su concesión: Predio que aspira a dominante lindante con camino público. Obsta a la concesión de la servidumbre aunque el costo de la efectiva comunicación

sea muy elevado. *Sentencia de 6 de abril de 1984.*

101. **Dominio.** Limitaciones impuestas al mismo por el transmitente en orden a determinados aspectos de la construcción a levantar en los terrenos vendidos. Fuerza de obligar. Doctrina del abuso del derecho. Demolición de lo construido conculcando aquellas limitaciones. *Sentencia de 6 de abril de 1984.*
102. **Juicio ejecutivo.** Póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles. Estimación de la demanda. *Sentencia de 10 de abril de 1984.*
103. **Servidumbre de paso.** Delimitación del terreno por la que discurre. *Sentencia de 10 de abril de 1984.*
104. **Responsabilidad civil.** Accidente de circulación: Ausencia de culpa o negligencia en el demandado. *Sentencia de 10 de abril de 1984.*
105. **Divorcio.** Pensión alimenticia: importe de la misma. *Sentencia de 12 de abril de 1984.*
106. **Acción de deslinde.** Presupuestos y doctrina del Tribunal Supremo. La determinación del punto de tangencia en función de la posesión es subsidiaria a la falta de determinación en el título, al igual que el reparto proporcional del terreno en litigio. *Sentencia de 12 de abril de 1984.*
107. **Juicio ejecutivo cambiario.** Génesis y evolución de los procesos ejecutivos. Relación de las excepciones y motivos de nulidad oponibles en estos procesos. Excepción de pago. Falta de prueba. *Sentencia de 13 de abril de 1984.*
108. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima: análisis de los hechos. Estimación de la excepción. *Sentencia de 13 de abril de 1984.*
109. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: requisitos para concederla y circunstancia a considerar para determinar su importe. *Sentencia de 17 de abril de 1984.*
110. **Liticonsorcio pasivo necesario.** Concepto. *Sentencia de 17 de abril de 1984.*
111. **Cesión de créditos.** Alcance de la notificación de la cesión al

- deudor. Prueba de la deuda: no la supone la expresada notificación. Incongruencia por "ultra-petita". *Sentencia de 21 de abril de 1984.*
112. **Juicio ejecutivo cambiario.** Cargo del importe de la letra en cuenta del librador por la entidad bancaria tomadora ejecutante. Posterior retroceso del apunte contable por falta de fondos en aquella cuenta y ejercicio de la acción contra el librado aceptante. Excepción de pago. Desestimación de la misma. *Sentencia de 21 de abril de 1984.*
113. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos: no la supone la posterior hipoteca del piso vendido por estar pactada tal posibilidad en el contrato causal; ni la falta de otorgamiento de escritura pública por estar condicionada la misma en aquél al pago íntegro del precio. Letra en blanco: validez de la misma y doctrina del Tribunal Supremo. Iliquidez: desestimación. Falta de la palabra "acepto" o "aceptamos": intrascendencia. *Sentencia de 21 de abril de 1984.*
114. **Contrato de hospedaje.** Notas características y diferenciadoras del de arrendamiento. *Sentencia de 24 de abril de 1984*.*
115. **Juicio ejecutivo.** Talón de cuenta corriente al portador. Legitimación activa: la tiene el tenedor del documento. Régimen del protesto: no es precisa su notificación al librador. Cambio del criterio de la Sala sostenido en su sentencia de 3 de noviembre de 1980. *Sentencia de 25 de abril de 1984*.*
116. **Reclamación de cantidad.** Falta de prueba. *Sentencia de 26 de abril de 1984.*
117. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Lesiones producidas por el conductor, desconocido, de un vehículo robado. Procedimiento dirigido contra el Fondo Nacional de Garantía pese a estar cubierto el vehículo por el seguro obligatorio. Interpretación de la legislación aplicable. Estimación de la demanda. *Sentencia de 27 de abril de 1984*.*
118. **Juicio ejecutivo cambiario.** Letra en blanco. Tal forma de aceptación implica conformidad con su ulterior integración. Falta de prueba de que la misma se llevará a cabo en forma distinta de la pactada. Desestimación de la excepción de falsedad civil. Falta de provisión de fondos. Inexistencia. *Sentencia de 27 de abril de 1984.*

119. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Inexistencia. No es preciso llamar al pleito a quien no intervino en un contrato privado de compra aunque públicamente la cosa se escriture en aquel contrato. Ausencia de novación subjetiva y objetiva. *Sentencia de 27 de abril de 1984.*
120. **Juicio ejecutivo.** Póliza de afianzamiento. *Sentencia de 30 de abril de 1984.*
121. **Recurso de apelación.** Inesistencia del letrado apelante al acto de la vista. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 30 de abril de 1984.*
122. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: no es óbice para su concesión el que fuera el cónyuge beneficiario al causante de la separación. *Sentencia de 30 de abril de 1984.*
123. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Prescripción: inicio del cómputo a partir de la notificación del auto al perjudicado. Costa juzgada penal: no la supone lo resuelto en el juicio de faltas previo. Culpa exclusiva de la víctima. *Sentencia de 30 de abril de 1984*.*
124. **Recurso de apelación.** Inasistencia del letrado recurrente al acto de la vista. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 30 de abril de 1984.*
125. **Responsabilidad decenal.** Deficiente dosificación del hormigón. Condena del contratista y del aparejador. *Sentencia de 30 de abril de 1984.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

1

1. **ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Resolución por cierre: equiparación al mismo del uso distinto al fin pactado. Importancia de la discrecionalidad judicial. Apertura esporádica del local al público: no es por sí sola implicadora de cierre si se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del arrendatario. La disminución del tráfico negocial en el local y del consumo de energía, seguidas del traspaso del mismo, demuestran una intencionalidad de lo que surge el concepto legal de cierre. Carga de la prueba: compete al arrendador suministrar un principio de prueba y al arrendatario desvirtuar la presunción que surge de aquella inicial probanza. Traspaso ilegal: lo supone la no comunicación del precio del traspaso separado del de los demás elementos patrimoniales transmitidos. *Sentencia de 13 de enero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la ordenación arrendaticia urbana, aunque informada por un patente afán de proteger los derechos e intereses del arrendatario, puesto de relieve en muchos de sus preceptos, no descuida tampoco la tutela del arrendador, manteniendo así un equilibrio entre los intereses de ambos siempre afectados por la incidencia social que la cuestión arrendaticia ofrece. Una clara manifestación de este equilibrio se muestra en torno a la duración del contrato, en que la regla general de su prórroga obligatoria (artículo 57 de la Ley de arrendamientos urbanos) se ve contrapesada por un conjunto de hipótesis en que preponderan los intereses del arrendador (artículo 62 de dicha Ley), bien sea debido a la preferente y excluyente necesidad de éste, bien sea por razón de haber cesado la necesidad del arrendatario —siempre presumida por la Ley— de proseguir el curso temporal arrendaticio. El caso contemplado en el número tercero del citado artículo 62 —desocupación o cierre de vivienda o de local de negocio— encuentra su fundamento en una absoluta falta de necesidad del arrendatario en continuar la relación arrendaticia: la desocupación o cierre del objeto arrendado evidencia la inutilidad que éste tiene para el arrendatario, en cuyo caso resurgen los intereses del arrendador que, reputados entonces prevalentes por la norma, excluyen definitivamente al arrendatario de la relación contractual. Es obvia, pues, la despreocupación del arrendatario sobre el objeto locado y, consiguientemente, la norma ordenadora de estas especiales relaciones pierde el interés tutelador que la movía y lo traslada al arrendador, protegiendo tanto sus intereses físicos (en el caso de material abandono de la vivienda o local) como sus intereses económicos (en el caso de que el local albergue un determinado negocio sujeto a una clientela potenciadora de su rendimiento y consiguiente valoración económica), y aún el interés social del servicio al

público (sentencia de 5 de abril de 1961). El problema nuclear del precepto de referencia se halla, pues, en la noción de "cierre" del local de negocio: no es éste un concepto que pueda ser delineado abstractamente o desvinculado de la realidad de las cosas, sino que está relacionado con el concreto contenido contractual que liga a los interesados sobre el destino o actividad a que debe dedicarse el local arrendado. Se hace precisa así una actividad interpretativa encaminada a averiguar el destino negocial a que debía someterse el local arrendado, así como sus características y las condiciones en que debía ser desarrollado; para ello deberá estarse, ante todo, al tenor contractual y, en su defecto, a todo aquello que, en una interpretación lógica y adecuada a los pactos suscritos, indique con suficiente certeza la actividad que debía realizarse en el local. De esta exégesis, que constituye el presupuesto necesario para solventar cualquier problema sobre desocupación de viviendas o cierre de locales, debe extraerse, por vía negativa, la conclusión pertinente acerca de la concurrencia o no de un cierre o desocupación. El cierre viene configurado así como la falta de desarrollo de la actividad pactada, bien sea porque no se realiza en el local actividad negocial ninguna, bien sea porque no es utilizado de acuerdo con el destino pactado. La doctrina jurisprudencial ha sentado que "el local ha de usarse a su adecuado fin, y cuando éste no se cumple, cuando está sin el uso pactado, cuando el local está abandonado de uso... procede la resolución del contrato" (sentencia de 27 mayo de 1970), añadiéndose —en sentencia de 7 de Junio de 1971— que no cabe interpretar literalmente el precepto contenido en el número tercero del artículo 62, "sino que alude a que (el local) no sea utilizado en la misma manera que venía haciéndose conforme al destino pactada en el arrendamiento, es decir, a que deje de dársele el uso comercial, industrial, fabril o de servicio convenido, y para el cual fue arrendado". Así pues, tanto la ausencia de actividad como la variación en la actividad, cuantitativa o cualitativamente, significan un efectivo cierre del local o, como dice la sentencia de 8 de febrero de 1965, constituye cierre a los efectos de este precepto "el no desempeño de la actividad negocial o el no uso de la cosa para el fin a que se destinó". Todas estas apreciaciones quedan sujetas a la discrecionalidad judicial, y así corresponde valorar a los Tribunales, ante todo, cuál es el destino dado contractualmente al local arrendado y, partiendo de ese presupuesto, si se desarrolla en el algún tipo de actividad y si es precisamente la acordada o, en su caso, si concurre alguna justa causa fundamentadora del cierre. Todas estas consideraciones deben ser vertidas al presente caso litigioso, haciéndose así aplicación de la correlación que debe existir entre destino negocial y cierre, según el concepto acabado de expresar.

CONSIDERANDO: Que es admisible una no total ausencia de actividad en el local arrendado, porque ha quedado patentizado que el arrendatario apelante —subrogado en la posición contractual de su madre— abría algunos días y en horas irregulares la tienda de comestibles, manteniendo en consecuencia relaciones más o menos esporádicas o regulares con diversos proveedores de alimentos, por lo que queda centrada la dialéctica litigiosa entre los términos "prosecución normal del destino arrendaticio originariamente pactado" y "variación cuantitativamente relevante del destino", reductor de la actividad negocial: la decisión inclinada hacia uno u otro término produce la inevitable consecuencia de o bien mantener incólume la relación contractual o bien resolverla por estimar concurrente un supuesto de cierre legalmente previsto. Bien es cierto que no toda variación cuantitativa de la actividad negocial comporta la estimación de la hipótesis legal de cierre, sino que debe ser relacionada con el comportamiento seguido por el arrendatario: así, si la disminución del volumen negocial obedece a causas o circunstancias ajenas a su voluntad, no cabe reputar alterado el destino arrendaticio, porque concurre un manifiesto interés en el arrendatario por proseguir normalmente su negocio, en cuyo caso el interés tutelador de la norma se concentra en éste y procura impedir actitudes abusivas del arrendador; pero si la conducta o la voluntad del arrendatario se revela como carente de un verdadero interés por continuar la explotación del negocio de acuerdo con el destino arrendaticio pactado, la incidencia protectora de la norma desaparece y se traslada consiguientemente a la esfera de intereses del arrendador. Así ocurre cuando se constata un completo cese en cualquier actividad negocial, cuando se comprueba una modificación cualitativa en el negocio seguido en el local, sustituyéndose o transformándose el inicialmente existente, o cuando se denota una reducción en la actividad como consecuencia de razones no ajenas a la voluntad del mismo arrendatario, es decir, cuando se constata que esa disminución negocial tiene su fundamento en un interés divergente o contradictorio con aquél que, previsto

contractualmente, debía mover la actividad comercial del arrendatario. Las ficciones de explotación constituyen un claro supuesto en que está ausente dicho interés contractual, sustituido por el particular y unilateral del arrendatario, que le lleva a crear y mantener una apariencia de actividad —lo que a su vez recaba ilícita o fraudulentamente el interés tutelador de la norma— con el objeto de conseguir un efecto beneficioso para los exclusivos intereses del arrendatario, con olvido de los fines contractuales y de la incidencia protectora de la norma, fundamentada a su vez en claras consideraciones de índole social. La comprobación, pues, de que el comportamiento del arrendatario está guiado por la consecución de fines particulares, ajenos a la verdadera voluntad contractual, y de que las razones que le mueven han tenido un reflejo objetivo en la marcha correcta y normal del negocio a que el local arrendado está destinado, quedando reducido o mermado su volumen de explotación como consecuencia de ello, debe traer la consecuencia estimatoria del cierre del local, porque el ordenamiento jurídico no puede proteger situaciones anómalas en que el arrendatario se prevale, mediante la creación de una apariencia negocial, de un interés tutelador establecido para supuestos muy distintos, en los que priman lealtad y buena fe contractuales. En el caso aquí debatido no existe un cierre físico absoluto, pero se muestra un comportamiento anormal en el arrendatario quien, habiéndose subrogado por ministerio de la Ley en la posición del arrendatario fallecido —su madre, quien a su vez se había anteriormente subrogado, también en virtud de lo prevenido legalmente—, mantuvo una apariencia de correcta y normal explotación del negocio locaticio; y así concurre un conjunto de elementos probatorios indicativos de que en efecto ocurrió de esta manera: la constatación notarial del cierre físico del local durante dos días determinados, la ausencia de consumo, de agua y luz durante algunos meses (así consta en la facturación correspondiente a algunos recibos comprendidos en el periodo que discurre entre los días 8 de enero y 25 de noviembre de 1980, fechas durante las cuales el apelante ostentó la condición de arrendatario, hasta que se produjo el traspaso del negocio a un tercero), las mismas declaraciones testificales —indicativas de que el local era abierto algunos días y en horas irregulares, de que eran relativamente escasas las mercancías destinadas al comercio y de que era mínimo el tráfico negocial allí desarrollado y, en general, la conjunta apreciación del material probatorio, llevan a la conclusión de que se produjo una manifiesta disminución en el volumen negocial a partir del instante en que el arrendatario entró en el contrato por vía de subrogación. Si a estos elementos de valoración se añade la manifiesta voluntad del arrendatario de traspasar el negocio, cosa que tuvo lugar varios meses antes de producirse la subrogación, cuando el actual arrendatario no era más que representante de su madre y movía los intereses de ésta no puede seguirse sino la conclusión de que creó una ficción o apariencia de explotación, no susceptible de ser reconocida ni amparada por el ordenamiento jurídico (sentencia de 12 de marzo de 1969): el interés tutelador de la norma deja de proyectarse sobre los intereses del arrendatario y se desplaza hacia el legítimo del arrendador. Todas estas afirmaciones se consolidan además si se hace aplicación de los principios procesales informantes de la carga probatoria: dada la dificultad que para el arrendador supone el tener que demostrar cumplidamente el hecho del cierre en cualquiera de sus modalidades o vertientes jurisprudencialmente admitidas y, desde luego, el hecho de una apariencia o ficción de actividad negocial acorde con el destino arrendaticio pactado, y habida cuenta la gran facilidad con que el arrendatario puede demostrar lo contrario, basta con que aquél aporte algún dato o indicio objetivo indicativo de un presunto cierre; el sistema de presunciones regulado jurídicamente entra en juego y produce el efecto de trasladar al arrendatario el deber de probar que la presunción creada es incierta o no ajustada a la realidad. La afirmación inicial del arrendatario —apoyada en la constatación notarial antedicha— no ha sido en modo alguno desvirtuada mediante la actividad probatoria del arrendatario, sino que se ha consolidado definitivamente, ya que de los elementos antes apuntados y de la apreciación conjunta de la prueba se desprende existente una apariencia de actividad comercial: aunque haya habido algún suministro de mercancías y aunque haya sido físicamente abierto el local durante algunos días, ello no rompe el estado ficticio creado por el arrendatario; los datos objetivos —disminución de la actividad negocial y anuncio de un ulterior traspaso, unidos a una apreciación conjunta de la prueba— ya apuntados, permiten concluir estimando engendrada una situación de ficción o apariencia en manera alguna desvirtuada. Por consiguiente, debe reputarse existente una alteración cuantitativa en el destino del local dependiente de la voluntad unilateralmente interesada del arrendatario y, por ende, un efectivo cierre del local.

CONSIDERANDO: Que, habiéndose aducido también como causa resolutoria la quinta del artículo 114 de la Ley especial arrendaticia, sobre incumplimiento de la preceptiva aplicable en materia de traspaso de local de negocio, y en concreto de lo preceptuado en el artículo 41, que obliga, entre otros particulares, a consignar en la escritura que solemnice la cesión "el precio del traspaso del local separadamente del que corresponda a los restantes bienes transmitidos", debe prosperar igualmente la pretensión así formulada, pues de la mera lectura de dicha escritura se desprende el incumplimiento de tan fundamental requisito si se pone en comparación con la notificación previa al traspaso en la que, dirigida asimismo por conducto notarial, se especificó y distinguió entre ambos conceptos. Consiguientemente, el incumplimiento de este requisito debe ser sancionado con el efecto previsto en el indicado precepto: el traspaso así efectuado no obliga al arrendador y, por tanto, procede la resolución contractual.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones que fundamenten 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. M.M. en nombre y representación de F.J.A.M. y J.M.D. contra la sentencia de veintiocho de abril 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 sus pronunciamientos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia (Ponente: Carlos Climent Durán).

8

ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA. Notas características de esta modalidad contractual según la doctrina del Tribunal Supremo. Antecedentes de hecho de los que se infiere que se trata de un arrendamiento sometido a la ley especial. Cauces procesales para ventilar las cuestiones arrendaticias según estén sometidas a esta ley o al Código civil. Juicio de desahucio y su naturaleza. Licitud de recurrir al declarativo correspondiente en vez de acogerse a los trámites del expresado. *Sentencia de 23 de enero de 1984.*

CONSIDERAND: Que el ordenamiento jurídico tiene previstos dos cauces procesales para ventilar las cuestiones litigiosas en materia arrendaticia urbana: de un lado, el conjunto de procesos a que se remite la Ley de arrendamientos urbanos (sea el juicio de desahucio o el de cognición, en las materias atribuidas a los juzgados de distrito, sea el juicio de retracto o el incidental, en aquéllas de la competencia de los juzgados de primera ins-

rancia, con las especiales particularidades procesales introducidas en cada uno de ellos por dicha ley), los cuales son de aplicación cuando el litigio versa sobre un objeto protegido por aquella Ley especial (artículo primero a quinto, en los que se especifican las viviendas y locales de negocio sujetos a esa especial normativa y, consiguientemente, a sus peculiares normas procesales); y de otro, el juicio de desahucio, regulado en los artículos 1561 a 1608 de la Ley de enjuiciamiento civil, que rige los trámites procesales a seguir cuando se pretende la resolución de un contrato de arrendamiento urbano cuyo objeto se halla excluido del ámbito de aquella Ley especial. La elección de una u otra vía procesal está condicionada, pues, por la naturaleza del objeto arrendado y su consiguiente sumisión o no a la especial normativa tuteladora de los arrendamientos urbanos: quien pretenda ejercitar una acción resolutoria o cualquier otra de índole arrendaticia debe dilucidar, atendiendo a los criterios legales contenidos en los primeros artículos de la Ley especial, si procede una u otra vía procesal, cuestión que luego será examinada por los Tribunales y determinarán si se ha optado por un procedimiento adecuado o inadecuado al objeto arrendado. Es ésta, pues, una cuestión previa que siempre debe ser examinada cuidadosamente, porque encierra la dificultad de tener que estudiar la cuestión de fondo —el problema sustentivo sobre la naturaleza del contrato arrendaticio— para elegir el cauce procesal que debe ser seguido. Pero los Tribunales deben partir de la hipótesis sustentada por el accionante y, analizando la naturaleza del objeto arrendaticio, deben precisar si la elección efectuada es o no correcta, desestimando en este último caso su pretensión. En el presente caso, se parte de la calificación que el demandante hace del objeto arrendado configurándolo como una vivienda destinada a ser ocupada temporalmente —arrendamiento de temporada— y, acorde con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley especial de arrendamientos urbanos, que excluye de su ámbito esa clase de contratos, formula acción desahuciatoria ordinaria; pero, lejos de acogerse a los trámites previstos en los artículos 1561 y siguientes de la Ley procesal civil, opta por someterse a las normas del juicio declarativo ordinario que corresponde en atención a la cuantía, decisión ésta que está perfectamente ajustada al ordenamiento jurídico. En efecto, el juicio de desahucio es un proceso declarativo, especial por su objeto y sumario porque limita la cognición del juzgador y restringe los medios de ataque y de defensa de los litigantes, cuya resolución no tiene plena autoridad de cosa juzgada, sino que lo que en él resuelto es reiterable en un ulterior juicio declarativo ordinario con la única limitación —según ha recalcado la doctrina jurisprudencial— de que no sea una reproducción idéntica de lo anteriormente resuelto. Esta eficacia tan reducida autoriza desde luego, a que pueda acudir directamente a la vía declarativa sin necesidad de pasar previamente por un específico proceso de desahucio. Quedan obviadas así las disposiciones que sobre competencia se recogen en los artículos 1561 a 1563 de la mencionada Ley procesal, que atribuye la competencia a los juzgados de distrito en materia de desahucio de viviendas, y se hacen de aplicación las normas competenciales propias de los juicios declarativos ordinarios, basadas en la cuantía. A tal efecto, aun cuando no haya específica regulación para la fijación de la cuantía, debe estarse a lo preceptuado en el artículo 489 de la Ley de enjuiciamiento civil, que atiende reiteradamente al criterio de una anualidad, así como a lo preceptuado en el artículo 146 de la Ley arrendaticia urbana, en el que igualmente se contiene dicho criterio; y reputándose idéntica la razón que ha movido a sustentar semejante criterio, procede acogerlo a los efectos de determinar el concreto juicio declarativo que debe seguirse, por lo que, estando fijada la renta anual en la cantidad de 275.000 pesetas, son las normas del juicio de menor cuantía las aplicables al presente caso. Debe estimarse correcta, pues, la postura procesal del accionante al decidirse por un juicio declarativo ordinario en lugar del juicio de desahucio y, por idénticas razones, debe rechazarse el criterio mantenido en la sentencia de instancia: aun cuando el artículo 1562 establece que son los juzgados de distrito los competentes para conocer y resolver sobre los desahucios de viviendas, ello sólo es así cuando el accionante ha optado por seguir el específico procedimiento de desahucio, ejercitando su acción resolutoria por ese concreto cauce; pero nada le impide que se valga de ellas a través de la vía declarativa ordinaria. Las normas competenciales contenidas en los artículos 1562 y 1563 tienen tan sólo la finalidad de distribuir concretas competencias, dentro del específico juicio de desahucio, entre los juzgados de distrito y de primera instancia. Procede en consecuencia acceder en este punto al recurso promovido y revocar íntegramente la sentencia de instancia al haberse abstenido de entrar en el problema sustantivo por reputarse incompetente para resolverlo, cuestión a que seguidamente debe atenderse.

CONSIDERANDO: Que el denominado arrendamiento de temporada, definido en el artículo segundo de la Ley de arrendamientos urbanos como aquél que tiene por objeto una vivienda o local de negocio que es ocupado únicamente por la temporada de verano o cualquier otra, aunque los plazos concertados para el arrendamiento sean distintos, queda fuera de la especial incidencia protectora de la Ley especial, por no concurrir razón alguna que lo haga merecedor de tutela. En efecto, la "ratio" inspiradora de la ordenación arrendaticia urbana está centrada en la noción de necesidad: la legislación especial únicamente protege a aquellos arrendatarios que han contratado movidos por la necesidad de arrendar una vivienda o local de negocio (sentencia del Tribunal Supremo, por todas, de 17 de diciembre de 1960); es indudable que a ese concepto de necesidad aparece vinculada la nota de permanencia en el uso de la cosa arrendada, de tal suerte que debe quedar excluida por antinómica la idea de temporalidad o eventualidad en el uso. Necesidad y temporalidad no son términos que se coimplican, sino que se excluyen recíprocamente: todo aquél que tiene necesidad de una vivienda o local de negocio actúa con fines de permanencia y no con carácter meramente temporal o pasajero. Partiendo, pues, de una noción de temporalidad entendida como ausencia de necesidad (así las sentencias de 15 de diciembre de 1958 y la ya citada de 17 de diciembre de 1960), ha sido configurada de un modo amplio y flexible (sentencia de 19 de febrero de 1982), no necesariamente coincidente con las estaciones climatológicas del año, sino referida a periodos temporales que claramente formen un conjunto o durante los cuales se efectúe frecuentemente una cosa (sentencias de 28 de enero de 1960, 6 de junio de 1963 y 30 de mayo de 1974). Dada la dificultad de fijar un concepto de temporalidad que sea inequívoco y aplicable a cualquier supuesto, la doctrina jurisprudencial se ha encargado de subrayar que para precisar la concurrencia o no de temporalidad debe atenderse preferentemente a la voluntad negocial, interpretando lo manifestado contractual o verbalmente e integrándolo por cuantos elementos e indicios contribuyan a precisar la verdadera naturaleza del objeto del contrato. Así pues, frente a la presunción genéricamente recogida en el artículo segundo, consistente en reputar que, en principio, las viviendas y locales son ocupados por razón de necesidad, se alza el contenido de la voluntad contractual como fundamentadora de una exclusión de la incidencia protectora de la norma; la necesidad de permanencia —objeto de protección legal— se opone una ausencia de necesidad (conveniencia, comodidad o capricho) y una consiguiente temporalidad en el uso, cuya tutela es expresamente rechazada por la Ley. Ante esta alternativa, se impone un examen pormenorizado de la verdadera voluntad contractual que se concentre en la determinación de la "causa" verdaderamente determinante del contrato y de la "finalidad" a que el mismo va encaminado mediante su utilización (sentencias ya citadas de 30 de mayo de 1974 y de 19 de febrero de 1982, así como las de esta Sala de 27 de noviembre de 1981 y también, en sustancia, de 20 de marzo de 1982): para ello debe partirse del principio de que, "de acuerdo con la doctrina constante y uniforme del Tribunal Supremo, los contratos son lo que son y lo que digan las partes contratantes, indicando con ello que tienen una realidad y consiguiente alcance jurídico tal como existen de hecho, al margen de las calificaciones que los intervinientes les hayan atribuido o quieran atribuirle después" (sentencia de 24 de marzo de 1972). La interpretación a realizar debe acogerse, pues, a un aspecto subjetivo —voluntad contractual— objetivado por datos o indicios externos (situación de la vivienda o local arrendado, su efectivo destino, su duración o el modo de pago, por ejemplo) que sienten la naturaleza del contrato (en sustancia, sentencia de 14 de diciembre de 1972 y también la de 4 de junio de 1981), debiendo proceder los Tribunales discrecionalmente a estos efectos (sentencias de 8 de febrero de 1962, 21 de abril de 1969, 28 de abril de 1970 y 22 de noviembre de 1973).

CONSIDERANDO: Que, haciendo aplicación de cuanto se acaba de indicar al presente caso, concurren indicios suficientes para determinar cuál fue la verdadera voluntad contractual; y así, aun cuando con el texto del contrato se plasma que el arriendo es "por la temporada de once meses", haciéndose referencia a su reconducción tácita a menos que el arrendador no manifieste su voluntad en contrario durante el plazo de los quince días anteriores a la fecha que se señala, debe adoptarse la solución contraria, puesto que: a) el precio de la renta aparece fijado mensualmente, bien que luego se indique que el total de la temporada es la suma de todos ellos, y en efecto constan abonadas las rentas por mensualidades individuales; b) aparece suscrito un contrato cada año, durante los años de 1979 y 1980 —el de 1981 no llegó a perfeccionarse como consecuencia de la negativa del

arrendatario a suscribirlo al reducirse a seis meses el período de locación—, haciéndose caso omiso a la previsión contractual sobre tática reconducción: ello es, cuando menos, un claro indicio de la finalidad defraudatoria perseguida por el arrendador, pretendiendo obviar lo prescrito en la Ley de arrendamientos urbanos sobre prórroga forzosa (artículo 57 de dicha Ley); c) el lapso de tiempo formado por cada "temporada" es el de once meses, período que está desde luego desdibujado y no responde a una unidad temporal suficientemente delimitada desde una perspectiva objetiva, bien sea por razón física o climatológica, bien sea por razón negocial, bien lo sea por cualquier otra razón hasta ahora desconocida; d) el arrendatario desarrolla su labor profesional en una población cercana a la vivienda o chalet arrendado; e) sobre todo, no existe constancia alguna de que dicho arrendatario ocupe permanentemente otra vivienda, siendo un dato sintomático el que en la demanda originadora del pleito no se señale ese otro domicilio pretendidamente habitual y se indique precisamente el del lugar de trabajo, en donde se ha practicado cuantas citaciones personales han sido efectuadas a lo largo de la tramitación del litigio. Por todo ello, cabe entender que la vivienda arrendada fue cedida respondiendo a verdaderas razones de necesidad del arrendatario, quien la ocupa con carácter permanente y merece en consecuencia la protección legal arrendaticia, sin que pueda enervar esta conclusión un texto contractual del que no se infiere sino que se hizo con la finalidad de evitar la efectividad de los beneficios de prórroga forzosa que la norma concede al arrendatario.

CONSIDERANDO: Que, siendo de aplicación las prescripciones de la Ley de arrendamientos urbanos al estimarse que el contrato de arrendamiento no es un contrato de temporada, debe desestimarse la pretensión resolutoria ejercitada por el arrendador.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para pronunciarse en materia de costas.

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

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. V. F. en nombre y representación de J.P.P. contra la sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Ibiza debemos revocarla y la revocamos en su integridad y, en su consecuencia, desestimando la demanda inicialmente interpuesta por el Procurador V.F. en nombre y representación de J.P.P. de la misma, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en la instancia. Todo ello sin hacer pronunciamiento especial ninguno en cuanto a las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

9

9. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de provisión de fondos. Carga de la prueba: incumbe al librador probar aquellas relaciones con el librado normalmente determinantes de la aceptación y a éste desvirtuar la provisión demostrando el hecho o circunstancia obstativa. No es prueba de improvisación la resolución contractual origen de las letras y el subsiguiente retiro de las mercancías servidas por el librador ejecutan-

te, ni el abono en la cuenta del librado del producto de la venta a un tercero de parte de los géneros retirados ya que con posterioridad fueron renovadas las letras originarias mediante las que son objeto de ejecución. *Sentencia de 23 de enero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la oposición del ejecutado se fundamenta en la ausencia de provisión de fondos o, más exactamente, en la extinción de la relación de provisión como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa subyacente a los efectos cambiarios ejecutados, la cual se produjo, según sostiene el demandado que ahora recurre, de mutuo acuerdo. Es doctrina conocidísima, por su constante reiteración, la que traslada al librador la obligación de probar la existencia y subsistencia de la relación de provisión tan pronto como es aducida por el aceptante (sentencia de esta Audiencia por Ildas, de 4 de marzo de 1983, en la que se mencionan otras muchas, así como se refiere la doctrina genérica mantenida por el Tribunal Supremo), quedando enmarcado su deber probatorio dentro de los límites de la mera existencia de una deuda constituida a su favor y que sea igual o mayor a la reflejada en el efecto (artículo 457 del Código de comercio). Cumplida esta obligación probatoria, tan sólo cabe obstar la eficacia ejecutiva de la letra alegando y probando la concurrencia de un hecho impeditivo o extintivo que, en virtud de las reglas regidoras de la carga probatoria, debe ser demostrado por quien lo aduce, esto es, por el aceptante. Por consiguiente, al librador corresponde probar aquellas relaciones con el librado que son normalmente determinantes de la aceptación de la letra y de la existencia de provisión de fondos, mientras que es el aceptante quien debe desvirtuarla mediante la demostración de cualquier hecho o circunstancia obstativa. En el presente caso, alegada que ha sido la excepción de improvisación de fondos, ha resultado debidamente demostrada la relación de provisión por el librador ejecutante, probando que la causa generadora de las cambiarias ejecutadas está constituida por un inicial contrato de compraventa y por posteriores renovaciones escalonadas hasta llegar a los concretos efectos que fundamentan este litigio: ninguna duda existe, pues, acerca de la realidad de dicha provisión de fondos. Frente a tal probanza se alza el ejecutado aduciendo que esa inicial relación de provisión quedó extinguida por acuerdo de los interesados, quienes la resolvieron libremente mediante la devolución de los objetos vendidos; pero esta manifestación no ha sido objeto de una prueba adecuada, sino que ha quedado reducida a una mera aseveración no contrastada suficientemente. En efecto, aun cuando los aparatos vendidos fueron retirados del local comercial ocupado por el ejecutado —retirada realizada por técnicos de la entidad vendedora en distintos días— ello no necesariamente responde a un pacto resolutorio, sino que puede obedecer a muy distintas razones: falta una prueba consistente en torno al hecho resolutorio que no puede ser suplida por meras afirmaciones. En todo caso concurren otras circunstancias —una nota de abono en la cuenta del ejecutado, en la que se deduce el importe de la venta a un tercero de varios de los aparatos retirados, disminuyéndose correlativamente el importe de lo adeudado, así como el hecho de haberse aceptado la última renovación de letras, precisamente las aquí ejecutadas, con posterioridad a las labores técnicas de desmontaje de tales aparatos— que llevan a una conclusión diferente de la sostenida por el ejecutado. No se ha demostrado suficientemente, pues la resolución contractual y, por consiguiente, debe reputarse subsistente la relación de compraventa a los efectos de sostener la concurrencia de una relación de provisión de fondos. Por tanto, debe ser desestimada la oposición sustentada por el apelante y debe confirmarse 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 F.S.T. contra la sentencia de veintitrés de abril de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los 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 Durant).

14

14. LITISCONSORCIO NECESARIO. Fundamento. Juicio de retracto. Innecesariedad de demandar al vendedor. *Sentencia de 26 de enero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que abandonado en el acto de la vista el recurso que el actor había deducido por vía adhesiva, el thema decidendum de esta alzada se circunscribe a determinar, pues ello ha constituido el contenido único de la impugnación que con carácter principal interpuso la entidad demandada, si la no vocación al proceso de la vendedora de la finca objeto de la pretensión actora causa una integración deficiente de la litis.

CONSIDERANDO: Que cualquiera que sea el designio que rijan la figura del llamado litisconsorcio necesario, si se ahonda en su estructura, se descubre, como enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1982, que si la pretensión que constituye el objeto del proceso solamente puede proponerse válidamente contra varios a fin de obtener una única resolución para todos, es porque ocurre que existe una situación jurídica extraprocesal o de naturaleza material en la cual, y según el derecho sustantivo regulador de ella, la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exige de suyo la concurrencia de todas aquellas personas que merced a su interés en aquella situación, atraen la concepción de litisconsortes y deben por esa calidad ser necesariamente integrados en la relación procesal, siguiéndose en esta consideración que el discernimiento entre las situaciones de litisconsorcio y las que no lo son, han de ser investigadas desde esta óptica o punto de vista formal.

CONSIDERANDO: Que aplicada la doctrina legal y el método analítico precitados al supuesto litigioso, ninguna fuerza revocatoria cabe conceder a la alegación impugnativa por cuanto: A) En el momento de ejercitarse el retracto la vendedora había trasladado ya su dominio a otra persona, la entidad mercantil demandada, que se subroga en sus derechos y obligaciones, por lo que, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Octubre de 1968, "aquel (el vendedor) queda totalmente desvinculado de las futuras relaciones con la cosa vendida, razón por la que el retracto que pueda ejercitarse no le afecta en absoluto, ni está justificada su implicación como demandado en el proceso consiguiente por falta de interés que pueda legitimarle" y B) El invocado contenido del segundo párrafo del expositivo segundo de la escritura de compraventa de la finca objeto de retracto, cuyo texto es el que sigue "Este (D. J.A.C.) renunciará a sus derechos de tanteo y retracto en el momento oportuno, según manifiesta la vendedora", ni hace renacer vinculación alguna de la vendedora con la finca enajenada ni permite presumir que tal contra-

tante resulte afectada por la resolución que se dicte, sin olvidar que la voluntad a la que realmente se dirige la manifestación transcrita se ha mostrado contraria a lo que no sea su acceso a la propiedad arrendada y vendida.

CONSIDERANDO: Que la interposición y mantenimiento de un recurso en base a una argumentación jurídicamente inconsistente constituye conducta suficientemente temeraria para merecer la condena al pago de las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad G.M.S.A. contra la sentencia dictada el tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad en el juicio de retracto de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

15

15. CONTRATO DE CORRETAJE. Concepto y naturaleza jurídica. Derecho del mediador a percibir el premio aun cuando no se consume la operación en que intervino. Agentes de la propiedad inmobiliaria: reglamento sobre honorarios. *Sentencia de 30 de enero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la cuantía de los honorarios correspondientes a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria tiene, en su fijación reglamentaria, la condición de mínima, como resulta de la norma contenida en el artículo 15 de los Estatutos reguladores de dicha profesión. Honorarios mínimos a los que, sólo en defecto de convenio sobre la retribución del mediador, se someten éste y el oferente, por lo que, concordado por los litigantes el hecho del convenio y la cuantía de la retribución — 1.249.332 pesetas — la temática de esta alzada está constituida por las cuestiones siguientes: *Primera.* - Si el derecho del mediador a cobrar la retribución convenida está condicionado a la consumación del contrato de compraventa celebrado por su mediación y *Segunda.* - Si en el supuesto litigioso las partes condicionaron a tal consumación el cobro de la parte de retribución superior a la reglamentada.

CONSIDERANDO: Que la primera cuestión debe resolverse negativamente por cuanto el contrato de corretaje, introducido en el tráfico jurídico en virtud de la libertad de contratación autorizada en el artículo 1255 del Código Civil e incorporada a nuestro Derecho a través de la Jurisprudencia es aquel, como enseña la clásica sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1963 "por el cual una persona (oferente, o comitente) encarga a otra (corredor o mediador) que le informe acerca de la ocasión u oportunidad de concluir con persona o personas distintas, un negocio jurídico, o que realice las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a lograr su realización, comprometiéndose, a cambio de ello, a satisfacer una retribución, premio o comisión (sentencias de 4 de Diciembre de 1953 y 23 de Octubre de 1959), en el supuesto de que dicho ulterior convenio llegue a perfeccionarse", por lo que, perfeccionado éste "el me-

diador tiene derecho a la remuneración convenida aun cuando el contrato celebrado por su mediación no llegue a consumarse” como enseña la sentencia de 18 de Octubre de 1956 apoyándose en la de 16 de abril de 1952, pues cumplida la obligación de gestionar el contrato “queda el mandante u oferente obligado a satisfacer la retribución que le corresponde, sin que el incumplimiento o apartamiento voluntario de la consumación de aquel contrato (del celebrado por la intervención del mediador) le exima de tal obligación...”

CONSIDERANDO: Que idéntica conclusión negativa corresponde a la segunda cuestión enunciada por cuanto: A) El hecho de que dos letras de cambio aceptadas por el comprador y librada por vendedores/comitentes fueran entregadas por éstos al mediador como medio de pago de parte de la retribución convenida no constituye, contrariamente a lo argumentado por el Juzgado a quo, hecho básico del que se infiera necesariamente que el derecho del mediador a cobrar su retribución superior a la tarifa dependa de la consumación del negocio, tanto porque a ello se opone el mecanismo del propio instrumento de pago entregado como porque la entrega de éste puede estar racionalmente motivada por distintas razones; B) Supuesta la condición invocada por los demandados, la lógica de lo razonable hubiera determinado que la entrega o el vencimiento de los medios de pago utilizados —las dos citadas letras de cambio y dos talones librados por los vendedores demandados— no se produjera en tanto la consumación del negocio estuviera pendiente, y no como ocurre en el supuesto litigioso en el que la entrega tiene lugar en el mismo día en que se perfecciona el contrato de compraventa y los vencimientos de tales letras y talones se produce con notable antelación al momento pactado para la consumación íntegra del negocio (15 de marzo de 1985); y C) El importe de los dos talones librados por los demandados es superior a la cuantía de la retribución reglamentaria, lo que quiebra la exigible coherencia del razonamiento impugnativo que se estructura sobre la entrega de letras de cambio aceptadas por el comprador.

CONSIDERANDO: Que todo lo expuesto conduce a la estimación del recurso interpuesto por resultar clara la obligación de los demandados de atender al pago de la retribución convenida en la cuantía a que asciende el importe de la cambial aportada, sin que frente a tal conclusión tenga fuerza enervatoria la invocación del segundo párrafo del artículo 1170 del Código Civil dado que la locución “o cuando por culpa del acreedor se hubieran perjudicado” no puede entenderse en ningún caso en el sentido vulgar de simple causa, sino que, como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de julio de 1966, “por estar comprendida en el Código Civil debe ser interpretado en el sentido de acción culposa o sea de responsabilidad, pues en caso contrario hubiese sido lo lógico emplear los términos de “por omisión”, por negligencia u otro de sentido análogo”, por lo que, al no haber quedado acreditado que el actor obrara en forma de tipo doloso o de mala fe, queda excluida la aplicación del precepto mencionado.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1101, 1108 y 1902 del Código Civil procede condenar a los demandados al pago de los gastos ocasionados por el protesto de la cambial incorporada con la demanda instauradora de la litis y al de los intereses legales correspondientes a la cantidad de 217.630 pts. computados desde la fecha de interposición de la demanda, y en aplicación de lo expuesto en el artículo 921 bis de la Ley de enjuiciamiento Civil al de los fijados en tal norma desde la fecha de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que no existe motivo para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por B.B.M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, el diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando la demanda interpuesta por dicho recurrente contra J.M.R. y G.S.S. debemos condenar y condenamos a estos demandados a que abonen al actor la suma de DOSCIENTAS DIECISIETE MIL SEISCIENTAS TREINTA PESETAS más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil desde la

fecha de esta resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas de ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

17

17. JUICIO EJECUTIVO. Rigorismo formal que preside esta clase de juicios y que permite admitir en segunda instancia motivos de nulidad no alegados en la primera. Indebida acumulación de acciones ejecutivas cambiarias y ejecutivas dimanantes de aval extracambiario. El impago de las letras no supone la obligación de pago de los avalistas. Infracción del art. 156 de la Lec. que supone la nulidad del juicio al amparo del n.º 2 del art. 1467 de la Lec. *Sentencia de 31 de enero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la apreciación de una grave infracción de las normas procesales conduce, dada su naturaleza pública y su consiguiente sometimiento al orden público procesal, el cual es de naturaleza cogente o imperativa, más allá de la voluntad de los litigantes y de los órganos jurisdiccionales, a la estimación de una causa de nulidad procesal que, por esas mismas razones, debe ser decretada de oficio, siempre que, además de la gravedad de la infracción, se constate su insubsanabilidad —por haberse agotado los medios de subsanación o recursos utilizables para reparar el defecto procesal— y la causación de un estado de indefensión para alguno de los litigantes como consecuencia de la vulneración del principio de igualdad procesal. Estos principios generales, aplicables indistintamente a cualesquiera procesos normativamente regulados, experimentan una mayor radicalización al ser proyectados sobre el juicio ejecutivo regulado en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil: dado su carácter expeditivo y enérgico, en que se constriñen desde un principio los derechos e intereses de la parte ejecutada en beneficio de quien aporta un documento o título ejecutivo susceptible de engendrar esos drásticos efectos, se impone como lógica contrapartida la exigencia de un cúmulo de requisitos y condicionamientos formales que eviten la ruptura del equilibrio que siempre debe imperar en toda relación procesal. Si el juicio ejecutivo aparece regulado como un proceso especial desenvuelto entre los polos de una eficacia expeditiva y un formalismo equilibrador, las cuestiones procesales o garantistas se muestran como uno de los puntos de mayor relevancia, a las que necesariamente debe atenderse con el debido rigor a fin de impedir su extensión hacia hipótesis no contempladas normativamente; y desde luego deben examinarse cuantos problemas de orden público procesal regulan y delimitan el estricto marco en que dicho juicio debe desenvolverse, apreciando incluso de oficio todas aquellas actuaciones que lo quebranten. Por consiguiente, cabe estudiar, aunque no hayan sido aducidas por los litigantes o las hayan sido extemporáneamente, cuestiones procesales relacionadas directamente con los principios constitutivos de este especial proceso y, entre ellos, con las reglas reguladoras de la acumulación de acciones ejecutivas. Y así, habiéndose aducido en segunda instancia, amparándose en el número segundo del artículo 1467 de la Ley de enjuiciamiento civil (inexigibilidad de la cantidad en que se hace), la nulidad del juicio ejecutivo por infracción de lo preceptuado en el artículo 156 de dicha Ley, relativo a la acumulación de varias acciones contra diversos individuos, es factible su actual examen

aun cuando no se alegara este concreto problema en la anterior instancia, dada la indudable incidencia de las mencionadas consideraciones sobre orden público procesal.

CONSIDERANDO: Que el principio general contenido en el artículo 156 de la Ley procesal civil, que permite la acumulación y ejercicio simultáneo de las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, "siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir", experimenta una clara modificación cuando, proyectado sobre el juicio ejecutivo, se trata de la acumulación de dos o más acciones ejecutivas dirigidas contra diferentes personas y fundadas en títulos ejecutivos diversos. En efecto, la promoción y viabilidad de cualquier acción ejecutiva exige la tenencia de uno de los títulos ejecutivos determinados expresamente en el artículo 1429 de la Ley procesal, fuera del cual es inadmisibile el nacimiento de este especial proceso, de suerte tal que dichos títulos fundamentan necesariamente el ejercicio de la acción ejecutiva y ésta encuentra su único apoyo en uno de tales títulos: la causa o el fundamento de pedir por la específica vía ejecutiva se confunde así con el título ejecutivo y asimismo todo título ejecutivo engendra y lleva implícita la causa de pedir por ese conducto; por tanto, ésta sólo es concebible como tal si queda enmarcada e inserta en el título, fuera del cual no puede originarse en modo alguno el especial cauce ejecutivo. Las peculiaridades formales que rodean y singularizan el juicio ejecutivo determina, pues, la confusión entre los conceptos de título y de causa de pedir empleados en el expresado artículo 156; y ello, aplicado al caso ahora debatido, determina la apreciación de un indudable vicio procesal, puesto que; a) el ejecutante ha ejercitado dos acciones ejecutivas diferentes, cada una de ellas dirigida contra distintos demandados: de un lado, una acción ejecutiva cambiaría contra la entidad aceptante de determinados efectos y, de otro, una acción ejecutiva no cambiaría dirigida contra los avalistas de las operaciones mercantiles habidas entre el ejecutante y dicha entidad; b) los títulos ejecutivos que fundan el ejercicio de tales acciones son asimismo diferentes: la primera se apoya en varias letras de cambio con fuerza ejecutiva, y la segunda en la primera copia de una escritura pública constitutiva de aval a cargo de otros codemandados; c) la causa de pedir es también distinta en uno y otro supuesto: mientras que en un caso viene conformada por el incumplimiento de la obligación de pago asumida mediante la aceptación de las letras de cambio, la cual tiene naturaleza cambiaría y como tal vinculada al pacto generador de las mismas, de carácter abstracto y desconectado de la relación causal subyacente, es por el contrario diversa en el otro caso, en el que el fundamento de pedir aparece configurado por el impago de las deudas materiales insatisfechas por el deudor principal avalado. Se observa, por consiguiente, que la divergencia entre uno y otro supuesto es completa, sin que exista identidad en el título o en la causa de pedir, los cuales aparecen confundidos en el especial juicio ejecutivo. Bien es cierto que el impago de las letras de referencia es susceptible de motivar la operatividad jurídica de la escritura de aval, pero ello no es en virtud de la falta de abono de tales letras, sino del incumplimiento de la relación causal subyacente en las mismas: la letra de cambio instrumenta formalmente y abstrae el crédito emanado de una relación sustantiva, engendrando al propio tiempo la posibilidad de acudir a una específica vía procesal expeditiva, pero su impago, como tal efecto formal y abstracto, no es en sí mismo causa determinante de la obligación de pago de los avalistas, sino que éstos deben responder como consecuencia del incumplimiento de las relaciones sustantivas habidas entre acreedor y avalado, y esto es así con independencia de que éstas hayan sido instrumentadas o no en algún efecto cambiario. La escritura pública en que se plasmó el aval tiene, pues, su campo de acción en el área de lo sustantivo, muy diferente del ámbito específicamente cambiario: otra cosa sería si el aval se hubiese hecho reflejar en las letras o se hubiesen indentificado en aquella escritura las cambiales cuyo impago debían ser objeto de garantía. Aun cuando es admisible el aval extendido en documento separado (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1919 y de 9 de junio de 1958), es necesario que, entre otras circunstancias y requisitos, se haga constar con precisión la letra o letras garantizadas así como la concreta persona (librador, librado o tenedor) que resulta garantizada. La ausencia de tales menciones imposibilita acoger esta posibilidad. Por consiguiente, siendo distintas las acciones ejercitadas y los títulos en que se funda, debe jugar lo prescrito en el artículo 156 antes mencionado, tal y como se previno en sentencia de esta Audiencia de 3 de febrero de 1982: no procede la acumulación de acciones y, consiguientemente, apreciándose existente un motivo de nulidad examinable de oficio, debe decretarse la nulidad de este juicio, en tanto que han sido acumuladas dos ac-

ciones insusceptibles de ello y carecen los órganos jurisdiccionales de facultades electivas de los demandados o de las acciones ejercitables. Estimándose este motivo de nulidad, se hace impropcedente el examen de las cuestiones de fondo discutidas.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas.

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

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. F.R.O. en nombre y representación de C.B. S.A., D. P.P. y D. R.G.R. 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 revocarla y la revocamos en su integridad y, en su consecuencia, desestimando la demanda inicialmente interpuesta por el Procurador Sr. O.V. en nombre y representación de S. S.A. debemos decretar y decretamos la nulidad de este juicio, sin hacer pronunciamiento especial en cuanto al pago de las costas causadas. Todo ello sin hacer expresa condena en costas respecto de las de esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Duran).

21

21. COSA JUZGADA MATERIAL. Para su existencia es preciso que la sentencia recaída en el pleito anterior entrara en la cuestión de fondo. Existencia de diferencias entre una y otra demanda. Orden de 9 de agosto de 1974 y responsabilidad de las agencias de viaje como representantes de Tour operadores extranjeros. Contrato de reserva de plazas hoteleras. *Sentencia de 3 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia que condena a la entidad demandada a que pague a la actora la suma de 84.600 pesetas más los intereses legales, es apelada por las mismas causas que se opusieron a la acción ejercitada en primera instancia; a saber: Primera) excepción previa de cosa juzgada. Segundo) excepción previa de falta de personalidad en la entidad demandada por no tener la representación con que se la demanda. Tercera) falta de litis consorcio pasivo necesario; y Cuarta) por no adeudar la sociedad demandada cantidad alguna a la compañía actora.

CONSIDERANDO: Que la excepción de cosa juzgada, articulada como primer motivo de impugnación, se fundamenta en que sobre idénticos hechos, causa y personas intervinientes en este juicio, se siguió otro declarativo de menor cuantía bajo el número 1020/82, ante el Juzgado de igual clase número dos de esta ciudad, en el que recayó sentencia firme de fecha 8 de Noviembre de 1982 desestimando la demanda por defecto legal en el modo de proponer la demanda; pretensión revocatoria que se ha de rechazar ya que es bien conocido que para que prospere la excepción de cosa juzgada material —párrafo

segundo del artículo 1251 del Código Civil—, además de la triple idéntidad exigida entre lo anteriormente resuelto y las pretensiones deducidas en el proceso en que se invoca párrafo primero del artículo 1252 del citado Cuerpo legal, es preciso que aquella sentencia haya decidido sobre el fondo de la cuestión controvertida —Sentencias de 21 de octubre de 1949, 11 de junio de 1956 y 2 de noviembre de 1960—, pues en caso contrario, si bien el fallo recaído puede convertirse en inimpugnable, porque la Ley no arbitre frente a él, utilización de recursos —artículos 406, 514, 948, 1681, 1732, 1757 y 1810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, o los interesados hayan consentido (supuesto de autos) —artículos 396 y 408—, o por caducidad —artículos 312, 840 y 1716 en relación con el 2 del Real-Decreto de 2 de abril de 1924, modificado por el 2° de la Ley de 20 de Diciembre de 1952—, o por desistimiento de los que se hayan interpuesto —artículo 409—, con lo que adquiere la cualidad de firme y ejecutoria, sus efectos se proyectan tan sólo respecto del proceso para que fueron dictados, pero no se entienden a ulteriores litigios a los que no alcanza la “exceptio rei iudicata” (sentencias de 21 de febrero de 1964 y 5 de junio de 1978). Resulta evidente que la sentencia que se invoca como productora de cosa juzgada material, fué solamente originadora de cosa juzgada formal limitada a aquel proceso en que recayó, y no juzgó el problema de fondo planteado sobre la procedencia o improcedencia de la reclamación de pago de 84.600 pesetas, importe de unas facturas no abonadas. La afirmación de la Dirección técnica de la parte recurrente vertida en el acto de la vista de esta alzada, de que al ser iguales las dos demandas —la instauradora de esta litis y la del mencionado juicio declarativo n° 1020/82, cuyos autos constan unidos por cuerda floja a esta causa—, la resolución que aquí se dicte ha de ser idéntica a la recaída en aquel pleito finalizado, cae por su propia base, al fallar su premisa: no existe identidad en ambas demandas, concretamente en un elemento principalísimo, cual es el suplico; pues en aquella demanda se solicitaba que se dictase “sentencia de conformidad a los postulados de nuestra demanda”, sin precisar en forma clara y concreta lo que pedía, mientras que el escrito inicial de este juicio, ahora ante este órgano jurisdiccional de segundo grado, no adolece de tal defecto; tal diferencia en el modo de proponer la demanda es reconocida por el aquí demandado-apelante, ya que en aquel juicio invocó expresamente en su escrito de contestación a la demanda la excepción 6ª del artículo 533 de la Ley Procesal civil, excepción que fué acogida por el Juez en su sentencia, mientras que ahora, en este juicio no ha aducido en ningún momento tal excepción previa.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo de impugnación se basa en que la entidad demandada —V. T. S.A.— no es la representante legal —en la demanda se le atribuye concretamente la “calidad de legal representante” —de la entidad “L. H.” (“tour operator” extranjero)— excepción 4ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, por cuanto, según la apelante, ella sólo se ha limitado a poner en contacto a dicha entidad extranjera con la compañía ahora actora-apelada, o en todo caso no sería una representación legal sino voluntaria, pues vendría dada por la celebración de un mandato o por el otorgamiento de un apoderamiento mercantil y no por ministerio de la ley. Dejando aparte, por ser intrascendente en esta litis, la cuestión de la calificación de la representación aducida, pues lo que interesa en realidad es determinar si existe o no tal representación y con ella la posible responsabilidad de la entidad demandada, hay que exponer a tal efecto los siguientes hechos: a) De lo actuado se desprende claramente que la actuación de la entidad ahora apelante no fué de mera intermediaria, sin intervención alguna en la suscripción del contrato de que se deriva la reclamación objeto de esta litis, ya que dicho contrato —que será objeto del correspondiente examen mas adelante— se suscribió en un documento en cuyo anverso y parte superior aparecen impresos en letras grandes y tintas de dos colores —negro y rojo—, a la izquierda, el nombre de la entidad demandada —V.T. S.A.— y a la derecha, el de “tour operator” “L. H.”, con sus domicilios y números de teléfonos respectivos, y en dicho documento, aparece reiteradas veces, impreso, el nombre de la sociedad aquí recurrente, como parte interviniente e interesada en el expresado contrato (folio 7). b) Dicho contrato, cuya eficacia no ha sido negada en ningún momento, aparece en primer lugar firmado por V.T. S.A. —afirma reconocida en confesión judicial (posición 1ª)— y luego por la entidad aquí actora-apelada, y no consta firma alguna debajo de la expresión impresa “Por el tour operador” y c) El apartado 3º del artículo 5 de la Orden de 9 de Agosto de 1974 sobre Reglamento del Régimen Jurídico de las Agencias de Viajes, estatuye entre otras responsabilidades de dichas agencias, la derivada de las

actuaciones realizadas por Delegaciones de Agencias de Viajes extranjeras en cuyas actividades aquéllas intervengan; lo que determina la desestimación del motivo segundo de apelación.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir la causa impugnatoria tercera, basada en no haber sido demandada en esta litis la entidad "L.H." —falta de litis consorcio pasivo necesario—, ya que la responsabilidad derivada de actuaciones realizadas por Delegaciones de Agencias de Viajes extranjeras será exigible a éstas y a las Agencias de que dependan con carácter mancomunado y solidario (nº 3 del artículo 5 del mencionado Reglamento del Régimen Jurídico de las Agencias de Viajes), solidaridad que excluye la excepción de litis consorcio pasivo necesario, ya que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, según dispone el artículo 1144 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen del motivo último de esta apelación, que recae sobre la cuestión de fondo, procedencia de la reclamación de 84.600 pesetas, hay que indicar que dicha cantidad es la suma de los importes de tres facturas del hotel de la entidad actora no satisfechas (folios 9, 14 y 20), derivadas del contrato de reserva de plazas hoteleras ya mencionado (folio 7), contrato muy frecuente en esta zona turística, y que se configura como un simple contrato de cobertura —de contingente, para la doctrina alemana— como ya señaló esta Sala, entre otras sentencias, en la de 24 de noviembre de 1980— y a través del cual unos contratos (los de hospedaje futuro), con completa determinación de sus condiciones (precio, servicios, número, duración y época de los hospedajes, etcétera) se hacen objeto de aquél; su validez está admitida al amparo del artículo 1255 del Código Civil, su dinámica está regida, dado su carácter bilateral o sinalagmático, por la normativa contenida en los artículos 1100, 1124 y 1274 del mismo Código, que establecen un sinalagma funcional de cumplimiento basado en la simultaneidad y correlatividad de sus respectivas prestaciones; y como consta acreditado que la entidad actora llevó a cabo a debida forma su prestación —los hospedajes a los clientes del tour operator— ya que no consta ni siquiera se ha alegado reclamación alguna sobre este particular—, surge la obligación de la entidad demandada, ahora apelante, como deudora solidaria, de pagar la deuda reclamada; estimación ésta que conlleva a rechazar la causa impugnativa última de la sentencia recurrida y por ende, la confirmación de ésta.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el párrafo último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la condena a las costas de este recurso al apelante.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad V.T. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha trece de abril de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Juez de ascenso, en comisión de servicio en el Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

24. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Petición de nulidad del título por fijar cantidad líquida superior a la reglamentariamente establecida. La Sala estima, no obstante, plus petición. *Sentencia de 6 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que abandonada por la entidad recurrente la excepción de incompetencia de jurisdicción, la tarea que debe realizarse en esta instancia consiste en: A) Determinar si la cantidad que como indemnización máxima fija el título ejecutivo por el que se acciona es la que reglamentariamente corresponde a los perjuicios sufridos por el actor y B) Caso de discordancia, establecer las consecuencias jurídicas de la misma.

CONSIDERANDO: Que la primera cuestión debe resolverse en sentido negativo, no porque el máximo establecido en el título exceda de la cobertura del Seguro Obligatorio sino porque, permaneciendo dentro de sus límites, no es el correspondiente a la secuela derivada de las lesiones sufridas por el actor, pues consistiendo ésta en la amputación de pierna izquierda a nivel del tercio superior del fémur es claro que no le corresponde la calificación de gran invalidez sino la de incapacidad permanente indemnizable con la suma de 200.000 pesetas establecida en el apartado c) del artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio aprobado por Decreto 3787/1964, de 19 de noviembre, normativa aplicable al supuesto litigioso dada la fecha en que se produjeron los hechos que lo integran, y no con la de 300.000 pesetas como establece el título, razona el Juez a quo y mantiene el apelado.

CONSIDERANDO: Que la segunda cuestión debe resolverse desde el carácter del título ejecutivo accionado, pues siendo de los denominados de "maximum" es claro que la suma en él establecida no es, necesariamente, la suma concreta debida como indemnización, sino la que, como máximo, puede pretender el perjudicado. Consideración de la que se infieren las consecuencias siguientes: A) Dicho título ampara toda pretensión indemnizatoria cuyo quantum no sea superior al establecido; B) La Compañía Aseguradora está legitimada para denunciar como excesivo el quantum pretendido si estima que no se corresponde con los perjuicios habidos como normativamente es exigible; C) Supuesta dicha denuncia del exceso — posible mediante la excepción de pluspetición como tiene declarado esta Sala en sentencias de 22 de diciembre de 1975 y 19 de julio de 1982— la tarea de concreción de la suma indemnizatoria debida se impone como propia de esta Jurisdicción; y D) Tan función de concreción conlleva no la nulidad del título pues exige su validez, sino la ineficacia del exceso por ser inadmisibles mantener lo normativamente discordante.

CONSIDERANDO: Que aplicado lo anterior al supuesto litigioso la ineficacia del estimado exceso de 100.000 pesetas se impone como necesaria por cuanto la entidad demandada, ahora recurrente, invocó en primera instancia tal discordancia si bien con la infundada pretensión de otorgarle potencia anulatoria del título. Ineficacia que conduce, previa estimación parcial del recurso, a dictar sentencia con el contenido establecido en el número uno del artículo 1473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el consiguiente efecto, atendido el exceso precitado y la consignación efectuada, de liberar a la entidad ejecutada del pago de las costas de primera instancia a tenor de lo dispuesto en el número uno del artículo 1474 del mencionado cuerpo legal, sin que, dada la revocación parcial que se dicta, haya lugar a efectuar pronunciamiento especial sobre las correspondientes a esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad C.C.S.E. S.A., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca el quince de abril de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, y revocando como revocamos en parte dicha resolución, debemos mandar y mandamos seguir adelante la ejecución despachada contra la Sociedad citada hasta hacer trance y remate de sus bienes y con su producto entero y cumplido pago al actor D. C.P.F. de la suma de DOSCIENTAS OCHENTA MIL PESETAS, que devengará los intereses fijados en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, y ello sin hacer especial declaración respecto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

28

24. NULIDAD DE TESTAMENTO POR FALTA DE CAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR. Principios que rigen la materia y doctrina del Tribunal Supremo. Estudio y valoración de los hechos concurrentes y pruebas practicadas. *Sentencia de 8 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que, centrándose el objeto litigioso en la nulidad de un testamento (otorgado el día 5 de marzo de 1979), efecto que se pretende fundar en la ausencia de cabal juicio de la testadora (artículo 663, número segundo del Código Civil) por padecer enfermedad mental en el momento de su otorgamiento, se solicita al propio tiempo declaración sobre la validez de otro anterior (fechado al día 26 de mayo de 1978), en el que se ordenó un legado sobre un inmueble en favor de la actora, luego suprimido en aquél cuya ineficacia se interesa. La polémica se construye, pues, en torno al estado mental de la testadora al tiempo de otorgar el segundo testamento. Antes de entrar en el examen de la cuestión debatida, conviene señalar someramente los criterios jurisprudenciales orientativos de tan intrincada materia, tan certeramente resumidos en la sentencia de 7 de octubre de 1982, y que se sistematizan de la siguiente manera: A) Es principio general el de la presunción de que toda persona es capaz de regirse y autodeterminarse con plena libertad y con conciencia de sus propias decisiones y, por tanto, que actúa de esta manera en el momento de otorgar testamento. Se configura así una presunción "iuris tantum" (sentencias de 27 de junio de 1977 y 15 de abril de 1980) en favor de la validez de los actos o negocios concluidos por quien no ha sido declarado incapaz (sentencia de 28 de junio de 1974) que, referida, al instante en que son realizados (sentencias de 27 de enero de 1968, 26 de mayo de 1969 y 24 de febrero de 1981), dispensa de toda prueba al favorecido por ella (sentencias de 8 de abril de 1932, 10 de abril de 1944, 1 de febrero de 1956 y 11 de noviembre de 1972); y esta presunción de sanidad mental resulta especialmente acentuada ante la intervención de un notario, cuya fe pública dota de particular relevancia y seguridad al acto mismo de testar (sentencias de 21 de abril de 1965, 16 de diciembre de 1972 y 15 de abril de 1980, ya citada). B) Esta presunción de normalidad mental sólo puede ser destruida mediante una prueba que sea capaz de contrapesar y aun superar las apreciaciones notariales, por lo que debe demostrarse cumplida y concluyentemente (sentencias de 1 de febrero de

1956, 26 de mayo de 1969 y 11 de noviembre de 1972, ya mencionadas), de un modo pleno e inequívoco que no deje lugar a ninguna duda racional, el estado de afección mental padecido por el testador, pues de lo contrario, cuando se posea alguna duda acerca de la enfermedad pretendida debe jugar la presunción en favor de la sanidad de juicio del testador. Por la misma razón, cualquier aseveración acerca de la concurrencia de maquinaciones insidiosas o de violencia, dolo o fraude (artículo 673) precisa de una demostración adornada de tales exigencias (sentencias de 7 de enero de 1975 y 17 de octubre de 1977). C) La valoración del estado mental del testador, siempre referido al momento de la testamentación, es función exclusiva de los Tribunales tratándose de una cuestión de hecho (sentencias de 9 de abril de 1948, 25 de abril de 1959, 11 de diciembre de 1962, 24 de febrero de 1969 y 8 de marzo de 1972) apreciable según las reglas de la sana crítica a que aluden los artículos 632 de la Ley de enjuiciamiento civil en relación con el 1243 del Código Civil (sentencias de 20 de febrero y 7 de junio de 1975, 14 de febrero de 1981, y las ya citadas de 26 de mayo de 1969, 27 de junio de 1977 y 7 de octubre de 1982), que tanto puede valerse de algún o algunos medios probatorios (sentencia de 27 de enero de 1968, ya señalada) como de una apreciación conjunta de toda la prueba practicada (sentencias de 11 de noviembre de 1972, ya expresada, 27 de febrero de 1973, y 24 de febrero de 1981, también citada).

CONSIDERANDO: Que del estudio de los medios probatorios utilizados para demostrar la alteración mental de la testadora no se llega a alcanzar una certeza plena e inequívoca sobre su trastorno, sino que persiste una duda razonable acerca de su posible sanidad de juicio, por lo que la presunción legal debe seguir desenvolviendo su eficacia. En efecto, los instrumentos que sostiene la pretensión de la demandante son incapaces de superar los que soportan esa presunción; y así: a) aunque en el historial clínico de la testadora, formado a raíz de un accidente físico que sufrió durante el lapso de tiempo que media entre ambos testamentos y que le llevó a ser atendida por diversos médicos de distintas especialidades, se suele hacer referencia a que padecía de desorientación espaciotemporal o a que presentaba un cuadro de demencia senil, ello no es decisivamente indicativo de que así fuera, porque se trata de apreciaciones sucintas, circunstanciales y subjetivas, no emitidas por personas expertas en psiquiatría y porque tales opiniones —a las que cabe añadir las de que ofrecía trastornos psíquicos o conductuales— podrían ser un mero reflejo del estado anormal en que aquélla se encontraba inmediatamente después del accidente ocurrido (el cual abrasó ambas piernas, que luego fueron amputadas); b) el dictamen emitido por un médico en sendos certificados a instancia de la familia de la testadora, expresivo de que estaba afectada de una demencia presenil, no puede ser reputado como concluyente, no sólo porque no tiene acreditada su condición de especialista en estas materias sino porque tan sólo la examinó en una sola ocasión sin la suficiente contrastación, y sobre todo porque son de apreciar numerosos elementos valorativos que conducen a una conclusión diferente. Frente a estos elementos de juicio, concurren otros de signo contrario o que cuando menos engendran dudas razonables en torno al estado mental de la testadora; con éstos: a) las apreciaciones del notario autorizante (artículo 695 del Código Civil) que, siéndolo de ambos testamentos, posee así un punto de referencia valorativo; b) las manifestaciones vertidas por el perito médico, designado por ambos litigantes de común acuerdo, basándose en los mismos medios probatorios obrantes en autos, las cuales no descartan la posibilidad de una enfermedad mental no incompatible con la lucidez necesaria para otorgar un testamento; c) las deposiciones del médico de cabecera que atendió diariamente a la testadora durante los últimos meses de su vida, expresivas de un evidente proceso de recuperación del accidente sufrido y de una normal orientación y coordinación mental; d) los testimonios de numerosos testigos indicativos de la normalidad de juicio con que se desenvolvía aquélla. Estas apreciaciones contrarrestan sin duda las que intentan fundar una aguda deficiencia mental en la testadora: su pretendida demencia senil o presenil no ha quedado demostrada en forma concluyente e inequívoca, y frente a ella se alza un supuesto de plena sanidad mental o todo lo más un proceso arterioesclerótico cerebral el cual no necesariamente supone una pérdida de facultades mentales (sentencia de 4 de mayo de 1977). Conocido es que son notas características de la arterioesclerosis la conservación durante bastante tiempo de cierta lucidez, aunque se dé cuenta la afectada de su menoscabo intelectual; la dificultad de la evocación o trastornos memorísticos, pero no la destruc-

ción de los conocimientos adquiridos; y la ausencia de fabulación. Mientras que la demencia reviste un carácter más agudo y acarrea un déficit de mayor amplitud, careciendo el sujeto de conciencia de su propio deterioro y fabulando frecuentemente. En cualquier caso, no ha quedado precisada, si es que la padecía, la clase de enfermedad mental de que se hallaba afectada, por lo que procede hacer uso de las reglas jurídicas precitadas; y así, no habiendo plena certeza sobre la demencia de la testadora y concurriendo dudas racionales acerca de su estado mental, que podría estar sano y, por ende, consciente de los actos realizados, y así debe inferirse de una apreciación conjunta de las pruebas practicadas, no puede reputarse plena e inequívocamente destruida la presunción de sanidad de juicio, sino que debe prevalecer y producir los efectos jurídicos que le son inherentes. Por consiguiente, se llega a la conclusión de que el estado mental de la testadora era lo suficientemente normal como para darse perfecta cuenta de sus actos, debiendo tener validez el testamento por ella otorgado algo más de un mes antes de su fallecimiento y rechazándose las pretensiones anulatorias del impugnante.

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. S. L. en nombre y representación de D^a. E.J.J. contra la sentencia de trece de noviembre de mil novecientos ochenta y uno dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia de Inca debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia de cualesquiera otras personas naturales o jurídicas, sus descendientes, sucesores o causa-habientes que se crean con derecho a sostener la validez del testamento de 5 de marzo de 1979 o la nulidad o revocación del día 26 de mayo de 1978 otorgados por D^a. M.J.J. notifíqueseles esta resolución en la forma establecida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento civil si en el término de tercer día no se insta su notificación personal. (Ponente: Carlos Climent Durán).

34

24. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Resolución por muerte del usufructuario arrendador. Vías procesales para el ejercicio de la acción resolutoria. El uso de un proceso inadecuado no supone la nulidad del mismo si ello no implica indefensión. Naturaleza rústica y no urbana del predio. *Sentencia de 16 de febrero de 1984*

CONSIDERANDO: Que, suscitándose cuestión en torno a la procedencia de la excepción de incompetencia de jurisdicción por entenderse que el objeto de discusión no se enmarca en el ámbito de los arrendamientos rústicos sino en el de los urbanos, con las consecuencias de orden procesal que ello conlleva, debe ser repelida una observación así. En

efecto, no cabe admitir problema competencial ninguno en tanto que el hilo conductor del proceso viene determinado decisivamente por la acción inicialmente ejercitada por el demandante: el que ésta prospere o no es otra cuestión, pero lo que no puede aceptarse es un condicionamiento a su viabilidad procesal fundado en apreciaciones sustantivas ulteriores. Pretender, como lo hace el excepcionante, la factibilidad de un cauce procesal atendiendo a consideraciones sustantivas significa emplear un razonamiento inverso al que en verdad debe seguirse, porque las cuestiones procesales son anteriores a las materiales, y es suficiente con ejercitar una acción que se corresponda con la hipótesis, acertada o no, sustentada por el demandante para que no haya lugar a plantearse problemas que son de otra índole y, desde luego, discursivamente posteriores a la que se suscita. El actor, basándose en que el objeto arrendaticio es de naturaleza rústica, formula acción que se halla en perfecta correspondencia con el presupuesto conceptual de que parte, por lo que hay que reputar correctamente planteada la cuestión litigiosa, y ello es así con independencia de que ulteriormente, y a lo largo del pleito, quede o pueda quedar demostrada su defectuosa postura como consecuencia de haberse concluido que aquel objeto no tiene la aludida naturaleza, lo que dará lugar a rechazar sus pretensiones y a reconocer las argumentaciones vertidas por su oponente; pero lo que no cabe admitir es el planteamiento, dentro de coordenadas estrictamente procesales, de problemas que solamente encuentran su solución atendiendo a criterios sustantivos y, como tales, conceptualmente ulteriores a la estricta esfera procesal.

CONSIDERANDO: Que se pretende igualmente la concurrencia de un vicio procesal por no haberse seguido el cauce procedimental adecuado, según las prescripciones contenidas en el artículo 51 de Decreto de 29 de abril de 1959 sobre arrendamientos rústicos, puesto que, en opinión del recurrente, el ejercicio de una acción resolutoria contractual, como lo es la fundada en los artículos 9, 4º; 104 y 25, 2º, por haberse resuelto previamente el derecho del arrendador, dada su condición de usufructuario, debe tramitarse por la vía del juicio de desahucio, tal y como se ordena en el número segundo del artículo 28 en relación con la norma primera del apartado cuarto del mencionado artículo 51, y no por la norma tercera de este artículo. La ordenación que de las vías procesales efectúa el citado Reglamento cuando corresponde el conocimiento de los litigios a los juzgados de primera instancia es multiforme y engendra por ello serias dificultades que, debiéndose en principio resolver con arreglo a las exigencias normativas, encuentran su límite en la cesión del estricto rigorismo formal ante posibles irregularidades subsanables cuando éstas no han ocasionado el más mínimo transtorno ni ninguna indefensión a los contendientes. En efecto, son tres los cauces procedimentales regulados, debiéndose seguir uno u otro según cual sea el objeto discutido; y así, en primer lugar, procede el juicio de desahucio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos en que sea éste el objeto litigioso; en segundo lugar; los juicios sobre embargo de bienes en determinados casos, los de intervención de cosechas y los de aseguramiento de ciertos bienes, que se tramitan de conformidad con los artículos 1419 a 1428 de dicha Ley procesal Civil; y en tercer lugar, se regulan en un proceso declarativo, concretamente desarrollado en el mencionado Reglamento, todos los demás casos que, siendo de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, no se hallan comprendidos en los dos supuestos anteriores. La pretensión ejercitada tiene como objeto la resolución de un contrato arrendaticio rústico como consecuencia de haberse extinguido el derecho de usufructo del arrendador a raíz de su fallecimiento (artículo 9, 4º del Reglamento): es innegable que la naturaleza de tal pretensión resolutoria permite acogerse a una doble vía procesal entre las que el accionante puede optar; y así, puede valerse, de un lado, del juicio de desahucio (norma primera del apartado cuarto del artículo 51 del Reglamento), lo que viene autorizado por el artículo 28 en relación con los artículos 25 y 9, todos de dicho Reglamento y, de otro, del proceso declarativo ordinario que corresponda por su cuantía ya que no produciendo cosa juzgada el proceso desahuciatorio, es factible la promoción de un declarativo posterior y por tanto, cabe hacerlo anticipadamente y en sustitución de aquél. No obstante, el accionante no ha optado ni por el juicio de desahucio ni por el declarativo ordinario, sino que se ha decidido por el declarativo especial regulado en la norma tercera del apartado cuarto del artículo 51 del Reglamento. Ante este planteamiento, queda reducida la cuestión a determinar si el uso del proceso declarativo especial de referencia en lugar del declarativo ordinario, que era el que en principio correspondía, significa en puridad una irregularidad lo suficientemente grave como para

producir el procedente efecto anulatorio. Conviene precisar, antes que nada, que ambos juicios declarativos producen, por su propia naturaleza, eficacia de cosa juzgada, dándose en ellos una cognición plena y pudiendo las partes valerse de cuantos medios probatorios deseen, difiriendo tan sólo en la especialidad del objeto que se ventila en el regulado en el Reglamento y en la abreviación de plazos y de trámites procesales, lo que no significa una verdadera merma en su condición de declarativo ni una disminución de las garantías procesales, por lo que no existen serias diferencias entre ellos. Para que una incorrección o vicio procesal pueda ser determinante de un efecto anulatorio es preciso que concorra un doble condicionamiento: a) su gravedad, pues si se trata de una leve infracción que produzca consecuencias de orden puramente interno no deben producir un efecto tan grave, ya que procede su subsanación de oficio por obvias razones de economía procesal y en evitación de la superflua repetición de actuaciones procesales que con seguridad han de ser semejantes a las anuladas; y b) su indefensión, produciendo un claro perjuicio a alguno de los litigantes como consecuencia de la rotura del equilibrio o igualdad que debe imperar en toda actividad procesal, al quedar imposibilitado para hacer o decir algo que sin ese defecto podría haber sido efectuado y que posiblemente podía haber dado una orientación diferente al litigio e incluso una resolución de muy diverso tono. Cuando alguno de estos requisitos no concurren, no puede afirmarse existente un defecto o vicio procesal verdaderamente determinante de un efecto anulatorio. Esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso: hay sin duda un error en la elección procedimental del demandante al haber optado por una vía procesal inadecuada, y así se desprende de la mera lectura y conjugación de los preceptos hasta ahora mencionados, pues se eligió el juicio declarativo especial arrendaticio rústico en lugar del declarativo ordinario que era el que en verdad correspondía como consecuencia de la decisión de no valerse del juicio especial y sumario de desahucio. Pero este error, causante de una deficiencia procesal, no puede ser llevado hasta el extremo de producir los efectos anulatorios que le podrían ser inherentes, sino que debe permanecer en los límites de una mera irregularidad no generadora de nulidad porque ni es grave (se trata de la mera sustitución de un juicio declarativo ordinario por otro declarativo especial) ni, lo que es más importante, engendra indefensión causante de verdadero perjuicio para alguno de los litigantes. Esta es, en síntesis, la doctrina emanada del Tribunal Supremo, pues reconociéndose que el proceso adecuado para ventilar cuestiones sobre resolución contractual es el juicio de desahucio (así la sentencia de dos de octubre de 1980), no se desconoce la posibilidad de acudir al proceso declarativo, sea el ordinario o el especial del Reglamento arrendaticio rústico, diciendo la Sentencia de 28 de mayo de 1952 que "no existe precepto alguno que obligue a ventilar las acciones sobre extinción de los arrendamientos forzosamente por los trámites del juicio especial de desahucio y por el contrario, conforme a la jurisprudencia, pueden sin menoscabo de la justicia resolverse en juicio declarativo, que otorga a los arrendatarios mayores garantías procesales y ventajas al suponer, en definitiva, la renuncia por el actor del privilegio que para él representa el procedimiento sumario de desahucio, establecido en su beneficio exclusivo". Así pues, el rigorismo a que conduciría una estricta aplicación de la preceptiva procesal analizada produciría unas consecuencias inadmisibles en tanto que todo quedaría supeditado a un literalismo formalista con menoscabo del real respeto y cumplimiento de los principios procesales básicos y de todas las garantías necesarias para llegar a una resolución procesalmente justa: la mayor o menor intensidad del defecto de adecuación procesal guarda relación con el mayor o menor grado de garantía del procedimiento reputado inadecuado, y, por tanto, la inadecuación es causante de nulidad cuando el procedimiento inadecuado ofrece menores garantías que en el adecuado, pero no en el caso contrario. Por consiguiente, debe decaer la excepción formulada y procede ya en el examen de la cuestión de fondo.

CONSIDERANDO: Que se plantea el problema de la naturaleza urbana o rústica del objeto arrendado, sosteniendo el apelante que la finca locada tiene el carácter de urbana; pero debe rechazarse tal alegato en tanto que la finalidad primordial de esta finca es sin duda la explotación agrícola, y así se desprende de: a) las características propias de la finca arrendada, cuya extensión permite dedicarla, como efectivamente lo es, a la producción agrícola, especialmente frutales, ostentando el derecho a uso de agua por un determinado espacio de tiempo, tal y como consta registralmente; b) La situación física, fuera del casco urbano o en zona no urbanizable; c) la valoración económica mucho más elevada del

terreno rústico que del destinado a vivienda (artículo 2, 2º, del Reglamento arrendaticio rústico); d) el mayor importe de la contribución territorial rústica que la urbana al tiempo de concertarse el arriendo (artículo 2, 4º, de la Ley arrendaticia urbana). En general, la conjunta apreciación del material probatorio conduce a estimar que el objeto arrendado es de índole rústica, por lo que son de aplicación las prescripciones contenidas en el ya derogado Reglamento de 29 de abril de 1959, dado lo prescrito en la disposición transitoria primera de la Ley de 31 de diciembre de 1980. Por consiguiente, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 9, 4º del indicado Reglamento, relativo a la resolución del contrato de arrendamiento por muerte del usufructuario arrendador (disposición que se reproduce actualmente en el vigente artículo 13), sin que sea viable la alegación, sucintamente expuesta, de que el arrendatario sea un cultivador personal en los términos del artículo 16 de la nueva Ley, pues tal precepto debe ceder frente a otro de efectos más drásticos como el comentado.

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. D. J.A.R., en nombre y representación de D. S.F.M. contra la sentencia de veintuno de mayo de mil novecientos ochenta y tres dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio de arrendamiento rústico de que este rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta sentencia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

35

35. SEPARACION MATRIMONIAL. Convenio privado suscrito con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981. Custodia de los hijos: mantenimiento de la situación convenida atendido el bien de los mismos. Pensión alimenticia: improcedencia al estar orientada al sustento de los hijos cuya custodia no corresponde al cónyuge instante. Pensión compensatoria: fundamento de la misma y elementos precisos para su concesión. Litis-expensas. *Sentencia de 18 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que, siendo el objeto de esta alzada la revisión de determinadas medidas definitivas, decretadas en primera instancia a raíz de un pronunciamiento principal sobre divorcio, cuestión ésta no discutida, se suscita en primer término la eficacia a otorgar a un convenio privado suscrito por los cónyuges antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora del régimen matrimonial y de su nulidad, separación o divorcio, y que fué homologado por resolución canónica. Con independencia del

carácter vinculante de tales acuerdos, propiciado por su reconocimiento canónico, es de resaltar que los puntos concretos sobre los que se centra el presente recurso —vivienda de la esposa, pensión compensatoria y litis expensas, al margen del problema de los hijos— ni fueron contemplados al tiempo de su conclusión, ni incluso podían serlo en aquel momento, bien sea por el mismo contenido de sus cláusulas (en relación con la vivienda, en tanto que la esposa quedaba imposibilitada de tenerla en Baleares), bien sea porque se hallaba regulada aún la denominada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil ni se suponía la posibilidad en un litigio generador de litis expensas. Así pues, al margen de la cuestión referente a los hijos del matrimonio, que inmediatamente será abordada, el resto de problemas suscitados están marginados del convenio particular aludido por unas u otras razones, y ello permite desde luego, sin plantearse mayores problemas, estudiarlos y resolverlos de la manera más equitativa posible.

CONSIDERANDO: Que, en relación con los dos hijos menores de edad, que desde el mencionado acuerdo particular han estado viviendo con el padre, procede que sigan en tal situación porque la actitud de tales hijos se ha mostrado desfavorable a tan trascendental variación y porque su estabilidad física y emocional aconseja mantener un estado de cosas que no ha demostrado ser perjudicial para ellos: cualquier cambio en esta materia ocasionaría sin duda mayores contrariedades que beneficios. Por tanto, los hijos menores de edad deben proseguir en el estado en que se encuentran, sin perjuicio del régimen de visitas señalado en la sentencia impugnada, ya de por sí suficientemente amplio; y no se regula por ahora la cuestión de las vacaciones escolares en atención al escaso contrato que, por unas u otras razones, ha habido entre la madre y sus hijos, lo que no impide el que, en su momento, cuando el régimen ahora decretado promueva una mayor ligazón afectiva entre ellos pueda ser ampliado contemplándose el tema de sus vacaciones. En cuanto a la vivienda cuya ocupación pretende la esposa, no resulta acreditado que sea de la propiedad de su marido, sino que antes bien parece pertenecer a un tercero: ello constituye por el momento un obstáculo insalvable, sin que quepa ni siquiera plantearse un problema semejante.

CONSIDERANDO: Que, habiéndolo solicitado inicialmente la concesión de una pensión alimenticia (artículo 93 del Código Civil) y de otra compensatoria (artículo 97), no procede acceder a la primera en tanto que está destinada a la atención de los hijos del matrimonio, los cuales quedan con el padre según se ha dicho; en cuanto a la pensión compensatoria, destinada a equilibrar la situación económica de los cónyuges posterior a la disolución o interrupción de la convivencia, y que constituye una respuesta legal al principio de solidaridad insito en una institución fundada en relaciones afectivas en cuyo desarrollo ha presidido la confianza y la buena fe recíprocas, debe atenderse ante todo a dos términos comparativos fundamentales en tanto que son indicativos e informantes de la decisión a adoptar: de un lado, debe contemplarse la situación particularizada de cada cónyuge antes y después de producirse la ruptura matrimonial y analizar la situación económica en que se encontraban en uno y otro momento (término comparativo temporal); de otro, deben examinarse esas concretas situaciones en relación con las del otro cónyuge (término comparativo personal), a fin de verificar si la terminación del matrimonio o de la convivencia ha significado una mutación sensiblemente desequilibradora para alguno de ellos, quebrando así el principio de igualdad sustancial que siempre debe imperar como consecuencia de la incidencia de la idea de solidaridad antes apuntada. Para efectuar correctamente este análisis debe atenderse, entre otros índices valorativos, a los suministrados por la norma y en concreto a la enumeración que a modo de ejemplo contiene el aludido artículo 97, en el que se recogen hechos acaecidos durante la vigencia del matrimonio o de la convivencia, que deben ser inventariados o colacionados al tiempo de su ruptura, así como circunstancias que pueden tener una patente trascendencia en el futuro, todo lo cual no es sino consecuencia de haberse conceptualizado el matrimonio como una institución jurídica con unos caracteres muy peculiares, en el que su duración prolongada en el tiempo, el entramado de relaciones afectivas, económicas y sociales, informadas por los principios de buena fe, confianza y lealtad, y la obtención de descendencia, efecto éste que le dota de especial relevancia al venir constituido en el interés primordialmente objeto de atención y protección, no terminan automática ni tajantemente, sino que prolongan sus efectos más allá de su pervivencia como tal institución jurídica y generan un complejo de nor-

mas e instituciones derivadas a las que necesariamente es preciso someterse. Así, haciendo aplicación al caso ahora debatido, son de apreciar los siguientes elementos de juicio dignos de fundamentar la concesión de una pensión compensatoria: a) la cualificación profesional de la esposa, y la consiguiente posibilidad de acceder a un empleo, dadas las particulares condiciones económico-sociales actualmente existentes, no pueden ser calificadas de esperanzadoras: cierto es que la esposa efectúa actualmente un trabajo, y tal circunstancia no puede ser tampoco olvidada; b) la esposa ha atendido correctamente las exigencias familiares de toda especie: así debe presumirse ante la ausencia de objeción ninguna en tal punto; c) la duración del matrimonio, prolongada durante más de tres lustros, en los que ha habido efectiva convivencia conyugal, significa que esas atenciones familiares, adecuadamente prestadas, deben ser ahora traídas a colocación en tanto que ha dado una parte de su vida tanto a su esposo como a sus hijos; d) ha resultado suficientemente acreditado que la esposa colaboró, en mayor o menor grado, en las actividades profesionales de su esposo y que incluso contribuyó decisivamente en sus comienzos; e) la disolución del matrimonio ha de significar con seguridad la eventual pérdida de un derecho de pensión, por lo que es éste un dato a tomar en consideración. Pero, junto a estos elementos, reviste singular importancia el criterio legal que se refiere al caudal y medios económicos de los cónyuges y a las necesidades de los mismos: el esposo, por un lado, parece poseer un caudal lo suficientemente elevado como para poder atender las exigencias impuestas por una compensación equilibradora, y así se desprende de la simple lectura de las actuaciones practicadas; la esposa, por otro lado, aún cuando trabaja y fue objeto de una reducida compensación al tiempo de acordar la separación de hecho, no puede reputarse suficientemente compensada respecto de las prestaciones personales efectuadas a lo largo del matrimonio. Por todo ello, y en aras de la consecución de un equitativo equilibrio que atienda, por un lado, a las prestaciones por ella realizadas y, por otro, a las posibilidades económicas del esposo, debe reputarse ajustada la cantidad de 40.000 pesetas señalada en la sentencia que se recurre. En cuanto a la litis expensas, y dada la enjundia que ha ofrecido este asunto, la situación económica de la esposa y las posibilidades del marido, procede elevarlas a la cantidad de 200.000 pesetas.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS: Que, con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. B., en nombre y representación de doña M.L.S.D., y con desestimación del recurso también promovido por el Procurador Sr. R., en nombre y representación de don J.J.P., contra la sentencia de fecha siete de Febrero de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos, a excepción de la cuantía señalada en concepto de litis expensas que queda fijada en la de 200.000 pesetas, no alterándose en lo restante. No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

cliente. Soluciones doctrinales y criterio de la Sala. Proyecto inviable por razones urbanísticas: no obsta a la obligación de pago de los correspondientes honorarios facultativos. *Sentencia de 18 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que para dictar la resolución adecuada al supuesto litigioso es necesario precisar que éste aparece probadamente formado por los hechos siguientes: A) el 14 de mayo de 1980 y mediante hoja de encargo que tuvo entrada en la Delegación de Palma de Mallorca del Colegio de Arquitectos de Baleares el 9 de junio de 1980 la demandada entidad V.B. S.A., por medio de su representante D. A.V.A., encargó a los arquitectos actores y ahora recurrentes la redacción de un proyecto básico y de ejecución de un edificio de locales y viviendas así como la dirección, recepción y liquidación de la misma; B) Los actores, en cumplimiento del encargo recibido, redactaron el proyecto básico y de ejecución cuyo visado colegial fue denegado por razones urbanísticas el 26 de junio de 1980; C) La entidad demandada, en escrito fechado el 30 de junio de 1980 y presentado por los actores al Colegio profesional mencionado, exteriorizó su voluntad de disponer del Proyecto y de abonar los honorarios correspondientes que aplicando sobre la base definitiva de tarificación de 196.948.930 pts. la tarifa 1ª de las Tarifas de Honorarios aprobados por Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, fueron fijados en la cantidad de 7.168.940 pts.; D) El Colegio de Arquitectos notificó el 19 de agosto y el 30 de noviembre de 1981 a la entidad demandada la posibilidad de retirar el proyecto previo abono de los honorarios mencionados, sin que tal entidad lo haya realizado.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial ha estimado en forma reiterada (sentencias de 16 de febrero de 1935, 7 de junio de 1958, 30 de junio de 1970, 14 de diciembre de 1971, 10 de junio de 1975, 13 de marzo de 1978 y 18 de abril de 1980) que el contrato cliente-arquitecto era constitutivo de un contrato de arrendamiento de servicios, probablemente por estimar que todos los contratos celebrados en el ámbito de las profesiones liberales están incardinados en la esfera de la contratación de tal naturaleza, sin embargo es necesario precisar que la conceptualización genérica del contrato referido ha alcanzado en la jurisprudencia los distintos temperamentos que esta Sala precisó en sentencia de 28 de octubre de 1981.: a) Que la básica sentencia de 10 de junio de 1975, al enfrentarse directamente con el tema ha reputado que si el arrendador "se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella produce, el arrendamiento es de servicios, y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra" y b) Que la fundamental sentencia de 4 de junio de 1968 está postulando asimismo tal calificación de contrato de obra y no de servicios para el contrato de Arquitecto al señalar que "para exigir el actor el pago de sus honorarios no basta con que la otra parte haya suscrito el compromiso, en este caso impreso de antemano en su mayor parte, ni con que lo haya suscrito, conociendo o no su trascendencia; sino que es preciso que la parte que pide el cumplimiento haya cumplido la prestación que le correspondía...". Precisiones jurisprudenciales que motivaron que esta Sala puntualizara en la sentencia antes mencionada que "El contrato de cliente-arquitecto en cuanto se refiere al proyecto es un contrato de resultado y no de simple actividad, como lo revela, por lo demás, la redacción del Capítulo I del Real Decreto de 1 de Diciembre de 1922, sobre Tarifas de honorarios profesionales, al declarar que "se entiende por proyecto el completo de los planos y documentos precisos en cada caso y estudiados con el detalle necesario para que otro facultativo distinto del autor pueda dirigir con arreglo a ellos las obras correspondientes".

CONSIDERANDO: Que la aplicación de la doctrina precedente a los hechos expuestos en la fundamentación primera conduce, contrariamente a lo argumentado por el Juzgador a quo, a la estimación de la pretensión actora por sustentarse en el cumplimiento por quienes la deducen del específico encargo recibido —proyecto básico y de ejecución— sin que frente a ello sea válido oponer la inexistencia de tal encargo pues lo contrario resul-

ta del documento obrante al folio I y de la confesión judicial prestada por D. A.V.A., presidente y administrador de la sociedad demandada (folio 208), ni la frustración del fin del contrato —oposición sustantiva que subyace durante el proceso y que permitiría calificar como injusto un pronunciamiento que condenara a la entidad demandada al íntegro pago de la prestación dineraria— dado que la imposible realización del proyecto que constituye su fundamento no deriva sino de la denegación por razones urbanísticas del visado colegial, y tal denegación no tiene el carácter de definitiva en cuanto no cierra la posibilidad de edificar dado que el particular interesado, a tenor de lo previsto en el artículo 49 del Reglamento de Disciplina Urbanística, podrá presentar el Proyecto, previa petición del mismo al Colegio que obligatoriamente se lo entregará, ante la autoridad urbanística correspondiente en solicitud de la licencia de construcción. Posibilidad normativamente existente que ejercitada puede concretarse en la ejecución del proyecto o en la exigencia a los actores de adecuar el mismo a la normativa urbanística, y no utilizada —como ocurre en el supuesto litigioso— impide estimar la analizada causa imperativa, pues lo contrario supondría que el cumplimiento del contrato habría quedado al arbitrio de la entidad apelada quien con su actitud meramente pasiva habría impuesto el incumplimiento de su contraprestación dineraria.

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo estipulado en la tercera condición general de la hoja de encargo procede condenar a la entidad demandada al pago del interés legal que la cantidad a que ascienden los honorarios —7.168.940 pts.— devengue desde la fecha en que se presentaron a la citada entidad —19 de agosto de 1981— y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil al de los intereses prevenidos en esta norma desde la fecha de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. A. y D. G.R.C., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, el dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rolo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y estimando la demanda formulada por dichas litigantes contra la entidad V.B. S.A. debemos condenar y condenamos a esta demandada a que abone a los actores la suma de siete millones ciento sesenta y ocho mil novecientas cuarenta pesetas de principal, mas el interés legal desde el día diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y uno y el prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias. Dada la incomparecencia en esta alzada de la entidad V.B. S.A., notifíquesele esta resolución en la forma establecida 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).

41

41. ACCION ORDINARIA Y NO CAMBIARIA. Los documentos acompañados con la demanda no son elementos de los que se debe inferir la clase de acción ejercitada. Aportación de documentos extemporánea: consecuencias. *Sentencia de 24 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el contenido de la impugnación deducida por la demandada circunscribe la temática litigiosa a determinar si la entidad apelada ejerció una acción declarativa cambiaria, en cuyo caso y como pretende la demandada recurrente la aplicación de la invocada normativa contenida en el artículo 950 del Código de Comercio impondría la revocación del pronunciamiento de primera instancia o una acción declarativa ordinaria, como entiende el Juzgador a quo, destinada al cobro del precio de la mercancía suministrada en cuyo caso no sería procedente estimar la opuesta prescripción.

CONSIDERANDO: Que la tesis impugnativa ha sido estructurada sobre el relato fáctico de la demanda instauradora de la litis en cuanto esencialmente se refiere a la tenencia de una cambial impagada y sobre la no incorporación con dicho escrito principal de los documentos acreditativos de la mercancía cuya entrega se afirma como cierta y cuyo precio se reclama por impagado. Tesis que, apoyada en tales datos, es válida sólo aparentemente dado que: A) El propio relato fáctico contiene referencias directas al contrato causal y la fundamentación jurídica del escrito de demanda es propia de la acción declarativa ordinaria y ajena a toda normativa cambiaria y B) La no incorporación con la demanda de los documentos fundamentos de derecho que mediante la misma se pretende, produce efectos en sede de admisión y valoración, en su caso, de los mismos, pero no constituye indicio que permita inferir la clase de acción ejercitada.

CONSIDERANDO: Que si bien los documentos presentados por la actora en período probatorio carecen de su eficacia propia por cuanto su condición de fundamentantes del derecho pretendido obligaba a la entidad actora a presentarlos con la demanda instauradora de la litis por así exigirlo la normativa que vinculada al principio de igualdad se contiene en los artículos 504 a 507 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin embargo la resolución sobre la pretensión actora no puede ser distinta a la impugnada por así imponerlo la admisión que la recurrente realizó en su confesión judicial del suministro de mercancía y de su importe —el propio de la cambial— y la ausencia de alegación referente al pago de éste.

CONSIDERANDO: Que no obstante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala, ejercitando la facultad concedida por la Disposición Adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio, estima conveniente no hacer especial declaración de las costas de esta instancia dado que el contenido de la demanda rectora de la litis viabilizaba la oposición deducida en ambas instancias, lo que impide apreciar temeridad o mala fe en la interposición y mantenimiento del recurso que se resuelve.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por F. A. H. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el siete de Julio de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio declarativo de menor cuantía 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).

44. JUICIO EJECUTIVO. Póliza de crédito: disponibilidad excesiva sobre la cantidad pactada en la póliza. No supone novación extintiva.

Requisitos de la misma. Acción dirigida contra un fiador: estimación parcial de la demanda limitada a la cantidad pactada en la póliza. *Sentencia de 25 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia de remate que manda seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados a los demandados y con su producto entero y cumplido pago a la entidad actora de la cantidad de 1.500.000 pesetas, más los intereses pactados desde la fecha de interposición de la demanda hasta su efectivo pago, es apelada por ambas partes; directamente por la ejecutante por no haberse acordado seguir adelante la ejecución por la totalidad de la cantidad reclamada —2.287.144— y por la que han sido embargados los bienes de los deudores; por adhesión por la ejecutada personada, que reitera ahora, como motivos de apelación, las dos causas de oposición que formuló en primera instancia. Consecuente con la más elemental lógica, se ha de proceder en primer lugar al exámen y resolución de los motivos de impugnación de la parte ejecutada, ya que la estimación de cualquiera de ellos, determinaría la improsperabilidad del recurso de la ejecutante.

CONSIDERANDO: Que la acción ejecutiva promovida se basa en una Póliza de crédito de 1.500.000 pesetas, intervenida por Corredor de Comercio Colegiado (folio 2), a la que se acompaña las certificaciones prevenidas por la Ley, entre ellas, la expedida por la entidad bancaria ejecutante y debidamente diligenciada por un Corredor de Comercio Colegiado, acreditativa de que el saldo pendiente de la cuenta de crédito abierta por la expresada Póliza es de 2.287.144 pesetas, con apoyatura legal en el artículo 1429, número 6º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se ejercita contra los dos fiadores solidarios de las obligaciones derivadas del contrato de crédito concertado en dicha póliza. Uno de los fiadores fue declarado en rebeldía y en tal situación continua, el otro, se opuso a la ejecución promovida formulando las siguientes excepciones que ahora articula, como ya se expuso, como motivos de apelación: a) novación de la póliza de crédito —nº 8 del artículo 1464 de la citada Ley—; y b) nulidad del juicio por no ser exigible al ejecutado la cantidad reclamada —artículo 1467 de la repetida Ley Procesal—. Con acierto, puntualizó la Dirección técnica de la ejecutante en el acto de la vista de esta alzada, que toda la oposición del ejecutado se basa en un mismo hecho, si bien calificado de dos maneras distintas, lo que da lugar al exámen conjunto de las dos excepciones esgrimidas frente a la acción ejecutiva promovida. Tal hecho básico es que el saldo de la cuenta de crédito convenida en dicha póliza, excede del límite estipulado, al aceptar la entidad ejecutante, nueve meses antes del vencimiento de la póliza —ésta tenía una vigencia de un año— y cuando ya rozaba el límite del crédito, diversos cargos por un importe de 419.700 pesetas que con los intereses que se devengaron con posterioridad, arrojó, al vencimiento de la póliza, la suma de 2.287.144 pesetas que ahora se reclaman en esta litis. El expresado sobregiro, superior en un 50%, constituye, según parte ejecutada, una variación del objeto o en las condiciones principales del contrato afianzado —no concretó si la variación recaía sobre aquél (el objeto) o sobre éstas (las condiciones principales)—, lo que determina, según dicha parte, la novación de la obligación principal —nº 1 del artículo 1203 del Código Civil— y con ello la prosperabilidad de la excepción 8ª del artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por ende la extinción de la fianza, dado el carácter accesorio que esta ostenta —apartado primero del artículo 1824 del citado Código—, lo que da lugar, según siempre dicha parte, a la nulidad del juicio por no serle exigible la cantidad reclamada —artículo 1567 de la misma Ley Ritualaria, si bien ni en su escrito de oposición ni en el informe del acto de la vista, el ejecutado concretó el número del apartado de este último precepto procesal en que se subsume la nulidad procesal que aduce—.

CONSIDERANDO: Que la novación, sustitución de una relación jurídica obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera, tiene como requisito esencial para que se produzca la extintiva, que es la invocada por el ejecutado—, la inten-

ción de los contratantes o "animus novandi" de dar por extinguido el primitivo convenio entre ellos existente, decisión esta que han de declarar expresamente los interesados como condición indispensable para que la novación se produzca, a menos que la obligación antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles entre sí, conforme tiene establecido el artículo 1204 del Código Civil y declarado la jurisprudencia (sentencias de 9 Abril, 27 Mayo y 3 Octubre 1959, 23 Mayo 1980 y 16 Mayo 1981), que igualmente ha señalado que las modificaciones accidentales que sin alterar la esencia de una obligación preexistente, se introduzcan en ella, no produce el efecto de extinguirla por novación (Sentencia de 26 Enero 1976). El sobregiro llevado a cabo no implica variación del objeto ni de las condiciones principales del contrato de crédito documentado en dicha póliza, aunque afirmó lo contrario el deudor recurrente en apoyatura de su teoría novatoria, calificada de insólita por la contraparte; lo que da lugar a estimar la subsistencia de las obligaciones no ejecutadas de aquel contrato, así como la vigencia, sin alteración alguna, de los afianzamientos solidarios suscritos en la misma póliza, lo que determina el rechazo, por falta de base, de la excepción y de la causa de nulidad aducidas por el deudor.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen del recurso de la parte ejecutante, que impugna la sentencia de remate en cuanto manda seguir la ejecución adelante por la cantidad de 1.500.000 —cuantía máxima del crédito estipulado— y no por 2.287.144 pesetas que es el saldo de la cuenta corriente del crédito existente a su vencimiento —24 Septiembre 1982—, tal cuestión litigiosa se circunscribe en determinar si el sobregiro está o no comprendido en el afianzamiento solidario suscritos por los ejecutados. La entidad bancaria funda su criterio favorable a la solución positiva, en el párrafo último de la condición décima de la tantas veces mencionada póliza, que declara: "La responsabilidad del deudor y el afianzamiento de sus avalistas se extiende al pago de los intereses que resulten de aplicar, en su caso, las repercusiones previstas en la condición 2ª, sin necesidad de ulteriores intervenciones o ratificaciones por parte de aquéllos", y en el apartado segundo de la mentada condición segunda que dispone que: "El sobregiro que accidentalmente pueda producirse con relación al límite en vigor del crédito, cualquiera que sea la causa que lo haya motivado e incluso por cargo de intereses y comisiones, deberá ser reintegrado por el/los beneficiario/s del crédito en el término improrrogable de tres días hábiles". A los efectos de la cuestión que ahora se debate hay que señalar que el sobregiro en las cuentas de crédito, por su carácter excepcional, recibe en todo momento y en las distintas esferas, un trato especial, y puede tener su causa, bien por cargos de partidas diversas de origen distinta de la propia cuenta de créditos —talones, letras de cambio, facturas, etc.—, bien por cargos de intereses y comisiones resultantes de la misma operación crediticia; por ello el sobregiro sólo con carácter accidental se admite en dicha póliza su existencia y por el breve plazo improrrogable de tres días hábiles. Estas dos notas básicas, carácter accidental y breve existencia, que latén respecto al sobregiro en dicho documento y que técnicamente han de repercutir, como en el presente caso, en los afianzamientos solidarios suscritos en la misma póliza, se han de respetar escrupulosamente, y su inobservancia no puede ser recompensada con beneficios económicos extraordinarios ni con ampliaciones cuantitativas de garantías estipuladas. Por ello, el recurso que ahora se examina se ha de desestimar, al pretender una ampliación cuantitativa de afianzamientos dimanante por no respetar la propia entidad bancaria, aquí apelante, el límite de crédito concedido, que según su Letrado sólo condiciona al Banco; tal incumplimiento no fue accidental sino voluntario, ya que según declaración del empleado de la entidad ejecutante que lo autorizó (folio 117) se accedió a ello a petición del administrador único de la entidad prestataria, que es el fiador solidario personado en autos, y la duración del sobregiro alcanzó hasta el vencimiento de la póliza, más de nueve meses después de su iniciación; todo ello complementado con que el sobregiro devenga, a favor del Banco, no el interés del 19,50% anual estipulado, sino otro superior, el previsto para los descubiertos en cuenta, según dispone el párrafo penúltimo de la supradicha condición segunda de la póliza.

CONSIDERANDO: Que al no ser exigible en este juicio sumario la totalidad de la cantidad por la que se despachó la ejecución y se practicó los correspondientes embargos, al mandar la sentencia recaída seguir adelante la ejecución por la de 1.500.000 pesetas, que es la exigible, y declara la nulidad del juicio ejecutivo en cuanto al exceso del capital reclamado, todo ello concorde con lo anteriormente expuesto y con el número 2º del artí-

culo 1467 y el ordinal primero del 1474, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es por lo que procede, previa desestimación de los recursos interpuestos, confirmar el fallo dictado; sin que pueda acogerse la afirmación de que el fallo dictado es incongruente al no admitir la propia sentencia el sobregiro respecto a los ejecutados y no obstante se dispone prácticamente su pago en el fallo, al condenarles al pago de la cantidad límite del crédito y además los intereses pactados de tal cantidad desde la interposición de la demanda, pues en la parte dispositiva de la resolución impugnada no existe ni resulta sobregiro alguno, sino una indemnización de daños y perjuicios por mora a una parte litigante que no pagó oportunamente una deuda dineraria (artículo 1108 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe en ninguno de los litigantes a efectos de imposición devengada en esta segunda instancia.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de B. M., S.A. y el formulado en nombre y representación de don J. R. M., debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia de fecha veintiocho de Abril de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Juez de Ascenso, en Comisión de Servicios en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Dada la rebeldía del demandado don R. V. E., notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

53

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Procedimiento adecuado según se trate o no de derechos reconocidos en la ley especial. Pretensiones fundadas en la misma: la normativa aplicable es la del derecho común. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el contrato de reconocimiento de deuda, y en general los negocios abstractos (cuyas otras modalidades más salientes son los títulos nominativos, al portador o transferibles por endoso —letras, libranzas, vales, pagarés, cheques, pólizas de seguros, etc.— y también la promesa de deuda), ha suscitado siempre una seria polémica sobre su admisibilidad en el ordenamiento jurídico, que hoy día puede considerarse jurisprudencialmente resuelta en pro de una admisión limitada, dado el espíritu causalista que lo inspira; y así, esbozada su contemplación jurisprudencial en las sentencias de 14 de enero de 1935 y de 27 de junio de 1941, fue genéricamente definido en la de 8 de marzo de 1956, a la que sigue la de 13 de junio de 1959, como el contrato por el cual se reconoce una deuda en el sentido de querer considerarla como existente contra el que la reconoce y, según la sentencia de 14 de diciembre de 1978, se trata de una declaración de voluntad

de la que, "hecha con el indiscutible ánimo de obligarse, nace un derecho de crédito en favor de la persona designada como destinataria de esa declaración de voluntad a título dispositivo y no meramente enunciativo". Es indudable, por tanto, que el contrato de reconocimiento de deuda, y en general todos los contratos abstractos, son admisibles en el sistema jurídico-privado español, lo que está "permitido por el principio de autonomía privada o de libertad contractual del artículo 1255 del Código y vinculante para quien lo hace" (sentencia de 9 de abril de 1980). Pero, dada la falta de normación de esta figura contractual y la existencia de diferentes modalidades cuya respectiva eficacia y alcance pueden ser muy diversos, cabe destacar dos posibles formas contractuales según que se inspiren en uno u otro de los criterios siguientes: a) abstracción absoluta o de carácter constitutivo, generadora por sí misma de una obligación autónoma, independiente y completamente desvinculada de la relación o relaciones jurídicas precedentes que, en su caso, hayan podido darse y que sin duda constituyen el origen de aquélla, o —como dice la sentencia de 28 de marzo de 1983, que debe ser reputada básica en materia de negociación abstracta— fundamentadora autónoma de la obligación, "suficiente para que el acreedor así proclamado reclame sin controversia posible la efectividad de la prestación"; b) abstracción relativa o de carácter procesal, cuyo único efecto es el de invertir la carga probatoria de la causa y que, en su caso, sirve como medio simplificador o delimitador del crédito o de la deuda en cuanto precisa con exactitud lo que debe ser objeto de prestación. Esta alternativa jurídica debe ser resuelta necesariamente a la luz de los principios jurídicos contractuales recogidos en el Código Civil y, singularmente, de las normas reguladoras de la causa de los contratos (artículos 1261, 3º y 1274 y siguientes de dicho Código) que, en síntesis, recogen el cardinal principio de la presunción de existencia de causa lícita a menos que se pruebe lo contrario (artículo 1277), en cuyo caso —ausencia o ilicitud de la causa— los contratos celebrados son ineficaces (artículo 1275), de suerte tal que —como expresa la mencionada sentencia de 30 de diciembre de 1978— el ordenamiento jurídico ha construido un sistema causalista en el que su ausencia determina la ineficacia jurídica de los contratos. De ellos deriva, según expone la citada sentencia de 28 de marzo de 1983, "la necesidad de la causa para la existencia del contrato, de manera que su falta (o su ilicitud) sería determinante de ineficacia negocial, una vez destruida por cualquier medio de prueba la presunción que el artículo 1277 establece"; Ciertamente, el contrato de reconocimiento de deuda tiene "entidad y efectos obligatorios propios" (sentencias de 30 de mayo de 1975 y la ya expresada de 14 de diciembre de 1978), y es desde luego admisible la no expresión de la causa en el texto contractual —abstracción de la mención causal—, sin que pierda por ello su validez jurídica ni su eficacia a condición de cumplir los requisitos contractuales legalmente impuestos (sentencias de 23 de noviembre de 1962 y las mencionadas de 14 y 30 de diciembre de 1978); y así, destaca la sentencia de 3 de noviembre de 1981 que ello "representa en nuestro Derecho, si no la admisión indiscriminada del negocio abstracto, sí una abstracción de la mención de la causa, que puede ser... silenciada, lo que no ha de equivalerse con su inexistencia, la cual atraería ciertamente la del reconocimiento mismo". Pero ello no significa una completa desvinculación respecto de su causa, sino que siempre y necesariamente, por imperativo legal, toda relación contractual está conectada directamente con ella: es por esto que el contrato de reconocimiento de deuda tan sólo produce el genérico efecto procesal de relevar de la carga de la prueba consiguientemente el acreedor deba probar su existencia o licitud más que frente a alegaciones o elementos probatorios que la destruyan o pongan en entredicho. De esta suerte, el reconocimiento de deuda está sometido, como cualquier otra modalidad contractual, al régimen ordinario que rige en punto a la causa de los contratos: la presunción de existencia y licitud de la causa "puede ser combatida demostrando la inexistencia de la causa o su ilicitud y la consiguiente imposibilidad de mantener unas atribuciones patrimoniales determinantes de injusto enriquecimiento" (sentencia, ya precitada, de 28 de marzo de 1983). Esta doctrina jurisprudencial es, en definitiva, la acogida en todas las sentencias del Tribunal Supremo, en tanto que todas ellas se han pronunciado sobre supuestos en que era evidente la causa constitutiva del reconocimiento de deuda y, como afirma la sentencia últimamente citada, "al margen del sentido que pudiera dársele a expresiones concretas, desligándolas del general contexto, relatan en los antecedentes fácticos que contemplan circunstancias evidenciadoras de la existencia de causa y, por lo tanto, justificativas del desplazamiento patrimonial".

CONSIDERANDO: Que, en atención a las directrices acabadas de exponer, queda

centrada la cuestión nuclear del litigio en la determinación de si subyace al reconocimiento abstracto de deuda, que es el fundamento de la acción ejercitada, una relación sustantiva que haga las veces de causa u origen de tal reconocimiento. La pretensión ejercitada se apoya en un documento privado de reconocimiento de deuda, en el que ningún modo aparece descrita la causa originadora del débito, expresándose en él el modo y circunstancias para el pago de la cantidad reconocida, así como otros datos complementarios (gastos, garantía y competencia judicial); dicha suma —así se indica en el texto del reconocimiento— deberá ser satisfecha mediante dieciseis efectos cambiarios que seguidamente se relacionan, de los cuales aparecen abonadas tan sólo las tres primeras, por lo que la reclamación se centra en el importe restante. Aunque en principio juega en favor del reclamante la presunción legal de existencia y licitud de la causa (artículos 1277 y 1275 del Código Civil), la parte demandada ha propuesto en su contestación a la demanda un cúmulo de datos y circunstancias indicativos de una real inexistencia de causa que fundamenta el convencimiento de que el reconocimiento de deuda no respondió a una verdadera y efectiva relación patrimonial, lo que queda corroborado como consecuencia de la falta de demostración, a cargo del accionante, de la realidad de una relación causal. En efecto, la valoración global del material probatorio ofrecido por la parte demandada denota la ausencia de causa conocida capaz de soportar el reconocimiento de deuda, y así cabe resaltar como signos más salientes de tal afirmación los siguientes: a) los efectos vencidos y que no constan como abonados fueron retirados de la oficina notarial por un mandatario de la entidad actora al tiempo de practicarse la diligencia de protesto, sin que haya constancia alguna en sus libros de contabilidad acerca de los gastos experimentados para la realización de los numerosos desplazamientos habidos entre Madrid y Palma de Mallorca; b) el demandado no parece poseer un abundante potencial económico: el pretendido préstamo —o la relación que se dice subyacente— fue garantizada tan sólo con una vivienda cuyo valor no alcanza la mitad del importe del reconocimiento suscrito; c) han transcurrido varios años —habiendo prescrito incluso la acción cambiaria ejecutiva— sin que conste reclamación extrajudicial de ninguna especie ni ningún intento de arreglo privado. Todo el complejo de circunstancias concurrentes, de los que los enumerados tan sólo constituyen una mínima muestra, y cuya auténtica relevancia sólo se adquiere después de una atenta lectura de los autos, abocan a la conclusión de que es inexistente la relación causal subyacente al reconocimiento abstracto de deuda: la presunción de existencia y licitud causal queda así plenamente destruida al no darse circunstancia alguna evidenciadora de lo contrario, sino que: a) el demandante, lejos de referirse a ella en su contestación a la reconvencción, la elude y se abstiene de hacer la más mínima referencia a ella, al igual que en el escrito de conclusiones, en el que tan sólo se apunta sin demostrarlo una asunción de deuda a cargo del demandado y en beneficio de una tercera entidad deudora del demandante; b) no existe justificación ninguna sobre la real entrega de dinero al demandado, sea en concepto de préstamo o en cualquier otro; c) del análisis de los libros de contabilidad de la entidad accionante no resulta otra constancia que la ya conocida a través de la documentación aportada a la demanda iniciadora del pleito, haciéndose alusión a una asunción de deuda que en modo alguno resulta acreditada ni contrastada; d) el saldo existente el día 31 de diciembre de 1980 refleja una cantidad inferior al crédito que ahora se reclama, de tal suerte que no se hallaba contabilizado, al igual que tampoco lo están los gastos de desplazamiento antes indicados; e) el pago de tres letras de cambio, que indudablemente constan a cargo de libretas o cuentas corrientes del demandado, no ofrece la suficiente solidez, por sí sólo, como para destruir sin más la convicción alcanzada por esta Sala, pudiendo ello responder a determinados acuerdos entre los litigantes, extendidos a terceras entidades implicadas, para aparentar la realidad de unos pagos verdaderamente inexistentes. Todos estos elementos de juicio, unidos a los anteriores y, en general, a la conjunta apreciación de la prueba, revelan una real inexistencia de causa, que en modo alguno ha sido contradicha por la inexistente prueba de la parte actora: por consiguiente, debe operar lo prevenido en el artículo 1275 del Código civil y estimar ineficaz el reconocimiento de referencia, revocando así la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones que conduzcan a 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 estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. M. M. en nombre y representación de Don G. T. C. contra la sentencia de siete de octubre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Illmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma debemos revocarla y la revocamos íntegramente y, en su consecuencia, desestimando la demanda inicialmente formulada por el Procurador Sr. N. R. en nombre y representación de N. A. D., S.A. y estimando la reconvencción deducida por el Procurador primeramente citado, en la indicada representación, debemos declarar y declaramos nulo de pleno derecho y sin efecto alguno el contrato contenido en el documento de 7 de julio de 1977 presentado por entidad demandante N. A. D., S.A. con su escrito de demanda, sin hacer pronunciamiento sobre costas. No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Carlos Climent Durán).

53

53. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Procedimiento adecuado según se trate o no de derechos reconocidos en la ley especial. Pretensiones fundadas en la misma: la normativa aplicable es la del derecho común. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso se fundamenta exclusivamente en las dos excepciones opuestas en primera instancia: falta de legitimación activa —“al ser el local explotado en exclusiva por el arrendatario-actor durante la temporada veraniega”—, e inadecuación de procedimiento; el examen de ellas se ha de llevar a cabo, por razones de lógica, en orden inverso al expuesto por el demandado-apelante en su escrito de contestación a la demanda.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo tiene declarado “que así como en el orden sustantivo la Ley de Arrendamientos Urbanos contiene dos clases de normas, unas las que regulan las relaciones contractuales comprendidas dentro de su ámbito y otras las que se refieren a aquellas relaciones que, aunque propias de la materia arrendaticia urbana no se fundan en derechos reconocidos por dicha Ley y se rigen por el derecho común, en el orden adjetivo se señala la misma dualidad, pues el procedimiento establecido por la aludida Ley es distinto según que se trate de una y otra clase de relaciones, ya que las primeras están sometidas en cuanto a su tramitación al procedimiento establecido en dicha Ley, como norma general el de los incidentes para los litigios de la competencia de los Jueces de primera instancia, y las segundas tienen que regirse por las Leyes procesales comunes —artículos 126 y 151 de la Ley citada— pero así como para determinar las normas sustantivas aplicables se hace necesario el calificar el contrato, para establecer el procedimiento a seguir en la tramitación del litigio, lo que hay que hacer en el momento de su iniciación, tal calificación no es necesaria ni podría lógicamente hacerse en tal momento, porque el declarar “ab initio” la naturaleza del contrato que liga a las partes sería resolver la cuestión de fondo, ya que según fuera una u otra tal calificación, el contrato estaría

sometido a normas sustantivas sustancialmente distintas y serían distintos los derechos de las partes de ellas derivadas, por lo cual para decidir el procedimiento aplicable hay que atender única y exclusivamente a la acción ejercitada y si ella se funda o no en derechos reconocidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos, para aplicar el procedimiento señalado en dicha Ley en el primer caso y el de las Leyes procesales comunes en el segundo, independientemente de lo que en su día se acuerde en la sentencia" (Sentencia de 2 de Diciembre de 1960), y como en la demanda el actor se funda únicamente en preceptos de la repetida Ley locativa que son los que le sirven de apoyo a sus pretensiones —párrafo primero del artículo 116 en relación a las tres causas previstas en el artículo 115—, es visto que el procedimiento establecido en dicha Ley es el aplicable y por ello se ha de desestimar el primer motivo de impugnación.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir la excepción de falta de legitimación activa basada en que el local arrendado —"sito en zona estrictamente turística"— es explotado "en exclusiva por el arrendatario-actor durante la temporada veraniega", pues dejando aparte la matización de que tal causa de oposición no es en puridad una excepción ya que no afecta a la relación jurídico-procesal, su rechazo viene por su intrascendencia operativa, pues tanto si se califica el arrendamiento que vincula a los hoy litigantes "de temporada" —tesis del apelante— como de arrendamiento "normal", no de temporada —tesis del apelado— la normativa a aplicar para resolver las acciones ejercitadas en esta litis, ahora en segundo grado jurisdiccional, es la misma: el Derecho común.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse las dos excepciones formuladas, ahora reiteradas como motivos de apelación y toda vez que la cuestión de fondo no ha sido impugnada por la recurrente y al estimarla este Tribunal "ad quem" ajustada en su totalidad a derecho, es por lo que procede, previa desestimación del recurso interpuesto, confirmar, en todas sus partes, el fallo dictado.

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

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de Don J. F. A., debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia de fecha nueve de Julio de mil novecientos ochenta y tres, dictada por la Juez de Primera Instancia de Inca en el juicio incidental especial en materia de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

55

55. JUICIO DE DESAHUCIO. Arrendamiento de industria: notas características de esta modalidad contractual. Doctrina jurisprudencial. Expiración del plazo. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto, como tiene declarado una reiterada doctrina jurisprudencial de la que son exponente las sentencias de 30 de noviembre de 1978, 20 de febrero de 1980 y 30 de enero de 1981, que los contratos se califican por su verdadera naturaleza y no por la denominación que las partes les den, sin embargo es menos cierto, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 10 de marzo de 1969, 14 de noviembre de 1981 y 8 de noviembre de 1982, que el determinar si lo arrendado constituye una industria o si debe ser conceptuado como local de negocio con instalaciones o accesorios, comporta una cuestión interpretativa de las declaraciones negociales de las partes, a la que por consiguiente serán aplicables las reglas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código civil y jurisprudencia recaída en su aplicación. Doctrina ésta que motivó la sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1982 en la que se precisaron como notas significativas en el área distintiva del arrendamiento de industria las siguientes: a) Que lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinada a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (sentencias, entre muchas, de 12 de junio de 1967, 10 y 17 de marzo de 1970, 29 de diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados con el local sean suficientes para el funcionamiento del negocio (sentencias de 25 de noviembre de 1972, 25 de mayor de 1973 y 8 de junio de 1979), no dependiendo la calificación de arrendamiento de industria ni de la importancia de la misma ni del número de elementos de que conste (sentencias de 15 de marzo de 1976 y 25 de marzo de 1978), así como tampoco del hecho de que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (sentencias de 19 de julio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 25 de mayo de 1973, 8 de noviembre de 1974 y 9 de julio de 1979); y b) Que si los términos contractuales son claros ha de estarse a sus propios términos (sentencias de 25 de noviembre de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 15 de marzo de 1976), siendo en esta materia singularmente relevante la interpretación contextual o sistemática de las distintas cláusulas del contrato (sentencias de 15 de noviembre de 1972 y 24 de noviembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que a la luz de la doctrina legal precitada el pronunciamiento resolutorio del contrato arrendaticio se impone como necesaria conclusión ante datos tan categóricos como son: A) Los términos inequívocos del contrato de 15 de mayo de 1974 cuyo contenido más significativo ha sido citado por el Juez a quo y del que ahora conviene destacar el obrante en la cláusula sexta: "Toda vez que el Hotel Z. se halla actualmente en explotación los arrendatarios contratarán la totalidad del personal que tenga aquella afiliado a la industria, en la fecha de entrega de la misma cesando toda relación laboral con los arrendadores"; y B) La actividad económica preexistente a la perfección contractual y la continuada inmediatamente después, como queda acreditado apreciando en conjunto la prueba practicada en el proceso. Conclusión que no se desvanece, como acertadamente se razona en la resolución impugnada, por el hecho de que los arrendatarios recurrentes hayan cambiado el mobiliario y los enseres necesarios para la explotación del hotel, pues la ampliación por el arrendatario de la explotación añadiéndole un giro o negocio nuevo o la introducción de sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada es hipótesis no parificable a la que constituida por la desaparición de la industria anterior y la iniciación ex novo por el arrendatario de otra distinta hace inaplicable el régimen del arrendamiento de empresa (en tal sentido sentencias de 8 de noviembre de 1974, 14 de noviembre de 1981 y 8 de noviembre de 1982).

CONSIDERANDO: Que no se aprecia motivo alguno para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesta por Doña R. B. C. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad el tres de mayo de mil novecientos ocheta y tres en el juicio arrendaticio de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de este grado jurisdiccional. Dada la incomparecencia de Don J. A. S., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

56. PROPIEDAD HORIZONTAL. Reclamación de gastos comunes. Falta de legitimación pasiva al no ser la demandada propietaria de la concreta parte determinada: desestimación de la excepción al resultar ser la excepcionante titular registral, presunción que no destruye un documento privado de venta otorgado, como vendedor, por persona distinta de la demanda no anterior al título que causó la inscripción y no haberse averado en juicio tal documento. Intranscendencia del destino y dedicación del local sobre el que gravitan las cuotas impagadas. Validez de los recargos aprobados en junta. *Sentencia de 29 de febrero de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia que condena a la entidad demandada, A. M., S.A., a abonar a la Comunidad de Propietarios del Edificio Secundario Apartamentos de M., sito en la Costa de'n Blanes del término municipal de Calviá, por gastos comunitarios, la suma de 66.645 pesetas más los intereses legales correspondientes, es impugnada por la entidad condenada por los siguientes motivos: a) falta de legitimación pasiva, ya que el local fue vendido el día 10 de Febrero de 1975 a doña R. R. V., hoy en estado legal de quiebra. b) inexistencia de las plazas de garaje que se mencionan en la demanda como base de los gastos comunitarios reclamados y concedido por el juez "a quo", pues en la parte correspondiente del edificio secundario sólo existe un local que fue dedicado desde un principio por la citada compradora a Supermercado; y c) improcedente inclusión del recargo del 10% en los gastos comunitarios reclamados.

CONSIDERANDO: Que una de las más importantes novedades que contiene la Ley 49/1960, de 21 de Julio, sobre Propiedad Horizontal, es la de vigorizar en todo lo posible la fuerza vinculante de los deberes impuestos a los titulares en cuanto al abono de gastos, obligación que se establece en el ordinal 5º del artículo 9 y se desarrolla en el 20 de la propia Ley, especificándose en este último precepto que tales obligaciones "serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local". La titularidad es pues, la determinante de la persona física o jurídica, obligada, por ministerio de la ley, a abonar los gastos comunitarios correspondientes a su inmueble.

CONSIDERANDO: Que al constar acreditado por certificación del Registro de la Propiedad de este Partido (folio 47) que la parte determinada número 254 de Orden, local comercial, situado en la planta tercera del edificio secundario Apartamentos de M. —local cuya titularidad es materia de discrepancia— "continúa suscrito a favor de Apartamentos de M., S.A. en virtud de escritura de cesión por obra nueva y constitución de propiedad horizontal, de 26 de Junio de 1975, ante el Sr. V.", y dado que el principio de presunción de exactitud del Registro, capital en el derecho inmobiliario, proclamado en los artículos 38, párrafo primero y 97 de la Ley Hipotecaria en relación con el párrafo tercero del artículo 1º, ello entraña una presunción legitimadora de naturaleza "iuris tantum" (Sentencia de 3 de Octubre 1979), de que la entidad demandada es la titular de dicho local mientras tal presunción no sea destruida mediante prueba en contrario demostrativa de la falta de exactitud en la constancia tabular, según autorizan el precepto inicial de esta Ley y la norma más general del artículo 1251 del Código Civil, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 21 de Marzo 1953, 23 Noviembre 1961 y 31 Marzo 1969, desvirtua-

ción probatoria que no se ha producido en el presente caso. En efecto, el aserto de la demandada-apelante de que ella no es la titular del expresado local sino que lo es doña R. R. V. se apoya en documento privado, obrante al folio 65, en el que se consigna la venta con precio aplazado, según la recurrente, la promesa de venta, según la Comunidad actora-apelada, del expresado local, no puede prosperar por las siguientes razones: a) la autenticidad del referido documento privado no ha sido reconocida ni probada en autos; b) el repetido documento consta otorgado, por una parte, como propietarios vendedores, don J. C. Q. y don E. G. M. y por otra, doña R. R. V., obrando aquéllo en nombre propio, sin que conste en el documento representación ni referencia alguna a la entidad Apartamentos de M., S.A., que es el titular registral del supradicho local; y c) la fecha de celebración que consta en mentado documento privado es la de 10 de Febrero de 1975, anterior a la de la escritura pública de accesoión por obra nueva y constitución de propiedad horizontal que originó el referido asiento registral vigente, pues su data es de 26 de Junio de 1975, y los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (artículo 1218, apartado primero del Código Civil). Tampoco puede prevalecer sobre la expresada presunción de exactitud registral, el hecho de que en la diligencia de ocupación e inventario de la quebrada doña R. R. V., llevada a cabo el 12 de Agosto de 1980, se incluyese el supradicho local y se hiciese cargo de él el depositario administrador de la quiebra (folios 56/62), ya que tales actuaciones judiciales, llevadas a cabo sin la asistencia de la quebrada, no pueden alterar, en modo alguno, la titularidad real del repetido inmueble ni desvirtuar la expresada presunción legitimadora registral. El hecho de que en el acta de constitución de la Comunidad de Propietarios del Edificio secundario de M. de las plantas de garaje, celebrada el 7 de Julio de 1979 conste como asistente la "Sra. R. R. V. en su propio nombre" y fuese nombrada Secretario de la Comunidad (folios 80/83), aducido por la hoy apelante, como reconocimiento de hecho por la propia contraparte de su tesis de que la titular de las referidas plazas de garaje, hoy local comercial, es dicha señora y no ella, queda desvirtuado por la fotocopia, debidamente autenticada aportada al presente rollo como mejor proveer, de la hoja del Libro de Contabilidad de dicha Comunidad, correspondiente a las expresadas plazas de garaje, prueba más concreta y directa con la cuestión que aquí se debate que aquélla, en la que consta como propietario la entidad demandada, así como diversos asientos contables, el primero de fecha Junio de 1979 y el último de 15-9-82.

CONSIDERANDO: Que la inexistencia de las cuatro plazas de garaje que se mencionan en la demanda instauradora de este juicio, como base de los cargos y gastos comunitarios que se reclaman cuando en realidad existe un local, destinado desde un principio a Supermercado, según la demandada y así consta en el Registro de la Propiedad, y a Cafetería, cuando se llevó a cabo la referida diligencia de ocupación e inventario, es intrascendente a los efectos que se debaten en esta litis, ya que la existencia real del repetido local es incuestionable, que es lo que determina que su titular esté obligado a cumplir las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal y que son las que aquí se le reclaman.

CONSIDERANDO: Que el recargo del 10% por retraso en el pago de los gastos comunitarios, transcurrido un mes de su devengo o aprobación, exigido a la demandada, es procedente, ya que según certificación expedida por el Presidente de la Comunidad de Propietarios actora, tal recargo fue aprobado por acuerdo tomado en Junta celebrada el 7 de Julio de 1979 (folio 6), acuerdo que al no constar que fuese impugnado, se ha de reputar válido y por ende ejecutivo.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y toda vez que se ha observado lo prevenido en el artículo 20 de la citada Ley 49/1960, de 21 de Julio, para exigir, por vía judicial, el pago de los cargos y gastos comunitarios que corresponden a la demandada y que según certificación obrante al folio 5 ascienden a la cantidad aquí reclamada, es por lo que, previa desestimación de la apelación formulada, procede confirmar el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que no obstante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este Tribunal hace uso de la facultad que le otorga

la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio y no impone las costas devengadas en esta alzada al apelante ya que si bien esta sentencia es confirmatoria de la de primera instancia, su fundamentación jurídica es distinta de la expuesta por el juez "a quo" y no aceptada por este Tribunal "ad quem".

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de la entidad A. M., S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha treinta de Mayo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el iltmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

58

58. SIMULACION. La validez del negocio disimulado depende de que su causa sea verdadera y lícita. Venta simulada: elementos de hecho de los que se deduce tal calificación. Acción de petición de legitima que se pretendió burlar mediante aquellas ventas simuladas. *Sentencia de 1 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que, reclamándose en la demanda que inició este litigio la legitima a que la actora tiene indudable derecho, según el artículo 41 de la Compilación balear, por ser hija legítima del testador, y formulada su pretensión contra quien fue instituida heredera, hija habida en relación extramatrimonial, y contra la madre de ésta, nombrada sustituta, suscitan las recurrentes dos cuestiones de relevancia a la hora de precisar y concretar el contenido de la legitima: de un lado, impugnan la simulación que respecto de dos ventas fue estimada por la sentencia de instancia y, de otro, reiteran su pretensión de que el testador anticipó a la reclamante su legitima cediéndole un almacén que regentaba así como donándole los bienes muebles de una vivienda que, perteneciéndole, fue temporalmente ocupada por ella y su esposo, extremos éstos ya recogidos en el mismo testamento.

CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial repetida la que, en síntesis, estima que los contratos concertados con una finalidad distinta de la exteriorizada, tratando de ocultar un negocio diferente, son nulos por caracer de verdadera causa; aunque si cobijan otro negocio, cabe que el encubierto sea válido y eficaz si concurren los requisitos necesarios para su existencia, validez y eficacia, tratándose en tal caso de una simulación relativa, cuyo fundamento esencial descansa en la necesidad de dar predominio a la voluntad interna y real frente a la externamente simulada (sentencia de 31 de mayo de 1965), consistiendo por tanto en una divergencia consciente entre la voluntad manifestada y la interna para producir un negocio distinto del exteriorizado (sentencia de 1 de diciembre de 1964). Pero para que esto sea así, es requisito ineludible justificar otra causa verdadera y lícita fundamentadora del acto que las partes han querido encubrir, y es asimismo nece-

sario demostrar que se han cumplido cuantas formalidades o requisitos vienen impuestos por la Ley tanto con carácter general para todo tipo de contrato como para la validez del negocio jurídico disimulado (sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940, 12 de julio de 1943, 7 de junio de 1955, 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7 de octubre de 1958, 11 de febrero de 1959, 10 de octubre de 1961, 22 de marzo de 1963, 20 de diciembre de 1968, 23 de noviembre de 1971, 23 de mayo de 1980 y 5 de noviembre de 1981, entre otras muchas), siendo esto así, porque de otra suerte se daría el caso de que pudiera hacerse por modo indirecto lo que directamente no es posible efectuar (sentencia de 19 de octubre de 1959). En el caso debatido debe admitirse que la causa fundamentadora de los contratos de compraventa sobre dos inmuebles es simulada y que, por tanto, ello los hace ineficaces. Así se desprende del conjunto de los elementos probatorios obrantes en autos que, apreciados según la sana crítica, conducen a semejante conclusión, siendo índices reveladores de esa simulación: a) el precio ínfimo pactado para las transmisiones, siendo en un caso de una cuarta parte y en otro —en el caso de que efectivamente haya sido entregado— de un volumen mucho más reducido y que probablemente ronda una décima parte del valor real al tiempo de su enajenación; b) ambas enajenaciones tuvieron lugar varios meses antes de otorgarse el testamento: mientras éste está fechado al día 28 de julio de 1972, las ventas se efectuaron los días 19 de mayo de 1972 y 13 de Agosto de 1971; c) todos los bienes pertenecientes al testador, bien los hubiese adquirido por herencia paterna, bien con su propio patrimonio, fueron progresivamente enajenados hasta que al tiempo de su fallecimiento ya no era titular de ningún bien, y aunque algunos inmuebles fueron vendidos muchos años antes del óbito —y consiguientemente no parecen responder a un fin defraudatorio—, fueron transmitidos cuanto menos, además de los dos reseñados, otros cuatro inmuebles durante los años inmediatamente anteriores al del otorgamiento del testamento; d) las relaciones del testador con su familia legítima no parecen haber sido excelentes, y aunque existe correspondencia indicativa de que se mantenía alguna relación, fundamentalmente por razón de negocios, no cabe desconocer el divorcio que rompió las relaciones del testador con su esposa y algunos desagradables hechos posteriores, tales como el desahucio promovido por el testador contra su propia hija y esposo, de todo lo cual y, en general, de la valoración de todo el material probatorio, se infiere la existencia de unas relaciones irregulares, susceptibles por sí mismas de fundar una disposición testamentaria desconocedora de las expectativas sucesorias de su hija legítima. Estos datos, que no son más que un mero y concreto reflejo de la convicción a que se ha llegado después de la lectura de los autos, llevan a concluir estimando simulada la causa de los dos contratos de referencia. Si bien la parte recurrente sostiene que constituyeron verdaderas compraventas y que el precio fue inferior por razones estrictamente fiscales, no aporta justificación ninguna sobre la procedencia del dinero que se dice pagado ni sobre su verdadero destino; y aun cuando trata de justificarlo aduciendo que el precio insastifecho respondió a ciertas compensaciones, tampoco trae a los autos la más mínima justificación acreditativa de semejante aserto. Por consiguiente, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1276 del Código Civil, debe reputarse falsa e ilícita la causa de tales contratos de compraventa, en tanto que con éstos se pretendía ocultar los bienes pertenecientes al testador para burlar los derechos legítimos de la reclamante (sentencia de 20 de octubre de 1966); y como sea que esos contratos no se fundan, a su vez, en otra causa verdadera o lícita —cuestión ésta que ni siquiera ha sido alegada por los recurrentes, que mantienen la validez de las ventas realizadas—, debe producirse el efecto de su ineficacia (artículos 1275 y 1276 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que no puede reputarse anticipada la legítima de la reclamante fundada en la entrega de una determinada industria así como en el consentimiento prestado por el testador a la apropiación de determinados bienes muebles existentes en una vivienda que, siendo de la propiedad de éste, fue ocupada por la accionante y su esposo; y ello es así porque ninguna demostración de ningún género ha sido efectuada. Respecto de la transmisión de un almacén explotado por el testador en Manresa hasta 1953, a partir de cuyo momento fue a vivir a Palma de Mallorca, no consta el tracto o derivación contractual desde el testador hacia su hija, estando acreditado por el contrario que ésta arrendó el local o negocio directamente con su propietario. En cuanto a la apropiación de los muebles de una torre o vivienda perteneciente al testador, tampoco se ha aportado la más mínima justificación: una vez obtenido el desahucio y desalojada la vivienda por la hija,

sin que se haga constar ninguna particularidad en la diligencia judicial de lanzamiento, no aparece constancia de ninguna otra actuación, por lo que deben reputarse improbadas las pretensiones del recurrente.

CONSIDERANDO: Que, dada la improsperabilidad de las impugnaciones formuladas, procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

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

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. G. M. en nombre y representación de doña M. P. R. y doña C. R. V. contra la sentencia de veintiocho 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 sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia en la alzada de Doña R. P. P., notifíquesele esta resolución en la forma establecida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin en el término de tercer día no se insta su notificación personal. (Ponente: Carlos Climent Durán).

66

66. RESPONSABILIDAD CIVIL. Acción indemnizatoria ejercitada por el Estado cifrada en la lesión de un funcionario motivadora de su baja del servicio y determinados, aquellos, por la obligación de pago del sueldo durante la baja. Falta de concreta evaluación de los supuestos perjuicios. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 7 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de este litigio queda centrado en la reclamación formulada por el Estado contra los causantes de un accidente de tráfico, como consecuencia del cual resultó lesionado un guardia civil —que ha permanecido fuera de servicio durante cerca de un año—, pidiendo una indemnización equivalente a los pagos satisfechos por el Estado en concepto de devengos personales de dicho lesionado; y la fundamentación en que apoya su pretensión se sustancia, resumidamente, en que: a) la inactividad de un empleado del Estado, un servidor del orden público, ha supuesto un transtorno o, cuando menos, una deficiencia en la prestación del correspondiente servicio público, pese a lo cual el empleador, el Estado, ha tenido que seguir abonando las mismas cantidades que en concepto de retribución salarial debía satisfacerle, sin obtener como contrapartida una efectiva prestación de servicio que, en caso de sanidad, habría sin duda percibido, de suerte tal que el erario público ha venido pagando lo mismo por una menor prestación de servicio o, en su caso —si es que se hubiese contratado a algún sustituto—, hubiese pagado más

por la percepción del mismo servicio, por lo que debe ser indemnizado a cargo de aquél o aquéllos que ocasionaron esta perjudicial alteración; y b) aun cuando no es desconocida para el recurrente la doctrina legal sentada por recientes resoluciones, se invoca la doctrina mantenida por la Sala segunda del Tribunal Supremo, según la cual "esta Sala, resolviendo casos análogos al presente, tiene declarado en sentencias de 28 de noviembre de 1974 y de 13 de mayo de 1975, que había que entenderse como perjuicio causado al Estado en concepto de responsabilidad civil, como partida integrante de indemnización debida por razón de condena por delito de lesiones o daños, los devengos personales retributivos abonados a los Agentes de la Autoridad, funcionarios del Estado, durante su incapacidad por las lesiones recibidas en acto de servicio y que le incapacite para prestarlo durante el período de curación, habida cuenta de tratarse de desembolsos gravosos para el Erario público sin recibir a cambio la prestación de su función" (sentencia de 20 de septiembre de 1982). Sin embargo, y pese a la certeza de tales alegaciones si es que se contemplan en una consideración aislada y desconocedora de los principios básicos que informan la esfera jurídico-civil, debe llegarse a una solución diferente fundada en las orientaciones emanadas de las sentencias de la Sala primera del indicado Tribunal de 14 de febrero de 1980 y de 2 de marzo y 14 de abril de 1981. En efecto, es doctrina reiterada por el Tribunal Supremo la que impone la obligación de acreditar con exactitud la existencia de perjuicios reales y efectivos, sin cuya demostración no es factible atender pretensiones encaminadas a lograr un resarcimiento fundado en meras conjeturas, suposiciones o presunciones más o menos ajustadas o cercanas a la realidad, ya que en otro caso se estaría dando entrada a supuestos inciertos o no suficientemente contrastados, con la evidente posibilidad de introducir situaciones abusivas o fraudulentas en perjuicio de aquél que, como responsable del evento lesivo, debiera soportar los gastos indemnizatorios pretendidos: la reparación derivada de un hecho ilícito tiende —en el decir de las sentencias de 15 de diciembre de 1981 y de 16 de mayo de 1983— al "logro del justo resarcimiento del perjudicado, que no deberá obtener más que el equivalente del daño sufrido sin ventaja alguna". Bajo la luz de este cardinal principio es como debe resolverse la cuestión suscitada: lejos de presuposiciones o aproximaciones cuantitativas, es imprescindible concretar la entidad real del perjuicio sufrido, y sólo cuando así se haya probado, disipando por tanto simples hipótesis o construcciones basadas en una mera apreciación valorativa, procederá la indemnización postulada. Cierzo es que el examen aislado del supuesto planteado —relaciones entre el Estado y el agente empleado— lleva a considerar que, ante la falta de prestación de sus personales servicios como consecuencia de las lesiones padecidas, el Estado puede verse perjudicado al tener que abonar los mismos devengos por un servicio materialmente no realizado, fallando en consecuencia el principio sinalagmático o de reciprocidad o equilibrio de las respectivas prestaciones; pero una aseveración así no deja de permanecer en el campo de las especulaciones y, como tal, desconocedora del principio fundamental de que toda alegación de un perjuicio exige la precisa probanza de su realidad tangible. No basta, pues, con la afirmación de que —valiéndose de rígidos razonamientos de orden estrictamente causalista entre el hecho causante y el perjuicio experimentado— la no prestación del servicio que correspondía al agente lesionado comporta un patente y directo perjuicio al patrimonio del Estado, ya que una aseveración de tal calibre se acoge a valoraciones hipotéticas o presuntivas contrarias al principio elemental de que todo perjuicio debe ser cumplidamente probado: sólo cuando se justifique la producción de un efectivo perjuicio con proyección económica evidenciada será procedente acceder al resarcimiento peticionado. Y para que éste proceda es necesario que o bien sea cuantificado de una manera perfectamente delimitada en cuanto a las cifras o cantidades en que se valora la deficiencia observada en la prestación del servicio, o bien se precisen con exactitud los gastos que, con carácter complementario, ha habido que abonar para que un tercer sustituto asumiera las labores que en otro caso hubiese ejecutado el lesionado. Estos, o cualesquiera otros medios probatorios que conduzcan al mismo resultado de valuar el real perjuicio sufrido en el desarrollo del servicio público, constituyen la única base firme para atender las pretensiones indemnizatorias solicitadas, lejanas por tanto de meras alegaciones hipotéticas o injustificadas.

CONSIDERANDO: Que la ausencia temporal de uno de los agentes encargados de prestar servicio en materia de orden público o seguridad ciudadana no necesariamente supone una disminución de dicho servicio, sino que, ante la ausencia de probanza de que sufriese verdaderos menoscabos o desmerecimientos —bien porque por si mismo haya que-

dado demostrado, bien porque se hayan tenido que destinar terceras personas a suplir su falta, lo que, valorado pecuniariamente, constituiría el soporte necesario para apreciar la existencia de verdaderos perjuicios—, debe entenderse que dicho servicio fue “objetivamente” atendido de modo adecuado. Así cabe inferirlo del hecho de no haber procurado el Estado suplir las pretendidas deficiencias asignando otras personas a cumplir las funciones que el lesionado debía desempeñar, de lo que deduce que o bien el servicio estaba plena y objetivamente atendido aun sin la presencia del lesionado o bien se estimó que, aunque se estaba prestando deficientemente, ello no era un serio obstáculo para que fuera efectuado en tales condiciones: es por ello que al Estado correspondía calibrar la bondad o deficiencia del servicio y adoptar en su consecuencia, si es que lo creía oportuno, los remedios sustitutorios procedentes. Al no hacerlo así ha incidido, por su parte, en una actitud que ronda lo negligente —para el caso de que el servicio fuese deficiente— que en modo alguno es achacable pecuniariamente a quien en principio correspondería indemnizar. De otra suerte, aceptando la presunción en que se apoya la pretensión estatal, y habiendo sido consecuentemente indemnizado el Estado, se seguiría la consecuencia de que o bien recibiría un servicio correcto —prestado con la desinteresada colaboración de los compañeros del lesionado, que procuraron suplir su falta— sin pagarlo, o bien dejaría de pagar un servicio incorrectamente prestado por causas que únicamente son imputables al mismo Estado en cuanto no ha proveído la adopción de los medios sustitutorios que debía haber adoptado, desequilibrándose así la reciprocidad de prestación en favor del mismo Estado, rondándose incluso una posible hipótesis de enriquecimiento injusto. Es, pues, preciso demostrar cuantificadamente los reales perjuicios sufridos, al margen de conjeturas que a nada conducen: quien en principio está obligado a indemnizar debe tener plena certeza de que se resarcen perjuicios reales y concretos, y no meras y presuntas consecuencias perjudiciales indemostradas; porque en definitiva, los perjuicios no consisten en el abono de unos devengos que a la postre el Estado venía obligado en todo caso a pagar, sino en la no prestación de la contrapartida correlativa a tales pagos —prestación subjetiva de servicios—, y precisamente sobre esta subjetiva contraprestación debía centrarse la actividad probatoria: si ésta hubiese sido llevada a buen término, cuantificándose los reales perjuicios sufridos por la falta de prestación subjetiva de servicios, hubiese procedido sin duda la indemnización correspondiente al denotarse un flagrante desequilibrio entre lo pagado y lo no recibido, pero es la ausencia de demostración precisa y cuantificada de este segundo extremo lo que lleva al rechazo de la pretensión que se ejercita. El Estado ha tenido, por tanto, que proseguir abonando los devengos, pero al Estado correspondía suplir la ausencia temporal del lesionado: si no lo hizo así, y estimó consecuentemente que no era ello preciso, no puede ahora, sin contradecirse, sostener la realidad de unos perjuicios que antes desechó, y si no ha acreditado numéricamente el valor de esos posibles perjuicios, no es tampoco factible atender su petición en cuanto contraviene el principio jurisprudencial de probar cumplidamente el montante a que ascienden tales perjuicios. Por consiguiente, indemostrados como han quedado los perjuicios que sostiene el accionante, debe confirmarse la sentencia apelada en todos sus pronunciamientos.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones que conduzcan a un 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 Señor Abogado del Estado en nombre y representación de la Administración General contra la sentencia de doce de marzo 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 Durán).

73

73. JUICIO DE DESAHUCIO. Calificación del contrato: es de industria, no desvirtuando tal carácter la introducción por el arrendatario de nuevo menaje o mobiliario. Expiración del plazo. *Sentencia de 15 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que cuestión debatida en primera instancia y tema único a decidir en el presente recurso es el relativo a dilucidar la calificación apropiada a lo que ha sido objeto del contrato de arrendamiento celebrado el 22 de Marzo de 1977 por los hoy litigantes (folio 1) y cuya resolución insta el demandante por expiración del término estipulado, mientras que el actor, hoy apelado, sostiene que se trata de un arrendamiento de industria, excluido por consiguiente de la legislación especial en virtud de lo imperativamente dispuesto en el artículo 3, párrafo 1º de la Ley de Arrendamientos urbanos; los demandados-recurrentes defienden la tesis de que se está en presencia de un arrendamiento de local de negocio, aduciendo que en ningún momento, durante los arrendamientos anteriores al vigente, que celebraron los mismos hoy contendientes el 15 de Diciembre de 1972 (folio 40) y 15 de Diciembre de 1974 (folio 41), ha existido una unidad de bienes propiedad del arrendador suficientes para conceptuar la locación concertada, de arrendamiento de industria, pues si bien algunos años antes de 1972 pudieron existir tales industrias —se trata de un hostal y un bar arrendados conjuntamente—, en dicho año había quedado inutilizado casi todo el menaje y lo poco existente no era decoroso ni suficiente para una normal explotación, de ahí que el inventario aportado con la demanda es el que realizaron los hoy litigantes el año 1972 y al no existir inventario de 1977, cae por su base, según la parte demandada-apelante, la pretensión de la actora de que se trata de “una unidad patrimonial susceptible de inmediata explotación”.

CONSIDERANDO: Que el concepto de industria o negocio a los efectos de su arrendamiento conforme al citado artículo de la ley especial, viene dado por la existencia de una organización patrimonial económicamente productiva, formada por un conjunto organizado y dispuesto, con esta pluralidad de elementos materiales e inmateriales para lograr la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada (Sentencia 8 Noviembre 1982), y a tenor de lo dispuesto en dicho precepto será menester la preexistencia y la continuación de tal actividad económica, circunstancias éstas que se dan en el presente supuesto. En efecto, la preexistencia y la ininterrumpida actividad de las dos industrias, el Hostal M. y Bar M., ambas situadas en Cala San Vicente, del término municipal de Pollensa, arrendadas conjuntamente en el contrato cuya resolución se insta en esta litis, resultan no solo acreditadas por la prueba practicada, entre la que cabe mencionar las certificaciones del Ayuntamiento de dicha población de que en los años 1966 y 1959 dichos establecimientos estuvieron, respectivamente, sus permisos de apertura y desde entonces continúan sus actividades (folios 215 y 216), sino que están incluso reconocidas por los propios demandados, pues en su escrito de contestación a la demanda afirman que el vigente contrato de arrendamiento es el tercero que celebraron sucesivamente con el actor sobre el mismo objeto —el Hostal M. y Bar M. de la Cala San Vicente de esta Isla—.

CONSIDERANDO: Que la impugnación de la sentencia recaída se basa en los siguientes motivos: a) en que en el año 1872 cuando se hicieron cargo los hoy apelantes de los citados Hostal y Bar, había quedado inutilizado casi todo el menaje y lo poco que quedaba era indecoroso e insuficiente para su normal explotación, lo que es de total inoperancia a los efectos de esta litis, ya que lo que es objeto de examen y de la pertinente resolución no

es el contrato que se celebró aquel año sino el arrendamiento vigente, suscrito el 22 de Marzo de 1977, en el que consta expresamente que "las industrias se encuentran en estado de funcionamiento". b) que no existe inventario en el contrato de 1977, inexactitud fácilmente comprobable al constar tal documento, por cierto bien extenso y detallado y firmado por ambos demandados-apelantes, unido a autos a los folios 7 al 16. c) que dicho inventario es simulado pues es el que formalizó con motivo del arrendamiento celebrado en el año 1972, lo que es irrelevante, ya que aún admitiendo como cierto que dicho inventario fuese el que se suscribió en 1972, no obstante haber sido probado, en el contrato vigente, el celebrado el 22 de marzo de 1977, se le dio plena vigencia y total eficacia por ambas partes contratantes, sin que ninguna de ellas pueda ir válidamente contra sus propios actos. d) la renovación y sustitución de enseres y menaje de dichos establecimientos por los demandados, prevista y regulada en la estipulación 11 del contrato vigente, conlleva, según los apelantes, que el arrendamiento objeto de este juicio sea de local de negocio, tesis que se ha de rechazar ya que según reiterada jurisprudencia la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de industria no se extingue ni cambia por introducir el arrendatario sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria (Sentencias de 30 Noviembre 1950, 15 Diciembre 1953, 17 Mayo 1955, 19 Junio 1963, 29 Diciembre 1971, 1º Julio 1972 y 8 Noviembre 1974, entre otras). La inexistencia en los establecimientos arrendados de ciertos cuadros pintados por el actor e incluidos en el inventario mencionado, no da base para sostener con seriedad, como lo hizo la Dirección técnica de los apelantes en el acto de la vista de esta alzada, de que es prueba de que el supradicho inventario, acompañado a la demanda, es simulado o inexistente, pues lo único en puridad colegible es su inexactitud; amen que la estipulación 9ª del repetido contrato de 1977, dispone que "cualquier de los cuadros que figuran en el inventario anexo en el presente contrato podrá ser retirado por el propietario sustituyéndolo por otro".

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que se incorporan a la presente, procede confirmar el fallo impugnado previa desestimación del recurso interpuesto.

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

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de Don J. M. C. y G. M. C., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cinco de mayo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Juez de Primera Instancia de Inca en el juicio de desahucio de industria de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

76

76. TERCERIA DE DOMINIO. Prueba del mismo que recae sobre un automóvil. Posesión y título. *Sentencia de 21 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que abandonadas por el demandado-apelante las excepciones de falta de legitimación activa y la de defecto legal de proponer la demanda, no reiterada en esta alzada su oposición basada en ser él el dueño del automóvil marca SEAT, modelo 1430, matrícula PM-6321-D —objeto de esta tercería de dominio— por haberlo vendido con pacto de reserva de dominio y no haberse pagado la totalidad de precio aplazado, sin duda por la completa y acertada argumentación que en contra de tal tesis contiene la sentencia recaída, ésta se impugna por no haberse observado lo que preceptúa el artículo 1537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que “con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se dará curso”. Olvida la parte recurrente no solo que el tercerista acompañó a su demanda, como documentos justificativos de su dominio los dos recibos de haber pagado, uno a cuenta y otro por la totalidad, el precio del referido turismo al señor M. I. —uno de los dos demandados declarados rebeldes— (folios 8 y 9), así como el certificado del seguro obligatorio del mismo vehículo entendido a nombre del actor con fecha 3 de Mayo 1979 (folio 7), la tarjeta de inspección técnica del coche expresado (folio 10), y copia de una sentencia dictada en un juicio de faltas en la que se menciona al tercerista como propietario del repetido vehículo, en el accidente de tráfico que se produjo el 18 de Julio de 1981 en la ciudad de Sóller (folio 5 y 8), documentos todos adverbados en el presente pleito; sino también olvida la doctrina del Tribunal Supremo recaída en pleitos sobre tercerías de dominio, en la que siguiendo la dirección germanista en la interpretación del artículo 464 del Código Civil, que tiene declarado que la posesión de cosas muebles a estos efectos se refiere a título de dominio (Sentencia de 3 Marzo 1980), y constar probado en autos que el tercerista desde el mes de Febrero de 1979, en que compró al expresado señor M. I. el referido vehículo, ha poseído de buena fe y públicamente el automóvil matrícula PM-3621-D, lo que determina la desestimación del recurso formulado.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, procede la confirmación de ésta.

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

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre de don A. P. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha catorce de Septiembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el ltmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número uno de esta ciudad en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con condena de las costas de esta alzada a la parte apelante. Dada la rebeldía de los demandados don V. M. I. y don F. M. D., 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).

a empleado de entidad bancaria en que se domicilió la Letra: es válido y eficaz. Necesidad del mismo aun cuando se ejercite una acción ordinaria. Plus-petición: no la supone la reclamación de los gastos de protesto pese a contener la cambial la cláusula "sin gastos". *Sentencia de 21 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que son dos las cuestiones suscitadas en esta alzada: de un lado, la relativa a la corrección o incorrección de la diligencia de protesto de letras de cambio y, de otro, la referente a un problema de pluspetición emanado de la reclamación de los gastos de protesto pese a la consignación en la letra de la cláusula "sin gastos". Un tercer problema, el concerniente al tema fiscal sobre el timbrado de los efectos cambiarios, carece de entidad en tanto que —según reiterada doctrina jurisprudencia suficientemente conocida— basta con que al tiempo de dictarse la sentencia estén suficientemente reintegrados tales efectos, y ello incluso, por consiguiente, para el caso de que se haya despachado indebidamente la ejecución, por tratarse de un defecto perfectamente subsanable: siendo así que los dichos efectos aparecen debidamente reintegrados, no hay cuestión sobre tal particular.

CONSIDERANDO: Que, en punto al problema de la validez o nulidad del acto de protesto de letras de cambio por haberse efectuado en la persona de un empleado de una entidad bancaria, cuyo domicilio es el reseñado en las letras ejecutadas, y más concretamente en la entidad bancaria que aparece como tomadora de los efectos, se sostiene por el recurrente que su formalización no se ha ajustado a las prevenciones y garantías debidas, acogiéndose así a una orientación doctrinal y jurisprudencial que impone el deber de efectuarlo directamente en la persona del aceptante siempre que ello sea posible, aun cuando en la letra aparezca designado un domicilio distinto del real y verdadero del librado, ya que así se conseguiría, según la aludida orientación, la finalidad que es propia del protesto asegurando su cabal conocimiento por el obligado al pago y se haría posible, en su caso, la efectiva aducción de la falsedad de la aceptación de la letra, so pena en otro caso de contravenir las exigencias impuestas por el artículo 24 de la Constitución. No cabe, sin embargo, acoger tal orientación por cuanto, siendo el protesto un medio de prueba acreditativo de la actitud negativa del obligado al pago —al propio tiempo que de la diligencia del acreedor cambiario en su presentación al cobro— y del estado de la letra en el momento en que aquél es realizado (artículos 502 y 504 del Código de comercio), y constituyendo un requisito imprescindible para poder ejercitar la acción cambiaria ejecutiva (e incluso la ordinaria, a menos que concurra la cláusula "sin gastos"), sea en vía directa contra el aceptante, sea en vía regresiva contra los demás obligados cambiarios (artículo 509, en relación con los artículos 516 y 521, todos de dicho Código), en modo alguno se causa indefensión al librado-aceptante por el hecho de no tener (o no poder tener) personal constancia del protesto del efecto cambiario por él suscrito. La redacción de los artículos 504 y 505 del Código mercantil es indicativa de que el lugar en que debe comunicarse el protesto es el expresado en la letra, y por consiguiente debe estarse a lo en ella especificado, sin que quepa acudir a menciones ni circunstancias extracambiaria irrelevantes a estos efectos: la cumplimentación afecta e interesa, desde luego, al mismo aceptante, quien o bien puede exigir, al tiempo de extender el efecto, a su domiciliación en el lugar en que realmente habita, o bien pueda señalar cualquier otro domicilio, o bien puede incluso renunciar a hacerlo, asumiendo así las consecuencias derivadas de su designación por un tercero. No se ocasiona, por tanto, indefensión en aquellos casos en que, por unas u otras razones, no ha sido factible la localización del obligado al pago (siempre, claro está, que se hayan cumplido las prevenciones de los artículos 504 y 505 del Código de comercio); y si bien es cierto que en semejantes casos no podrá el aceptante alegar la falsedad de la aceptación —con las consecuencias enervatorias de la ejecución inherentes a tal alegato—, ello no imposibilita aducir durante el juicio ejecutivo tal motivo de oposición ni, en su caso, paral-

zar dicho juicio mediante la formulación de la oportuna denuncia o querrela criminal. Si el protesto es un mero acto de acreditación del impago y de la diligencia del acreedor cambiario, y su función primordial es la de permitir la conservación de las acciones cambiarias ejecutivas (y normalmente las cambiarias ordinarias), no puede quedar condicionado en su eficacia a su expresa comunicación personal al destinatario, dentro de los límites razonables determinados legalmente, so pena de hacer extremadamente dificultoso el tráfico mercantil: de otra suerte se estaría dando entrada a elementos extracambiaríos en un acto que, como el protesto, es eminentemente cambiario y, como tal, ajeno a lo que está fuera de su tenor. Estos razonamientos quedan confirmados en aquellos casos en que la letra es aceptada en blanco: la designación de un domicilio, cualquiera que ésta sea, hecha por persona distinta del aceptante no supone sino el cumplimiento de una exigencia cambiaria autorizada explícita o implícitamente por el mismo aceptante al firmar el efecto vacío o parcialmente carente de algunas de sus menciones, no siendo posible aducir ulteriormente irregularidades emanadas de una defectuosa o interesada cumplimentación de sus elementos a efectos de enervar su eficacia ejecutiva, a menos que demuestre haberse incumplido un acuerdo adoptado sobre tan concreto extremo. Si el aceptante ha hecho dejación de la facultad de señalar un domicilio, debe soportar las consecuencias de un comportamiento que no le es achacable sino a él. Por todo ello, procede rechazar el motivo de impugnación alegado.

CONSIDERANDO: Que, en cuanto a la excepción de pluspetición deducida en base a la estampación de la cláusula "sin gastos" y que se contrae a los gastos de protesto de la letra de cambio, debe ser asimismo rechazada, y ello porque si la función de dicha cláusula es —según enseña la sentencia de 26 de febrero de 1982 y las en ésta citadas— la de hacer innecesario el levantamiento de protesto para conservar la acción cambiaria "ordinaria" contra el aceptante, el librador y los demás obligados cambiarios, sin que ocurra lo mismo respecto de la acción cambiaria "ejecutiva", para cuya efectividad es condición ineludible la de su formulación, cualquiera que sea el obligado cambiario, no cumpliendo la referida cláusula la función sustitutiva del protesto respecto del librador, sino que es preciso siempre el protesto como requisito imprescindible para poder hacer valer la acción cambiaria ejecutiva contra el mismo, se sigue de todo ello la necesidad de efectuar el acto de protesto por parte del tenedor de la letra so pena de ver mermadas sus posibilidades de pronta reclamación, bien sea contra el librador, bien sea contra el aceptante, bien sea contra cualquier otro obligado cambiario, por lo que no cabe reputar indebidamente reclamados los gastos de protesto así generados.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones fundamentadoras de 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 F. P. en nombre y representación de don A. L. B. contra la sentencia de nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Palma en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana, 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 Durán).

82. ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. Inmueble vendido bajo reserva de dominio hasta tanto no se hubiera pagado el íntegro precio y transmitido antes de que ello tuviera efecto. Calificación de este último contrato como de cesión de derechos. Concepto jurisprudencial del pacto de reserva de dominio y consecuencias. *Sentencia de 23 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el objeto de controversia queda circunscrito a la calificación que debe otorgarse al contrato suscrito por los litigantes y que, según la parte inicialmente demandante, ahora apelada, le ha permitido adquirir el dominio del inmueble a que el mismo, en último término, se refiere, por lo que insta declaración judicial de propiedad y al propio tiempo solicita el otorgamiento de la correspondiente escritura pública que así lo constate, mientras que la parte apelante interesa la declaración de nulidad de dicho contrato por estimarla una donación que, sujeta a formalidades constitutivas, es ineficaz al no haberse sujetado a las exigencias legales. Para una mejor comprensión y delimitación del tema debatido, conviene sentar las siguientes premisas: a) el demandado, ahora apelante, padre de la actora, suscribió un contrato privado de venta, fechado al día dos de enero de 1975, en cuya virtud compró un inmueble de otro codemandado, éste declarado en rebeldía, en el que, entre otros particulares, se pactó, además de la facultad resolutoria por impago de los plazos convenidos con pérdida de las cantidades hasta entonces satisfechas (pacto tercero), que "el vendedor transmitirá al comprador la posesión de la unidad vendida cuando le haga entrega de las llaves de la misma, y en su día, al ultimarse el cobro del precio, el pleno dominio del piso objeto de este contrato" (pacto cuarto), estipulándose también que "ambas partes contratantes se facultan mutua y recíprocamente para poder ceder a favor de una tercera o terceras personas, naturales o jurídicas, los derechos y obligaciones que a favor de cada una de ellas resultan del presente contrato. Sin embargo, el comprador no podrá utilizar dicha facultad hasta tanto no tenga totalmente satisfecho el total precio de la compraventa" (pacto octavo); b) habiendo fallecido la esposa del demandado, decidió éste transmitir a sus cuatro hijos los bienes de su pertenencia, anticipándoles lo que a la postre habrían de recibir por vía hereditaria, cosa que se efectuó mediante escritura fechada al día diez de noviembre de 1978; c) en esta misma fecha, y mediante documento privado suscrito por el demandado y tres de sus hijos, uno de los cuales era la actora, se acordó que aquél "subroga y cede a su hija... (la demandante) todos los derechos que le corresponden sobre la casa... (de referencia), adquirida por compra... en contrato privado de fecha dos de enero del año 1975. En su consecuencia... (la demandante) asume plenamente la posición en el contrato que correspondía a su citado padre, adquiriendo todos los derechos sobre la indicada vivienda. Conforme a ello... (el demandado) presta su absoluto e irrevocable consentimiento para que se proceda a otorgar escritura pública de compraventa directamente en favor de su expresada hija... (la demandante)" (acuerdo primero), añadiéndose que "del precio de compra de la repetida vivienda o piso está pendiente la suma de 337.018 pesetas, que se satisfará mediante la atención a su vencimiento de 22 letras de cambio de 15.319 pesetas cada una, las cuales, aunque han sido aceptadas por... (el demandado), serán pagadas por... (los tres hijos suscribientes del contrato), tal como se ha venido haciendo hasta ahora, liberando a su padre... de cualquier responsabilidad u obligación derivada de las mismas" (acuerdo segundo); d) con posterioridad a estos actos, el padre demandado contrajo nuevo matrimonio y, a partir de entonces, parece ser que las relaciones con sus hijos están seriamente viciadas en tanto que han

sido relativamente frecuentes las disputas por vía penal y civil. Dados estos presupuestos, debe analizarse, antes que nada, la naturaleza y calificación jurídica del contrato privado de compra inicialmente suscrito por el padre demandado y reconviniendo, para extraer de ello las consecuencias correspondientes a esa valoración.

CONSIDERANDO: Que el mencionado contrato no puede sino ser calificado como una compraventa con reserva de dominio en favor del vendedor, dado que se pactó la entrega de la posesión al tiempo de la entrega de las llaves y se aplazó la transmisión del pleno dominio al instante en que se hubiese pagado la totalidad de los plazos estipulados. La venta con reserva de dominio, admitida en nuestro ordenamiento jurídico y así reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de las sentencias de 16 de febrero de 1894 y 6 de marzo de 1906, tiene como fundamental característica —según recuerda la sentencia de 19 de octubre de 1982— la de que, “mientras no sea abonado el precio en su totalidad, por acuerdo de las partes, no se produce el traspaso de la propiedad al comprador, no obstante la entrega de la cosa vendida, dando lugar a una derogación convencional del artículo 609, párrafo segundo, en relación con el 1461 y concordantes, ambos del Código civil, pacto cuya validez y licitud ha venido proclamando la jurisprudencia desde fines del siglo pasado, en doctrina legal mantenida sin fisuras hasta el día de hoy —sentencias, entre otras, de 20 de marzo de 1930 y 10 de junio de 1958—, como configurador de una venta sometida a la condición suspensiva de que el comprador pague la integridad del precio, condición que, una vez cumplida, produce “*ipso iure*” la transferencia del dominio al comprador —sentencia de 13 de diciembre de 1935 y la ya citada de 10 de junio de 1958—”. La aplicación de esta doctrina al caso controvertido hace obvia la afirmación de que, al tiempo de celebrarse el pacto privado de 10 de noviembre de 1978, en cuyo momento no había sido abonada la totalidad del precio (faltaba aún el pago de 18 plazos), el comprador (padre de la accionante inicial) no había adquirido todavía el dominio sobre la cosa enajenada, sino que tan sólo ostentaba su mera posesión y disfrute así como la expectativa de adquirir el derecho de propiedad tan pronto como fuera satisfecho el precio convenido. Por consiguiente, el contrato documentado privadamente el día 10 de noviembre de 1978 tan sólo podía referirse a aquello que su otorgante podía transmitir y no a cosas ni derechos de los que aún no era titular ni, desde luego, tenía potestad para transferir: de otra suerte quedarían conculcados principios sólidamente enraizados en la ciencia jurídica y en la jurisprudencia, relativos a que nadie puede transferir a otro más derecho que los que tiene y a que nadie puede dar lo que no tiene. La derivación patrimonial instrumentada en el documento de referencia únicamente tuvo por objeto aquello que el transmitente tenía entonces: el conjunto de derechos inherentes a una compra efectuada con reserva de dominio, pero no el dominio de lo que fue objeto de contratación, ya que éste pertenecía todavía al vendedor mientras no fuese abonado el total precio pactado. Es esto lo que explica el contenido de las cláusulas del mencionado convenio, que sólo puede ser bien entendido si es puesto en relación con el precedente contrato de dos de enero de 1975, relativas a la cesión que se realiza de cuantos derechos corresponden al transmitente —cedente y anterior comprador— sobre la cosa vendida y a la asunción, por parte de la cesionaria, de la posición que en el inicial contrato de venta correspondía al cedente, adquiriendo así todos los derechos ostentados por éste sobre la cosa transferida; y ello permite comprender con claridad la razón por la que el cedente presta “su absoluto e irrevocable consentimiento para que se proceda a otorgar escritura pública de compraventa directamente en favor de la cesionaria. A la vista de estos razonamientos, no cabe configurar el indicado negocio como un contrato de compraventa ordinaria ni tampoco como una donación, sino como una cesión de derechos, figura contractual ésta que, aun cuando no se halla plenamente desarrollada en el ordenamiento positivo, es objeto de regulación parcial y, desde luego, ha sido admitida ampliamente por la doctrina jurisprudencial. No es posible, en primer término, conformar la relación jurídica litigiosa como un contrato de compraventa ordinaria en cuanto ésta recae ineludiblemente sobre cosas corporales, mientras que el contrato de cesión tiene como objeto cosas incorpóreas o derechos: en el presente caso, no ha sido transmitida la cosa o, mejor, el dominio proyectado sobre la cosa, sino tan sólo los derechos de posesión, uso y disfrute que, aunque requieren la material tenencia de la cosa, no suponen transferencia dominical ninguna; ni tampoco cabe, en segundo lugar, calificar dicho negocio como una donación, puesto que careciéndose de la

titularidad dominical sobre el objeto, y prohibiéndose la donación de bienes futuros (artículo 635 del Código civil), no es factible realizar un acto de liberalidad sobre algo que no es propio. La relación contractual se califica, por tanto, como una cesión de derechos que, al parecer, presenta o puede presentar una causa mixta de donación y compraventa (*negotium mixtum cum donatione*); y, por consiguiente, no siendo aceptable configurar dicho negocio como donación, no es aplicable la exigencia impuesta por el artículo 633 del Código civil relativo a determinadas formalidades constitutivas en materia de donación de inmuebles, sino que, muy al contrario, debe imperar el principio de libertad de formas reconocido en los artículos 1278 y siguientes del Código civil. Por todo lo cual procede rechazar la impugnación suscitada en esta alzada.

CONSIDERANDO: Que se dan cuantas condiciones son necesarias para acceder a la declaración dominical instada, tal y como aparece reconocido en la sentencia de primer grado, por lo que debe ser ésta confirmada en todos sus pronunciamientos.

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 Don A. T. M. contra la sentencia de dos de mayo 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 sus pronunciamientos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia de Don C. P. R. y personas desconocidas con derecho sobre el piso 2º-2º de la calle Luca de Tena nº 26 de Palma, notifíqueseles esta resolución en la forma establecida 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).

83

83. JUICIO DE DESAHUCIO. Litispendencia: no se produce dada la sumariedad del proceso. Doctrina del Tribunal Supremo. Excepción de cuestión compleja: es de interpretación restrictiva, suponiéndola la determinación de si lo arrendado es industria o local. Interpretación del contrato de la que se infiere que lo arrendado es una industria. *Sentencia de 23 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que para enervar la acción de desahucio por expiración del plazo contractual ejercitada en la demanda origen de este recurso se opuso por el arrendatario demandado: a) La excepción de litispendencia; b) El carácter complejo de la cuestión liti-

giosa y c) La aplicabilidad de la normativa especial arrendaticia dado que el contrato litigioso tuvo por objeto un local de negocio y no una industria.

CONSIDERANDO: Que el rechazo de la primera defensa aparece correctamente fundamentado en la resolución impugnada, no tanto en base a su primer razonamiento argumentativo dado que el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de Diciembre de 1983 ha declarado "de tal forma que presentada la demanda y admitida por el órgano jurisdiccional, la litis pendencia comienza a producir efectos, hasta tal punto que la posición inicial del demandante es inalterable en lo fundamental, salvo la posibilidad contenida en el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", cuanto con apoyo en una pacífica doctrina legal (Sentencias 22-11-19, 24-6-21, 29-1-58, 19-12-66) que afirma la imposibilidad de invocar la litis pendencia en el juicio de desahucio atendida la naturaleza y finalidad jurídica de la cuestión y el procedimiento sumario que le está asignado.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso corresponde al segundo motivo de oposición pues si bien es cierto que por razones funcionales y de política legislativa los sistemas procesales estructuraron la tipología fundamental entre formas de carácter plenario y procedimientos sumarios en que, como es el caso del juicio recuperatorio de desahucio, se limita la "cognitio" del órgano jurisdiccional y se relega para un eventual litigio del primer carácter aquellos supuestos en que el "thema decidendum" comporta una complejidad no reducible al segundo rituario (Sentencia de esta Sala de 19-6-74), sin embargo esta delimitación ha de hacerse con sumo cuidado, ya que la doctrina de la complejidad de relaciones "requiere una concurrencia real y efectiva en el caso concreto de que se trate, sin que sea recomendable su aplicación extensiva a aquellas situaciones en que tal complejidad no pase de ser un mero argumento defensivo de la parte que la alegue (Sentencia 17-3-69)" pues "no puede servir de base para que, a pretexto de supuestos estados o situaciones carentes de adecuado título se prive al que la ostente de la protección legal (Sentencia 20-mayo-1965)", lo que conlleva la conclusión de que en este juicio especial son resolubles las cuestiones sencillas e íntimamente ligadas con la pretensión de desahucio (Sentencias 14-3-1955, 31-10-1963, 27-6-64, 29-11-68), viniendo en definitiva a admitirse por la jurisprudencia, como declara la Sentencia de 31-10-63 "una mayor flexibilidad que permite la proposición y discusión de cuestiones que relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca, o del arrendatario para oponerse válida y eficazmente al desahucio, estén tan íntimamente relacionadas con el arrendamiento de que se trate que constituyen supuesto indeclinable de la resolución estimatoria de la acción de desahucio a que pudiera haber lugar".

CONSIDERANDO: Que precisamente una de tales cuestiones consiste en determinar si lo arrendado constituye una industria o si debe ser conceptualizado como local de negocio con instalaciones o accesorios, lo cual comporta una cuestión interpretativa de las declaraciones negociales de las partes, a la que por consiguiente serán aplicables las reglas de hermenéutica contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil y jurisprudencia recaída en su aplicación. Doctrina ésta que motivó la sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1982 en la que se precisaron como notas significativas en el área distintiva del arrendamiento de industria las siguientes: a) Que lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinada a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (Sentencias, entre muchas, de 12 de junio de 1967, 10 y 17 de marzo de 1970, 29 de diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados con el local sean suficientes para el funcionamiento del negocio (Sentencias de 25 de noviembre de 1972, 25 de mayo de 1973 y 8 de junio de 1979), no dependiendo la calificación de arrendamiento de industria ni de la importancia de la misma ni del número de elementos de que conste (Sentencias de 15 de marzo de 1976 y 25 de marzo de 1978) así como tampoco del hecho de que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (Sentencias de 19 de julio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 25 de mayo de 1973, 8 de noviembre de 1974 y 9 de julio de 1979); y b) Que si los términos contractuales son claros ha de estarse a sus propios términos (Sentencias de 25 de noviembre de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 15 de marzo de 1976), siendo en esta materia singularmente relevante la interpretación contextual o sistemática de las distintas cláusulas del contrato (Sentencias de 15 de noviembre de 1972 y 24 de noviembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que a la luz de la doctrina legal precitada el pronunciamiento resolutorio del contrato arrendaticio se impone como necesaria conclusión ante datos tan categóricos como son: a) Los términos inequívocos del contrato de cuyo contenido destaca el expositivo tercero cuyo tenor literal es "Las dos partes que intervienen por sí mismos y en propio derecho, convienen en formalizar contrato de arrendamiento de industria con respecto al mismo establecimiento "C. B. T.", declarando y reconociendo ambas partes, que dicho establecimiento o industria se encuentra dotado de todas las instalaciones, elementos, enseres y efectos propios de los de su clase, para seguir su normal funcionamiento; todo lo cual se halla en inventario aparte y es de exclusiva propiedad de los arrendadores" y b) La existencia de un inventario firmado por el demandado recurrente en el que se relacionan una serie de bienes que no pueden sino estimarse suficientes para la explotación del negocio de cafetería-bar. Conclusión frente a la que no puede oponerse eficazmente: 1).- Las adquisiciones realizadas por el arrendatario, en cuanto la ampliación por éste de la explotación añadiéndose un giro o negocio nuevo, o la introducción de sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada es hipótesis no pacificable a la que constituida por la desaparición de la industria anterior y la iniciación ex novo por el arrendatario de otra distinta hacen inaplicable el régimen del arrendamiento de empresa, ni 2).- La insuficiencia de los bienes inferida de la antigüedad del inventario en que constan —antigüedad deducida a su vez de la identidad de este inventario con el unido a contratos arrendaticios anteriores—, por cuanto el carácter fungible de los bienes permite conciliar la idoneidad de éstos con una permanente relación escrita.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia causa para hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don A. C. C. contra la sentencia dictada por la señora Juez del Juzgado de Primera instancia de Inca, el trece de junio de mil novecientos ochenta y tres en el juicio arrendaticio de que dimana este róllo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

84

84. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Culpa exclusiva de la víctima: Requisitos para su estimación. Maniobras de fortuna: ámbito de las mismas. La invocación de tal culpa debe hacerse como motivo de nulidad. *Sentencia de 24 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el análisis de la oposición formulada en primera instancia por la entidad demandada y reiterada en esta alzada con finalidad revocatoria tiene como tema preferente, pues el sentido de la resolución que sobre el mismo se dicte condiciona la necesidad de examinar el resto, el relativo a la peculiar excepción de culpa única o exclusiva de la víctima recogida como motivo defensivo en los artículos 1 y 18 del texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, para cuya estimación se exige, de

acuerdo con la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1969, ratificada por la de 17 de noviembre de 1973, la prueba por parte del agente no sólo de su total ausencia de culpa o reprochabilidad, sino también la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño, al declarar que "las propias normas objetivas de comportamiento exigen que en la realización de esas maniobras anormales, también llamadas "de fortuna", el conductor ha de optar por aquella que conforme a la técnica y la experiencia sea la más oportuna y eficaz en el caso concreto para impedir la transformación en daño del peligro creado por la culpa ajena". Doctrina que como expuso esta Sala en sentencia de 8 de febrero de 1982 "no puede tener el alcance absoluto que parciaría e interesadamente asigna la recurrida, silenciando 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 objetiva atenuada", que impone reconducir la precisión de esas maniobras evasivas a su verdadero ámbito, que no es otro, como recientemente tuvo ocasión de precisar esta misma Sala (sentencia 232 de 1981, de 14 de diciembre), que el impuesto, con arreglo al artículo 1104 del Código civil, por la circunstancia 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".

CONSIDERANDO: Que para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna dirigidas a evitar o cuando menos aminorar el daño causado por la culpa de la víctima, restando así al evento dañoso la exclusiva imputación a aquella, resulta preciso, como declaró esta Sala en la citada sentencia de 8 de febrero de 1982, "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... b) Que las circunstancias de lugar posibiliten la realización de una maniobra de naturaleza defensiva o "de fortuna", que altere la normal y precedentemente correcta conducción por parte del agente; c) Que las mismas circunstancias no impidan la adopción de tal maniobra cuando de adoptarla pudiera seguirse un mal más grave, al ser obviamente aplicable al caso de la doctrina del estado de necesidad, que no es exclusiva del derecho penal".

CONSIDERANDO: Que la aplicación de lo precitado al supuesto litigioso conduce, contrariamente a lo indicado en la sentencia impugnada, a estimar la excepción opuesta por la entidad demandada, por cuanto de un nuevo análisis del material litisdecisorio resulta no sólo la adecuación de la conducción del vehículo asegurado a la normativa circulatoria sino la imposibilidad de realizar maniobra evasiva alguna dado que, atendidas las características del lugar donde se produjo la colisión y la localización de los daños en los vehículos intervinientes, la acción culposa del perjudicado —giro a la izquierda— fue realizada con tal proximidad a la presencia del vehículo asegurado que sólo la colisión se ofrece como resultado posible pues a la advertencia del riesgo no sucedió el tiempo necesario para posibilitar la adopción de una maniobra del tipo de las mencionadas. Imposibilidad humana, por falta de tiempo, que viene a reconocerse en la propia declaración prestada por el perjudicado "que, cuando circulaba por la carretera de Cap de Barberia, con dirección a San Francisco Javier, una vez dentro del casco urbano de la mencionada población, al intentar girar a la izquierda del sentido de su marcha, para coger otra calle, se encontró con un coche que circulaba en sentido contrario al sentido de su marcha inicial, derribándole del ciclomotor que conducía...".

CONSIDERANDO: Que la especial naturaleza del proceso ejecutivo de tráfico 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 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 1241/1979, 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"), 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 unos y otros, por lo que al ser la enumeración del artículo

1464 comprensiva de obices procesales y medios extintivos o suspensivos de una relación obligatoria que se presupone preexistente, la inexigibilidad inicial parece más adecuadamente cobijable como motivo de nulidad (Sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1982).

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto y no apreciándose temeridad en el ejecutante no ha lugar a formular declaración expresa sobre las costas de la primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución sobre las de este recurso.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora C. H. G. S., S.A. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia nº Uno de Ibiza el ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y tres en el juicio ejecutivo de tráfico de que dimana este rollo, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos la excepción de culpa exclusiva de la víctima opuesta por dicha ejecutada, y en consecuencia debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio ejecutivo promovido por el demandante Don J. M. G. G., todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas de ninguna de las dos instancias de este proceso. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

86

86. MASTERS BILL. Concepto. *Sentencia de 24 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que atendido el contenido de los escritos principales del proceso, la resolución que corresponda a la pretensión deducida por la entidad actora —pretensión que tiene por objeto obtener de la entidad bancaria demandada el pago de la cantidad de 2.129.493 pesetas a que asciende el importe de cuatro EDV-Master Bill (facturas hoteleras maestras)— debe dictarse desde el análisis de la validez del pago anterior que de los mismos Masters Bill y contra su presentación ya había realizado la entidad bancaria demandada y ahora recurrente a don J. R. M.

CONSIDERANDO: Que analizado con la finalidad indicada el material litis decisivo resulta preciso exponer, a modo de premisas, lo que sigue: **Primero.**- Que entre la entidad bancaria recurrente y la Agencia de Viajes T., ajena a este proceso, se concertó un contrato bancario en cuya virtud aquella entidad se obligaba, con cargo a los fondos previamente depositados por esta agencia en cuenta corriente, a abonar determinadas facturas denominadas Masters Bill; **Segundo.**- Que la incorporación a estas facturas del crédito que se abonará en la entidad bancaria mencionada se realiza mediante el siguiente proceso: a).- Son expedidas por la Agencia Turística mencionada; b).- Son entregadas al hotel que va a prestar servicios a los clientes en ellas relacionados; c).- Se integran por este hotel mediante la indicación de los servicios prestados y sus precios correspondientes y d).- Son conformadas por la agencia turística mediante la firma de persona autorizada para ello; **Tercero.**- Que la obligación bancaria de pago debía cumplirse siempre que la presentación al cobro de un Master Bill se hiciera por medio del original firmado por persona de la agencia turística facultada para ello (la relación de tales personas con sus respectivas firmas había sido previamente remitida al banco por la agencia turística) y después de los siete días si-

guientes a la llegada al hotel de los clientes relacionados en la factura y Cuarto.- Que entre las instrucciones cursadas a la entidad bancaria depositaria de los bienes destinados al pago debatido no existe indicación alguna respecto a la determinación de quien haya de ser el destinatario de tal cumplimiento.

CONSIDERANDO: Que la validez que por causa del acreditado puntual cumplimiento de las instrucciones cursadas por su cliente cabe predicar del pago realizado por el banco demandado —pago realizado contra presentación en tiempo hábil de los Masters Bill originales debidamente firmados— no queda contrariada desde la perspectiva de la legitimidad del accipiens, tanto porque al no desprenderse de las instrucciones cursadas al banco que el pago debería realizarse a persona determinada ni resultar del contenido de los Masters Bill exigencia alguna en tal sentido por cuanto la referencia al hotel T. que en los mismos aparece no es necesariamente indicativa de la persona a cuyo favor se reconoce el derecho (como es propio de los títulos directos), es claro que la posesión del documento fundamenta la validez y eficacia del pago realizado sin que a ello sea obstativo la realización de pagos anteriores por sistemas distintos, como porque, si a efectos argumentativos se admitiera que la indicada referencia a la entidad hotelera operaba en el ámbito de la designación del accipiens, igual conclusión se impondría dado que el debatido cumplimiento habría sido realizado a quien ostentaba una cualidad o condición que como la de Director o subdirector —indeterminación no resuelta en el proceso— incorpora por expresa disposición estatutaria (artículos 9 y 10.3 del Estatuto de los Directores de Establecimientos de Empresas Turísticas) la representación de la entidad hotelera con suficiente facultad para recibir tal prestación debida, dado que el negocio de que deriva constituye un acto de administración.

CONSIDERANDO: Que todo lo anterior motiva la estimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria y la consiguiente desestimación de la demanda instauradora de la litis sin hacer expresa declaración respecto al pago de las costas causadas en la primera instancia ni dado el tenor de esta resolución en orden a las producidas en este grado jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad B. A. M. T., S.A. contra la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera instancia de Ibiza, el veintuno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos en el juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución y desestimando la demanda interpuesta por la entidad C. H. M., S.A. contra la citada entidad recurrente debemos absolver y absolvemos a esta demandada de los pedimentos contenidos en aquélla sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

94

94. FIANZA. Acción de repetición del fiador que pagó por el deudor principal contra los demás cofiadores. Requisitos y presupuestos para el éxito de esta acción: reclamación judicial contra el accionante e insolvencia del deudor principal; quiebra de éste y falta de justificación de

que se hallara en tal estado en el momento del pago. Desestimación de la demanda y de la apelación, con costas. *Sentencia de 31 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que a efectos corroborativos de la acertada y concisa sentencia dictada en primera instancia, hay que señalar que consta probado que los hoy litigantes, don R. O. B. —actor— y don G. G. P. e I. B., S.A. —demandados, la entidad está declarada en rebeldía—, suscribiendo el día 3 de Mayo de 1980 una póliza de afianzamiento solidario de operaciones mercantiles, intervenidas por Corredor de comercio colegiado, por la que aseguraban el buen fin hasta dos millones de pesetas del saldo deudor que la sociedad R., S.A. pudiera tener en Banca Catalana, S.A. en el descuento o negociación de letras de cambio (folio 1), y al ser requerido notarialmente el señor O. B. —hoy actor— apelante— por dicha entidad bancaria para que, en base a la póliza suscrita, pagase la suma de 412.500 pesetas (folios 4 y 5), el requerido ingresó el 30 de Noviembre de 1982, en la cuenta que se le indicó, la cantidad expresada (folio 8).

CONSIDERANDO: Que la acción judicial promovida por el cofiador don R. O. B. contra los otros dos cofiadores solidarios con base en el párrafo primero del artículo 1844 del Código Civil, para que éstos le abonen la parte proporcional que les corresponda satisfacer en la suma pagada a Banca Catalana, S.A., fue desestimada por el juez “a quo” al apreciar que el actor no había probado, como le correspondía —artículo 1214 del citado Código— que el pago realizado lo fue con la concurrencia de alguna de las circunstancias que menciona el párrafo último del citado precepto 1644.

CONSIDERANDO: Que conviene recordar a los efectos de esta litis que en el Derecho romano y en el nuestro antiguo no existía la posibilidad para el cofiador que pagaba, de reclamar el reintegro al cofiador o demás cofiadores, salvo que ejercitara contra el acreedor satisfecho, respectivamente en uno o en otro Derecho, el “beneficium cedendarum actionum” obtuviera del mismo acreedor pagado el documento denominado “carta de lasto”, título éste que servía para el reintegro, es decir que se le posibilitaba el reembolso como cesionario y no como fiador; “pero como tal solución no lo fuera en la práctica —pese a su fundamento en la equidad— por las dificultades que entrañaba, nuestro Código Civil, en su artículo 1844, de acuerdo con otros Códigos europeos, estableció la más razonable y justa regla de permitir y autorizar al fiador que pagaba, por ese solo hecho, a reclamar de los demás fiadores “la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer” (párrafo primero), entendiéndose, naturalmente, que, si no se estableciera otra cosa, las partes serían iguales y, por otra, que, si se hubiera pactado la solidaridad con el deudor principal —en relación con los artículos 1822, 1830, 1831-2º y 1838— elio no constituiría sino un justo correlato del deber inexcusable de ese cofiador solidario de pagar por el deudor como si de otro deudor se tratara, liberando a los demás cofiadores del pago, pero no de su responsabilidad para con él, mas esto siempre que dicho cofiador haya satisfecho el crédito al acreedor “en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra”, según expresión terminante del párrafo tercero del citado artículo 1844 del Código Civil” (Sentencia de 19 Noviembre 1982).

CONSIDERANDO: Que dado que las reglas de interpretación que sobre normas establece el artículo 3º del Código Civil determina que se ha de atender fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, “hay que sentar que la motivación de las normas contenida en el párrafo tercero del artículo 1844 del repetido Código no es otra que la de establecer una limitación, no del derecho del fiador que paga, sino de su forma de ejercicio, en el sentido de que sólo un abono justificado del crédito al acreedor puede legitimar su acción de reintegro contra los cofiadores y evitar así a éstos los perjuicios consiguientes a una conducta solutoria del cofiador infundada, unilateral o caprichosa o en el peor de los casos, maliciosa, ya que si conforme al artículo 1838 del Código supradicho “el fiador

que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste”, lógico resulta que el cofiador deba dirigirse, para su reembolso, primero contra el deudor principal o fiado y luego contra los cofiadores (responsables por su cuota o por igual), pues si lo hiciera previamente frente a éstos podrían resultar perjudicados al verse constreñidos (por ser solidarios del deudor) al pago y luego obligados a repetir contra el deudor, de ahí que el Código sólo autorice a esto en los supuestos de obrar a su vez constreñido al pago el fiador demandado judicialmente o caso de insolvencia del deudor judicialmente declarada” (Sentencia ya invocada de 19 Noviembre 1982).

CONSIDERANDO: Que la parte apelante en el acto de la vista de esta alzada, sostuvo en apoyo de su pretensión revocatoria que, en contra de lo que declara la sentencia recaída, la quiebra de la deudora principal, R., S.A., consta en autos aprobada, dadas las manifestaciones que en ese sentido hizo el demandado, hoy apelado, don G. G. P., tanto en el acto de conciliación (folio 9), como en su confesión (posición 3ª); en aquel acto prejudicial el señor G. P. manifestó, entre otros particulares que no interesan directamente lo que aquí se debate, que “la cantidad que ahora se le reclama forma parte de otra más grande y que esta última cantidad figuraba en el momento de quebrar la empresa R., S.A. dentro del pasivo dedicha empresa”, y al observar la posición 3ª de su confesión judicial de que “el confesante ni es ni ha sido empleado de D. R. O. —el recurrente—, sino que lo fue de la empresa R., S.A.”, contestó “que es cierto, pero que don R. O. B. era presidente de la entidad R., S.A. y que cuando presentaron la quiebra de esta sociedad todos los recibos y documentos presentados en estos autos, en su ramo de prueba, no entraron en la quiebra porque el señor O., como Presidente le prometió al confesante que pasarían cuentas de todo lo que había pagado el declarante y las deudas de nóminas y despido que le debía R. al propio declarante, ...”, desprendiéndose de ello que consta reconocido que la entidad R., S.A. se encontraba en estado de quiebra el 25 de febrero de 1983 cuando se celebró el citado acto de conciliación, pero no se ha probado, ni lógica ni técnicamente puede deducirse de las transcritas manifestaciones, que cuando el cofiador, hoy actor recurrente, pagó la expresada suma, —el 30 de Noviembre de 1982—, hubiere ya sido declarado tal estado de quiebra, carga probatoria que recae sobre el demandante aquí apelante —artículo 1214 del Código Civil—, lo que determina la desestimación de la apelación formulada y por ende, la confirmación del fallo impugnado.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el párrafo último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la condena de costas de esta segunda instancia al apelante.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don R. O. B., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha uno de Septiembre de mil novecientos ochenta y tres dictada por el lltmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. Dada la incomparecencia de la entidad I. B., S.A., declarada en rebeldía, notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

95. ACCION CAMBIARIA DECLARATIVA. Falta de protesto. Supone la pérdida de esta acción salvo que la Letra fuera librada con la cláusula "sin gastos". *Sentencia de 31 de marzo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que, impugnándose la sentencia de primer grado por la aceptante del efecto cambiario ejecutado, que fue condenada hallándose en situación legal de rebeldía y que posteriormente se personó en debida forma, se sostiene por la misma que, ejercitándose por el tomador de la letra una acción declarativa ordinaria y no una acción ejecutiva —porque la letra se perjudicó al no ser protestada en tiempo hábil—, se ha cometido error al aplicar indebidamente lo ordenado en el artículo 1214 del Código civil, regulador del tema de la carga probatoria, ya que —en su opinión— correspondía al tomador demostrar la inexistencia de un negocio o relación jurídica entre él y la aceptante; pero semejante aserto debe ser rechazado porque la ejercitada es una acción cambiaria ordinaria —no ejecutiva— que, emanada de un título ejecutivo cual es la letra de cambio, no puede ser hecha valer por el cauce procesal del juicio ejecutivo previsto en el artículo 1429 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil al no haber sido protestado el efecto cambiario en debida forma (fuera del plazo legalmente establecido para ello: artículo 504 del Código de comercio). La doctrina jurisprudencial es muy clara sobre estos particulares, declarando que la ausencia de protesto o su formulación indebida o extemporánea supone, por un lado, la pérdida de todas las acciones cambiarias (tanto la ejecutiva como la ordinaria) contra el librador, endosantes y demás obligados en vía regresiva, a menos que en el efecto se haya estampado la cláusula "sin gastos", en cuyo caso se conservará la acción cambiaria ordinaria y, por otro lado, conlleva la pérdida de la acción cambiaria ejecutiva respecto del aceptante o su avalista, conservando sin embargo la acción cambiaria ordinaria (así, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1982 y las en esta citadas) o, dicho más brevemente, la falta de protesto acarrea el que "pierde el tenedor la acción cambiaria ejecutiva (en todos los casos, conviene añadir) y las de regreso —artículos 460, 483, 509, 515 y 516 del Código (últimamente) citado y sentencia de 5 de octubre de 1971—" (sentencia de 20 de junio de 1981). Partiendo de esta doctrina, queda bien claro que los razonamientos expuestos por la parte recurrente carecen de toda consistencia: basta con la presentación del documento cambiario para que, reuniendo cuantos requisitos formales son preceptivos, proceda estimar la demanda formulada, sin necesidad de demostrar la existencia o lititud de relaciones causales antecedentes o subyacentes. Por todo ello, procede confirmar la sentencia apelada al desestimar el recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 710 de la Ley de enjuiciamiento civil, procede condenar a la parte apelante 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. C. en nombre y representación de doña F. B. B. dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia de Don F. F. F., notifíquesele esta resolución en la forma establecida 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).

114

114. CONTRATO DE HOSPEDAJE. Notas características y diferenciadoras del de arrendamiento. *Sentencia de 24 de abril de 1984.*

CONSIDERANDO: Que atendido el contenido de los escritos fundamentales del proceso y de la pretensión impugnatoria deducida por la demandada, es claro que la temática decisoria no tiene más objeto que determinar si el uso que de las dos habitaciones propiedad del actor disfruta la recurrente resulta cedido por causa de inquilinato o en virtud de hospedaje. Temática cuya adecuada resolución habrá de partir de la premisa que esta Sala estableció en Sentencia de 20 de mayo de 1981: "de manera que al diferenciarse básicamente el uso derivado del hospedaje consecuencia del inquilinato por las notas relativas a la contraprestación o precio (tanto en orden a la variabilidad en el primero y fijeza en el segundo, cuanto al período de devengo) y al uso mismo: ya que mientras ambos son usos con la nota común de ser posesión en concepto distinto al de dueño (artículo 432 del Código Civil) en el hospedaje el dueño conserva la posesión de la cosa cedida para el uso en el hospedaje civil (artículo 21 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) o mercantil, no ya como un derecho, sino como obligación, al imponerse por la propia naturaleza del contrato y por la normativa administrativa reguladora del mismo una serie de obligaciones mínimas para las que resulta necesaria esta posesión inmediata de la cosa parcial o totalmente cedida para el uso dimanante del alojamiento (pago de servicios de energía eléctrica y agua, limpieza, etc.); mientras que en el inquilinato cesa la posesión de la cosa por el dueño...".

CONSIDERANDO: Que analizado desde esta perspectiva el material litisdecisorio resulta que el pronunciamiento estimatorio de la pretensión actora se impone como correcta conclusión, en cuanto que el uso cedido por el actor a la recurrente tiene como causa el hospedaje en su modo de simple albergue o alojamiento es realidad acreditada en el proceso no tanto por los datos formales —Boletín de Afiliación a la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, Declaración de Alta de la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial, Libro destinado al registro de viajeros y anotaciones reiteradas en el mismo de la demandada— pues los mismos operan en ámbito administrativo no coincidente necesariamente con el sustantivo, sino por los pertenecientes a éste como son: a) Los servicios de agua, electricidad y basura son a cargo del actor; b) El aumento del precio se producía en el tiempo y por la cuantía oficialmente autorizada para el ramo de turismo y c) La no prestación del servicio de limpieza en las habitaciones respondía a la voluntad de la propia recurrente que así lo admitió al declarar en su confesión judicial que "es cierto y que de toda la vida ha limpiado la declarante no permitiendo que lo haga otra persona".

CONSIDERANDO: Que no obstante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil esta Sala, al amparo de lo dispuesto por la disposición adicional de la Ley 8/1963, de 8 de julio, no estima procedente hacer declaración especial sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Doña E. J. F. contra la sentencia dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Palma, el seis de octubre de mil novecientos ochenta y tres en el juicio declarativo de menor cuantía 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).

115. JUICIO EJECUTIVO. Talón de cuenta corriente al portador. Legitimación activa: la tiene el tenedor del documento. Régimen del protesto: no es precisa su notificación al librador. Cambio del criterio de la Sala sostenido en su sentencia de 3 de noviembre de 1980. *Sentencia de 25 de abril de 1984.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva, dimanante de un talón bancario al portador de 204.000 pesetas, protestado por no haber sido pagado —por no haber fondos suficientes en la cuenta corriente correspondiente—, y ejercitada, previo reconocimiento judicial de su firma, contra el librador, éste basó en primera instancia su oposición en las siguientes causas: a) falta de legitimación activa al no figurar el ejecutante en el título —cheque— como titular del mismo; b) defecto del protesto por no haberse practicado dentro de plazo hábil; y c) por no haberse notificado al ejecutado, como librador que es, el protesto del talón que ahora se ejecuta. Abandonada expresamente en el acto de la vista de esta alzada la excepción segunda esgrimida —defecto del protesto levantado—, si reiteró en dicho acto las otras dos causas de oposición a la ejecución despachada, si bien ahora como motivos de apelación a la sentencia de remate dictada.

CONSIDERANDO: Que la identidad de requisitos, finalidad, efectos y normativa actual aplicable al cheque, “mandato de pago que permite al librador retirar, en su provecho o en el de un tercero, todos o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado” (artículo 534 del Código de comercio) y al talón, “orden de pago en cuenta corriente de los Bancos” (artículo 543 del mismo Código) ha desembocado en una sinonimia de los términos cheque y talón, si bien en la práctica bancaria el término “cheque” se suele reservar para los efectos de dicha clase que expiden los propios Bancos y el de “talón” para los demás títulos de dicha índole que extienden los particulares y entidades no bancarias. El cheque, que es un medio de pago y no un equivalente del pago en dinero (artículo 1170 del Código Civil), es un título formal, en el que la designación del tomador puede hacerse en una de las formas conocidas: “al portador, a favor de persona determinada o a la orden; en el último caso, será transmisible por endoso” (artículo 535 del repetido Cuerpo legal). En el caso de que el talón sea al portador —supuesto de autos—, en el que se realiza íntegramente la idea de la incorporación del derecho al título, como en todos los efectos al portador, la posesión del documento legitima, sin necesidad de otra prueba, a su titular, si bien lógicamente se exige su presentación. La posesión de esta clase de efectos es la condición mínima y al propio tiempo suficiente para legitimar a su tenedor como titular; así lo declara la Exposición de motivos de nuestro Código de comercio al afirmar que: “En interés de la más rápida circulación de la riqueza se ha prescindido de toda justificación para acreditar el título con que se poseen los efectos al portador, reputándose, en su virtud, como legítimo y único dueño al que es simple detentador del documento”, y el Tribunal Supremo al declarar que “los efectos al portador son transmisibles por la simple tradición, lo que envuelve una presunción “iuris tantum” de que el tenedor del efecto es poseedor legítimo del mismo, lo que tiene eficacia lo mismo en el juicio ejecutivo que en el declarativo” (Sentencia de 11 Octubre 1975). La reiterada afirmación del Letrado de la parte apelante, vertida en su informe del acto de la vista de esta apelación de ser de aplicación al supuesto que se debate —impago de un talón al portador— lo preceptos legales que regulan la legitimación activa de las letras de cambio —se insistió en que el ejecutante ha de figurar en el título —cheque— como titular del mismo—, no sólo va en contra de la

normativa y jurisprudencia relativa a los títulos al portador que se acaban de exponer, sino que implica un olvido de la naturaleza que la letra de cambio ostenta en nuestro Derecho positivo: título a la orden, cuya propiedad se transfiere por endoso (artículo 461 del supradicho Código), mientras el título al portador es "transmisible por simple tradición del documento" (nº 2 del artículo 545 del repetido Cuerpo legal). No es posible en nuestro Derecho positivo, una letra de cambio al portador ni tampoco nominativa, necesariamente ha de ser a la orden.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo de apelación, en cuyo examen se entra, al ser desestimado el primero, se basa en que "el artículo 542 del Código de Comercio establece que son aplicables a los cheques las disposiciones contenidas en el mismo respecto a la garantía solidaria del librador y endosantes, al protesto y al ejercicio de las acciones provenientes de las letras de cambio, por lo que a tenor del artículo 521 nº 1 del mismo Código, la acción que nace de las letras de cambio, en este caso del cheque, para exigir del librador... el pago o reembolso será ejecutiva, debiéndose despachar la ejecución en vista de la letra y el protesto, levantado y notificado con arreglo a este Código"; y al no constar la notificación del protesto al librador ejecutado, el cheque, según el apelante, carece de fuerza ejecutiva. Se invoca al efecto el artículo 1467 número 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que, antes de entrar en el examen de esta última causa de impugnación, se estima conveniente señalar: a) que el talón de cuenta corriente bancario cuya ejecución se insta en esta litis, ahora en segundo grado jurisdiccional, es al portador; título que tiene una normativa específica en el Código de Comercio como cheque —talón— artículos 534 al 543—, y como efecto al portador —artículo 544 y siguientes—. b) en el cheque o talón solo se dan acciones regresivas, nunca la directa, la cual presupone la aceptación del librado, aceptación que no existe en el cheque o talón. c) que no hay endosantes, al ser el talón al portador, y verificarse su transmisión con la simple entrega del documento, como ya se indicó (artículo 544 del repetido Cuerpo legal), lo que ha acaecido en el presente caso, pues el librador —hoy apelante— entregó el referido talón a un Agente de la Propiedad Inmobiliaria en pago de sus honorarios profesionales devengados por su mediación en la venta de unos locales, y dicho Agente, tomador del expresado talón, lo entregó a su vez al ahora ejecutante en concepto de pago a cuenta de una deuda que tenía contraída con él por mayor suma (declaración testifical obrante al folio 51); y d) el ejecutado reconoció a presencia judicial como auténtica y puesta de puño y letra la firma del talón estampada en el lugar del librador, si bien negó la deuda representada por dicho talón (folio 15 vuelto).

CONSIDERANDO: Que la acción cambiaria del cheque, fundada en el cheque mismo, está reconocida en el artículo 542 del Código de Comercio cuando declara aplicables a los cheques las disposiciones del Código relativas al ejercicio de las acciones provenientes de las letras de cambio; estas acciones son las que menciona el artículo 516, salvo que en el cheque no cabe ninguna acción contra el aceptante, porque no hay aceptación, como ya se indicó. La acción cambiaria del cheque para exigir en sus respectivos casos, del librador, avalistas y endosantes, el pago o el reembolso, puede ser ejecutiva, que es la aquí promovida, y su viabilidad está sometida a las mismas condiciones impuestas al tenedor de la letra de cambio, a saber: a) La presentación del título (talón en el presente caso). b) El protesto. c) La notificación del protesto "con arreglo a este Código" —el de Comercio—. d) El reconocimiento que de sus firmas hagan ante el Juez, el librador, avalista o endosantes demandados (artículo 521 apartado primero del supradicho Código). Los requisitos mencionados, en el presente caso, constan cumplidos, excepto la notificación del protesto. Determinar si es preceptivo o no la notificación del protesto al librador demandado, constituye la cuestión fundamental de esta apelación; materia ya estudiada por esta Sala en sentencia de 3 de Noviembre de 1980 si bien con un enfoque y criterio dispar al presente.

CONSIDERANDO: Que la normativa del Código de Comercio relativa a la notificación del protesto por falta de pago de la letra de cambio a los obligados cambiarios, a la que hay que acudir para determinar el verdadero alcance del requisito de protesto "notificado con arreglo a este Código" que menciona el citado artículo 521 de dicho Cuerpo le-

gal, está en su artículo 517, que dispone que si el portador de la letra protestada dirigiese su acción contra el aceptante antes que contra el librador y endosantes, hará notificar a todos ellos el protesto por medio de Notario público, dentro de los plazos señalados para recoger la aceptación; y si se dirigiese contra algunos de los segundos, hará dentro de los mismos plazos igual notificación a los demás. Este requisito se funda en la conveniencia de llevar a conocimiento de los demás obligados y posibles requeridos de pago, el hecho de la actitud negativa del librado o del aceptante cuando le fue presentada la letra para el pago. en el presente caso, no resulta de la normativa del Código de Comercio que la notificación al librador demandado del protesto levantado por falta de pago del talón sea preceptiva, ya que como se desprende del citado artículo 517 la notificación es procedente a los coobligados si se dirige la acción contra alguno de ellos después de haberse intentado contra otro, y aquí, no se ha intentado ni se puede intentar cambiariamente cobrar el talón más que contra el que se ha dirigido la acción ejecutiva: el librador, único obligado cambiario.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y al rechazarse la excepción de falta de legitimación activa y la causa de nulidad del juicio ejecutivo —nº 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— formuladas, procede, previa desestimación del recurso de apelación interpuesto, confirmar la sentencia de remate recaída.

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

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don G. S. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha diez de Octubre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

117

117. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Lesiones producidas por el conductor, desconocido, de un vehículo robado. Procedimiento dirigido contra el Fondo Nacional de Garantía pese a estar cubierto el vehículo por el seguro obligatorio. Interpretación de la legislación aplicable. Estimación de la demanda. *Sentencia de 27 de abril de 1984.*

CONSIDERANDO: Que las causas de nulidad del juicio ejecutivo —1ª y 4ª del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— aducidas en primera instancia y reiteradas en esta alzada como motivos de apelación, tienen como apoyatura el ser nulo, según la

parte recurrente, el título formado al amparo del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de motor; nulidad derivada según dicha parte, al estar el vehículo matrícula PM-4039-B, causante del accidente, amparado con seguro obligatorio concertado por la (M.A.C.) y no corresponder por ello la obligación de pagar los daños corporales reclamados al Organismo autónomo ejecutado —el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación—, sino a la mencionada M. A.

CONSIDERANDO: Que como antecedente necesario para el estudio del presente recurso —indebida interpretación estrictamente literal del artículo 7º del citado Texto Refundido, según tesis del apelante—, conviene señalar que el título ejecutivo, base de esta litis, se expidió, con cargo al mencionado Fondo Nacional, al sobreeserse las diligencias previas penales número 601 de 1980 que tramitó el Juzgado de Instrucción número Tres de esta ciudad por el hecho de que sobre las 8.25 horas del día 29 de Marzo de 1980, cuando don J. C. M. —ahora ejecutante-apelado—, circulaba por su derecho por una calle de esta ciudad, conduciendo la motocicleta marca Mobylette de su propiedad, fue alcanzado y derribado violentamente por el turismo matrícula PM-4039-B que iba en sentido contrario al vehículo que pilotaba el señor C. M. y que invadió la calzada ocupada por éste; el mencionado turismo, con seguro obligatorio concertado con la M. A. C., había sido sustraído a su propietario don A. G. B., sin que haya sido identificado el autor de tal sustracción y conductor del referido vehículo; como consecuencia de la colisión relatada, don J. C. M. sufrió lesiones graves que tardaron en curar 184 días, quedándole una cierta limitación en la flexión de la rodilla izquierda que, según informe forense, mejorará con el uso y tiempo y no le incapacita para su profesión de albañil. El requerimiento previo de pago al Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, realizado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38 párrafo segundo del Decreto de 11 de Octubre de 1967, resultó infructuoso.

CONSIDERANDO: Que con la claridad y brillantez en él habitual, el señor Abogado del Estado expuso, en el acto de la vista de esta alzada, el criterio que mantiene la legislación especial sobre uso y circulación de vehículos de motor encaminada a una cobertura "cuasi" total por los daños corporales causados por la conducción o funcionamiento de vehículos de dicha clase. Así el Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, en su artículo 1º proclama el principio de la responsabilidad civil de todo conductor —autorizado o no— de un vehículo de motor por los daños corporales que cause por motivo de la circulación, sin más excepciones que las que menciona dicho precepto —culpa o negligencia exclusiva del perjudicado y fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, con la especificación que al efecto hace respecto el alcance de fuerza mayor por rotura o fallo mecánico del vehículo—. Para la efectividad de dicha responsabilidad civil, el artículo 2 del mismo texto legal, impone a todo propietario de un vehículo de motor la obligación de suscribir una póliza de seguro; cobertura que se remata y completa con la creación y funcionamiento del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación como organismo autónomo —artículo 7º de la misma Ley Especial— regido por el Consorcio de Compensación de Seguros. Organismo aquel de carácter supletorio como señala la doctrina científica y el Tribunal Supremo lo declara al afirmar que "sólo después de darse los supuestos que posibilitan la reclamación a dicho Fondo puede dirigirse la misma contra él, según la doctrina de "actio nata", porque ciertamente dicho organismo se constituye un deudor supletorio por disposición legal de carácter e interés público con la finalidad de suplir o sustituir al responsable —o a la falta de seguro— y garantiza en todo caso a la víctima o derechohabientes un mínimo de resarcimiento económico" (Sentencia de 14 Octubre 1980).

CONSIDERANDO: Que la supletoriedad del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación reconocida por el propio apelante, es, no sólo en función de la inexistencia de Compañía aseguradora del vehículo de motor causante de los daños corporales como sostiene el recurrente, sino también y en primer lugar, en función de la inexistencia de persona conocida a la que se le pueda exigir la correspondiente responsabilidad, según resulta del artículo 7º del repetido Texto refundido, en relación con los artículos 10, 15 y siguientes del mismo Cuerpo legal. En efecto, el mencionado artículo 7º señala, como

finalidad del expresado Fondo Nacional de Garantía, “cubrir la responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor... en los casos en que el vehículo o el conductor causante de aquéllos sean desconocidos, o en que, siendo conocidos, aquel no esté asegurado”, y como en el presente caso, el conductor causante de las lesiones del ahora ejecutante, no es conocido —se sobreseyeron provisionalmente por tal causa las diligencias previas penales instruidas por el relatado accidente—, es por lo que es indudable que el presente caso está incluido en el repetido artículo 7º y con ello surge la obligación del organismo autónomo apelante de satisfacer la indemnización que se le reclama. No existe pues, una errónea interpretación, estrictamente literal, por parte del juez “a quo” del artículo 7º del Texto Refundido mencionado, como sostuvo en el acto de la vista la parte apelante, sino una perfecta interpretación de tal norma.

CONSIDERANDO: Que en contra de la fundamentación que se acaba de exponer, se invoca el artículo 30 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad civil, derivada del Uso y Circulación de vehículos de motor, de que se desprende, según el apelante, la obligación del asegurador de responder siempre de los daños corporales que cause el vehículo asegurado aunque hubiese sido hurtado o robado. Tal precepto reglamentario no tiene el alcance o amplitud que le atribuye la parte recurrente, ya que señala que una vez cumplida su obligación de reparar el daño frente a la víctima o sus herederos, “el asegurador podrá repetir contra el conductor causante del daño, cuando éste sea condenado por sentencia firme por... robo o hurto de vehículo de motor”. Hay que destacar sobre este precepto reglamentario, que en primer lugar en la palabra “asegurador” que menciona hay que incluir no sólo a las Compañías Aseguradoras sino al repetido Fondo Nacional de Garantía; en segundo término, que la condena por sentencia por robo o hurto de un vehículo de motor, presupone y exige la existencia concreta y bien determinada de un responsable criminal de dichos actos punibles, y ninguno de dichos supuestos se dan en el caso que ahora se contempla, ya que el conductor causante de las lesiones causadas al hoy ejecutante-apelado, es desconocido; y por último, que un Reglamento —un decreto en el presente caso— no puede modificar ni derogar lo que dispone una Ley —concretamente la 122 de 1962, de 24 de Diciembre—, ya que carecen de eficacia las disposiciones que contradigan otra de rango superior —artículo 1º.2 del Código Civil—, y la jerarquía normativa está garantizada por la Constitución —artículo 9º.3—.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, se estima que la designación del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación como sujeto a cuyo cargo se extendió el título ejecutivo presentado con la demanda, es ajustada a derecho, y por ende, procede confirmar la sentencia de remate, previa desestimación de la apelación formulada.

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

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación promovido por el señor Abogado del Estado en representación del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha once de Octubre de mil novecientos ochenta y tres, dictado por el Ilustre Señor Magistrado-Jefe del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

123

123. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Prescripción: inicio del cómputo a partir de la notificación del auto al perjudicado. Cosa juzgada penal: no la supone lo resuelto en el juicio de faltas previo. Culpa exclusiva de la víctima. *Sentencia de 30 de abril de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la Compañía de Seguros demandada opone a la pretensión del actor, que se funda en el auto dictado por el Juzgado de Distrito de Ciudadela el 25 de febrero de 1980 en cumplimiento de lo que dispone el artículo 10 del texto Refundido de la Ley 22/1962, de 24 de Diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, los siguientes motivos: 1º) prescripción, porque entiende que el plazo de 1 año, cuyo transcurso extingue la acción, arranca de la fecha en que se dicta el auto ejecutivo y porque, además, el demandate tuvo perfecto conocimiento de la existencia de dicho auto antes de que el mismo le fuera notificado en forma el 7 de Julio de 1982; 2º) culpa exclusiva de la víctima; 3º) plus-petición, pues, habiendo tenido lugar el accidente el 30 de agosto de 1978 de cuyas resultas el ejecutante sufrió amputación de la pieza izquierda, la indemnización máxima por incapacidad permanente que cubre el Seguro Obligatorio (art. 23, 1º e) de su Reglamento), alcanza sólo la suma de 200.000 ptas., y no llega a las 300.000 fijadas en el auto; motivos de oposición que, habiendo sido desestimados íntegramente por la sentencia del Juez de 1ª Instancia, que mandó seguir la ejecución adelante, son reproducidos de nuevo ante esta Sala por la Compañía de Seguros recurrente.

CONSIDERANDO: Que la excepción de prescripción, recogida en el número 4 del artículo 1464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el párrafo primero del artículo 18 del Texto Refundido mencionado, y es el primer motivo de oposición a la demanda que se alega, debe ser rechazada, ya que, al disponer el artículo 1969 del Código Civil que "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieran ejercitarse", y puesto que el título ejecutivo se halla constituido, precisamente, por "un testimonio del auto recaído en las diligencias a que se refiere el artículo 10" (artículo 15), es manifiesto que, habiéndose seguido procedimiento criminal sobre el hecho de tráfico en el que se causaron los daños corporales susceptibles de indemnización, con el efecto paralizante e interruptor del ejercicio de la acción civil en vía separada, que prescribe el artículo 114, párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el plazo de 1 año para la prescripción de la acción ejecutiva fijado en el párrafo 2º del artículo 4º del repetidamente citado Texto Refundido, ha de computarse a partir de la fecha en que el auto de cuantía máxima fue notificado al perjudicado y tuvo éste a su disposición el testimonio referido, pues sólo desde entonces pudo entablar su pretensión en vía ejecutiva, fecha que, en el presente caso, no fue otra que el 7 de Julio de 1982, según se desprende de la diligencia extendida en la localidad de Castelldefels y que obra al folio 145 de los autos, sin que nada haya en el contenido de ellos que autorice a sostener otra diferente y anterior, de tal modo que, al presentarse la demanda ejecutiva en el Juzgado de Primera Instancia el día 25 de Enero de 1983, la acción estaba viva y no concurre la excepción invocada.

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el examen pormenorizado del segundo motivo de oposición, culpa exclusiva de la víctima, a la que aluden los artículos 1, 5 y 18 del Texto Refundido como una de las precisas causas por las que el asegurador queda exento de la obligación de satisfacer al perjudicado el importe de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de un hecho acaecido con motivo de la circulación de un vehículo de mo-

tor, dentro de los límites a que alcanza la cobertura del seguro obligatorio, y dado que en el presente juicio ejecutivo el material probatorio, apto para llegar al conocimiento de la realidad de los hechos, se reduce en la práctica al contenido de los autos de juicio de faltas número 11/79 del Juzgado de Distrito de Ciudadela, y que, asimismo, en ellos, se dictó sentencia absolutoria, que devino firme, porque el Juzgador penal no formó convicción suficiente acerca de "la forma en que pudo ocurrir en realidad el hecho denunciado", (folio 118), se hace preciso recordar que el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, y entre ellas las de 30 de Mayo y 1 de Julio de 1983, declara que "la sentencia absolutoria recaída en el juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil, pudiendo los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se derivan, siendo doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que, fuera del supuesto previsto en el párrafo 1º del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, —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".

CONSIDERANDO: Que a tal efecto, del material probatorio antes aludido, insertado en la litis civil como prueba documental, se obtienen los siguientes extremos fácticos de interés: a) que el accidente tuvo lugar a la altura del Km. 2,600 de la carretera PM-711 (Mercadal-San Adeodato), en tramo que, dentro de una zona de trazado sinuoso con curvas cerradas y muy próximas entre sí, se halla constituido por una curva muy cerrada a la izquierda, según el sentido que seguía la motocicleta que manejaba el ejecutante, y carente de visibilidad en toda su longitud por razón de un talud atrincherado de tierra cubierto de vegetación espesa y alta que existe en ese marge, en la cual la calzada, de riego asfáltico en buen estado de conservación y rodadura, seca y limpia, tiene una anchura de 5 metros y presenta un acusado peralte hacia su parte interior (diligencia de inspección ocular al folio 65, fotografías del folio 76 y croquis del folio 79); b) que la peligrosidad del tramo se halla convenientemente anunciada a los usuarios de la vía por medio de señales verticales, que advierten de curvas acusadas a lo largo de 600 metros y aconsejan una velocidad máxima de 30 Km/h., respectivamente, sin que, por el contrario, exista señalización horizontal de ninguna clase; c) que el actor, pese a tales trazado y señales, se introdujo en la referida curva, a los mandos de la motocicleta matrícula B-3930-BY, a velocidad superior a la aconsejada y circulando por el centro de la carretera, aunque más bien inclinado hacia la izquierda, favorecido por el peralte; así se desprende de las manifestaciones del testigo A. P. (folio 65 Vto.), quien declara que "vieron como una motocicleta ocupada por dos jóvenes circulaba en sentido opuesto, por el centro de la calzada e inclinados, ocupando a su juicio muy poco espacio de su izquierda, intentando el motorista rectificar la trayectoria de la máquina" y que, a su juicio, fue "la motocicleta la que colisionó a causa de circular forzada por el centro al trazar la curva, aunque la misma tampoco circulaba a gran velocidad"; de las prestadas por F. T. a la Guardia Civil (folio 66) y Juzgado de Instrucción (folio 72), en los que indica que, de repente, vio como en sentido contrario y por la izquierda e inclinada circulaba una motocicleta muy rápida; de las efectuadas por D. M., pasajero de la moto misma, quien manifestó a la Guardia Civil que "ellos circulaban por el centro de la calzada y al intentar enderezar la moto el conductor, fue cuando se golpearon" (folio 66 vto.), y en el Juzgado de Instrucción, tras ratificarse en sus primeras palabras, que "iban a 40 ó 50 Km/h.", —en el juicio de faltas alude a 40 ó 50 Km/h. (folio 117)—, y que, sin saber como, colisionaron con un vehículo automóvil, mostrando conformidad con el croquis del folio 79, e, inclusive, por último, de que el propio demandante admitió que avanzaba a velocidad entre 40 ó 45 Km/h. (folio 117); d) que, por el contrario, el Seat-1400 matrícula B-224.632, que estaba amparado por el certificado de seguro obligatorio expedido por la Compañía demandada, marchaba a muy escasa velocidad y pegado al margen derecho de la carretera, según su dirección, ya que el Sr. P., testigo ocupante de otro vehículo que, desde hacia unos 200 metros circulaba detrás de aquél sin poder adelantarle, manifiesta que "dicho vehículo circulaba a una velocidad muy baja, a unos 30 Km/h., ya que el turismo en que viajaba lo hacía en segunda velocidad", y que "el citado Seat-1400 circulaba totalmente por su derecha"; asimismo D. M. reconoce que "el turismo no tuvo ninguna culpa del accidente" y que el mismo avanzaba "a reducida velocidad y por su margen derecha, según el sentido de su marcha" (folios 66 vto. y 80); y

e) que, en tales circunstancias, al ir a cruzarse ambos vehículos en pleno centro de la curva, el conductor de la moto Sr. V., para no chocar de frente contra el turismo, cuya conductora no tuvo tiempo de frenar, (folio 117), intentó "in extremis" una maniobra evasiva hacia la derecha, que no impidió que se golpeará la pierna izquierda con la aleta derecha del coche, a resultas de lo cual sufrió lesiones en cuya curación invirtió 246 días (folio 105), y hubo de amputársela la pierna afectada a la altura del tercio medio del muslo (folios 114 y 115).

CONSIDERANDO: Que de los extremos fácticos reseñados sólo puede alcanzarse la conclusión de que el accidente fue producto de la culpa, única y exclusiva, del actor-ejecutante, conductor de la motocicleta, sin cooperación eficaz ninguna, ni siquiera al nivel más mínimo, que pudiera proceder de una eventual negligencia de la conductora del automóvil asegurado en la C. I., S.A., pues mientras el Sr. V. infringió en la ocasión concreta el artículo 17 del Código de la Circulación, apartado c), por cuanto que avanzaba a velocidad superior a la requerida por las características de la vía, lo que directamente disminuía su capacidad de mantener un control adecuado del móvil, y, sobre todo, el artículo 21 del mismo Texto, que impone el preciso deber de circular de modo que siempre se deje completamente libre la mitad de la zona pavimentada que corresponde a los vehículos que circulan en sentido contrario, en toda la longitud de las curvas de visibilidad reducida, entendiéndose por tales aquellas que no permitan la visibilidad del ancho total de la carretera, en una longitud de 200 metros por lo menos, por cuanto que, en tramo de esta clase, marchaba por el centro de la calzada, y más bien hacia la zona de la izquierda, que de la derecha, infracciones ambas sin las que la colisión resulta inimaginable, en cambio, la Sra. T., conductora del Seat-1400, no solamente guardaba estricta observancia de los preceptos reglamentarios reguladores del uso de la vía, en adecuada prevención de los peligros que, en abstracto, pudieran surgir en aquel tramo de nula visibilidad y marcado riesgo, sino que además, ante el peligro ya concreto e inminente creado por la llegada de la motocicleta, careció de la posibilidad de reaccionar con maniobras de fortuna o emergencia eficaces, tendentes a evitar la conversión de ese peligro en daño real, por falta de tiempo habil, en primer término, pues no lo tuvo para frenar siquiera, y de espacio, en segundo, toda vez que la calzada a su margen derecha se halla flanqueada por vegetación espesa, que impide su empleo por vehículos; a la Sra. T. no se le puede exigir, ni desde una perspectiva de máximo rigor, una conducta diferente para impedir el daño, que la seguida por ella, pese a que la sentencia recurrida afirma que tenía que extremar todas las medidas de precaución, que, sin embargo, lo mismo que la parte apelada, no concreta, a no ser que quiera fundarse la responsabilidad al resarcimiento de la Compañía aseguradora en la simple circunstancia del tránsito del vehículo asegurado por el lugar y en el momento preciso del accidente, como si de un puro sistema de responsabilidad objetiva o causalista se tratara, siendo así que, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1983, "el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación contribuye a reparar los efectos de una responsabilidad por riesgo, en la que siempre hay un principio de actuación culposa, pues de otra forma, se caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sí sola servir de base a aquella responsabilidad por creación de riesgos o peligros".

CONSIDERANDO: Que procede por todo ello, acogiendo el recurso de apelación que interpone la parte demandada, apreciar la existencia de la culpa exclusiva de la víctima invocada y, en consecuencia, decretar la nulidad del juicio ejecutivo conforme a lo que prescribe el número 3º del artículo 1473 de la Ley Procesal Civil, pues aquel motivo de oposición se enmarca en el número 2 del artículo 1467 de la citada Ley en razón de no haber sido nunca exigible la cantidad que se reclama, sin que, declarada la inexistencia de la obligación de resarcir, sea menester entrar a examinar ya los problemas a tinentes al aspecto cuantitativo de la misma.

CONSIDERANDO: Que no apreciándose temeridad, ni mala fe, en las partes litigantes, no procede imponer a ninguna de ellas el pago de las costas causadas en ambas instancias.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación que interpone el Procurador Don J. C. P., obrando en nombre y representación de la C. I., S.A. de Seguros, contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Mahón en los autos de juicio ejecutivo instados por Don R. V. V., de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos íntegramente dicha sentencia y declarar la nulidad total del referido juicio ejecutivo, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Javier Muñoz Jimenez).

C. INDICE ANALITICO

- Abuso del derecho, 101.
- Acción
 - Declarativa de dominio, 82, 88.
 - De deslinde, 106.
 - De petición de legítima, 58, 64.
 - De saneamiento, 70.
 - De simulación, 58, 64.
 - De repetición, 94.
 - Directa, 57.
 - Cambiaria, 95.
 - Ordinaria y no cambiaria, 41, 80.
 - Negatoria, 63.
 - Reivindicatoria, 92.
- Actos propios, 3, 48, 98.
- Acumulación de acciones, 17.
- Agencia de viajes, 21.
- Agentes de la propiedad inmobiliaria, 15.
- “Altius non Tolendi”, 25.
- Arquitectos, 32, 37, 51, 72.
- Arrendamientos, 75.
 - De industria, 27, 55, 61, 73, 83.
 - De obras, 50.
- De temporada, 8.
- Rústicos, 34.
- Urbanos
 - Cierre, 1, 23, 81.
 - Obras in consentidas, 7, 89.
 - Procedimiento, 53.
 - Retracto, 19.
 - Traspaso, 1, 62.
- Aval, 17.
- Caducidad, 79.
- Cesión de crédito, 111.
- Competencia territorial, 39.
- Contratos
 - Arrendamiento, 75.
 - Arrendamientos servicios arquitecto, 37, 51.
 - Compraventa mercantil, 33.
 - Con cláusula penal, 18.
 - Corretaje, 15.
 - De arrendamiento de obras, 50.
 - De hospedaje, 114.
 - De reserva de plazas hoteleras, 21.
 - De seguro, 42, 87.

- De venta a plazos, 43.
- Interpretación, 26.
- Vitalicio, 97.
- Cosa juzgada
 - Material, 21, 96.
 - Penal, 11, 77, 123.
- Deslinde, 106.
- Divorcio
 - Competencia territorial, 39.
 - Pensión, 16, 105.
- Documentos, aportación, 41.
- Dominio, reserva de, 82, 101.
- Excepciones procesales
 - Cosa Juzgada, 11, 21, 77, 96, 123.
 - Falta de acción, 6.
 - Falta de legitimación activa, 12.
 - Falta de legitimación pasiva, 56.
 - Incompetencia de jurisdicción, 5, 48.
 - Litispendencia, 83.
- Extranjería, 5.
- Fianza, 38, 44, 94.
- Iliquidez, 38.
- Incompetencia de jurisdicción, 5, 48.
- Incongruencia, 111.
- Insuficiencia de poder, 85.
- Interpretación de los contratos, 26.
- Juicio
 - De desahucio, 8, 55, 73, 83.
 - De Retracto, 14, 19.
 - Ejecutivo cambiario
 - Falsedad civil, 118.
 - Iliquidez, 113.
 - Legitimación, 6.
 - Letra en blanco, 118.
 - Libramiento, 3.
 - Pago, 107, 112.
 - Poder, 85.
 - Pluspetición, 45, 80.
 - Protesto, 80.
 - Provisión de fondos, 3, 6, 9, 45, 71, 113, 118.
 - Tímbr, 80.
 - Ejecutivo de tráfico, 24, 117.
 - Culpa exclusiva, 84, 108, 123.
 - Prescripción, 123.
 - Legítima, 58, 64.
 - Legitimación, 6. 12.
 - Litisconsorcio pasivo necesario, 2, 14, 93, 110, 119.
 - Litis expensas, 47.
 - Litis pendencia, 83.
 - “Masters Bills”, 86.
- Novación, 59, 119.
- Nulidad de testamento, 28.
- Pobreza, 66, 74.
- Poder, 85.
- Posesión, 76.
- Prescripción, 123.
- Principios hipotecarios, de exactitud, 46.
- Principios procesales, de preclusión, 12, 18, 41.
- Propiedad horizontal, 2, 12, 56, 79, 99.
- Protesto, 115.
- Prueba
 - En arrendamientos, 1.
 - Provisión de fondos, 9.

- Reclamación cantidad, 30, 116.
- Recurso de apelación, 4, 13, 20, 22, 29, 36, 60, 65, 78, 91, 121, 124.
- Reserva de dominio, 82.
- Responsabilidad civil
 - Accidente de tráfico, 57, 104.
 - Baja del servicio de funcionario, 66.
 - Culpa contractual, 10.
 - Decenal, 93, 125.
 - Incumplimiento contractual, 43.
- Saneamiento, 70.
- Seguridad social, 31.
- Sentencia canónica, 69.
- Separación matrimonial
 - Alimentos, 49.
 - Conducta vejatoria, 40, 54.
 - Convenio regulador, 35.
 - Custodia hijos, 35.
 - Litis expensas, 47.
 - Pensión, 35, 69.
 - Pensión compensatoria, 35, 40, 47, 109, 122.
- Servidumbres
 - “*Altius non tolendi*”, 25.
 - De Paso, 63, 100, 103.
- Simulación, 58, 64.
- Subcontrato, 68.
- Sumisión tácita, 5.
- Tercería de dominio, 46, 76, 90.
- Testamento, nulidad, 28.
- Título, 76, 90.
- Turismo, 21.
- Venta
 - A plazos, 43.
 - Simulada, 58.

III. SALAS 1ª y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Robo con violencia en las personas.** Falta de pruebas. Absolución. *Sentencia de 11 de Enero de 1984.*
2. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Enero de 1984 (2ª).*
3. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cerradura. *Sentencia de 12 de Enero de 1984 (2ª).*
4. **Hurto. Falsedad. Estafa.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 13 de Enero de 1984 (2ª).*
5. **Utilización ilegítima de vehículos de motor. Atentado. Elementos. Lesiones.** Falta. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Enero de 1984 (2ª).*
6. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 13 de Enero de 1984 (2ª).*
7. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Tenencia ilícita de armas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Enero de 1984 (2ª).*
8. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. *Sentencia de 14 de Enero de 1984.*
9. **Imprudencia temeraria,** con resultado de muerte, lesiones graves y daños. *Sentencia de 14 de Enero de 1984.*

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

10. **Imprudencia temeraria**, con resultado de muertes y daños. **Utilización ilegítima de vehículo de motor**. *Sentencia de 14 de Enero de 1984.*
11. **Robo con fuerza en las cosas**. Casa habitada. **Tenencia ilícita de armas**. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 16 de Enero de 1984 (2ª).*
12. **Robo con fuerza en las cosas**. Casa habitada. **Tenencia ilícita de armas**. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 16 de Enero de 1984 (2ª).*
13. **Lesiones**. El acusado no realizó acto típico alguno. *Sentencia de 16 de Enero de 1984 (2ª).*
14. **Robo con intimidación en las personas**. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 16 de Enero de 1984 (2ª).*
15. **Robo con fuerza en las cosas**. Conformidad. *Sentencia de 16 de Enero de 1984 (2ª).*
16. **Estafa**. Disposición de un bien como libre sabiendo que estaba gravado. *Sentencia de 16 de Enero de 1984 (2ª).*
17. **Hurto. Receptación**. Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 18 de Enero de 1984.*
18. **Robo con violencia en las personas. Falsedad en documento mercantil**. *Sentencia de 19 de Enero de 1984 (2ª).*
19. **Salud pública**. Conformidad. *Sentencia de 19 de Enero de 1984 (2ª).*
20. **Robo con intimidación en las personas**. Concurrencia de las circunstancias modificativas agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Enero de 1984.*
21. **Falsificación de documento mercantil: letra de cambio. Estafa**. Concurso ideal. *Sentencia de 21 de Enero de 1984.*
22. **Robo con intimidación en las personas**, empleando armas y perpetrado en oficina bancaria. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Tenencia ilícita de armas**. Elementos. Atenuante de menor de edad y agravante de reincidencia. **Robo con intimidación en las per-**

- sonas. Agravante de disfraz. **Encubrimiento** —Art. 17—. *Sentencia de 23 de Enero de 1984.*
23. **Evasión de presos**, con fuerza en las cosas, —Art. 335—. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Enero de 1984 (2ª)*.*
24. **Homicidio**. Elemento subjetivo “animus necandi”. Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 24 de Enero de 1984.*
25. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Hurto. Falta. Robo con violencia en las personas**. Conformidad. *Sentencia de 24 de Enero de 1984.*
26. **Robo con fuerza en las cosas**. Conformidad. *Sentencia de 24 de Enero de 1984.*
27. **Malversación de caudales públicos**: bienes embargados —impropi—. *Sentencia de 25 de Enero de 1984.*
28. **Imprudencia temeraria**, con resultado de muerte. *Sentencia de 26 de Enero de 1984.*
29. **Robo con violencia en las personas**. Casa habitada, uso de armas. **Daños. Utilización ilegítima de vehículo de motor**. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Enero de 1984.*
30. **Abandono de familia**. Conformidad. *Sentencia de 26 de Enero de 1984.*
31. **Robo con intimidación en las personas**. Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de trastorno mental transitorio y agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Enero de 1984 (2ª).*
32. **Salud pública**. Conformidad. *Sentencia de 27 de Enero de 1984 (2ª).*
33. **Detención ilegal**. Petición de rescate. **Tentativa**. Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de disfraz. *Sentencia de 27 de Enero de 1984 (2ª)*.*
34. **Robo con violencia en las personas**. Conformidad. *Sentencia de 27 de Enero de 1984 (2ª).*

35. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Falta. Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 28 de Enero de 1984 (2ª).*
36. **Imprudencia temeraria profesional,** con resultado de muerte. *Sentencia de 2 de Febrero de 1984*.*
37. **Abusos deshonestos violentos.** Propósito lúbrico. Atenuante de embriaguez no habitual y agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Febrero de 1984.*
38. **Robo con fuerza en las cosas.** Acuerdo previo. **Frustración.** Casa habitada. Empleo de armas. Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Febrero de 1984.*
39. **Estafa.** Existencia de engaño y ánimo de lucro. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Febrero de 1984 (2ª).*
40. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de escaparate. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Febrero de 1984 (2ª).*
41. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 4 de Febrero de 1984.*
42. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Febrero de 1984.*
43. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 10 de Febrero de 1984.*
44. **Incendio.** Conocimiento de la presencia de personas en el edificio. El Tribunal solicita al Gobierno la reducción de la pena. *Sentencia de 10 de Febrero de 1984*.*
45. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. *Sentencia de 10 de Febrero de 1984.*
46. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de ventana. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Febrero de 1984.*
47. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con violencia en las personas.** Delito continuado. No se acredita la participación de

- los procesados. *Sentencia de 11 de Febrero de 1984.*
48. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de ventanas. Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Febrero de 1984 (2ª).*
 49. **Apropiación indebida.** Falta —Art. 587-3º—. Conformidad. *Sentencia de 13 de Febrero de 1984.*
 50. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de las circunstancias modificativas agravante de reincidencia y atenuante de trastorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 15 de Febrero de 1984.*
 51. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 17 de Febrero de 1984 (2ª).*
 52. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 17 de Febrero de 1984 (2ª).*
 53. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 23 de Febrero de 1984 (2ª).*
 54. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Estafa.** Sentencia de 23 de Febrero de 1984.
 55. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 24 de Febrero de 1984.*
 56. **Robo con fuerza en las cosas.** Uso de llaves falsas. *Sentencia de 24 de Febrero de 1984.*
 57. **Atentados a agentes de la autoridad.** Requisitos. **Uso público de nombre supuesto.** Lesiones. Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Febrero de 1984 (2ª).*
 58. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Febrero de 1984 (2ª).*
 59. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia. *Sentencia*

de 25 de Febrero de 1984 (2ª).

60. **Estafa:** disposición de un bien como libre sabiendo que estaba gravado —Art. 531—. *Sentencia de 25 de Febrero de 1984.*
61. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante específica “de especial gravedad de la cuantía de los efectos sustraídos” —Art. 516-3º—. *Sentencia de 28 de Febrero de 1984 (2ª)*.*
62. **Estafa.** Venta de inmueble ocultando hipoteca. *Sentencia de 29 de Febrero de 1984 (2ª).*
63. **Falsificación de documento privado.** Requisitos: perjuicio de tercero o ánimo de causárselo. Participaciones de lotería con falta de cobertura. Es de aplicación el Art. 68 sobre “Concurso de leyes” por lo que no se pena como estafa. *Sentencia de 29 de Febrero de 1984 (2ª)*.*
64. **Receptación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Febrero de 1984 (2ª).*
65. **Detención ilegal. Lesiones.** Falta. *Sentencia de 1 de Marzo de 1984 (2ª).*
66. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 1 de Marzo de 1984 (2ª).*
67. **Hurto.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 1 de Marzo de 1984 (2ª).*
68. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 2 de Marzo de 1984 (2ª).*
69. **Robo con intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta y agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 2 de Marzo de 1984 (2ª).*
70. **Violación.** Elementos. Concurrencia de las circunstancias modificativas agravante de reincidencia y atenuante de estado pasional. El Tribunal solicita del Gobierno el indulto parcial. *Sentencia de 2 de Marzo de 1984.*
71. **Apropiación indebida.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Marzo de 1984.*

72. **Apropiación indebida.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 2 de Marzo de 1984.*
73. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 5 de Marzo de 1984.*
74. **Robo con violencia en las personas,** con resultado de lesiones. Consumación. Concurrencia de la circunstancia modificativa muy cualificada de preterintencionalidad. *Sentencia de 7 de Marzo de 1984*.*
75. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de abuso de confianza. *Sentencia de 8 de Marzo de 1984 (2ª).*
76. **Atentado a agentes de la autoridad. Lesiones. Falta.** *Sentencia de 8 de Marzo de 1984 (2ª).*
77. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón de bolso". Agravante de reincidencia. *Sentencia de 9 de Marzo de 1984 (2ª).*
78. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana y escalamiento. *Sentencia de 12 de Marzo de 1984 (2ª).*
79. **Cheque en descubierto.** Delito continuado. *Sentencia de 12 de Marzo de 1984 (2ª).*
80. **Robo con intimidación en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 13 de Marzo de 1984.*
81. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Marzo de 1984.*
82. **Encubrimiento.** Ausencia de conocimiento sobre la ilicitud de la conducta. Absolución. *Sentencia de 14 de Marzo de 1984.*
83. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 15 de Marzo de 1984.*
84. **Robo con violencia en las personas. Frustración.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Marzo de 1984.*
85. **Cheque en descubierto.** Ausencia de conducta típica: postdatación

- y sustitución de una cambial impagada. *Sentencia de 21 de Marzo de 1984.*
86. **Falsificación de documento mercantil. Falsificación de documento de identidad. Estafa.** *Sentencia de 22 de Marzo de 1984.*
87. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 22 de Marzo de 1984 (2ª).*
88. **Salud pública. Contrabando.** Tenencia para consumo propio. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 23 de Marzo de 1984 (2ª).*
89. **Lesiones graves.** Conformidad. *Sentencia de 23 de Marzo de 1984 (2ª).*
90. **Atentado a agente de la autoridad. Injurias.** Ausencia de conducta típica. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 23 de Marzo de 1984 (2ª).*
91. **Desacato.** Ausencia de conducta típica. **Falta contra el orden público.** *Sentencia de 26 de Marzo de 1984 (2ª).*
92. **Uso público de nombre supuesto.** Delito permanente. No cabe la prescripción prevista en el Art. 113. *Sentencia de 26 de Marzo de 1984 (2ª)*.*
93. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Casa habitada. *Sentencia de 26 de Marzo de 1984 (2ª).*
94. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. **Hurto.** Falta. **Tenencia ilícita de armas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Marzo de 1984 (2ª).*
95. **Imprudencia simple,** con infracción reglamentaria con resultado de muerte. *Sentencia de 26 de Marzo de 1984 (2ª).*
96. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 27 de Marzo de 1984 (2ª).*
97. **Salud pública.** Delito continuado. Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Marzo de 1984.*
98. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 27 de Marzo de 1984.*

99. **Estafa.** Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 28 de Marzo de 1984 (2ª).*
100. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de maletero. *Sentencia de 29 de Marzo de 1984 (2ª).*
101. **Delito contra la propiedad industrial.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Marzo de 1984 (2ª).*
102. **Alzamiento de bienes.** Requisitos. **Falsedad en documento público.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 30 de Marzo de 1984 (2ª).*
103. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 4 de Abril de 1984.*
104. **Robo con violencia en las personas:** Vía física. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 4 de Abril de 1984.*
105. **Imprudencia temeraria,** con resultado de muerte. *Sentencia de 5 de Abril de 1984*.*
106. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de escaparates. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Abril de 1984 (2ª).*
107. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Abril de 1984 (2ª).*
108. **Robo con intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 5 de Abril de 1984 (2ª).*
109. **Abandono de niños.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 5 de Abril de 1984 (2ª).*
110. **Estafa.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Abril de 1984 (2ª).*
111. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta y máquina. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Abril de 1984 (2ª).*
112. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana. Casa ha-

- bitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Abril de 1984*. (2ª).
113. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Abril de 1984* (2ª).
114. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 6 de Abril de 1984*.
115. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de escaparate. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Abril de 1984*.
116. **Escándolo público.** Requisitos. Atenuante de embriaguez no habitual. *Sentencia de 9 de Abril de 1984*.
117. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Casa habitada. *Sentencia de 9 de Abril de 1984* (2ª).
118. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón". **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 9 de Abril de 1984* (2ª).
119. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 9 de Abril de 1984* (2ª).
120. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 9 de Abril de 1984* (2ª).
121. **Robo con violencia en las personas.** Elementos. *Sentencia de 10 de Abril de 1984* (2ª).
122. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 10 de Abril de 1984*.
123. **Salud pública.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 10 de Abril de 1984*.
124. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Abril de 1984*.
125. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 12 de Abril de 1984*.

126. **Atentado a agentes de la autoridad. Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 12 de Abril de 1984 (2ª).*
127. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 13 de Abril de 1984 (2ª).*
128. **Falsificación de documento de identidad. Tenencia ilícita de armas de fuego.** Falta de licencia. **Coacciones.** Falta. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 13 de Abril de 1984.*
129. **Tenencia ilícita de armas de fuego:** delito formal. Error vencible. *Sentencia de 13 de Abril de 1984*.*
130. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 13 de Abril de 1984.*
131. **Estafa.** Elementos. Prescripción del delito. *Sentencia de 16 de Abril de 1984.*
132. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 16 de Abril de 1984 (2ª).*
133. **Hurto.** Faltas. *Sentencia de 16 de Abril de 1984 (2ª).*
134. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Forzamiento de ventana. Delito continuado. *Sentencia de 16 de Abril de 1984 (2ª).*
135. **Tenencia ilícita de armas.** Conformidad. *Sentencia de 17 de Abril de 1984 (2ª).*
136. **Robo con intimidación en las personas.** No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 26 de Abril de 1984 (2ª).*
137. **Robo con intimidación en las personas.** No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 26 de Abril de 1984 (2ª).*
138. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 27 de Abril de 1984 (2ª).*
139. **Salud pública.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. *Sentencia de 27 de Abril de 1984 (2ª).*

140. **Lesiones graves.** Cicatriz en el rostro. Circunstancia atenuante de arrebató. *Sentencia de 27 de Abril de 1984.*
141. **Robo con fuerza en las cosas. Falsedad en documento mercantil. Daños.** Falta. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 30 de Abril de 1984.*
142. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 30 de Abril de 1984 (2ª).*
143. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Alojamiento turístico. *Sentencia de 30 de Abril de 1984 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

23

23. EVASION DE PRESOS, con fuerza en las cosas, —Art. 335—. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Enero de 1984 (2ª)**.

RESULTANDO probado —y así expresamente se declara— que el procesado A. L. J., de veinticinco años de edad, ejecutoriamente condenado el 15 de octubre de 1980 por un delito de hurto de uso, por un delito de robo y una falta de hurto, y en situación de libertad provisional, de la que estuvo privado del dieciocho de marzo al veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y tres, en la tarde del día diez de agosto de mil novecientos ochenta y uno, encontrándose en el Depósito Municipal de I., en calidad de preso, en virtud de auto notificado el mismo día —diez de agosto de 1981—, del Juzgado de Instrucción de I., en unión de otro individuo que se encontraba en calidad de detenido en el mismo depósito, tras arrancar dos camas metálicas que se hallaban sujetas al suelo, originando desperfectos por valor de nueve mil pesetas, las colocaron de forma que les permitiera trepar hasta alcanzar, por medio de mantas cortadas e hilos de hierro de los somiers, unas paredes, dícese una pared en la que se encontraba una cuerda sujeta con un garfio, descolgándose desde el tejado hasta la calle, cuerda y gancho colocado por un tercero no identificado, dándose, seguidamente, a la fuga.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de evasión de presos de los artículos 334 y 335 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. L. J., con la concurrencia de la circunstancia de reincidencia del artículo 10-15ª, por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, accesorias del artículo 47 e indemnización de nueve mil pesetas al perjudicado Ayuntamiento de I., y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, lo estimó autor de un delito de evasión con fuerza en las cosas, del artículo 334 del Código Penal, sin circunstancias modificativas, y solicitó para el mismo una pena de un mes y un día de arresto mayor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados, son legalmente constitutivos de un delito de evasión de presos del artículo 335 del Código Penal, que es un subtipo agravado del delito previsto en el artículo 334, ya que aparece la conducta de fuerza en las cosas desarrolladas por el procesado y su acompañante, al arrancar las camas sujetas al suelo con causación de desperfectos, y la rotura de mantas y somiers, con causación de desperfectos tasados en nueve mil pesetas, hecho que la ley sanciona con la pena de prisión menor.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. L. J. por su participación voluntaria y directa en los hechos —artículo 14-1º del Código Penal—.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reincidencia, del artículo 10-15ª, con los efectos previstos en el artículo 61-2 del Código Penal, que establece que cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, los Tribunales impondrán la pena en el grado medio o máximo.

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

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación además de los: 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61-2ª, 101, 102, 103, 104, 109; los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A. L. J., en concepto de autor responsable de un delito de evasión de presos con fuerza en las cosas y con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia, a una pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante dicho tiempo y a que por vía de indemnización de perjuicios abone al Ayuntamiento de I. la suma de nueve mil pesetas, y al pago de las costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado, con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

33

33. DETENCION ILEGAL. Petición de rescate. **TENTATIVA.** Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de disfraz. *Sentencia de 27 de Enero de 1984 (2ª)*.*

RESULTANDO probado —y así expresamente se declara— que el procesado L. B. S., mayor de edad, sin antecedentes penales, y en situación de libertad provisional, de la que estuvo privado del día siete de marzo al diecisiete del mismo mes de mil novecientos ochenta y tres, sobre las doce horas del día siete de marzo de mil novecientos ochenta y tres, se dirigió al domicilio de C. S. C., sito en la calle M., 117, de la P., con el fin de llevársela, para exigir por su liberación doce millones de pesetas, a cuyo fin provisto de una carabina de balines de aire comprimido y de una capucha, con la cual ocultaría su rostro, y llevando una octavilla redactada en la que se expresaban las condiciones de rescate y, una vez en la casa de la indicada, se presentó ante C. con la cara cubierta con la capucha y apuntándole con la escopeta, al mismo tiempo que le advertía de que no se moviese o la mataría, lo que determinó a C. a salir huyendo en demanda de auxilio y que hizo que el propio procesado, asimismo, huyese ante el temor de lo que pudiera ocurrirle, aunque al poco rato fue detenido y ocupada la nota de condiciones de la detención, sin que se advirtiese, no obstante, ánimo de matarla en L., que más bien actuó llevado del deseo de hacer frente a algunos problemas económicos que tenía y que pensó podría resolver a costa de la víctima, de quien sabía le había tocado recientemente la lotería.

RESULTANDO: Que por el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, se calificaron los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de detención ilegal, de los artículos 480 párrafo primero y 481-1º, en grado de tentativa, del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado L. B. S., con la concurrencia de la agravante de disfraz, por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor, accesorias del artículo 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, solicitó la libre absolución de su defendido por estimar, entre otras cosas, que había movido a su cliente el encontrarse bajo los efectos de un fuerte nerviosismo acuciado por una situación de grave necesidad económica.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados como probados, integran un delito de detención ilegal, en grado de tentativa, previsto y penado en el artículo 480, párrafo primero y en el artículo 481 n° 1 y 3, párrafo tercero y 52, todos del Código Penal, porque el procesado, atentando al derecho tan fundamental de la persona como es la facultad del libre deambular del individuo, con ánimo coactivo y movido por el propósito de obtener un rescate, no dudó en presentarse en el domicilio de la ofendida y consciente y libremente, cubierto por la capucha que llevaba, que le cubría el rostro, trató de llevársela para obtener una cantidad como condición para la obtención de su libertad, aunque el hecho no llegase a tener más trascendencia, ante la huida inesperada de la víctima, forma de ejecución incompleta que dejó sin plena realización toda la dinámica del tipo y que, dadas las circunstancias del hecho y del culpable, en el que no se aprecian antecedentes penales ni factores que permitan pensar en su especial peligrosidad, pese a lo sucedido, lleva a este Tribunal a imponer la pena en el grado y extensión que se dirá, partiendo de la aplicable de prisión mayor en su grado máximo, a reclusión menor en su grado medio y de que en función de la imperfección del delito, acogándose al amplio margen que ofrece el artículo 52, imponiéndola en dos grados menos que la indicada.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado L. B. S., por su participación voluntaria y directa en los hechos.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente, dicese que es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de disfraz del artículo 10-7ª, al utilizar el procesado, para evitar el ser identificado, la capucha que llevaba y con la cual se cubrió suficientemente el rostro para eludir la acción de la justicia y que por aplicación del artículo 61-2ª este Tribunal aplicará la pena, por fuerza, de dicha circunstancia agravatoria, aunque partiendo de que la pena aplicable al subtipo del artículo 481-1º es la de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor en su grado medio y que por la ejecución incompleta del delito lleva a este Tribunal a imponer un año de prisión menor, y sin que quepa pensar en la posibilidad de dar acogida a la tesis de la defensa relativa al estado de necesidad, en ningún momento acreditado, como es preceptivo cuando de acoger una circunstancia modificativa se trata.

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 L. B. S., en concepto de autor responsable de un delito de detención ilegal, con petición de rescate, en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de disfraz a una pena de un año de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pgo de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil, terminada con arreglo a Derecho. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

36. IMPRUDENCIA TEMERARIA PROFESIONAL, con resultado de muerte. *Sentencia de 2 de Febrero de 1984.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que J. T. C., mayor de edad, y sin antecedentes penales, el día 6 de Enero de 1980, era guarda-jurado del coto de caza de la finca "S. S. de M." de Santa Margarita (Mallorca), actuando por contrato y bajo la dependencia de un grupo de cazadores constituido por J. N. G., B. P. M., J. M. B., P. B. M., S. P. M., N. C. F. y B. G. I., que tenían arrendado el derecho de caza de la precitada finca; y ese día el dicho acusado advirtió la presencia de cuatro cazadores furtivos M. G. C., su hijo M. G. R., J. A. V. L. y S. R. M., que se habían introducido en la finca, llamándoles entonces la atención (como ya antes había hecho el propietario M. M. Z.) y disparando dos tiros al aire con la carabina de que iba provisto, una "Destroyer", calibre 9 m.m. largo, de 2.600 mts. de alcance máximo y 800 m. de alcance eficaz; mas como sea que, ya de retirada, siguieran los cazadores tirando a los tordos, el procesado, sin medir las posibles consecuencias de su acción, desde unos 700 mts. efectuó dos disparos más apuntando sobre los cuerpos de aquéllos y uno de los proyectiles alcanzó a S. R. M. penetrando en la región parietal media y causándole la muerte. S. R., al fallecer contaba 19 años y era soltero.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria, párrafos 1º y 5º del art. 565, que, de mediar malicia, hubiera constituido delito de homicidio del 407 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis años y un día de prisión mayor, accesorias legales, costas, e indemnización de 1.500.000 pesetas a los padres de la víctima; respondiendo subsidiariamente J. N. G., B. P. M., J. M. B., P. B. M., S. P. M., N. C. F. y B. G. F.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en igual trámite, acomodó sus conclusiones a las del Ministerio Fiscal, si bien solicitando una indemnización de 6.000.000. de pesetas y el pago de costas incluidas las de la acusación particular.

RESULTANDO: Que, en el mismo trámite, la defensa del acusado, y de J. N. G., solicitó la libre absolución con declaración de oficio de las costas.

RESULTANDO: Que las defensas de los demás responsables civiles subsidiarios solicitaron asimismo la absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran legalmente un delito de imprudencia temeraria del art. 565 del Código Penal, delito que viene configurado doctrinal y jurisprudencialmente (vid. sents. de 5 de Febrero de 1981 y 31 de Mayo de 1982) por tres elementos: uno interno o psicológico, constituido por un obrar ligero o irreflexivo ("le mal des enfants" de los franceses) que pone en marcha un mecanismo de riesgo o peligro individual o colectivo; otro externo u objetivo, en cuanto dicho riesgo se concreta en un resultado dañoso —de menoscabo material o lesión personal— perfectamente previsible y prevenible; y otro normativo o socio-cultural, por el rechazo de la comunidad que, en la medida media, pone en sus actos una cautela y atención mínimas; y tal conducta merece el calificativo de temeraria no ya por la gravedad del hecho consecuente a la acción, sino por la mayor previsibilidad de dicho resultado en concordancia con la entidad de los

órdenes de previsión omitidos y si dentro de éstos existe una "lex artis" que obliga a extremar los grados de cuidado y prudencia por la profesionalidad del sujeto activo, se entra de lleno en la agravación penológica que el párrafo 5º del citado precepto legal establece. Todos estos elementos se dan con nitidez en el evento enjuiciado, donde es dable contemplar la actuación de un guarda-jurado, hoy acusado, que por su oficio (conocimiento y dotación de armamento) se le supone una mayor preparación técnica y de consciencia que a quien por simple afición se dedica al deporte cinegético, al cual sin representarse mentalmente —debiendo hacerlo— las muy probables consecuencias de su acción, dispara una carabina de largo alcance por sobre las cabezas de un grupo de cazadores furtivos, que, si situados en una posición irregular frente a derecho, merecen un respeto en su integridad física. Cierto que no puede decirse que el procesado quisiera matar precisamente a S. R. (el informe de balística es claro al respecto en atención a la distancia de fuego) pero es que, precisamente, el homicidio por imprudencia se caracteriza por la ausencia de este "animus necandi" o dolo específico de muerte y es más cierto que, sin embargo, un profesional de las armas sabe o debe saber perfectamente que al disparar (aun a 700 mts.), apuntando a personas, una carabina de alcance de 2.600 mts., crea una situación de peligro eficaz. Si a ello se añade que, desgraciadamente, el riesgo se concretó en el caso presente ante la muerte de una de aquellas personas, es claro que se dan todos los supuestos que configuran el delito de imprudencia temeraria profesional, si bien, en la aplicación penológica este Tribunal, habida cuenta de las circunstancias todas concurrentes en la acción, no hará uso de la agravación potestativa prevista en la parte segunda del párrafo 5º del repetido art. 565 del Código.

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

CONSIDERANDO: Que, aparte del pago de costas incluidas en este caso las de la acusación particular por su intervención eficaz (art. 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), los responsables criminalmente de todo delito o falta lo son también civilmente (art. 19 del Código penal) y tal responsabilidad se extiende, en caso de insolvencia del principal, a los amos o empresarios frente a los delitos cometidos por sus empleados o dependientes (art. 22 del mismo texto legal), responsabilidad ésta, subsidiaria, que debe ser declarada respecto a J. N. G., B. P. M., J. M. B., P. B. M., S. P. M., N. C. F. y B. G. F., todos ellos integrantes del grupo de cazadores titulares del derecho de caza del coto de "S. S. de M." y quienes, consecuentemente, mediante el pago de respectivas cuotas, abonaban la merced de aquel derecho, el salario del Guarda-jurado y cuantos gastos fueren inherentes, todo ello sin perjuicio de que, como es lógico y normal, apareciera uno de ellos (bien N. G., bien P. B.) como cabeza visible o representante del grupo, lo que es así en todo colectivo civil o mercantil, regular o irregular y de que aparecieran otras personas, invitadas o subrogadas siempre, practicando el deporte de la caza en el lugar, lo que no empece ni rompa en directa relación laboral o de dependencia del responsable principal con el grupo mencionado.

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. T. C., en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia temeraria profesional con resultado de muerte, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, accesorias legales de suspensión de todo cargo público, empleo de guarda-jurado y derecho de sufragio por el mismo tiempo, pago de costas incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a los herederos de S. R. M. en la suma de dos millones ochocientos mil pesetas; cantidad a cuyo pago, caso de insolvencia del condenado, vendrán compelidos los responsables civiles subsidiarios T. N. G., B. P. M., J. M. B., P. B. M., S. P. M., N. C. F. y B. G. F. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámesese del Juez Instructor las correspondientes piezas de responsabilidad civil y procédase al comiso del arma descrita en la presente. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

44. INCENDIO. Conocimiento de la presencia de personas en el edificio. El Tribunal solicita al Gobierno la reducción de la pena. *Sentencia de 10 de Febrero de 1984.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que J. G. R., mayor de edad, y sin antecedentes penales, acudió el día 26 de Abril de 1981 al domicilio de su esposa e hijos, sito en la calle C. B., Bloque M, Escalera 6, Piso 3º, Puerta 11, de S. R., domicilio asignado judicialmente en los trámites de separación conyugal a la misma, y, tras intentar el procesado que aquélla le franquera la entrada y ante su negativa insistente, con un litro de gasolina roció el pasillo, puerta del piso y marco de una ventana, prendiéndole fuego y huyendo a continuación. Sofocado el incendio, resultaron menoscabos materiales valorados en 10.000.- pesetas, habiendo renunciado la perjudicada a las acciones legales.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de incendio del art. 548 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de doce años y un día de reclusión menor, accesorias legales y costas, si bien impetró la aplicación del art. 2º del Código a fin de que la pena quedara reducida a la de dos años.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, estimó que los hechos constituían un delito de los artículos 549-2º y 550-1º, con la concurrencia de la atenuante 8ª del art. 9º, solicitando una pena de seis meses y un día de prisión menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran legalmente un delito de incendio previsto y sancionado en el art. 548 del Código Penal, delito consumado (sents. 14 de Diciembre 1972 y 15 de Enero de 1976), por la combustión voluntaria de un piso o edificio con la conciencia de que el mismo se halla en el momento habitado —lo que sucede en el caso de autos en cuanto que el acusado acababa de discutir con su esposa desde el interior— con el grave riesgo que ello supone para las personas, amén del daño a las cosas, lo que hace imposible la aplicación de los preceptos aducidos por la defensa (art. 548-2º y 550-1º) que se basan en la precisa ignorancia de aquella presencia física de personas (así, sents. 18 Diciembre 1975 y 15 de Enero de 1976).

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

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas, debiendo rechazarse la atenuante alegada (8º del art. 9º), pues, pese a que el texto penal, tras la reforma última de 25 de Junio de 1983, ya no exige el elemento de la proporcionalidad insito en el abverbio “naturalmente” que constaba en la redacción anterior, es lo cierto que los estímulos o excitaciones deben ser racionales, lógicos y comprensibles atendiendo a las específicas circunstancias del hecho y de su autor y esta mínima exigencia no aparece en el evento enjuiciado ante el simple motivo de una negativa a penetrar en el domicilio que ya no es propio. Por lo demás, la apreciación de la atenuante no haría variar la pena, ya solicitada por el Ministerio Fiscal en grado mínimo. Empero y de acuerdo con el criterio de la misma acusación, tal pena a imponer se reputa por el Tribunal notablemente desproporcionada y excesiva, atendido el escaso mal causado en la propiedad —lo que da idea

de lo mínimo del incendio— y la total indemnidad de los moradores, ante todo lo cual, conforme a lo dispuesto en el art. 2º del Código, se dirigirá escrito al Gobierno solicitando indulto parcial a fin de que quede reducida a la de dos años, que parece más justa y equitativa.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. G. R., en concepto de autor responsable de un delito de incendio, sin circunstancias modificativas, a la pena de doce años y un día de reclusión menor, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, si bien se propondrá al Gobierno indulto parcial de aquélla a fin de que quede reducida a la efectiva de dos años. El condenado deberá, además, abonar 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. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

61

61. **HURTO.** Concurrencia de la circunstancia agravante específica “de especial gravedad de la cuantía de los efectos sustraídos” —Art. 516-3º—. *Sentencia de 28 de Febrero de 1984 (2ª)*.

RESULTANDO: Probado, y así se declara expresamente, que en distintas fechas no precisadas comprendidas entre el mes de agosto de mil novecientos setenta y ocho y los días finales del mes de octubre de mil novecientos setenta y nueve, la procesada L. V. G., mayor de dieciocho años y condenada por falta de estafa en sentencia de dieciocho de abril de mil novecientos cincuenta y uno, por delito de robo (con) dolo, en la de diez de octubre de mil novecientos cincuenta, y por falta de hurto en la de dieciocho de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, aprovechando la amistad que sostenía con E. O. M. y su esposa por ser ambos clientes de una tabajería de la procesada, en descuidos de los mismos penetró en su domicilio, cogiendo en él, con propósito de así obtener un beneficio económico, joyas por importe de tres millones ochocientos diez mil pesetas y una cartera conteniendo cincuenta mil pesetas; habiéndose recuperado las joyas, teniendo el Sr. O. que abonar por el desempeño de parte de ellas la suma de cuarenta mil pesetas a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de hurto de los artículos 514,

515-1º y 2º y 516-3º 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 la pena de seis meses de arresto mayor, accesorias e indemnización de noventa mil pesetas al perjudicado E. O. M. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la imposición de una pena de seis meses y un día de prisión menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados son constitutivos de un delito de hurto de los artículos 514, 515-1º y 2º y 516-3º del Código Penal, ya que los objetos sustraídos, de los que se apoderó la procesada sin empleo de fuerza en las cosas ni violencia ni intimidación en las personas, supera el valor de treinta mil pesetas y por su elevada cuantía hacen aplicable la agravante específica del precepto legal últimamente citado, por lo que la pena ha de imponerse en grado máximo.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor directo del artículo 14, párrafo 1º del Código Penal la procesada L. V. G.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas, ya que por aplicación de lo dispuesto en los artículos 10-15ª y 118 del Código Penal, según la redacción dada por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no resulta aplicable la agravante genérica de reincidencia al ser cancelables, por sus fechas, los antecedentes penales del procesado.

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, 27, 30, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 61, 72, 78, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regl. 3ª-142, 239, 240, 272, 742, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a la procesada L. V. G., en concepto de autora responsable de un delito de hurto con la agravante específica de especial gravedad por la cuantía de los efectos sustraídos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de seis meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante dicho tiempo, a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido E. O. M. la suma de noventa 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. Devuélvase al Instructor el ramo separado de responsabilidad civil para que lo termine con arreglo a derecho. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

63. FALSIFICACION DE DOCUMENTO PRIVADO. Requisitos: perjuicio de tercero o ánimo de causárselo. Participaciones de lotería con falta de cobertura. Es de aplicación el Art. 68 sobre "Concurso de le-

yes" por lo que no se pena como estafa. *Sentencia de 29 de Febrero de 1984 (2ª)*.

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que el procesado S. G. F., mayor de edad, sin antecedentes penales, en Mahón, a primeros de diciembre de 1981 hizo imprimir papeletas del número 4783 del sorteo de Navidad del día veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, en la imprenta E. C., de Mahón, regentada por J. P. P., por valor de 999.775 pesetas, papeletas de distintos colores, de 450 pesetas, en color rosa, de ochenta y cinco pesetas en color naranja, y de cuarenta pesetas en color azul, en cuyas papeletas se hacía constar que el depositario era Construcciones G., de la Avenida J. C., 45, 4º, 2º, de Mahón y que el número estaba depositado en la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros, siendo esto último incierto, y, una vez en su poder dichas papeletas, procedió a la venta de las mismas por bares y casinos de Menorca, auxiliado por otro, por importe de unas cincuenta mil pesetas e imprimiendo en la imprenta de M. D. P., de Ciudadela, 1.700.000 pesetas de participaciones, de color verde, de ochenta y cinco pesetas del mismo número —4783— para su reparto en Valencia. Del indicado número 4783, el procesado G. F. sólo había adquirido cincuenta mil pesetas en la administración de loterías de Mahón, sin llegar a vender el resto de participaciones al ser descubierto su propósito y destruyéndose las papeletas destinadas a la venta en Valencia por su compañero. El procesado estuvo privado de libertad por esta causa desde el día ocho de enero al seis de abril de mil novecientos ochenta y dos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de falsedad en documento privado del artículo 306 en relación con el artículo 302-4º del Código Penal del que conceptuó autor al procesado S. G. F. sin la concurrencia de circunstancias modificativas por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor, accesorias del artículo 47 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 declarados como probados son legalmente constitutivos de un delito de falsificación de documentos privados previsto y penado en el artículo 306 en relación con el artículo 302-4º del Código Penal con la pena de prisión menor, al aparecer en la conducta del procesado la típica alteración de la verdad en las participaciones de lotería haciendo constar extremos inexactos, como que tenía depositado el número de cobertura correspondiente en la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros, con el elemento subjetivo característico de este delito el ánimo de causar perjuicio —S.S. 6 de febrero y trece de marzo de 1981— evidenciado por el hecho de la alarmante impresión de papeletas por un montante tan elevado frente a la limitadísima cifra de lotería adquirida, conducta que, de acuerdo con los principios sobre concurso de leyes art. 68 del Código Penal, dejando destipificada la estafa —S.S. 29.10.1982 y 26.9.1983— permite penar solamente el delito indicado anteriormente establecido por el legislador para proteger la verdad que han de tener determinadas relaciones sociales, como es en este caso, la presentación ante la sociedad de unas participaciones en un sorteo referido a una lotería.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente, en concepto de autor el procesado S. G. F. por su participación voluntaria y directa en los hechos —art. 14-1º del Código Penal—.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal por lo que esta Sala, en aplicación del artículo 61-4º del Código Penal, impondrá la pena indicada en el grado mínimo en la extensión que se dirá.

CONSIDERANDO: Que los responsables 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 - 61-4° - 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª-1 42, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado S. G. F., en concepto de autor responsable de un delito de falsificación de documento privado, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de un año de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante la condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

74

74. ROBO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS, con resultado de lesiones. Consumación. Concurrencia de la circunstancia modificativa muy cualificada de preterintencionalidad. *Sentencia de 7 de Marzo de 1984.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que L. R. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las tres horas de la madrugada del 15 de Abril de 1982, se paseaba por el denominado "barrio chino" de esta ciudad cuando al ver a J. C. O. pensó apoderarse del dinero que portara y al efecto le golpeó en la cabeza con el tacón del zapato sustrayéndole 15.000.- pesetas del bolsillo. J. C., que sufrió dos intervenciones quirúrgicas una por quedarle una esquirla del zapato en la cabeza y otra por posterior infección, tardó 158 días en curar de las heridas recibidas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo de los artículos 500 y 501-4° del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de ocho años de prisión mayor, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, negó la participación del acusado en los hechos y solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados integran legalmente la figura delictiva de robo con violencia en las personas, previsto y sancionado a través de los artículos 500 y 501-4° del Código Penal, figura que se consumó mediante el apoderamien-

to de dinero ajeno conseguido merced a la fuerza física empleada sobre la víctima que, a consecuencia de ello, sufrió lesiones que tardaron más de 90 días en curar.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado, reconocido por el perjudicado en forma rotunda y categórica tanto en el acto de su detención como en las sesiones del juicio oral.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante muy calificada de preterintencionalidad (4º del art. 9º), pues constituyendo ésta un "plus" en el resultado o una desproporción entre lo querido y lo acontecido, queda patente en los autos si se compara la acción —un simple golpe dado con un zapato de tacón— y su consecuencia —dos intervenciones quirúrgicas— más atribuibles a imprevisibles acaecimientos posteriores, laterales a la voluntad del autor (párrafo 2º del art. 1º del Código).

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

VISTAS Las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61 regla 5ª-101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª-142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado L. R. R., en concepto de autor responsable de un delito de robo con violencia en las personas con resultado de lesiones que tardaron ciento cincuenta y ocho días en sanar, con la concurrencia de la circunstancia modificativa muy calificada de preterintencionalidad, a la pena de tres años de prisión menor con las accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por el mismo tiempo y pago de costas, reservando al perjudicado las acciones civiles de resarcimiento al no haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado, con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

105

105. IMPRUDENCIA TEMERARIA, con resultado de muerte. *Sentencia de 5 de Abril de 1984.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente: que el procesado J. F. G., de 43 años de edad, trabajador manual, de complexión robusta y alcohólico habitual, el día 24 de Diciembre de 1983, sobre las ocho horas de la mañana, salió del establecimiento de beneficencia donde pernoctaba e inició un recorrido por diferentes bares y en tres de ellos tomó varias cervezas y una o dos copas de cazalla y en estado de embriaguez que no afectaba a sus facultades intelectuales o volitivas, sobre las trece horas, encontrándose en la calle de San J. de esta Ciudad, se cruzó con J. G. C., de 36 años que también iba bebido y sin motivo conocido se enzarzaron en discusión y breve pelea y al verse cogido

por la pechera el procesado dió sin el menor cuidado y con toda su fuerza un empujón a su contrincante que debido a su estado de embriaguez, dió, tambaleándose, un traspies cayendo de espaldas sobre el pavimento de piedra, contra el que golpeó su cabeza, fracturándose el occipital con intensa hemorragia que determinó su muerte a las pocas horas; el procesado se alejó del lugar y se dirigió a uno de los bares que había visitado aquella mañana y le dijo al dueño "me parece que he matado a un hombre - voy a mirar lo que ha pasado", regresando a continuación al lugar del suceso.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del art. 565-1º que de mediar malicia sería un delito de homicidio del artículo 407, del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. F. F., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de tres años de prisión menor, accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 3.000.000.- de pesetas al perjudicado herederos de J. G. C., y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó según su versión de los hechos, la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del art. 565-1º que de mediar malicia sería delito consumado de homicidio del art. 407 del Código Penal, puesto que, afirmada la imputabilidad del procesado, pese a la ingestión de bebidas alcohólicas en dosis, que cualquier persona no acostumbrada a ello, hubiera sufrido una perturbación psíquica de mayor o menor entidad con reducción o privación de sus facultades mentales, su condición de alcohólico crónico hace que no rebasando determinados límites actúe en coordinación su mente y acción con representación de si obra o no con arreglo a sentido, y es revelador en el presente caso, el perfecto recuerdo que tuvo y consciencia de lo acontecido con todos los detalles referentes a los antecedentes del suceso, relativos a su encuentro con el que resultó víctima, que iba embriagado, que no había resentimientos, ni enemistad, y que la dinámica en su desarrollo, no hubo más que un solo empujón (o puñetazo, según un testigo) y su posterior visita a un bar donde admite haber podido matar a un hombre, excluido con ello la tesis defensiva de la imputabilidad, procede atender a su culpabilidad y de inmediato rechazar propósitos que evidentemente no tuvo el acusado cual es el de matar o lesionar siquiera a su víctima que se infieren de la casualidad del encuentro, la inexistencia de móviles para enzarzarse en discusión y físicamente, quedando como expresión de una conducta reprobable y con contenido penal la reacción física desmesurada con un golpe o empujón, acción que ejercida contra una persona que no se encontraba en condiciones de causarle un mal, revela imprevisión frente a lo que podía ocurrir y faltamente ocurrió, por lo que procede su condena conforme al precepto invocado por la acusación pública, ya que como se ha visto no se dá "un versari in re illicita" que habría exigido otra calificación.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. F. F.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar en el hecho circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el procesado atendida la fecha y pena impuesta en las ejecutorias.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. F. F., en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia temeraria, que, de mediar malicia

sería constitutivo de homicidio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de dieciocho meses de prisión menor, a las accesorias de suspensión de cargo público, profesión u oficio durante la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los herederos de J. G. C., la suma de tres millones de pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

129

129. TENENCIA ILICITA DE ARMAS DE FUEGO: delito formal. Error vencible. *Sentencia de 13 de Abril de 1984.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que el procesado P. K., mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad italiana y residente de forma alternativa en Italia y España, si bien con residencia permanente en Ibiza, desde el año 1981, adquirió el día 16 de Febrero de 1976, en un comercio de la ciudad de Roma, una pistola marca Beretta, modelo 90, calibre 7'65, de fabricación italiana, estando provisto para ello de un permiso de adquisición expedido por la Comisaría General de Policía de Roma, el día 23 de Enero de 1976. Con ocasión de un viaje efectuado en 1980, el procesado trajo a su domicilio de Ibiza la mencionada arma, un cargador con 6 cartuchos y otros 16 cartuchos, todos ellos del calibre antes señalado, así como también otros accesorios de la pistola y dos fichas técnicas de la misma, objetos todos ellos que el procesado mantiene siempre en su domicilio, sin hacer uso de los mismos sin interesar de las autoridades españolas la obtención de las correspondientes guía de pertenencia ni licencia para uso del arma, por no creerlo necesario. Sobre las 17 horas del día 16 de Junio de 1982, la policía efectúa un registro en el domicilio del procesado, sito en Ca'n P., San José (Ibiza), al que éste accede voluntariamente, encontrando la mencionada pistola, en perfecto estado de funcionamiento, así como su munición y demás objetos afines, antes citados.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas de los artículos 254, 255-2º y 256 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado P. K. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite, solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado por no ser los hechos constitutivos de delito, o no ser éstos imputables al procesado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas previsto y penado en el art. 254 del Código Penal, delito que tradicionalmente ha sido encuadrado dentro de los denominados delitos

de naturaleza formal, de tenencia, de riesgo, que no se consuman mediante la realización de un resultado material, y que indudablemente comportan la casi automática consideración de su objetividad, inclinación que ha sido corregida por el T.S. al mantener la tesis de que, precisamente por ser un delito formal, debe rechazarse la comisión del mismo como especie culposa, y que, por el contrario siempre es de naturaleza dolosa, presupuesto que ha llevado en ocasiones en que la estructura fáctica así lo ha permitido, a admitir que la presencia de una racional aunque errónea creencia en el sujeto sobre la no ilegalidad de su conducta, destruye el aditamento de malicia esencial en toda figura dolosa. Este planteamiento que en definitiva aplica la teoría del error de hecho o de derecho en este tipo de delito, tiene un encaje más directo en nuestro Código Penal, después de la reforma urgente y parcial del mismo llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, al formalizar de manera indiscutible el principio de culpabilidad, en el art. 1 de dicho Código, consagración que lleva consigo la regulación de la figura del error, recogida en el art. 6 bis A), en sus especies de error de hecho y de derecho, vencible e invencible. Evidentemente en el supuesto enjuiciado, se pretende según la tesis de la defensa, obtener la absolución del procesado mediante la tesis de que ésta ha actuado bajo el pleno error de derecho, consistente en la creencia o convicción de que la posesión de un arma de fuego en España no necesitaba estar controlada por ningún requisito administrativo, referido al control del arma, a través de su guía, o al control de su titular a través de la licencia para el uso de las mismas. Efectivamente es de convenir que el procesado cumplió en su país de origen, Italia, los requisitos que en su ordenamiento jurídico se articulan para la adquisición de la pistola y también debe concederse que, erróneamente, supuso que dicho cumplimiento podía ser suficiente para mantener esta posesión en España; sin embargo debe concluirse que el mismo precepto o mandato que obligó al procesado a solicitar y obtener la autorización de la Comisaría General de Policía de Roma para comprar la pistola, existía en España de manera que por un normal juicio lógico y racional susceptible de ser elaborado por el procesado, éste pudo y debió vencer su errónea suposición mediante, por ejemplo, la formulación de la correspondiente consulta con la policía española, por lo que se está en el caso de estimar, que los hechos probados son constitutivos del delito del art. 254, pero que la responsabilidad que se deriva de esta infracción está disminuida por la concurrencia de un supuesto de error de derecho, vencible, de acuerdo con el último inciso del párrafo último del art. 6 b A) del Código Penal, que lleva como consecuencia la disminución de la pena prevista en el art. 66.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran también el subtipo agravado previsto en el 2º del artículo 255 del Código Penal, pues concuerdan los dos datos objetivos de ser el arma de origen y fabricación extranjeros y haber sido introducida de forma ilegal o clandestina en España, supuesto que también se entiende teñido del defecto de conocimiento, o error de derecho vencible, contemplado en el anterior considerando, por concurrir las mismas circunstancias, debiendo entenderse, de acuerdo con la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal que dada la falta de antecedentes del procesado y la no utilización del arma por parte del mismo, y su no peligrosidad social, procede aplicar la disminución de pena prevista en el art. 256 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado P. K., por haber ejecutado directa e inmediatamente los hechos que se le imputan en las prevenciones contenidas en los anteriores considerandos.

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

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado P. K. en concepto

de autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de treinta mil pesetas de multa (30.000.-), con arresto sustitutorio de 30 días en caso de impago, y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró a dicho encartado insolvente, con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Procedase al comiso del arma, dándole el destino legal. (Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez).

92

92. USO PUBLICO DE NOMBRE SUPUESTO. Delito permanente. No cabe la prescripción prevista en el Art. 113. *Sentencia de 26 de Marzo de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: Probadó y así se declara expresamente que la procesada D. C. M., mayor de edad, sin antecedentes penales, ha venido utilizando en organismos públicos y en las relaciones con los demás, indistintamente, su propio nombre y el de M. de la E. J. C., figurando, concretamente, este último con fecha veinte de junio de mil novecientos ochenta en comparecencia efectuada ante la Comisaría de Casteldefells por ella misma en la que denuncia a su esposo por lesiones, agregando que ha venido usando "hasta ahora" indistintamente ambos nombres.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de uso público de nombre supuesto del artículo 322 del Código Penal; del que conceptuó autor a la procesada D. C. M. sin la concurrencia de circunstancias por lo que solicitó contra aquella las penas de un mes y un día de arresto mayor y multa de treinta mil pesetas con arresto sustitutorio de treinta días, caso de impago, accesorias del artículo 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de su defendida por estimar que no había cometido delito alguno y que, además, en su caso, estaría prescrito.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito previsto y sancionado en el art. 322 del Código Penal con las penas de arresto mayor y multa porque la procesada al comparecer ante la Comisaría de Policía y, anteriormente, ante el Juzgado para contraer nuevo matrimonio y en su vida de relación usó un nombre y apellidos que no le correspondían, actitud que desplegó con la continuidad básica para la configuración del tipo delictivo que exige la asiduidad que los hechos acreditados reflejan y en los que el ataque a la seguridad jurídica exigible en toda comunidad organizada aparece con la consciente mendacidad y que el legislador, al definir tal delito, trata de combatir elevándolo al rango de delito permanente, precisamente, por la persistencia antijurídica en delito ya inicialmente consumado y cuya prescripción no puede acogerse, contra lo propugnado por la defensa ya que, como resulta probado, por propia

manifestación de la procesada y por el atestado policial de Casteldefells su reciente uso impide que se beneficie de dicha causa de extinción de responsabilidad al fijarse por el art. 113 del Código Penal cinco años como tiempo exigible para la prescripción de delitos con penalidad como la de éste.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autora la procesada D. C. M. por su participación voluntaria y directa en los hechos —art. 14-1º del Código Penal—.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal por lo que ha de aplicarse el art. 61-4ª del propio texto legal que permite imponer la pena en el grado mínimo o medio.

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, 61-4ª, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a la procesada D. C. M. en concepto de autora responsable de un delito de uso público de nombre supuesto, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a una pena de un mes y un día de arresto mayor y a una pena de multa de veinte mil pesetas con arresto sustitutorio de veinte días, caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante (dich) digo, la condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Remítase la pieza de responsabilidad civil al Instructor para su terminación con arreglo a derecho. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 30.
Niños, 109.
- Abusos deshonestos, 37.
- Alzamiento de bienes, 102.
- Apropiación indebida, 6, 49, 71, 72.
- Atentado a agente de la Autoridad, 57, 76, 90, 126.
- Cheque en descubierto, 79, 85.
- Desacato, 91.
- Detención ilegal, 33, 65.
- Encubrimiento, 82.
- Escándalo público, 116.
- Estafa, 16, 39, 60, 62, 99, 110, 131.
- Evasión de presos, 23.
- Falsificación
De documento de identidad, 128.
De documento mercantil, 21, 35, 54, 86.
De privado, 63.
- Homicidio, 24.
- Hurto, 4, 17, 61, 67, 75, 133.
- Incendio, 44.
- Imprudencia
Simple, 95.
Temeraria con resultado de muerte, 9, 10, 28, 36, 105.
- Lesiones, 13, 89, 140.
- Malversación de caudales públicos, 27.
- Contra la Propiedad Industrial, 101.
- Receptación, 64, 68, 87.
- Robo
Con fuerza en las cosas, 2, 3, 7, 8, 11, 12, 15, 26, 38, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 59, 78, 81, 83, 93, 94, 98, 103, 106, 111, 112, 115, 117, 119, 120, 125, 134, 141, 142, 143.
Con intimidación, 14, 20, 22, 31, 69, 80, 107, 108, 136, 137.
Con violencia, 1-18, 29, 34, 58, 73, 74, 77, 84, 104, 113, 118, 121.
- Salud pública, 19, 32, 66, 88, 96, 97, 114, 122, 123, 124, 127, 130, 138, 139.
- Tenencia ilícita de armas, 129, 135.
- Uso público de nombre supuesto, 92.
- Utilización ilegítima de vehículo de motor, 5, 25, 47, 100, 132.
- Violación, 70.

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

Facultad de Derecho

- 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.
- 5.- García Fernández, M.,
La formación del derecho del trabajo
Palma de Mallorca 1984.
- 6.- Díaz Lema, J.M.,
Sector energético: Política y Derecho
Palma de Mallorca 1984.
- 7.- Piña Homs, R.,
*Alfonso el Sabio y Ramón Llull
(Su concepción de la justicia y del
orden social)*
Palma de Mallorca 1984



CAJA DE BALEARES
"SA NOSTRA"