

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

9-1984



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

9-1984



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 de Mallorca

Bartolomé Domenge Amer
Titular de Derecho civil
Universidad de Palma de Mallorca

Antoni Font i Ribas
Departament de Dret mercantil
Universitat de Barcelona

Alfredo Gallego Anabitarte
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad autónoma de Madrid

Alejandro Menéndez Moreno
Titular de Derecho financiero y tributario
Universidad de Valladolid

José Manuel Sánchez Domínguez
Inspector de finanzas del Estado

Enrique Sánchez Goyanes
Secretario de Administración local

Sebastián Urbina Tortella
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Palma de Mallorca

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

Eduardo Calderón Susin
Comentario de urgencia al Proyecto de Código penal militar 9

Bartolomé Domenge Amer
La reconciliación en el ámbito matrimonial civil 25

Antoni Font i Ribas
Personalitat jurídica i organització de l'empresa (Assaig d'una proposta de política legislativa) 61

Alfredo Gallego Anabitarte
Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad 105

Sebastián Urbina Tortella
Consideraciones sobre Rawls 133

NOTAS

Alejandro Menéndez Moreno
El poder tributario de las Corporaciones locales 151

José Manuel Sánchez Domínguez
La reserva de Ley en materia tributaria y las modificaciones de los impuestos en las Leyes de presupuestos 173

Enrique Sánchez Goyanes
Notas sobre el régimen urbanístico del principio constitucional de protección del paisaje 181

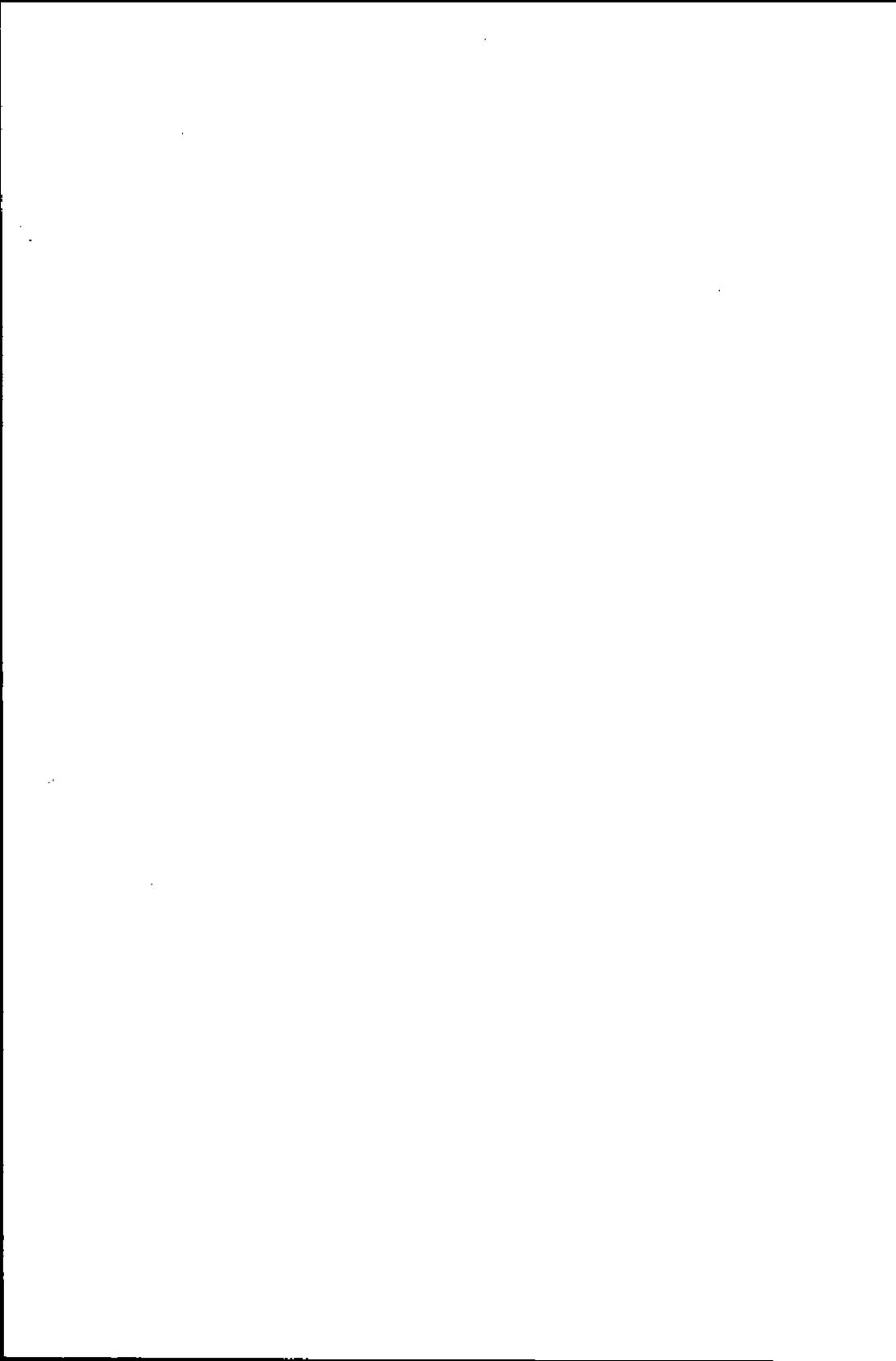
BIBLIOGRAFIA

Manuel García Fernández, <i>La formación del Derecho del Trabajo</i> (Luis Martínez Rocamora)	191
Rolando Tamayo y Salmorán, <i>La jurisprudencia y la formación del ideal político (Introducción histórica a la Ciencia jurídica)</i> (Gregorio Robles)	193
Isabel Tapia Fernández, <i>Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)</i> (Carlos Gutiérrez)	194
Antonio Mozo Seoane, <i>La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal</i> (Ángel Menéndez)	198
Leyes civiles forales (Redacción)	202

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo Contencioso-administrativo	205
II. Sala de lo Civil	225
III. Salas 1ª y 2ª de lo Criminal	293

ESTUDIOS



COMENTARIO DE URGENCIA AL PROYECTO DE CODIGO PENAL MILITAR

EDUARDO CALDERON SUSIN

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL. III. LO MAS SOBRESALIENTE DEL LIBRO I DEL PROYECTO. IV. SELECTIVA REFERENCIA AL LIBRO II. V. MODIFICACION DEL CODIGO PENAL EN CORRELACION CON EL CODIGO PENAL MILITAR.

1.- En la reunión del día 12 de septiembre de 1984 el Consejo de Ministros, según su Portavoz, aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal Militar, que, dos meses después, el día 12 de noviembre, ha aparecido publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) con el número 123 de la serie de Proyectos correspondientes a la II Legislatura; paralelamente, con el número 124, comienza su andadura otro Proyecto de Ley Orgánica de "modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal Militar".

Será este un comentario apresurado y breve al haberme sido solicitado con premura de tiempo y limitación de espacio, lo que explica, además de por las propias carencias y limitaciones, que pueda parecer superficial en algún momento y que falte siquiera la referencia a otros muchos aspectos de interés suscitados por la lectura del Proyecto; de otra parte, el enfoque se piensa desde una perspectiva fundamentalmente crítica, en el sentido de resaltar posibles defectos, desaciertos y torpezas, pues entiendo que, si alguna utilidad pudiera tener el comentario, esta vendrá por tal camino.

*Este Comentario ha sido elaborado para abrir la Sección de Derecho Penal Militar que periódicamente proyecta la Revista General de Derecho a partir del año 1985.

Desde luego se contienen indudables aciertos, glosados en la extensa exposición de motivos (en adelante E. de M.), según mi criterio en menor medida de la deseable y, desde luego, de la exigible en una tarea, como la abordada en el Proyecto, que pretende, en palabras iniciales de la dicha exposición, "la elaboración de un nuevo Código que refleje debidamente los principios Constitucionales, el de especialidad de la Jurisdicción Militar y los progresos ofrecidos, tanto por la moderna ciencia jurídico penal como por el derecho comparado de familias jurídicas afines".

Se estructura el comentario con unas reflexiones iniciales en torno a la inserción de las normas proyectadas dentro del ordenamiento jurídico, así como de carácter general, para pasar a destacar algún aspecto del libro I y después, más selectivamente todavía, del II dedicado a los "delitos en particular", cerrándose con una escueta referencia al proyecto de "Ley puente" de modificación del Código Penal.

2.- De modo plausible, por lo que supone de avance en el logro de una deseable coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, el texto proyectado se inspira en el principio de especialidad acuñado con acierto en su artículo 5º, a cuya luz se elabora, según palabras de la E. de M., "un Código Penal castrense limitado a consignar aquellos particularismos que le son propios y necesarios" (I, C), aunque más adelante se diga que las leyes penales "militares se consideran especiales, más que por su naturaleza, por las necesidades a que responden" (III, C).

La especialidad que se predica debe querer decir, no algo puramente formal o de aplicación a determinadas personas, sino que la especie que integran las normas punitivas militares lo es en relación al género constituido por las insertas en el Código Penal, de las que aquellas tan sólo pueden separarse cuando lo exige la protección de los bienes que dan lugar a su existencia; lógico corolario instrumental de la especialidad es que la ley militar se limita, o debe limitarse, a consignar los particularismos especificantes, remitiéndose para todo lo demás al Código Penal (ley común).

En este orden de ideas es axiomático que debe tenerse clara la referencia de cuál es el derecho común, o dicho en otras palabras qué Código Penal es el aludido en el mencionado artículo 5º del Proyecto; se dirá que se trata del vigente Código Penal, pero una simple lectura de aquél no permite tal conclusión, pues ya los primeros artículos muestran un cierto paralelismo con los que se iniciaba el pericido Proyecto de Código Penal de 1980 (confrontar sus seis primeros artículos con los cuatro

iniciales del texto comentado); y ya desde este indicio es fácilmente detectable que los redactores del Proyecto del Código Penal Militar se han inspirado bien en el citado Proyecto de 1980, bien en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal elaborado en 1983 por el Ministerio de Justicia, y más en aquél que en éste; ¿cómo si no explicar la rebaja sustancial del máximo de las penas privativas de libertad?, ¿y la incriminación autónoma del encubrimiento en el artículo 89, que parece una copia del 515 del Proyecto de 1980 más que del 423 del Anteproyecto de 1983?, ¿y los artículos 50 y 124 aludiendo tan sólo a la tentativa, con lo que da a entender que engloba tanto a la acabada (la actual frustración) como a la inacabada?, ¿y el extrañamente ubicado artículo 37?, y otros ejemplos, algunos de los cuales surgirán en este Comentario.

Creo que el principio de especialidad comporta tener claro cuál es la ley común aplicable y, aún más, saber el exacto contenido de esta para decidir el de la ley penal militar; en trance de reforma penal en profundidad el comienzo debe ser por la del Código Penal y, sobre su base, continuar por el militar; dicho con palabras vulgares, pero gráficas, no se puede empezar la casa por el tejado.

De entrar en vigor el Proyecto faltará a veces el sustento de la norma de parte general con difíciles o insolubles problemas de interpretación y con la probable, y frecuente, paradoja de imponer unas penas más benignas que las que resultarían de la aplicación del Código Penal vigente, cuando es clásica la mayor severidad de las leyes militares (como botón de muestra compárese los artículos 83, 84, 85, 91-1º y 103 del Proyecto con el 406 del Código Penal).

Además, llama la atención el que se presente de forma aislada la parte penal, pues si bien es aceptable la dispersión del bloque del actual Código de Justicia Militar en cuatro leyes distintas (reguladora de la Justicia Militar, penal, procesal y disciplinaria) y atendibles, aunque no definitivas, son las razones esgrimidas en la E. de M. (I,A), parece aconsejable someter a estudio conjunto toda la materia, lo que, por otra parte, así venía ordenado por las disposiciones finales de la Ley Orgánica 9/1980, de 8 de noviembre (de reforma del Código de Justicia Militar) y en cuyo momento, por cierto, si estaba ya en tramitación un Proyecto de nuevo Código Penal.

Que al menos sean coetáneas tales leyes, es exigencia de elementales planteamientos: la regulación orgánica de la Jurisdicción Militar porque la solución que se adopte en torno a la tecnificación en mayor o menor grado de la misma influirá, a su vez, en la técnica penal; lo competencial

(la imprecisa disposición final 1ª del Proyecto es insuficiente) porque ahorraría repeticiones de tipos con el Código Penal, una vez sabido el exacto contenido de este, evitando ya los problemas crónicos de doble incriminación en determinadas materias, en parte subsistente en el Proyecto (ejemplo, delitos contra la Defensa Nacional y ultraje a la Bandera), e intentando clarificar, en serio y sin circunloquios, "lo estrictamente castrense" a que se refiere el artículo 117.5 de la Constitución; y ya en esta línea, estimo en todo caso como prioritaria la reforma de la Jurisdicción Militar en su aspecto orgánico y procesal, antes que en el penal, para, como dice la disposición final 2ª de la citada Ley Orgánica 9/1980, reflejar en ella debidamente "los principios jurídicos del orden constitucional nacional", pues los más graves problemas surgen derivados de los tratados I y III del vigente Código y, hay que decirlo, porque el nudo gordiano no estriba en ser o no cícateros con la competencia de la Jurisdicción sino, aceptando su existencia (de cuestionarse esta el camino es otro), en tratar de racionalizarla, ahondar en las razones de la posible desconfianza o recelo para con ella, pergeñarla, para desvanecer estas, de acuerdo con la Constitución, tener en cuenta su razón de ser, indagándola previamente en su caso.

La gestación simultánea de lo penal y lo disciplinario la da a entender la propia E. de M. cuando, al explicar la no inclusión en el Proyecto de faltas, señala que "van a parar a un nuevo y cuidado derecho disciplinario castrense" (i, B) y, ya al final, dejando constancia "de que se han confrontado cuidadosamente los límites entre lo penal y lo disciplinario..." (V, parf. 2º); lo cierto es que, aunque a principios de diciembre el Gobierno aprobó el Proyecto correspondiente y que la idea es de una conjunta entrada en vigor, la discusión parlamentaria va a ir por separado, cuando lo disciplinario es la primera barrera de protección de los bienes jurídicos a tutelar en la esfera militar, con su lógica continuidad en lo penal; además, y fundamentalmente, es precisa una interpretación conjunto-sistemática, pues, a pesar de lo dicho en el artículo 6º del Proyecto, son constantes las remisiones a lo disciplinario, de modo expreso (vrg. artículos 26, 91 y 115) o implícito (tal y como viene redactado el delito de desobediencia en el artículo 101 con el complemento del 157 ¿es penal toda desobediencia, aún la más nimia?; las expresiones "valor de ínfima cuantía" o la de que el hecho "revistiere escasa entidad" de los artículos 180, 185 y 186 relegan conductas al ámbito disciplinario); y así otras muchas zonas limítrofes que hay que establecer en dicha interpretación conjunta, máxime cuando las actuales faltas del Código de Justicia Militar desaparecen como tales.

Dentro de las observaciones de carácter general una rápida alusión

a la técnica del epigrafiado de los artículos y a la disposición final primera.

Sin entrar en la constatación concreta de la numerosas erratas y otras cuestiones de estilo (vrg. el empleo del presente de indicativo en el artículo 84 cuando se utiliza en los demás el subjuntivo, la excepcional numeración de los párrafos en el artículo 114...), si quiero mostrar mi extrañeza por los epígrafes que encabezan todos y cada unos de los artículos, etiquetándolos a modo de rótulo, extrañeza motivada por ser técnica, que aunque va introduciéndose en algunas áreas de nuestro ordenamiento jurídico, no ha sido utilizada hasta la fecha en la legislación penal, y creo que con razón pues, inserto como texto de la ley, integran un elemento para la obtención del bien jurídico protegido, con lo que en ocasiones puede enturbiar su búsqueda o llevar a interpretaciones nada acordes con la "voluntas legis", máxime cuando faltando tradición al respecto es dificultoso etiquetar algunos artículos; en este sentido, da la impresión de precipitadas e imprecisas, cuando no confusas, rotulaciones (vrg. artículos 21, 38, 47, 53, 64, 66, 79, 86, 110, 111 y un largo etc.) cortándose, en otras ocasiones, el curso gramatical del artículo (vrg. 22, 75). No convence la explicación de la E.M. (I,D).

La disposición final derogatoria es oscura en su formulación y discutible en cuanto a la idea que parece anidar en ella.

Oscura porque el inciso "en cuanto se refiere a las mismas" ¿excluye lo disciplinario o gubernativo?, porque es vaga la alusión a las disposiciones que se opongan a lo establecido en la Ley Orgánica (¿tan difícil era en esta materia especificar, respetando así el cardinal principio de seguridad?) y porque lo anterior, unido a la conservación del "por razón del delito" como exclusivo criterio competencial, deja en la duda si las infracciones del artículo 194 continúan bajo la competencia de la Jurisdicción Militar, pues de una parte, a tales efectos, están incluidas en el artículo 6º del Código de Justicia Militar y de otra en su Tratado II; ¿se opone ello "a lo establecido en esta Ley Orgánica"?

Discutible la idea del drástico recorte en la competencia ya que determinados comportamientos, amén de los expresados en el mencionado artículo 194, afectan de modo palmario a la disciplina y eficacia substanciales a los Ejércitos, como pueden ser, a título de ejemplo, determinados tráficos de drogas y las imprudencias con armas. Ya he apuntado que el derrotero, a mi entender, para salvar recelos que pudieran existir contra la Justicia Militar, no es el vaciar su competencia, o restringirla al máximo, sino llevar a ella todas las garantías constitucionales.

3.- Dividido el Proyecto en dos libros, el primero se dedica a "disposiciones generales", abriéndose con una serie de principios y de definiciones.

De entre los principios, los cuatro primeros artículos, así como el 6º, sobran; todos ellos por innecesarios, y aquellos en particular pues, ya dicho el posible origen de los mismos, su lugar propio es otro, nunca en una ley especial, por no tratarse en modo alguno de especificaciones y por el peligro de pecar, en su caso, por exceso o por defecto; además contienen algún que otro concepto discutible, cual puede ser el de la culpabilidad, que no es pacífico en la doctrina y que se contraría claramente en el Proyecto (vrg. artículos 22 y 23), y el de los Bandos, que, repetidos en el artículo 21, serían de más que dudosa constitucionalidad. Los Bandos que permite la Constitución (de la que no es atrevido señalar que rehuye la situación de guerra) ya están regulados en la Ley Orgánica 4/1981; así las cosas, parecería más de recibo acuñar un nuevo delito de desobediencia a las prohibiciones y los mandatos contenidos en los Bandos militares, estableciendo, a efectos de pena, unos márgenes amplios y como tipo agravado las posibles consecuencias graves de tal desobediencia.

Las definiciones desarrolladas en los artículos 8 a 20, que podrían agruparse en un sólo ordinal, son abundantes, pormenorizadas y, aunque discutible el contenido de alguna de ellas, resultan en términos generales precisas y dignas de elogio por lo que supone de elevar el listón de seguridad jurídica.

La expresa conceptualización del delito es innecesaria, no convenciendo los endeble argumentos de la E. de M. (III, D); en cuanto al párrafo 3º del artículo 21, demostrativo también de que quienes lo han confeccionado se han inspirado en el Proyecto de 1980 y en el Anteproyecto de 1983, también sobra pues basta a tal idea (la excepcional y en "numerus clausus" incriminación de la imprudencia) el resto del articulado; desde luego devendrá completamente superfluo cuando la "definitiva reforma penal" cristalice.

Los temas clásicos del derecho penal militar afloran en los artículos 22 y 23:

a).- El miedo obtiene un tratamiento menos severo que en la formulación vigente, en cuanto se recorta el ámbito de inaplicación; se refuerza la misma idea de mayor exigibilidad para el militar con el establecimiento de los delitos recogidos en los artículos 106 a 109, pero, quedan-

do la duda de si cabe apreciar el miedo como atenuante, la formulación sigue siendo demasiado tajante (¿está justificada la restricción para todas las situaciones y delitos militares?).

b).- En sede de obediencia, con el añadido del epígrafe perturbador, se repite la proposición en vigor desde 1980, con una explicación contradictoria, confusa y excediendo el tenor literal del artículo 22,2, ofrecida por la E. de M. (III, E, prs. 4 y 5º).

Desde luego la regla que se mantiene es repetitiva (sobra en puridad la referencia a las leyes y usos de la guerra y a la Constitución), plantea problemas no pacíficos de interpretación (¿qué abarca el adverbio “manifiestamente”?), contradice la probable razón de ser, si es que existe, del tratamiento especificante, que no sería otra que, al revés de lo que ocurre en el miedo, bajar los niveles de exigencia del deber de respeto a la norma en los militares, por sublimarse en su esfera la subordinación, en aras a la eficacia (servida por la insoslayable y rigurosa disciplina) de las importantes misiones asignadas a los Ejércitos.

Y en último extremo ¿qué se añade?. Como se ha puesto últimamente de relieve, con las eximentes de cumplimiento del deber y estado de necesidad así como con la regulación correcta del error sobre la prohibición, huelga reconocer efectos de exclusión de responsabilidad criminal a la obediencia; de particularizarse en este punto algo para el orden castrense lo lógico sería en sentido contrario al del Proyecto y más aún para el caso de guerra; y finalmente ¿por qué no se dice nada en el delito de desobediencia del artículo 101?

c).- Sobre la desaparición de la atenuante de no haberse leído las leyes penales militares ya me manifesté rotundamente contrario hace años (en el número 39 de la Revista Española de Derecho Militar), pero el sustituto ideado en el artículo 23-1ª (la atenuante de breve estancia en filas), traído de la legislación italiana y concebido de manera objetiva, da pábulo a pensar que se ignora la ya vigente, y por cierto muy perfectible, regulación del error en el artículo 6 bis a) del Código Penal; la superposición de ambas disposiciones es incoherente.

d).- Aunque preferible a la lacónica frase que cierra el artículo 186 del todavía con vida Código de Justicia Militar (aunque si bien se mira amplía por otra parte la restricción al extenderla a “otras intoxicaciones análogas”), es hoy de difícil defensa el no reconocer efectos atenuatorios a la embriaguez (u otras intoxicaciones análogas) si supone una disminución de la imputabilidad; no hay ni argumentos lógicos, ni históri-

cos, ni siquiera la minuciosa E. de M. apunta defensa alguna (III, F, par. 3º), más bien al contrario alude de pasada a la posible inimputabilidad (III, E, par. 2º). ¿Es pura inercia la que mantiene la regla? No cabe ni hablar de tradición porque las Ordenanzas de la Armada en el Siglo XVIII y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 (artículo 13,6ª) reconocían los efectos atenuatorios de la embriaguez, incluso en el Código Penal para el Ejército de 1884 se los otorgaba en algún caso (artículo 9,2º); la línea que llega hasta el Proyecto comentado tiene su origen en las Ordenanzas para el Ejército de Tierra de Carlos III (1768), donde la embriaguez se consideraba incluso agravante; pero es lo cierto que, aún en el Ejército, se había ido limando progresivamente aquel rigor.

El fundamento más comúnmente aludido para mantener que la embriaguez no puede ser motivo de atenuación es el de que se trata de una infracción autónoma; pero ello supone una inspiración versarista y volviéndolo (el argumento) por pasiva se llega a la solución contraria: a la prohibición de colocarse en estado de intoxicación perturbador de las facultades psíquicas basta con la incriminación del hecho de intoxicarse, y ahí si es correcto el Proyecto en el artículo 147, que, sin duda, se completará en vía disciplinaria, espero que con simplificación respecto de las fórmulas hoy día vigentes.

Una pregunta que, tangente al tema, me hago en voz alta ¿por qué nuestros legisladores, en tren de reforma del Código Penal, no consideraran la posibilidad de incluir en nuestro ordenamiento un precepto similar al del artículo 263 del Código Penal suizo, 323 a del alemán ó 267 de la Ley Penal austríaca, elevando a la categoría de delito el cometer un tipo de injusto en estado de completa embriaguez?

A las penas se circunscribe el título III, que, a pesar de sus diecinueve artículos, supone una notable reducción comparándolo con la misma materia del Código vigente; para ello se ha operado con criterios de rudimentaria sencillez; una vez más creo que, esperando el elenco y la mecánica de las penas que ofrezca el nuevo Código Penal, se hubiera actuado con más rigor.

La pena privativa de libertad sigue siendo el eje del repertorio de sanciones partiendo del mínimo de tres meses y un día hasta llegar al máximo, como norma general, de veinticinco años.

El tope de tres meses y un día indica que hasta ahí llegará el arresto disciplinario ¿por qué sino el día?; ello lo estimo excesivo pues configura un derecho disciplinario fuerte, que no tiene paragón con ningún or-

denamiento de los cercanos al nuestro.

Si parece irrenunciable en el campo militar mantener las sanciones privativas de libertad de corta duración, a pesar de su justificado descrédito y de su consiguiente progresivo destierro de las leyes penales, no ocurre lo mismo en lo tocante a las penas largas, respecto de las que se está abriendo paso la regla de una duración máxima de veinte años, basándose, además de en razones humanitarias, tanto en la idea de que a partir de los quince años se suele producir una destrucción de la psique del sujeto como en la beccariana de la infalibilidad de las penas (cabiendo sólo la libertad condicional, sin perjuicio de regímenes penitenciarios más o menos flexibles). En estas coordenadas se quiere mover, tímidamente, el Proyecto, pero se queda a medio camino ¿por qué los veinticinco años y no los veinte? ¿en base a qué la posibilidad de los treinta? Sólo una unidireccional perspectiva de prevención general exacerbada lo explica; desde luego no es la expresada en la E. de M. (II, C: “la nota de severidad tradicionalmente atribuida a las leyes penales militares, no está tanto en la cuantía de las penas como en la incriminación especial y aún rigurosa de actos que, desde una óptica común, pueden parecer no muy trascendentales”).

La misma explicación, de excesivo culto a la prevención general (y no es que se me olvide que la atención especial a la misma es nota caracterizadora del derecho penal militar), se vislumbra en el artículo 42 que, “a sensu contrario”, veta la posibilidad de condena condicional a los militares en los delitos del Proyecto; otra razón de la rotunda imposibilidad de acceder a tales beneficios podrá estribar en una desconfianza hacia el juzgador, pero el amplio arbitrio que, en otros aspectos, se le concede, la descartaría.

¿Por qué no permitir la condena condicional excepcionalmente, cuando la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sea mínima, cuando la aplicación de la Ley resulta en extremo rigurosa en un caso concreto?; y, si se establece en la ley común la suspensión del fallo o algo parecido, ¿será de aplicación en el ámbito que nos ocupa?

El indicado amplio arbitrio se desprende básicamente del artículo 34 y sus concordantes, que, sin entrar en detalle, configuran aquel al modo del vigente 192 del Código de Justicia Militar, con distintas y mejores maneras, y sin sujeción a las reglas, todavía acorsetadoras, del Código Penal; esta no sujeción, aunque innecesaria en el juego de la estricta dialéctica ley común —ley especial, me parece correcta. A destacar el párrafo que cierra el dicho artículo 34, cuya regla estimo aplicable a los

supuestos de los artículos 35 y 36, sobre todo para el caso de que no se imponga la pena inferior en grado, a fin de propiciar el recurso de casación, como aclara la E. de M. (II, C in fine).

El artículo 38 ¿sobreentiende que son aplicables "in integrum" las reglas del artículo 70 del Código Penal? o, al referirse a los treinta años, ¿se está pensando en el 87 del Proyecto de 1980 ó en el 71 del Anteproyecto de 1983?

La referencia al Tribunal que haya entendido de la Causa contenida en el artículo 45 es demostrativa de que lo orgánico debe prevalecer o ser simultáneo a la reforma penal, así como el 46 lo es de que se ha tenido como modelo de derecho común el Proyecto de 1980 (artículo 118,1º) o al Anteproyecto de 1983 (artículo 125,1º) ¿por qué es responsabilidad civil subsidiaria y no directa? ¿hay coordinación con la legislación y doctrina administrativas, si se parte del artículo 106.2 de la Constitución?

4.- Sobre el Libro II, rubricado "De los delitos en particular", que merecería unas largas acotaciones críticas, el comentario, por los apremios de espacio y de tiempo, cursa no ya sólo de síntesis y muy selectivamente, sino quedando en el tintero la mayor parte de las ideas que su simple lectura me ha sugerido.

La primera impresión del conjunto es la de su complicada o compleja utilización, de que la difícil cualidad de la sencillez falta en muchas ocasiones, lo que va en perjuicio de la claridad de la norma y conlleva el riesgo de que no surta los buscados efectos de protección al bien jurídico de que se trate.

Así, los problemas de concurso de delitos y aparente de normas, internos y también con las demás leyes penales y la futura ley disciplinaria, son constantes y a veces complicados (vrg. confrontar artículos 105 y 137, 129 y siguientes, 106 y 153, en los delitos contra los deberes del mando y los relativos a la navegación, los contra la Hacienda y un extenso etc.); también la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco (vrg. artículos 156,4º y 159,4º) y de términos de significación difusa (vrg. artículo 105), o de conceptos indeterminados (vrg. los actos preparatorios del artículo 64)...

A la deseable coherencia nada ayuda tampoco el que se ofrezca un tratamiento desigual de los temas, ya que junto a los concienzudamente elaborados, hay otros en los que se ha copiado lo existente, aunque cupiera mejora (vrg. en materia de insubordinación) o debiera haberse lle-

vado a cabo una elemental coonestación con el resto del trabajo (vrg. en el tratamiento de la imprudencia pues, mientras la tónica general es emplear dicho término, y no distinguir categorías de gravedad, no obstante en aislados preceptos se sirve el Proyecto de las locuciones "negligencia", "impericia", "temeraria"; cfr. artículos 55, 61, 154, 157, 158 y 166; también a veces se destaca sólo por razones de estilo el dolo y se incrimina la forma culposa; cfr. artículos 58 con 61 y 164 con 166).

Uno de los aspectos menos afortunados del Proyecto es el relativo a aquellos delitos que se configuran en base a resultado de muerte o de lesiones, todos ellos pluriofensivos pues, junto al bien jurídico estrictamente militar en virtud de cuya tutela figuran en la Ley marcial, se tiene en cuenta los de la vida y la integridad física; me estoy refiriendo a los siguientes preceptos: artículos 67 y 84 (delitos contra las leyes y usos de la guerra), 83 y 84 (delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar), 85 (atentado a Autoridad Militar), 97 y 98 (maltrato de obra a superior) y 103 (maltrato de obra a inferior).

Llama ya de entrada la atención que, diferenciándose tan sólo por el sujeto pasivo o la situación y, sobre la abrazadera del maltrato de obra, ya discutible de por sí (¿por qué no precisar más los verbos, por ejemplo en la línea del artículo 231-2º del Código Penal?), las fórmulas divergen la mayoría de las veces sin razón alguna, e incluso se introducen términos perturbadores de una recta interpretación (vrg. el adverbio intencionadamente del artículo 74) o se omite el que lógicamente pudiera ser el tipo básico (vrg. en el artículo 85 queda impune el maltrato sin resultado lesivo).

La técnica que se emplea es la decimonónica (y entro ya en el núcleo de la cuestión): sobre la acción de maltratar de obra se construyen unas agravaciones por el resultado sin más distingos, de modo mecanicista, puramente causal; si concurre dolo en relación al resultado no hay en principio problema, pero ¿si este es imprudente o fortuito? Ya sabemos lo que ocurría en la práctica forense con el homicidio y las lesiones preterintencionales hasta la reciente modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, propiciando, sobre la poca claridad de la reforma, una jurisprudencia diametralmente opuesta.

Pues bien, volvamos al Libro I, cuyo artículo 2 nos excluiría el castigo de lo fortuito, y, más adelante toparemos con el párrafo 3º del artículo 21 y con el artículo 37; si a ello le unimos el párrafo 2º del artículo 1º y la atenuante 4ª del artículo 9, ambos del Código Penal, habremos obtenido unos mimbres con los que construir las más variadas hipótesis.

Preceptos poco claros los de la parte general con los que, además, no es coherente la hilvanación de los de la Parte Especial, por existir disociación, por partir de concepciones distintas.

Si a eso le añadimos que cuando se reforme en su integridad el Código Penal los delitos de lesiones adquirirán de seguro una configuración distinta a la actual, poco se me podrá objetar al calificativo de "menos afortunado" aplicado.

En los delitos, paralelos a los anteriores, en que la acción es desobedecer, resistirse a obedecer, resistirse, amenazar, calumniar, injuriar, ofender, ultrajar, ejecutar actos o demostraciones con tendencia a maltratar, coaccionar, tratar degradantemente (están tomadas de los artículos 83, 84, 86, 90, 99, 100 y 105), se impone una elemental racionalización y una deseable homologación con sus equivalentes del Código Penal.

Por tratarse de un delito que "cubre la mitad del espacio criminológico reflejado en las estadísticas judiciales castrenses" (E. de M. IV, F, C), cual es la desertión, no quiero que sea uno de los muchos temas ni tan siquiera aludidos.

¿Qué destacar? Brevemente: que se siga distinguiendo según el sujeto activo sea Oficial-Suboficial o no lo sea (artículos 118 y 119; ¿respetta el principio de igualdad?; la E. de M. lo explica sólo en base a la tradición y el derecho comparado no abona la distinción, y no me refiero sólo al "nomen iuris" sino sobre todo a la diferencia de plazos); que, manteniendo el vigente sistema objetivo de plazos (y aquí si parece que ha pesado la tradición y no la inercia, prefiriéndose el mayor nivel de seguridad jurídica y la facilidad probatoria que así se brinda), aparezca a modo de quiste el párrafo 2º del artículo 119; que, si esto último comporta un endurecimiento de la ley, la tónica es de mayor benignidad sobre todo al desaparecer, como tales, tanto las circunstancias calificativas como la desertión al extranjero; que es más preciso el vigente 376 que el 121 que se proyecta; que el "facilitase" del pr. 2º del artículo 125 y el "incitare" del 128 no respetan los conceptos asentados en las leyes y en la dogmática (participación, favorecimiento, provocación); que la regulación del encubrimiento del artículo 128 es inútil, repetitivo y fuente de confusiones, dado el tenor del artículo 89); que ninguna objeción permite el trasvase de la regla del artículo 381 vigente al 41 que se propone, y en la forma en que se hace).

5º.- El Proyecto de Ley Orgánica de "modificación del Código Penal en correlación con el Código Penal-Militar" (que es el número 124

de los de la Legislatura en curso) supondrá, según mis cuentas, la vigésima reforma de las que, desde el año 1976, han incidido en el Código Penal (la decimonovena será la relativa a "delitos contra la Hacienda Pública", actualmente también en trámite parlamentario como Proyecto de Ley número 114); e incidirá, una vez más, barrenando la ya de por sí desmochada y vieja estructura, concebida hace más de ciento treinta años, de nuestro Código Penal.

Su razón de ser, expresamente declarada en el inicio de la E. de M., es la de que, desapareciendo de la ley penal militar determinados delitos, "a fin de evitar que se produzca la discriminación (sic) de estas conductas que merecen reproche, y que serán competencia de la jurisdicción ordinaria, es necesario que hasta tanto se apruebe el futuro Código Penal que las recogerá sin duda, se incorporen con carácter transitorio al vigente Código Penal".

Frase transcrita que, amén de ser otro indicio de que el "futuro Código Penal" no lleva visos de ser fruto de esta Legislatura, sugiere que el proyecto tiene como primordial finalidad sustraer a la jurisdicción militar lo que ha venido siendo tradicional competencia suya.

Errado andaré quien me tilde partidario de una justicia castrense extensiva, omnipresente o de fácil y cómoda utilización política; lo que sí pienso es que, de existir, debe dotársela de su lógico contenido, sin ahogamientos y conformándola (como ya he dicho en el punto 2) de modo que su funcionamiento evite todo tipo de suspicacias o desconfianzas, quitando visceralidad a la cuestión, racionalizándola.

La poda progresiva que ha venido experimentando la competencia de los tribunales militares se ha alimentado de unos criterios rectores, válidos como hipótesis de trabajo, pero discutibles en cuanto se toman como principios o dogmas que no admiten fisura.

Uno de ellos es que sólo los militares pueden ser justiciables de aquellos Tribunales, tesis que no tiene directo o expreso aval en la Constitución; lo tendría de haber optado nuestros constituyentes por la postura de la italiana de 1947, cuyo artículo 103, en su párrafo 3º, establece que "los tribunales militares en tiempo de paz tendrán jurisdicción en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas", pero no es descabellado pensar que, al no hacerlo, quisieron evitar tal criterio (y así también los arduos problemas que, en consecuencia, los italianos han debido afrontar), y que además prefirieron respetar nuestra tradición jurídica, por supuesto revisable si media justificación, poniendo,

eso sí, un freno a fáciles y extensivos alargamientos de la competencia. El propio Proyecto de ley militar, no obstante servir a tal restrictiva idea (vrg. construyendo un deslavadado título de "delitos contra la Institución Militar" con los artículos 83 y siguientes), acaba sin embargo manteniendo infracciones cuyo sujeto activo es indiferente sea o no aforado; item más, ¿qué hacer si se siguiera a rajatabla tal criterio con los partícipes no militares?

Otro criterio que se baraja en concurrencia con el anterior es el de que tan sólo sean delitos militares los comportamientos que ofendan intereses de las Fuerzas Armadas (lesión o puesta en peligro de bienes que afecten estrictamente a las mismas); ocurre que ello es pauta segura cuando el interés o valor a tutelar nada tiene que ver con los Ejércitos, pero, a veces es de difícil determinación si es así o no, y hasta qué punto (vrg. la propia E. de M. IV, A en relación a la Defensa Militar y a la Defensa Nacional), y además son frecuentes los supuestos de pluriofensividad, en los que el hallazgo de un subcriterio discernidor de la adscripción a un campo o a otro se presenta como algo arduo, sino imposible, y ahí es donde entran en juego factores de lo más variopinto (tradicción, coyuntura o circunstancia política, conveniencias prácticas, eficacia, utilidad...).

Pues bien, con la modificación del Código Penal propuesta lo que se hace es llevar a este lo que ha sido concebido en sede de ley militar, dando entrada a unos nuevos artículos (122 bis, toda la serie de 135 bis y 235 bis) que, con las variantes ora del sujeto activo ora de la situación (paz o guerra), y otras inexplicables, son casi transcripción de los artículos 48, 50, 53 a 56 pr. 2º, 58, 59 y 83 del proyecto de Código Penal Militar, causando la impresión de un hacer apresurado e inconexo cuanto menos.

Pero dónde la técnica no solo podrá calificarse de desmañada sino de torpe, confirmando la impresión, de que se ha confeccionado con precipitación y demasiadas premuras (circunstancias que pueden explicar tan nula destreza), es respecto del delito de rebelión (en cuya regulación ya medió, con la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, una modificación también muy defectuosa, debida esta sí claramente a la situación y prisas en su concepción y gestación).

La E. de M. afirma que se mejora el artículo 214 pero ¿lo es la redacción proyectada para su número 3º, haciendo reos de rebelión a los que se alzaren para "impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos"? ¿qué hacer con el artículo 218-1º que seguirá diciendo

lo mismo? Desde luego esta concreta novedad ni estaba prevista en el artículo 523 del Proyecto de 1980, ni en el 452 del Anteproyecto de 1983, en los que impedir las elecciones generales configuraba la rebelión, mientras que el resto de elecciones para cargos públicos iban a parar a la sedición. Ha ocurrido que se ha vuelto a transcribir, aquí el artículo 77-3º del Proyecto de Código Penal Militar, donde puede tener explicación el no distinguir entre clases de elecciones, al no tipificarse, nunca se ha hecho, una sedición equivalente a la del Código Penal, pues nada tiene que ver con esta la sedición militar.

La confusión entre sedición y sedición militar (que insisto son tipologías radicalmente distintas) aflora de nuevo en el incomprensible párrafo 1º del artículo 221 que se proyecta ¿por qué sólo la incitación a la sedición militar?, ¿a qué categorías, de entre las elaboradas por la ley penal, es reconducible la "incitación"? y ¿por qué se desincrimina una conducta más grave cual es la contenida en el vigente párrafo 1º?

¿Tiene sentido el tipo agravado de "esgrimir armas" del párrafo 2º del artículo 215? No niego que sea posible alzarse sin tal alarde, aunque de ocurrir así ¿no merecería una atenuación?

Por último, se pretende dejar sin contenido el artículo 226, pero subsistente el desfasado 225 (e inaplicable, por innecesario, sin la vigencia de aquel); a cambio con un nuevo 217 bis a) se establecería una excusa absoluta (párrafo 1º) para quienes ahora no la tienen (los conspiradores), quedando en mera atenuación lo que hoy es excusa (párrafo 2º), pero ambas posibilidades circunscritas tan sólo a la rebelión y vetadas para la sedición: ¿tiene todo esto algún sentido?

La urgencia, en mi comentario, no dá ya más que para expresar mi deseo de que ambos Proyectos se mejoren en un fructífero camino parlamentario.

LA RECONCILIACION EN EL AMBITO MATRIMONIAL CIVIL

BARTOLOME DOMENGE AMER

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. 1. La reforma del Código civil. 2. Causas de extinción de la separación. 3. El Derecho canónico. 4. Normativa civil específica. II. NATURALEZA JURIDICA. 1. Idea general. 2. Acto jurídico. 3. Negocio jurídico. 4. Negocio jurídico bilateral. 5. Negocio jurídico del Derecho de familia. III. ELEMENTOS DE LA RECONCILIACION. 1. Elemento externo. 2. Elemento interno. 3. La comunicación al Juzgado. 4. Inscripción en el Registro Civil. IV. MODALIDADES. 1. Reconciliación total y parcial. 2. Reconciliación expresa y tácita. 3. El momento de la reconciliación. A. Reconciliación con separación de hecho. B. Reconciliación posterior a la adopción de las medidas del artículo 104 del Código civil. C. Reconciliación posterior a la interposición de la demanda de separación. D. Reconciliación con sentencia firme de separación. E. Reconciliación posterior a la interposición de la demanda de divorcio. F. ¿Reconciliación de los divorciados? V. EFECTOS. 1. Consideración previa. 2. Relaciones personales. A. Reanudación de la relación matrimonial. B. Presunción de paternidad del marido. 3. Relaciones patrimoniales. A. Contribución a las cargas del matrimonio y alimentos. B. Régimen económico-matrimonial. C. Pensión compensatoria. D. La facultad de desheredación. 4. Relaciones paterno-filiales. A. Guarda y custodia de los hijos. B. Patria postestad. 5. Otros efectos. A. Interrupción del cómputo del plazo a efectos de divorcio. B. Los hechos que sirvieron de base para la separación reconciliada no pueden utilizarse para una nueva separación. VI. DERECHO TRANSITORIO. 1. En general. 2. La disposición transitoria 2ª de la Ley 30/1981.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. *La reforma del Código civil*

Hay que convenir que la reforma del Código civil de 7 de julio de 1981 ha incidido directamente sobre el tema de la separación matrimonial, variando sus planteamientos estructurales, y dejando la misma de tener una connotación patológica (1) para ser contemplada desde una óptica mucho más normal. Se ha

(1) García Cantero, Gabriel, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, en "Cuadernos del Instituto Jurídico Español", Roma-Madrid, 1959, pág. 295, no dudó en calificar la separación matrimonial como estado patológico, anormalidad, un daño que afecta directamente a los cónyuges y a los hijos, pero indirectamente en la sociedad.

pasado de un sistema de separación basado, exclusivamente, en la culpabilidad de uno de los esposos, o de ambos, esto es, de separación sanción, a un sistema mixto, en el que aún cuando sigue teniendo relevancia la culpa (2) se admite, sin paliativos, la separación por mutuo acuerdo de las partes.

A pesar de esta nueva orientación general se debe seguir considerando que la separación conyugal altera, únicamente, la convivencia entre los esposos, pero no afecta, en absoluto, al propio vínculo matrimonial. La separación significa la ruptura de la relación interpersonal continuando, intangible la unión matrimonial. Sólo los supuestos de disolución del matrimonio tienen eficacia directa sobre el vínculo. En este sentido, es muy expresivo Navarro Valls cuando afirma que la separación se refiere exclusivamente a la disgregación de la vida en común de los esposos, perviviendo el vínculo con la misma fuerza que en todas las formas posibles de normalidad matrimonial (4).

El instituto de la reconciliación, aún cuando su operatividad dependa del mantenimiento del vínculo matrimonial en la situación de separación, y aún cuando su nueva regulación no pueda ser interpretada como una ruptura con la anterior, no se escapa al nuevo planteamiento global que se ha apuntado (5).

2. Causas de extinción de la separación

En general, se concuerda que las causas que dan lugar a la extinción de la separación son la muerte de uno de los cónyuges, el divorcio, la declaración de nulidad del matrimonio (6) y la misma reconciliación que, además, ha sido calificada como la causa típica (7) y principal (8), aunque, en estos momentos, y sobre todo, desde el punto de vista cuantitativo, sea más difícil el seguir manteniendo la reconciliación como la causa básica de extinción de la separación, pues

(2) Causas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª del artículo 82 del Código civil son el ejemplo de ello.

(3) Artículo 81-1º del Código civil.

(4) Navarro Valls, Rafael, *La restauración de la comunidad conyugal en el matrimonio canónico y en el sistema matrimonial español*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Tomo 233, 1972, pág. 462-464.

(5) Puig Ferriol, Luis, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, pág. 483, coincide con este planteamiento, al señalar que pese a la no modificación esencial de su regulación "se inserta en un Derecho de familia totalmente dispar del que tradicionalmente ha regido en nuestro país, por lo cual su interpretación discurrirá muchas veces por otras vías y forzosamente habrá de tratar de resolver una problemática nueva, surgida de las reformas del Código civil de 1981".

(6) En este sentido se pronuncia, entre otros, Díez-Picazo, Luis, *La situación jurídica del matrimonio separado*, en "Revista de Derecho Notarial" núm. 31, 1961, pág. 111-112. También Massip, Jacques, *La réforme du divorce. Commentaire des Lois núms. 75-617 et 75-618 du 11 juillet 1975 et des textes d'application*, Tomo I, Paris 1976, pág. 275, aunque no hace referencia alguna a la extinción de la separación por nulidad del matrimonio.

(7) Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 112.

(8) García Cantero, Gabriel, *La separación de los cónyuges en el matrimonio civil*, en "Revista de Derecho Notarial", núm. 24, 1959, pág. 45.

como no se le escapa al propio García Cantero (9), con frecuencia la situación de ruptura de la convivencia matrimonial se transformará en divorcio, y más en un sistema como el nuestro en el que el dato fundamental para acceder al divorcio lo constituye el previo cese de la convivencia conyugal (10).

3. *El Derecho canónico*

Desde otro ángulo tampoco se puede olvidar que la reconciliación, como institución típica del Derecho de familia, tiene sus raíces en el Derecho canónico, cuyos postulados han de arrojar mucha luz sobre el tema. Esta materia, regulada en los cánones 1.152, 1.153 y 1.155, cuenta con la opinión doctrinal (11) de la imposibilidad de construcción unitaria del concepto de reconciliación o restauración de la convivencia matrimonial (12), cuya naturaleza estaría en función de la clase de separación a que se refiera.

Así, en el caso de separación parcial, entendiendo como tal la que afecta sólo al lecho o mesa, o a ambos conjuntamente, pero conservando ambos esposos idéntico domicilio, siendo dicha separación objeto exclusivo del fuero de la conciencia, Navarro Valls opina que, en puridad, no puede hablarse de restauración de la comunidad conyugal, sino de reconstitución de la misma, ya que en la situación de separación ha pervivido el elemento esencial de la cohabitación, y sólo alguno o algunos de los otros elementos de la *individuae vitae consuetudo* se han visto alterados por la actuación de los esposos o de uno de ellos (13). Dicha reconstitución se basaría en una voluntad concorde de ambos esposos dirigida al restablecimiento de la totalidad de elementos que integran la comunidad conyugal.

Frente a la separación parcial, se habla de una separación total cuando afecta a los tres elementos, mesa, lecho y habitación, y aquí si opera la restauración de la comunidad, pero con distinto signo, según sea la clase de separación.

Dentro de la separación total se admite como clasificación idónea la de Bernárdez Cantón quien, a grandes rasgos, distingue entre la de hecho y de derecho, y como subespecies de ésta la preventiva y la definitiva, con sus vertientes de contenciosa perpetua y temporal (14), y en relación a estas modalidades se trata-

(9) García Cantero, Gabriel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo II, 2ª edición de acuerdo con la Ley de 7 de julio, Madrid, 1982, pág. 287.

(10) De las cinco causas contempladas por el Código civil como fundamentos para el divorcio en el artículo 86, cuatro de ellas tienen como componente esencial el "cese efectivo de la conciencia conyugal".

(11) Los trabajos doctrinales que se referirán son anteriores a la publicación del nuevo Código de Derecho Canónico, si bien hay que reputarles validez actual, dada la práctica coincidencia de la regulación anterior y la presente.

(12) Navarro Valls, Rafael, en *op. cit.*, pág. 35-36.

(13) *Ibid.*, pág. 42-44.

(14) Bernárdez Cantón, A., *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid, 1961, pág. 66-70.

rá del distinto juego de la reconciliación.

a) Separación de hecho. La restauración, en este caso y según la opinión de Navarro Valls, merece la calificación de "acto bilateral, encaminado a devolver al matrimonio su integridad meramente material aún subsistiendo la causa lícita que motivó la *dissociatio*" (15), frente a la consideración de acto unilateral de perdón que, primordialmente, se dará a la reconciliación en otros supuestos.

b) Separación de derecho perpetua. La doctrina canonista parece unánime en reconocer que en este supuesto recogido por el actual párrafo 1 del canon 1.152 (16), el restablecimiento de la comunidad conyugal será un derecho facultativo que se otorga el cónyuge inocente. La reanudación de la convivencia depende de un acto del cónyuge inocente, sin que el adúltero pueda oponer resistencia. La parte no culpable, por tanto, no tiene obligación de restaurar la convivencia, en cambio sí tiene derecho a exigir la convivencia al consorte si prefiere no hacer uso de la facultad de no cohabitar (17).

La reconciliación se produce, pues, en virtud del perdón o condonación del cónyuge inocente y como tal su naturaleza jurídica será la de una manifestación de voluntad unilateral, si bien Navarro Valls cree que, aunque sea por vía excepcional, la restauración en la vida en común por parte de los esposos, en esta clase de separación, podría considerarse como un auténtico negocio bilateral en la hipótesis de que la restauración de la comunidad conyugal tuviera como origen una petición de reanudación de convivencia por parte del cónyuge culpable aceptada por la comparte (18).

Aparte lo anterior y dentro de ese mismo campo de la separación perpetua, hay hipótesis concretas en que la reanudación no obedece a la voluntad de uno o ambos cónyuges, sino que la misma viene impuesta en forma imperativa. Se trataría de los casos de condonación y compensación de adulterios (19) contemplados en los párrafos 1 y 2 del citado canon 1.152.

(15) Navarro Valls, Rafael, *op. cit.*, pág. 44.

(16) Su texto es el siguiente: "Aunque se recomienda encarecidamente que el cónyuge, movido por la caridad cristiana y teniendo presente el bien de la familia, no niegue el perdón a la comparte adúltera ni interrumpa la vida matrimonial, si a pesar de todo no perdonase expresa o tácitamente esa culpa, tiene derecho a romper la convivencia conyugal, a no ser que hubiera consentido en el adulterio, o hubiera sido causa del mismo, o él también hubiera cometido adulterio".

Se ha utilizado la versión castellana de Pedro Lombardia y Juan Ignacio Arrieta, *Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1983.

(17) Del Amo, León, *Restauración de la comunidad conyugal cuando cesa la causa de separación*, en "Revista de Derecho Privado", Tomo 48, 1964, pág. 1.002.

(18) Navarro Valls, Rafael, en *op. cit.*, pág. 44.

(19) Específicamente para este tema Bernardez Cantón, A., en *op. cit.*, pág. 234-296. También del mismo autor, *La compensación de adulterios en las causas canónicas de separación matrimonial*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1961, pág. 321-348.

c) Separación de derecho temporal. También aquí hay una diferencia esencial entre los derechos del cónyuge culpable y del cónyuge inocente. Así, una interpretación del párrafo 2 del canon 1.153 que señala textualmente que "al cesar la causa de la separación, se ha de restablecer siempre la convivencia conyugal, a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa" ha de llevar a considerar que el cónyuge inocente no tiene obligación de restauración de la comunidad mientras dure la causa que lo originó, cuando, por otro lado, sobre el cónyuge culpable pesaría la obligación de reanudar la convivencia conyugal, si así lo pidiese el cónyuge inocente, persistiendo, todavía, la causa que motivó la separación.

También aquí, y aún sea por vía de excepción, Navarro Valls otorga trascendencia al mutuo acuerdo de los esposos en orden al restablecimiento de la vida conyugal, al señalar que podría ser también, un acuerdo de las partes el que tuviera la virtualidad de restablecer la comunidad conyugal subsistiendo aún la causa de la separación (20).

d) Separación de derecho preventiva (21). Se habla de separación preventiva en los casos de una cesación temporal de la convivencia, pendiendo la misma del resultado positivo o negativo de un procedimiento por incoar en un plazo imperativamente breve (22).

Parece claro que, en este supuesto, en el cual todavía no hay una declaración sobre culpabilidad de uno de los cónyuges, difícilmente cuadra a la reconciliación la naturaleza de perdón o decisión unilateral del cónyuge inocente, de ahí que se haya considerado a la decisión del restablecimiento de la vida en común como un auténtico negocio bilateral que hará cesar la preventiva separación de los esposos (23).

De lo anterior, parece que hay que deducir que si bien la reconciliación en los casos de separación definitiva tiene, generalmente, la consideración de acto unilateral de perdón o renuncia, tampoco es ajeno a esta sistema la naturaleza del acto bilateral y que, en casos concretos, tiene especial relevancia el mutuo acuerdo de los cónyuges en orden al restablecimiento de la convivencia conyugal.

4. Normativa civil específica

La normativa específica de la reconciliación en la nueva redacción del Título IV del Libro primero del Código civil presenta algunas innovaciones. Así, aún

(20) Navarro Valls, Rafael, en *op. cit.*, pág. 53.

(21) Separación no prevista por el Código de Derecho Canónico, aunque si tendría cabida en el mismo por vía indirecta, según anota Navarro Valls, Rafael, en *op. cit.*, pág. 58, si bien en referencia a cánones del antiguo CIC.

(22) Lo que se ha venido en llamar en lenguaje del foro "medidas provisionales", contempladas, en la actualidad por los artículos 102 al 106 del Código Civil.

(23) Navarro Valls, Rafael, en *op. cit.*, pág. 58-59 mantiene esta orientación.

cuando se mantiene idéntico texto para el párrafo primero del artículo 84 (24) se modifica el párrafo segundo (25), quedando, en definitiva, con el siguiente texto:

“La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”.

La modificación de este segundo párrafo obedece, sin duda, a la desaparición como causa autónoma de separación del “conato o convivencia del marido o de la mujer, para corromper a los hijos o prostituir a las hijas” (26). En cualquier forma, el espíritu de la normativa anterior de proteger el superior interés de los hijos se mantiene idéntico en ésta, al otorgar al Juez la posibilidad de mantener o, en su caso, modificar las medidas adoptadas con respecto a los hijos, medidas que se concretaron al momento de producirse la separación, siempre que ésta se haya fundamentado en una causa que aconseje el mantenimiento de una protección especial hacia los hijos. A este respecto García Cantero señala que el párrafo segundo del artículo 84 viene a ser una limitación de la autonomía de los cónyuges y una advertencia del legislador al Juez para que considere la conveniencia de prorrogar la subsistencia de las medidas adoptadas en la separación si hay causa bastante para ello, o de modificarlas a tenor del cambio de circunstancias (27).

También, y en referencia a la reconciliación aparece como de nuevo cuño el artículo 88 del Código civil (28) cuyo texto es el siguiente:

“La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cón-

(24) Coincidente con el párrafo primero del antiguo artículo 74 del Código civil.

(25) La redacción originaria rezaba: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, subsistirán, en cuanto a los hijos, los efectos de la sentencia cuando ésta se funde en el conato o la convivencia del marido, o de la mujer, para corromper a los hijos o prostituir a las hijas; caso en el que, si aún los unos y las otras están bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o prostitución”.

(26) De todos modos, en la actualidad, habría que entender incluido este supuesto en la causa de separación 2ª del artículo 82 del Código civil. “Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que conviven en el hogar familiar”.

(27) García Cantero, Gabriel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 291.

(28) Como antecedente, quizás, pueda citarse el artículo 10 de la Ley de Divorcio de 1932: “La reconciliación pone término al juicio de divorcio. Los cónyuges deberán ponerla en conocimiento del Juez que entienda del litigio. Cuando la solicitud de divorcio estuviera fundada en mutuo disenso de los cónyuges, la reconciliación impediría que vuelvan a intentarlo, sin justa causa, hasta después de transcurridos dos años”.

yuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio”.

Esta norma, fundamentalmente, quiere incardinar la reconciliación en el ámbito del divorcio, dejando claro que ésta sólo produce efectos legales mientras pende la resolución definitiva sobre la disolución del matrimonio por divorcio, pero no una vez que se haya producido una resolución definitiva declarando el divorcio de los ya ex-cónyuges.

II. NATURALEZA JURIDICA

1. *Idea general*

Es éste el de la naturaleza jurídica un aspecto que no puede considerarse como pacífico en la doctrina, manteniéndose tesis altamente diferenciadas. No existe por tanto, unanimidad en la calificación jurídica de la reconciliación por parte de la doctrina, y aún más, en teorías que coinciden en lo fundamental, se aprecian claramente, matices diversos.

En síntesis, habría que hablar de dos grandes bloques. El primero que considera a la reconciliación como un acto jurídico, en tanto y en cuanto revela un estado de ánimo, frente a un segundo grupo de autores que reconocen a la reconciliación carácter negocial, bien sea como negocio jurídico unilateral, o como negocio jurídico bilateral.

2. *Acto jurídico*

Así pues, un sector doctrinal ha defendido que la reconciliación no es más que un acto jurídico, un comportamiento que es índice de un determinado estado de ánimo, por lo que, únicamente, la reanudación normal de la convivencia puede integrar la reconciliación, prescindiendo de todo elemento volitivo. En este sentido Cicu ha dicho claramente, que la ley considera a la reconciliación como un hecho, un estado de ánimo, reputando erróneo este autor el indagar sobre un determinado propósito, para deducir si ha existido reconciliación (29). En idéntica línea, se sitúa Messineo (30) cuando habla de la reconciliación como “acto efectual” (31).

(29) Cicu, Antonio, *El Derecho de familia*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1974, pág. 318.

(30) Messineo, Francesco, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Tomo II, vol. 7, pág. 87.

(31) El planteamiento general en Azzolina, Umberto, *La separazione personali dei coniugi*, Torino, 1966, pág. 276-277.

Ante tal calificación reacciona Díez-Picazo y después de poner de manifiesto la dificultad técnica de construir una categoría general de los actos de declaración de sentimiento, critica la atribución de acto de tal naturaleza a la reconciliación, argumentando que "para que tal tesis fuese exacta sería menester que los efectos jurídicos se ligaran al simple estado de ánimo, cosa que no ocurre en nuestro Derecho" (32). A ello habría que añadir que, aún aceptando el elemento intencional, como esencial para la reconciliación, éste por sí solo, carece de trascendencia jurídica, y para que sea tomado en cuenta deberá ir unido indefectiblemente a la reanudación de la convivencia matrimonial, tesis, que, por otro lado, y casi sorpresivamente, parece admitirse por el propio Cicu, cuando, aunque sea por vía indirecta, señala que hay que considerar reconciliación al restablecimiento de las relaciones normales, en el caso de que se pueda atribuir este significado al hecho de la cohabitación (33) esto es, que el "ánimus" o intención de reconciliarse los cónyuges debe ir acompañado de un efectivo restablecimiento de la convivencia conyugal.

3. *Negocio jurídico*

Ahora bien, la mayoría de los autores se inclina por incluir la reconciliación en la categoría de los negocios jurídicos (34), si bien el tema conflictivo se plantea a la hora de decidir si habrá que configurarlo como un negocio jurídico unilateral, o bien bilateral. De ahí que se considere conveniente contemplar por separado cada una de las posibilidades apuntadas:

a) Una parte de la doctrina, influenciada, quizás por las tesis del Derecho canónico (33) no duda en mantener que la reconciliación ha de ser considerada como un negocio jurídico unilateral, consistente en el perdón o renuncia del cónyuge ofendido hacia el ofensor. Esta consideración ha calado tan hondo en algún autor, que Royo Martínez ha llegado a tildar de inadecuado al propio término "reconciliación" reputando como más idóneo el de "perdón" (36).

La reconciliación, desde esa óptica, será, por tanto, un comportamiento uni-

(32) Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 116.

(33) Cicu, Antonio, en *op. cit.*, pág. 318, en especial, nota (25).

(34) Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 117-118, defendiendo la naturaleza negocial de la reconciliación argumenta textualmente: "Es cierto, que el poder de autonomía de las partes no alcanza a la determinación y conformación de los efectos jurídicos del acto que están pre-ordenados por la Ley, pero este hecho no excluye la naturaleza negocial del acto. Para que un determinado acto revista el carácter de negocio jurídico es menester sólo que en virtud de la autonomía de las partes quede sustancialmente alterada una determinada relación jurídica, que exista una autónoma constitución, modificación o extinción de una relación jurídica entre las partes".

(35) De todos modos, con anterioridad, al contemplar la teoría canónica sobre el tema, se ha constatado que las posturas no son tan rígidas como, a primera vista, pudiera parecer, y que no existe inconveniente por parte de los canonistas en atribuir naturaleza bilateral a la reconciliación en determinados supuestos. *Íd.*, por todos, Navarro Valis, Rafael, en *op. cit.*, especialmente, pág. 42-60.

(36) Royo Martínez, Miguel, *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 137.

lateral del cónyuge en daño del cual se ha producido el hecho que habrá sido el fundamento en el que habrá basado la separación causal (37), comportamiento que tiene significado de perdón de la ofensa que un cónyuge haya inferido al otro (38).

Esta idea tampoco es ajena al Código civil español que, en su artículo 835 al referirse al "perdón o reconciliación" lo hace como si de términos sinónimos se tratase, y en el artículo 856 habla de la reconciliación del "ofensor y ofendido" (39).

Ahora bien, esta teoría, que pudiera tener cierta consistencia en un sistema de separación estrictamente casual, difícilmente puede hoy sostenerse, con carácter exclusivo, sobre todo, después de la admisión sin embages de la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges. Es más si se admitiera, a semejanza del Derecho canónico, que la reconciliación tiene el carácter de perdón del cónyuge inocente a las ofensas recibidas, habría que admitir, asimismo, que una vez haberse producido el perdón por parte del cónyuge inocente, la otra parte no podría oponer resistencia, sino que, por el contrario pesaría sobre él la obligación de reanudar la vida en común (40), cuando ello no es así.

Por eso, algunos autores se han manifestado abiertamente en contra de la postura de considerar a la reconciliación como un perdón del ofendido. La reconciliación, argumentan, no puede ser unilateral y consistir, únicamente, en un simple deseo o manifestación del cónyuge inocente de reanudar la vida en común, pues la separación matrimonial genera derechos a favor de ambos esposos, aún del declarado culpable, por lo que es del todo imprescindible que éste abdique de la situación que a su favor se ha creado (41). De ahí que la sola voluntad del cónyuge inocente de reiniciar la vida en común debe reputarse como insuficiente, siendo preciso, en cambio, la voluntad concurrente de los dos esposos en el sentido de decidir vivir, de nuevo, juntos (42). La reconciliación, para ser tal, deberá, por tanto, ser aceptada voluntaria y libremente por ambos cónyuges (43).

(37) Azzolina, Umberto, en *op. cit.*, pág. 272.

(38) Finocchiaro, Alfio, Finocchiaro, Mario, *Riforma del Diritto di famiglia. Comente teorico-prático al - la lege 19 maggio 1975, n° 151, arts. 1-89*, vol. I, Milano, 1975, pág. 383. También García-Cantero, Gabriel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, cit.*, pág. 353.

(39) Doral García, José Antonio, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil*, coordinados por José Luis Lacruz Berdejo, pág. 541. Tampoco a este autor se le escapa este dato.

(40) Así para el Derecho canónico, Bernárdez Cantón, A., en *op. cit.*, pag. 618.

(41) Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, 2 (La Famille, les incapacités) Paris, 1969, pág. 167.

(42) Massip, Jacques, en *op. cit.*, pág. 275.

(43) Aunque en Derecho español no hay ninguna norma que exija el doble consentimiento, este dato podría deducirse de la redacción del artículo 84 del Código civil que parece exigir una actuación conjunta de los esposos al señalar que "los cónyuges deberán

b) La consideración de la reconciliación como un negocio jurídico bilateral parece gozar de gran ascendencia en la doctrina (44). En este aspecto, no se puede olvidar que para el propio Derecho canónico algunos supuestos de restablecimiento de la comunidad matrimonial merecían la calificación de acuerdos bilaterales (45).

Según esta postura la reanudación de la convivencia procederá de la común voluntad de los cónyuges de reiniciar la relación matrimonial y restablecer la comunidad conyugal, reconociendo a la misma naturaleza convencional (46) y presentándose, en definitiva, como un acuerdo de voluntades entre esposos separados (47).

Así, la reconciliación, considerada como negocio jurídico bilateral, no será más que una concorde declaración de voluntad por parte de ambos cónyuges, en la que junto a la manifestación de voluntad contraria a la separación, habrá de aparecer otra que ponga de manifiesto la clara intención de los esposos de volver a vivir juntos (48).

En nuestro Derecho tal naturaleza bilateral se ha deducido del plural "los cónyuges" que utiliza el párrafo primero del artículo 84 del Código civil (49), aunque García Cantero, quien no duda en acoger el carácter consensual y bilateral de la reconciliación, matiza que tal carácter aparecía con mayor claridad en el artículo 80 del Proyecto de código de 1.851 que textualmente señalaba "El divorcio y sus efectos cesarán cuando *los cónyuges consintieren en volver a reunirse* debiendo poner la reconciliación en conocimiento del Tribunal que hubiese dictado la sentencia ejecutoria del divorcio" (50).

c) Frente a las tesis de unilateralidad o bilateralidad, existe una postura ecléctica o intermedia que intentaría conjugar ambas naturalezas, planteando la reconciliación como un acuerdo de las partes en orden a reanudar la convivencia matrimonial, pero reputándose también como esencial un acto unilateral del ofendido, consistente en el perdón del cónyuge inocente.

poner aquélla (la reconciliación) en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio". Este argumento, aunque en referencia al antiguo artículo 74, es el que utiliza Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 114-115, en especial, nota (173).

(44) García Cantero, Gabriel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 296, estima que son mayoría los autores que configuran la reconciliación como acto bilateral.

(45) En este sentido Navarro Valls, Rafael, en *op. cit.*, pág. 35-60.

(46) Azzolina, Umberto, en *op. cit.*, pág. 277-278.

(47) Carbonnier, Jean, en *op. cit.*, pág. 127.

(48) Carnelutti, Francesco, *Forma e prova della riconciliazione tra coniugi*, en "Revisita de Diritto Processuale Civile". Vol. XIV, parte II, 1937, pág. 161.

(49) Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 114-115, nota (173), si bien en referencia a la redacción del antiguo artículo 74 del Código civil.

(50) García Cantero, Gabriel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 297. El subrayado es del propio autor.

Para que exista verdadera reconciliación no bastará, pues, que los dos cónyuges coincidan en la voluntad de reiniciar la comunidad conyugal, será preciso, además que el cónyuge inocente perdone las ofensas recibidas. Junto al acuerdo de restablecimiento de las relaciones conyugales deberá existir la intención de perdonar por parte del cónyuge vejado. En esta línea se pronuncian Planiol y Ripert, cuando definen a la reconciliación como un acuerdo entre esposos, basado en el perdón acordado por el cónyuge que ha recibido ofensas por parte del otro (51).

Un argumento a favor de esta postura cabe hallarlo en el dato de que la reconciliación, debe vedar, en principio, la utilización de los mismos hechos que han sido causa de la separación reconciliada para una nueva separación, esto es, estos hechos no podrían ser invocados, nuevamente, como causa de separación en un procedimiento posterior a la reconciliación, lo que, claramente, significa que el cónyuge inocente los ha perdonado o ha renunciado a los mismos, sin que puedan, de nuevo, ser utilizados en una posterior causal.

En cambio, esta tesis tendría como fallo básico su inaplicabilidad a las separaciones por mutuo acuerdo, en las que, al menos formalmente, no existe un culpable. En éstas, por tanto, no podría darse más que un acuerdo de voluntades para reanudar la convivencia matrimonial, pero no cabrá hablar de perdón del culpable, ya que tampoco existe un ofensor.

4. *Negocio jurídico bilateral*

Visto lo anterior, lo que si hay que notar es que si la reconciliación se ha visto como un negocio jurídico bilateral en el sistema matrimonial anterior a la reforma de 7 de julio de 1981, el espíritu que ha presidido la nueva redacción del Título IV del libro primero del Código civil, con la admisión, sin paliativos, de la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges y la nula incidencia de la culpabilidad sobre los efectos de la separación, ha de reforzar más, si cabe, la idea de que la reconciliación debe tener un carácter bilateral y, en esta línea, quizás habría que establecer un cierto paralelismo (52) entre aquella y el convenio regulador que aparece contemplado en el artículo 90 del propio Código, preceptivo en toda separación por mutuo acuerdo (53), esto es, si un acuerdo de las partes plasmado en un convenio inicia el hecho de la separación matrimonial (54), también un acuerdo de las partes será la relación jurídica que tendrá la virtualidad de hacer cesar el estado de separación matrimonial, en el caso de la reconciliación.

(51) Encyclopedie Dalloz, Civil III, voz "Divorce", 2ª edición, París, 1980, pág. 45.

(52) Digo "cierto paralelismo" pues como se verá la reconciliación admite la forma tácita, forma que difícilmente puede ser adoptada por el convenio regulador contemplado en el artículo 90 del Código civil.

(53) Así lo establece el núm. 1º del artículo 81 del Código civil "... Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código".

(54) Aunque será la ratificación por la Sentencia judicial quien le otorgará plenos efectos.

De todos modos, y a pesar de la naturaleza bilateral que se propugna, no cabe olvidar, como muy acertadamente matiza García Cantero, que toda reconciliación lleva en sí misma una idea de perdón (55), que deberá ser considerado como un estado de ánimo previo a la reanudación de la vida en común, pero sin relevancia jurídica.

5. Negocio jurídico del Derecho de familia

Por encima de las disidencias en materia de unilateralidad o bilateralidad del negocio jurídico que constituye la reconciliación, la doctrina española se muestra unánime en calificar a aquella como un negocio jurídico del Derecho de familia (56), que en definición de Díez-Picazo aparece como "aquel acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación o reglamentación de una relación jurídica familiar" (57) y, en concreto, la reconciliación se concebirá como un negocio jurídico modificativo de la relación familiar de matrimonio y extintivo de la situación jurídica de separación (58).

De ahí que, aplicando a la reconciliación, los principios generales del Derecho de familia, algunos autores (59) hayan llegado a la conclusión de que se trata de un negocio jurídico en el que no caben determinaciones accesorias de la voluntad, no pudiendo, por tanto, estar sometida a condiciones ni a términos, ya que, se argumenta que las estipulaciones que sometieran la reconciliación bajo condición o a término constituirían, sin duda un indicio claro de que la misma se lleva a cabo sin carácter definitivo, dato éste que va en contra de la propia esencia de la institución.

Por contra, Azzolina, impugnando la tesis anterior, opina que la naturaleza de la reconciliación no es incompatible con la existencia de una condición suspensiva o de un término inicial, por ello no ve inconveniente alguno en que un cónyuge o ambos puedan condicionar la reanudación de la vida en común a un

(55) García-Cantero, Gabriel, en *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 353.

(56) Así la califican, Navarro Valls, Rafael, en *op. cit.*, pág. 43; García Cantero, Gabriel, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 290; Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 117-118; Doral García, José Antonio, en *op. cit.*, pág. 541; Lacruz Berdejo, José Luis - Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de familia*, Barcelona, 1982, pág. 223; Fosar Benlloch, Enrique, *Estudios de Derecho de Familia*, Tomo II, vol. 1º, Barcelona, 1982, pág. 91, quien, sin impugnar la calificación, matiza que es "escéptico respecto de la utilidad de la categoría científica de los negocios jurídicos de Derecho de familia".

(57) Díez-Picazo, Luis, *El negocio jurídico de familia*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1962, pág. 780.

(58) Díez-Picazo, Luis, en *La situación jurídica del matrimonio*, cit., pág. 117.

(59) Royo Martínez, Miguel, en *op. cit.*, pág. 137; Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 120. En la doctrina italiana; Cicu, Antonio, en *op. cit.*, pág. 318, aunque sólo se refiere a la condición; Scardulla, Francesco, *La separazione personale dei convivgi ed il divorzio*, Milano, 1977, pág. 361.

determinado evento futuro (60), o bien fijar un término dilatorio (61), ya que ello no va en contra del carácter definitivo de la reconciliación, ya que una vez verificada la condición o llegado el término, el acuerdo de los cónyuges desplegará pleno valor *ex nunc* y no *ex tunc*. En cambio, si defiende el citado autor que no será posible someter el restablecimiento de la comunidad conyugal a condición resolutoria, porque ésta sí afectaría al carácter definitivo de la reconciliación (62), al estar esta sometida a una absoluta incertidumbre, dependiendo del cumplimiento o no de la condición (63).

Esta referida postura, en orden a admitir, a los efectos de reiniciar la convivencia, la condición suspensiva y el término inicial, pero no la condición resolutoria o el término final, y que no cuenta institucionalmente con obstáculo alguno en nuestro Derecho, parece es la más conforme con la naturaleza de la reconciliación.

III. ELEMENTOS DE LA RECONCILIACION

1. Elemento externo

Si la separación matrimonial significa, en principio, la disgregación de los cónyuges que habrán fijado domicilios distintos, la reconciliación como negocio extintivo de la situación de separación matrimonial, supondrá, de nuevo, la reunión en un mismo hogar de los esposos, hasta aquel momento, separados. Por tanto, se restablecerá la vida en común de los cónyuges bajo el mismo techo (64) y quedarán nuevamente sometidos a la obligación general que pesa sobre ellos de vivir juntos (65).

Este elemento externo o material, consistente en la reunión de los cónyuges en un mismo domicilio que debe reputarse como esencial, aunque no único, en la reconciliación, plantea la cuestión de determinar en qué casos y situaciones se podrá hablar de domicilio común, esto es, si para que una vivienda merezca tal calificación se deberá exigir la presencia física de los esposos con carácter continuado, o bien, hay que acogerse a un criterio más laxo. Desde el punto de vista del Derecho positivo, si hay que señalar que el Código civil presume la existencia

(60) Por ejemplo, al abandono de una relación ilícita, a la realización de un acto externo de separación, a la conclusión de un acto patrimonial. Los ejemplos son del propio autor, Azzolina, Umberto, en *op. cit.*, pág. 278.

(61) Por ejemplo, para recobrar la tranquilidad de espíritu. *Ibid.*, en *op. cit. y loc. cit.*

(62) *Ibid.*, en *op. cit.*, pág. 278-279.

(63) Con idéntico razonamiento habría que defender la incompatibilidad de la reconciliación con el término final.

(64) Lete del Río, José Manuel, *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, cit., pág. 568. Este autor entiende por convivencia o cohabitación la vida de los esposos bajo el mismo techo.

(65) Textualmente, el artículo 68 del Código civil: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos...".

de una vivienda familiar para el régimen normal de matrimonio y así en el apartado B) del artículo 90 exige que los cónyuges fijen en el convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio "la atribución del uso de la vivienda... familiar", para referirse, nuevamente, a ella en el artículo 96 y establecer que "en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar...".

Constatado, pues, que el Código civil presume la existencia de una vivienda familiar en los supuestos de normalidad matrimonial, parece claro que la cohabitación debe entenderse referida a aquélla y que la reanudación de la vida matrimonial en un mismo domicilio podrá darse en todos los casos en que se pueda hablar de que ambos cónyuges ostentan una única vivienda familiar (66) que, en opinión de Zanón Masdeu, hay que considerar como "la vivienda conyugal que existe y se mantiene, aunque ambos cónyuges no vivan en ella permanentemente" (67). De ello, hay que decidir que para que exista cohabitación no se precisa una convivencia en un mismo domicilio de forma constante y permanente, aunque sí debe darse un punto convivencial común para ambos cónyuges que merezca la consideración de vivienda familiar.

Desde otro ángulo, también hay que considerar de aplicación a la reanudación del domicilio común lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 87, en el sentido de que si el hecho físico de la convivencia no se da por motivos laborales, profesionales o cualesquiera otros de naturaleza análoga (68) hay que presumir la convivencia y, por lo mismo, la existencia de una vivienda familiar. En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia y doctrina italiana cuando ha llegado a configurar como reconciliación el intercambio de correspondencia entre cónyuges separados, en la que manifestaban la voluntad de reanudar el consorcio familiar, aunque no estuviese acompañado del efectivo restablecimiento de la convivencia (69).

Hay que enfatizar, de todos modos, que la reconstitución del domicilio conyugal, aún con las matizaciones que se han apuntado, debe poseer un carácter estable y no meramente ocasional. De ahí que no pueda hablarse de reconciliación en los supuestos de "reanudación temporal de la vida en el mismo domici-

(66) Lete del Río, José Manuel, en *op. cit.*, pág. 741-742, critica esta terminología del legislador, apuntando que hubiera sido preferible utilizar el adjetivo "conyugal", pues en los casos en que no hay hijos en el matrimonio es posible hablar de hogar, pero no de familia.

(67) Zanón Masdeu, Luis, *El divorcio en España (Ley de 7 de julio de 1981)*, Barcelona, 1981, pág. 342.

(68) García Cantero, Gabriel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pág. 334, refiere como supuestos análogos los de ausencia por razón de estudios, o por motivos artísticos, o debido a enfermedad o tratamiento médico, o al exilio político o el secuestro por cualquier finalidad.

(69) Pajardi, Piero, *La separazione personali dei coniugi nella giurisprudenza*, en "Raccolte sistematiche di giurisprudenza commentata" dirigida por Mario Rotondi, Padova, 1979, pág. 204-205. El hecho que impedía la efectiva convivencia entre los esposos era la guerra.

lio" o de "intento de reconciliación" (70); por no existir, en estos casos, la clara intención de rehacer la vida en común.

El conflicto surgirá, de todos modos, a la hora de determinar los índices o módulos que habrán de servir para determinar en qué supuestos se está frente a una reconciliación, o por el contrario, sólo frente a un mero intento de reconciliación. Esta cuestión, cuando ha llegado a la jurisprudencia, ésta no ha mantenido un criterio uniforme, y así la Audiencia Territorial de Bilbao consideró como intento de reconciliación un período de convivencia en el mismo domicilio de ocho meses (71), en cambio la Audiencia de Valladolid calificó como reconciliación la reanudación de la vida en común por un plazo de seis meses "ya que no puede reputarse que en tan prolongada reanudación, a lo largo de seis meses de la vida en común concurren los requisitos exigidos en el artículo 87 del Código civil, a los efectos de que no se estime interrumpido el plazo de dos años del cese efectivo de la convivencia, que se reanudó como queda expuesto durante un período de tiempo lo suficientemente extenso, para que no pueda estimarse como mero intento, sino como efectiva reconciliación" (72). En definitiva, el tema, como no se le escapa a Vega Sala, se reconduce a un problema de prueba, por lo que tanto en la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio como en los intentos de reconciliación "deberán tomar los cónyuges las precauciones necesarias para probarlos en su día, al menos con unas simples manifestaciones notariales, sobre todo si uno solo de los cónyuges tiene un auténtico espíritu reconciliador y, el otro, a pesar del intento, al que puede acceder por infinitas motivaciones, no desea otra cosa que divorciarse" (73).

2. Elemento interno

Junto al dato fáctico de la reconstitución de la vida en el mismo domicilio, debe existir, asimismo, una voluntad de reanudación de la relación interpersonal, completando, de esta forma, la idea de convivencia conyugal y que ha de identificarse con la de comunidad de vida o de existencia en la que se realizan los deberes y finalidades del matrimonio. Se está, por tanto, frente a un elemento psicológico o intencional que se traduce en la voluntad de reabrir la convivencia rota por la separación.

En la reconciliación debe existir un verdadero *animus conciliandi*, como intención de reconstituir la comunión de vida espiritual y familiar con una completa reanudación de la convivencia y el inequívoco propósito de dar una nueva vida a la sociedad conyugal (74).

(70) Terminología usada por el artículo 87 del Código civil.

(71) Audiencia Territorial de Bilbao, *Sentencia de 23 de noviembre de 1982*. Su texto en "La Ley", núm. 697, 1983, pág. 2-3.

(72) Audiencia Territorial de Valladolid, *Sentencia de 22 de enero de 1983*. Reproducida en "La Ley", núm. 630, 1983, pág. 6.

(73) Vega Sala, Francisco, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona, 1981, pág. 33.

(74) Poggi, Maria Elena, *Cause di scioglimento o di cessazione degli effetti civile del*

Este elemento ha sido considerado por los autores como fundamental e ingrediente básico de la reconciliación. Así, Díez-Picazo habla de que lo decisivo no es tanto la cohabitación, que puede ser esporádica, como la intención de reanudar la plenitud de la vida conyugal (75) y Alvarez Caperochípi puntualiza que la esencia de la reconciliación no está en la vida en el mismo domicilio, sino, en la entrega mutua y estabilidad (76).

Cuestión distinta plantea el hecho de que este elemento por pertenecer a la esfera íntima de la persona resulte de difícil prueba y haya que acudir a la vía de las presunciones. De ahí que del dato de que marido y mujer estén viviendo bajo el mismo techo se presuma la existencia y continuidad de una comunidad de vida (77), presunción que parece tener su base en el artículo 69 del Código civil (78).

En definitiva, la voluntad de los cónyuges de reanudar la plena relación matrimonial debe ser considerado como un elemento esencial de la reconciliación y distinto de la mera cohabitación o hecho físico de vivir los esposos en un domicilio común; si bien el hecho externo opera a modo de presunción de la existencia de voluntad interna, presunción que, sin duda, admite prueba en contrario, por lo que si la reanudación de la vida en común de los esposos bajo el mismo techo obedece al solo intento de reconciliación o al interés de los hijos se hace aconsejable preconstituir la prueba en este sentido, como se ha señalado.

Así para que exista auténtica reconciliación deben darse cumulativamente los elementos externo e interno. No basta, como refiere Alonso Pérez, la cohabitación material de los cónyuges, si se comprueba la ausencia de *affectio maritalis*, pues toda reconciliación supone la vuelta a la convivencia conyugal por decisión en la que participan de una u otra forma las voluntades de ambos esposos y la consiguiente reanudación de las relaciones personales entre ellos (79).

3. La comunicación al Juzgado

El artículo 84 del Código civil, después de establecer que la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin ulterior efecto lo en él resuelto, añade textualmente: "pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio".

Esta fórmula imperativa utilizada por el Código y que prácticamente no ha

matrimonio, Milano, 1980, pág. 235.

(75) Díez-Picazo, Luis, *La situación jurídica del matrimonio separado*, cit., pág. 120.

(76) Alvarez Caperochípi, José Antonio, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, cit., pág. 406.

(77) Lete del Río, José Manuel, en *op. cit.*, pág. 570.

(78) Alvarez Caperochípi, José Antonio, en *op. cit.*, pág. 406.

(79) Alonso Pérez, Mariano, *Divorcio y matrimonio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, cit., pág. 573.

sufrido modificación desde su promulgación (80), plantea el tema de establecer el carácter que se le ha de asignar a esta imposición de comunicar al Juez el hecho de la reconciliación. Parece pacífico entre la doctrina atribuir a esta comunicación un mero carácter declarativo (81) en base a una interpretación literal del precepto que parece determinar que es la propia reconciliación a la que se ha de asignar el efecto de poner término al procedimiento de separación y dejar sin efecto lo en él resuelto (82).

La comunicación al Juzgado no tiene, pues, carácter constitutivo. Es el hecho mismo de la reconciliación quien produce los efectos jurídicos. La comunicación al Juzgado opera, por tanto, como un requisito de publicidad frente a terceros, y así la reconciliación estará dotada de eficacia aunque no haya sido comunicada al Juez.

Resulta destacable constatar que siendo la reconciliación una declaración de voluntad contraria a la separación conyugal, para ésta la intervención judicial, aún en los supuestos de separación por mutuo acuerdo de los cónyuges, es requisito constitutivo, en cambio para la reconciliación es de carácter declarativo (83). Ello, quizás obedezca al intento si no de fomentar la reconciliación, sí, al menos, de que los requisitos formales no puedan constituir un obstáculo a la misma.

La fórmula de manifestación de la comunicación al Juzgado se llevará a cabo, normalmente, a través de escrito de la representación o representaciones de las partes. En todo caso, y si la reconciliación se produce durante la tramitación del procedimiento de separación podría operar, indirectamente, por la vía del desistimiento.

Cabe, también, plantearse, como lo hace Díez-Picazo, cuáles son los efectos de una reconciliación no comunicada. Frente a este supuesto existe, siempre, la posibilidad de cada uno de los cónyuges para compeler al otro al cumplimiento de esta formalidad. En todo caso, si la reconciliación definitivamente no fue comunicada quien sostenga el efecto jurídico de la misma deberá acreditarlo por cualquiera de los medios ordinarios de prueba (84):

(80) El antiguo artículo 74 del Código utiliza la terminología de "tribunal" en lugar de la actual de "juez".

(81) Así, por ejemplo, se pronuncian Díez-Picazo, Luis, en *op. cit. ult.*, pág. 119; Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo 11, *Arts. 42 a 107 del Código civil*, Jaén, 1978, pág. 208; Doral García, José Antonio, *Divorcio y matrimonio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, cit., pág. 546.

(82) Díez-Picazo, Luis, en *op. cit. ult.*, pág. 119, afirma, sin embargo, que este tema no aparece claramente resuelto en el Código y que es del contexto general del precepto del que parece deducirse que la comunicación no se convierte en forma constitutiva del negocio.

(83) Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 484.

(84) *Ibid.*, pág. 119.

4. Inscripción en el Registro Civil

En sede de separación matrimonial el requisito de la inscripción en el Registro Civil va unido indefectiblemente a la firmeza de la sentencia judicial, ya que, según mandato de la disposición adicional novena de la Ley 30/1981 de 7 de julio: "Las sentencias de separación, nulidad y divorcio se comunicarán de oficio a los Registros Civiles en que consten el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos".

Parece, de todo punto, necesario que la reconciliación, como instituto que pone fin al estado de separación matrimonial, tenga acceso, asimismo, al Registro Civil, aunque ni el Código ni precepto alguno del citado texto legal hagan referencia a esta constancia registral. Aún así, y precisamente por esa cualidad de la reconciliación de poner fin a la separación matrimonial, hay que entender, a aquélla incluida en los términos del artículo 76 de la Ley de Registro Civil por cuanto hace referencia a la necesidad de la extensión de nota marginal a la inscripción de matrimonio de cuantos actos pongan término a la separación conyugal (85).

Vista la necesidad de que el estado de cesación de separación por voluntad de los cónyuges se anote marginalmente en el folio en que conste inscrita la separación, cabe plantearse si dicha anotación debe practicarse de oficio o a instancia de parte. La verdad es que ningún precepto impone, directamente, la comunicación de la reconciliación al Registro Civil, una vez puesta ésta en conocimiento del Juzgado, ya que la referida disposición adicional novena se refiere explícitamente al supuesto de separación matrimonial. Ahora bien, de *lege ferenda* sería deseable la introducción de una disposición similar a la que rige para la separación, siendo aconsejable, en la actualidad, que los esposos o su representación soliciten la inscripción de la reconciliación en el Registro Civil, en el propio escrito de comunicación al Juzgado de la reconstitución de la vida conyugal.

En cuanto al valor jurídico de la inscripción de la reconciliación, debe asignársele, según apunta Díez-Picazo, el alcance general de las inscripciones que se practican en el Registro Civil, esto es, la prueba del hecho inscrito. Funciona, además, como título de legitimación de un estado civil, en cuanto supone la cancelación de la inscripción de separación. Los cónyuges reconciliados retornan al estado civil normal de matrimonio (86).

(85) Peré Raluy, José, *Derecho del Registro Civil*, Tomo II, Madrid, 1962, pág. 759.

(86) Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 123.

IV. MODALIDADES

1. *Reconciliación total y parcial*

Se puede hablar de reconciliación total en aquellos supuestos en que se dan todos los elementos que se han descrito como componentes de la misma, esto es, aquella en la que junto a la reanudación de la convivencia, y la interna voluntad de reabrir la relación conyugal, existe además comunicación al Juzgado y se inscribe en el Registro Civil. No debe haber duda alguna de que una reconciliación que cumpla tales requisitos produce plenos efectos jurídicos.

A diferencia de la anterior, cabe referirse a reconciliación parcial en aquellos supuestos en que existe carencia de uno o varios de los referidos elementos y, por lo mismo, se dan sólo alguno o algunos de ellos.

Ahora bien, ¿qué efectos hay que atribuir a una reconciliación parcial? Este interrogante no merece una respuesta unívoca, ya que serían múltiples los supuestos y combinaciones posibles. A pesar de ello, se puede establecer, con carácter general, que para una reconciliación parcial produzca efectos jurídicos, deben darse conjunta y simultáneamente los elementos interno y externo, que son los que se reputan esenciales para que una reconciliación merezca la consideración de tal. Por tanto, la producción de efectos jurídicos irá indefectiblemente unida a la reconstitución entre los cónyuges de un único domicilio, si al propio tiempo, se da una concorde voluntad de los esposos de restablecer su relación matrimonial, con independencia de que haya sido o no comunicada al Juzgado e inscrita en el Registro Civil (87). Cualquier combinación que no incluya con carácter simultáneo los elementos interno y externo carecerá de eficacia jurídica (88).

En suma, se pueden establecer tres niveles de efectos en relación a la reconciliación total o parcial. En primer lugar, que la reconciliación total produce, en términos generales, plenos efectos jurídicos. Segundo, que la reconciliación parcial produce efectos jurídicos (normalmente *inter partes* y no frente a terceros) en todos los supuestos de combinaciones en las que se den en forma simultánea el elemento interno y externo. Por último, cualquier otra combinación de reconciliación parcial distinta a la anterior no debe producir efectos jurídicos en calidad de tal reconciliación.

2. *Reconciliación expresa y tácita*

Como pone de manifiesto Díez-Picazo, la reconciliación, como todo nego-

(87) Este dato es una exigencia exclusiva para la "eficacia frente a terceros".

(88) Así no se podría atribuir eficacia jurídica a una reconciliación que sólo hubiera sido comunicada al Juzgado e inscrita en el Registro Civil, si no va precedida de una reanudación de convivencia con reinicio de la *affectio maritalis*. También, carecería de eficacia jurídica una reconciliación en la que existiendo reconstitución de domicilio único, no se da voluntad interna de reabrir la relación conyugal (argumento *ex articulo 87 del Código civil*).

cio jurídico, se realiza a través de una declaración de voluntad de las partes o a través de un comportamiento típico al cual el ordenamiento liga unos determinados efectos (89).

En base a la disyuntiva anterior se puede hablar de reconciliación expresa cuando los cónyuges, a través del cauce procesal oportuno, cumplen con el requisito de ponerla en conocimiento del juez que haya entendido del proceso de separación matrimonial para su homologación por aquél, al amparo de lo prevenido en la proposición última del artículo 84.1 del Código civil (90). En otros casos en que la reconciliación deba deducirse de las actuaciones de los cónyuges, sin atenerse éstos a formalidad alguna (91) nos encontraremos frente a una reconciliación tácita (92).

Esta distinción entre reconciliación expresa y tácita es aceptada, indirectamente, por el Código civil que en su artículo 88 se refiere a la reconciliación expresa como única idónea si ésta se produce después de interpuesta la demanda de divorcio. ¿Qué sentido, pues, habrá que atribuir, al último párrafo del citado artículo? No cabe otra interpretación más que la de que el texto legal atribuye efectos jurídicos a toda reconciliación no comunicada al Juzgado, excepto en el supuesto especialísimo de que por parte de uno o ambos esposos se haya iniciado ya el procedimiento de divorcio y, por lo mismo, el matrimonio se halla en trance de disolución, en cuyo caso, el Código implanta una mayor exigencia en el aspecto formal.

Por tanto, la trascendencia de la división en reconciliación expresa y tácita reside en que la eficacia de una y otra están en función del momento en que se produce, siendo la expresa la única que produce efectos jurídicos, si se produce la misma con posterioridad a la interposición de la demanda de divorcio.

3. El momento de la reconciliación

A. Reconciliación con separación de hecho

Si como apunta Puig Ferriol, en la legalidad anterior a la Ley de 7 de julio de 1981, la reconciliación de los cónyuges separados de hecho era jurídicamente intrascendente, ya que el legislador se había negado a contemplar esta separación

(89) Díez-Picazo, Luis, en *op. cit.*, pág. 120.

(90) En este sentido Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 485.

No parece compartir este criterio Montés, Vicente L., en *ibid.*, pág. 530, al establecer que bajo la fórmula "reconciliación expresa" cabe la reconciliación documentada, pública o privadamente...".

(91) Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 484.

(92) García Cantero, Gabriel, en *op. cit.*, pág. 298 da como ejemplo de reconciliación tácita el del cónyuge inocente que, después de conocer la causa de separación, sigue viviendo con su consorte.

ción (93), en la actualidad y por influencia del nuevo prisma instaurado por la citada Ley, la separación de hecho adquiere relevancia jurídica (94), sobre todo, a través de la referencia explícita que a ella se hace en los apartados a) y b) de la causa 3ª del artículo 86 del Código y además porque este tipo de separación se toma como base para obtener la separación judicial en las causas 5ª y 6ª del artículo 82 (95) y para obtener el divorcio en la causa 4ª del citado artículo 86.

Desde una perspectiva institucional se puede hablar de reconciliación en sentido estricto, siempre que entre cónyuges haya existido una previa disgregación de domicilios acompañada de una ruptura de la *affectio maritalis*, condiciones ambas que se dan en la separación de hecho. Es más, parece que la separación de hecho, al suprimir el procedimiento judicial, que, en algún supuesto, pudiera originar enfrentamientos añadidos entre los esposos, en lugar de entorpecer la reconciliación, en todo caso, la favorece (96).

Dada, pues, una situación de separación entre cónyuges, el mutuo acuerdo de los mismos para dar nueva vida a su relación conyugal, fijando un domicilio único y conjunto, constituirá la reconciliación.

Ocioso es señalar que en la reconciliación con separación de hecho no cabe comunicación al Juzgado, ni anotación en el Registro Civil, siendo su efecto fundamental el de interrumpir el cómputo del plazo del cese efectivo de la convivencia en los casos que se han apuntado en los que la separación de hecho se tomaba como base para el divorcio o separación judicial.

B. Reconciliación posterior a la adopción de las medidas del artículo 104 del Código civil

Por la vía del artículo 104 del Código civil, a instancia de cualquiera de los cónyuges el Juez debe proceder a la separación de los mismos, con arreglo a los efectos y medidas especificados en los artículos 102 y 103, si bien dichos efectos y medidas quedarán sin validez, si dentro de los treinta días siguientes a su adopción no se acredita la interposición de la correspondiente demanda (97). Estas medidas, de larga tradición histórica (98) deben, por lo mismo, ser el paso pre-

(93) Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 485.

(94) Para este tema, Lacruz Berdejo, José Luis, *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en "La Ley", 1983-4, pág. 729.

(95) Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 486.

(96) Hernández Ibáñez, Carmen, *La separación de hecho matrimonial*, Madrid, 1982, pág. 243, afirma, quizás con cierta exageración, que dado ya un procedimiento judicial "es mucho más difícil, por no decir imposible, una reconciliación entre los cónyuges".

(97) Si bien dichas medidas podrán prorrogarse por un plazo igual de treinta días más, por aplicación del artículo 1885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite la Disposición adicional 4ª de la Ley de 7 de julio de 1981. Así lo entienden, Sancho Rebullida, Francisco de Asís, en *op. cit.*, pág. 275, de Los Mozos, José Luis, en *op. cit.*, pág. 899 y Rivero Hernández, Francisco, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, *cit.*, pág. 739-740.

(98) Un resumen de su evolución lo lleva a cabo Rivero Hernández, Francisco, en *op.*

vio a la demanda de separación, nulidad o divorcio, y sólo la interposición de ésta las deja en vigor hasta la entrada de nuevos efectos que las sustituyan, bien sea a través de la sentencia definitiva del procedimiento instado bien a través de la adopción de nuevas medidas ex artículo 103.

También, en este caso, se puede hablar de reconciliación al haber existido la solicitud de unas medidas que presuponen una previa ruptura de la relación conyugal y que, a través de su adopción, generarán la separación de domicilios, si ésta no se había producido con anterioridad, elementos ambos que se extinguirán a través de la reconciliación.

La única cuestión que pudiera suscitarse es si procede o no la comunicación al Juzgado de esta reconstitución de la vida matrimonial; parece que la respuesta debe ser positiva, ya que la separación, aunque provisional, se ha producido a través de un procedimiento judicial y, por ello, debe ser de aplicación lo que en este aspecto viene establecido en el artículo 84 del Código civil. Lo que no procede es la mención de la reconciliación en el Registro Civil, ya que una separación acordada por la vía del artículo 104 no habrá tenido tampoco acceso al mismo.

De todos modos, aún en el supuesto de que la reconciliación no se notificase al Juzgado, la no interposición de la demanda en el plazo de treinta días (o en el de la prórroga, en su caso) supone la pérdida de eficacia de las medidas adoptadas, retornando los cónyuges al estado normal de casados, por lo que esta inactividad operará a modo de presunción de reconciliación (99).

C. Reconciliación posterior a la interposición de la demanda de separación

Una vez admitida la demanda de separación, los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia, según establece el número 1º del artículo 102 del Código civil, y de lo que no puede haber duda alguna es que la interposición de una demanda de separación matrimonial pone de manifiesto o, al menos, presupone una anterior ruptura de la relación matrimonial entre los esposos. De ahí que toda reconstitución de la relación conyugal posterior a la interposición de una demanda de separación debe reputarse como reconciliación, que mediante la pertinente manifestación repercutirá en el procedimiento. Así parece haberlo entendido el Código civil en su artículo 84 al hablar de que "la reconciliación pone término al procedimiento de separación".

De lo anterior hay que deducir que el efecto básico de la reconciliación en el período que contemplamos es poner fin al procedimiento judicial o, como apunta Puig Ferriol, es un supuesto de terminación anormal del proceso que en su

cit., pág. 732-733.

(99) En idéntica línea se pronuncia Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 485, nota 5, cuando afirma que "en este caso la comunicación al Juez de la reconciliación tiene una trascendencia mucho menor, pues en todo caso las medidas adoptadas por el Juez quedan sin efecto si no se presenta la demanda de separación dentro de los treinta días a contar desde la adopción de las medidas a que se refiere el art. 103 (cf. art. 104.2 C.c.)".

manifestación formal suele revestir los caracteres de desistimiento de la acción, bien del cónyuge que la promovió o de los dos en el caso del número 1º del artículo 81 del Código civil (100) o de haberse formulado reconvencción.

Si paralelamente a la tramitación de la demanda se han acordado las medidas que vienen establecidas en el artículo 103 del Código civil (101) o se han dejado subsistentes las que se habían adoptado a través del artículo 104 por presentación de la demanda dentro del plazo correspondiente, será necesario que los cónyuges pongan en conocimiento del Juez su reconciliación, a fin de dejar sin efecto las medidas que en cada caso se hayan adoptado (102).

Normalmente la reconciliación operada en ese estadio anterior a la sentencia de separación no necesitará de su constancia en el Registro Civil, ya que tampoco la demanda, por regla general, habrá tenido acceso al mismo. Como excepción hay que señalar el supuesto en el que las partes, haciendo uso de la facultad que les concede el último párrafo del artículo 102 del Código han instado la anotación de la demanda de separación en el Registro Civil, en cuyo caso, será procedente, asimismo, la anotación de la reconciliación entre los cónyuges.

D. Reconciliación con sentencia firme de separación

Es éste el prototipo de reconciliación y donde la misma adquiere sus rasgos más característicos, debiéndose dar para su plena eficacia jurídica todos los elementos que la definen. Así, pues, junto a la reanudación de la vida en común en un mismo domicilio y el reinicio de la *affectio maritalis*, deberá darse, también, la puesta en conocimiento del Juzgado y su anotación en el Registro Civil.

El efecto fundamental de la reconciliación *post* sentencia de separación es el de tener la virtualidad de hacer retornar los esposos al estado normal de matrimonio que habían perdido a través de la firmeza de la resolución judicial que ponía fin al procedimiento de separación. Asimismo, la reconciliación ha de producir el resultado de dejar sin eficacia todas las medidas inherentes a esta resolución judicial (103) y que habrían sido recogidas por la sentencia (104). Así también parece entenderlo el Código civil al establecer en el artículo 84 que "la re-

(100) Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 485.

(101) Según el propio texto del artículo 103 no procederá la adopción de medidas en el caso de que exista "acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente". Para este tema de forma especial, Rivero Hernández, Francisco, en *op. cit.*, pág. 679-682 y De Los Mozos, José Luis y Herrero García, María José, en *op. cit.*, pág. 846.

(102) Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, y *loc. cit.*

(103) Bien sean las propuestas por los cónyuges y aprobadas judicialmente, bien las adoptadas directamente por el Juez de acuerdo con los términos del artículo 91 y siguientes del Código civil.

(104) Salvo que el Juez opte por mantener o modificar las medidas adoptadas, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 84 del Código civil, al que me refiero más adelante.

conciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto lo ulterior en él resuelto" (105).

E. Reconciliación posterior a la interposición de la demanda de divorcio

La casi exclusiva vía para acceder al divorcio lo constituye el previo cese efectivo de la convivencia conyugal (106). De ahí que el dato de acudir uno o ambos esposos a la acción de divorcio haga presuponer una previa ruptura matrimonial con visos de irremediable, por lo que el reinicio de la relación conyugal en esa tesitura ha de ser considerado, sin duda, como una reconciliación.

El ejercicio de la acción de divorcio significa el inicio del proceso que ha de desembocar finalmente en la disolución del vínculo, momento a partir del cual no cabría ya reconciliación. El hallarse ya en ese trance parece haber llevado al legislador a no admitir la reconciliación tácita, exigiendo, a tenor de lo establecido en el párrafo primero del artículo 88, del Código civil, que la misma sea expresa (107).

A pesar de la dicción legal creo interesante interrogarse acerca de qué eficacia pueda tener una reconciliación tácita posterior al inicio de la acción de divorcio. La respuesta no puede ser unívoca y tajante, ya que si la reconciliación tácita produce inadmisión de la demanda (108), los esposos continuarían con el *status* anterior de separados (109), *status* en el que si tiene eficacia la reconciliación tácita. En cambio, en los otros supuestos en que la reconciliación no tenga repercusión alguna en el procedimiento que seguirá su curso hasta sentencia firme, sí que hay que concluir que la reconciliación tácita habrá carecido de eficacia alguna y, en todo caso, los ya ex-cónyuges para recuperar su estado civil de casados no tendrán otro remedio que el de contraer nuevo matrimonio.

En suma, la reconciliación posterior al inicio de la acción de divorcio debe ser una reconciliación en la que, por imperativo legal, junto a lo que se ha venido en llamar elementos externo e interno, la comunicación al Juzgado se constituye en un dato esencial para su eficacia. Ahora bien, la mención en el Registro Civil estará en función de si ha existido o no una previa separación judicial, o lo que es lo mismo, si existe o no una anterior anotación que haga referencia a la separación, anotación que no podrá darse si, por lo menos, no ha habido

(105) Para Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 485, el resultado típico de la reconciliación posterior a la firmeza de la sentencia de separación, sería únicamente el que figura después de la copulativa "y", esto es, el de dejar sin efecto lo resuelto en el procedimiento.

(106) La única excepción la constituye la causa 5ª del artículo 86 del Código civil.

(107) Como reconciliación expresa, según se ha visto, se entiende aquella en la que se cumple con el requisito de ponerla en conocimiento del juez que entienda del litigio. Así, Puig Ferriol, Luis, en *op. cit.*, pág. 485.

(108) Por ejemplo, por falta de ratificación de los cónyuges de la petición de divorcio, en el plazo de tres días concedidos al efecto. Disposición adicional sexta, número 4 de la Ley 30/1981 de 7 de julio.

(109) De derecho o de hecho, según exista o no previa separación judicial.

una interposición de demanda de separación. Aún sin separación judicial, sería preceptiva la constancia en el Registro Civil de la reconciliación si el cónyuge o cónyuges hubieran instado la anotación de la demanda de divorcio de acuerdo con lo prevenido en el último párrafo del artículo 102 del Código civil.

F. ¿Reconciliación de los divorciados?

La reconciliación, en términos estrictos, no tiene sentido cuando existe ya una sentencia firme de divorcio. En efecto, si se ha establecido como básico que la reconciliación sólo es posible en los supuestos en que el vínculo matrimonial continúa intangible, después del divorcio no existe ya vínculo matrimonial, porque aquél ha significado la disolución del mismo. La reconciliación debe darse siempre entre cónyuges y con divorcio no existen sino ex-cónyuges.

En definitiva, lo anterior es lo que viene en decir el párrafo segundo del artículo 88 del Código civil, aunque utilizando inadecuadamente el término reconciliación, al señalar que "la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre si nuevo matrimonio" (10). Así pues, en terminología estricta, no puede decirse que los divorciados puedan reconciliarse, ya que el restablecimiento de su relación y la vuelta al estado de casados habrá de hacerse por la vía de contraer un nuevo matrimonio.

V. EFECTOS

1. *Consideración previa*

La separación matrimonial supone todo un conjunto de medidas destinadas a regular las relaciones de toda clase entre los cónyuges y entre cada uno de ellos y los hijos comunes. La reconciliación parece ha de dar fin a esta situación retornando los cónyuges a la normalidad matrimonial en idénticas condiciones a las que regían con anterioridad a la ruptura. Ahora bien, esta formulación general viene matizada en distintos aspectos, por lo que resulta conveniente analizar, en particular, los distintos efectos que, contrarios a la separación matrimonial, produce la reanudación de la convivencia.

Por ello, y en un intento de sistematización, se agrupan los distintos efectos en los apartados de relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, relaciones paterno-filiales y otros efectos.

2. *Relaciones personales*

A. Reanudación de la relación matrimonial

(110) Montés, Vicente L., en *op. cit.*, pág. 531, considera superfluo el último inciso de este párrafo, al haber ya señalado con anterioridad que la reconciliación en ningún caso hacía renacer el matrimonio.

La reconciliación supone, según se ha visto, el restablecimiento de la convivencia matrimonial, no sólo en el sentido de reconstitución de un domicilio común, sino también, con reanudación de la *affectio maritalis*.

En este campo, el Código civil entre los efectos de la separación explícita, únicamente, que deberá llevarse a efecto una atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar a uno de los cónyuges (111), lo que significa la disgregación de los esposos que deberán residir en domicilios distintos (112). De ahí que la reconciliación tendrá la virtualidad, de principio, de reconstitución de un domicilio único para ambos cónyuges.

Aunque el Código entre los efectos de la separación haga referencia exclusiva a la disgregación de domicilios, que queda sin efecto por la reconciliación, ésta, supondrá, sin ningún género de dudas, la nueva asunción de todos los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio, que, a nivel legal, figuran enumerados en los artículos 66 a 71 del Código.

B. Presunción de paternidad del marido

Interpretando a *sensu contrario* el artículo 116 del Código civil, el hijo nacido en situación de separación matrimonial después de los trescientos días de haberse producido aquélla no se presumirá concebido por el marido.

Producida la reconciliación de los esposos con la recuperación de la normalidad matrimonial, no parece haya de haber contradicción en que los hijos habidos con posterioridad hayan de presumirse del marido.

En cuanto a la extensión de esta presunción, y aunque el Derecho positivo no se refiera a esta situación, creo de aplicación, por analogía, los términos de los artículos 116 y 117 del Código civil, si bien el momento del inicio del cómputo de los plazos debe ser, obviamente, el de la fecha de la reconciliación.

3. Relaciones patrimoniales

A. Contribución a las cargas del matrimonio y alimentos

La situación creada por la ruptura de la convivencia de los hijos con ambos progenitores y la organización de la guarda de aquéllos con uno de éstos hace inevitable, según apunta Rivero Hernández, una adaptación y reorganización de la obligación alimenticia que compete a los padres en relación a sus hijos. Esta adaptación se concretará, normalmente, en una contribución económica a cargo del progenitor privado de la guarda de los hijos, ya que al quedar éstos con el

(111) En este sentido se pronuncian los artículos, 90.B), 91 y 96 del Código civil.

(112) Excepto los supuestos de reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio a que alude el artículo 87 del Código civil.

otro, el guardador contribuye en forma directa y más personal (113).

Ahora bien, si esta contribución tiene como fundamento la ruptura de la convivencia entre ambos progenitores y los hijos, la reanudación de una convivencia conjunta parece claro habrá de dejar sin efecto las medidas adoptadas en este sentido, retornando al régimen general de contribución a las cargas del matrimonio por parte de los cónyuges (114).

B. Régimen económico matrimonial

El artículo 95 del Código señala taxativamente que “la sentencia firme (de separación, nulidad o divorcio) producirá, respecto a los bienes, la disolución del régimen económico matrimonial”, pronunciándose en idéntico sentido el apartado D) del artículo 90 cuando prescribe que en el convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio los cónyuges deberán contemplar “la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio”.

Además, el propio Código cuida de regular en forma detallada y casi minuciosa todo el conjunto de operaciones que deberán llevarse a cabo para hacer efectiva la disolución, tanto en lo referente a matrimonios sometidos al régimen de sociedad de gananciales (115), como al de participación (116).

La reconciliación de los cónyuges, a diferencia de lo que sucede en otros aspectos, no supone, en el campo del régimen económico, el retorno automático a la situación existente con anterioridad a la ruptura de la convivencia, sino que el matrimonio reconciliado deberá regirse por el sistema de separación de bienes. Así hay que entender el artículo 1.443 del Código civil cuando establece: “La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubieran motivado”.

Para el regreso al régimen económico matrimonial anterior a la separación, será preciso el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en tal sentido, haciendo constar expresamente en las mismas “los bienes que cada uno aporte de nuevo, y se considerarán éstos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación”, según dicción literal del artículo 1.444 del propio Código.

Obvio es decir que lo anterior hace referencia a matrimonios que, con anterioridad a la separación matrimonial, estuvieran sujetos al régimen de sociedad

(113) Rivero Hernández, Francisco, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, cit., pág. 670.

(114) Régimen que, básicamente, figura especificado en los artículos 1.318, 1.362-1^o y 1.438 del Código civil.

(115) A este tema dedica el Código civil los artículos 1.392 a 1.410.

(116) Su regulación figura en los artículos 1.415 a 1.428 del Código civil.

de gananciales o al de participación, pero sin incidencia en aquéllos cuyo régimen legal o pactado en capitulaciones matrimoniales fuera el de separación de bienes.

C. Pensión compensatoria

La reforma del Código civil de 7 de julio de 1981, introdujo en el Derecho español lo que se ha venido en llamar pensión compensatoria y que está configurada en términos innovatorios y como distinta de la deuda de alimentos y cargas del matrimonio y su cuantía entra en relación a las circunstancias que se establecen en el artículo 97, y siempre que la situación, en nuestro caso, de separación matrimonial produzca desequilibrio económico entre los cónyuges.

Esta asignación económica ha de entenderse extinguida por la reconciliación de los cónyuges. Como base legal se puede aducir el artículo 101 del Código al señalar que "el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó". Sin duda, causa fundamental y originaria de la pensión es la separación matrimonial, junto al desequilibrio económico de los cónyuges, y al poner la reconciliación fin a la situación de separación, por acto reflejo, deberá quedar sin virtualidad la referida pensión.

D. La facultad de desheredación

Parece que, en la actualidad, y a pesar de las reformas del Derecho de familia operadas en el año 1981, la separación legal no altera el régimen de la cuota forzosa del cónyuge viudo no culpable, según lo previsto en los no derogados artículos 834 y 835 del Código civil (117). Ahora bien, siguen funcionando como causas de desheredación las establecidas en el artículo 855 del Código civil que, en definitiva, se traducen en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares, siempre que a ello se le una la no convivencia de los esposos bajo el mismo techo.

Hay que resaltar, sin embargo, que, por vía directa, en el último inciso de la causa 4ª del citado artículo 855 se establece ya que la desheredación tendrá efectividad "si no hubiere mediado reconciliación", esto es, el haber atentado contra la vida del cónyuge testador se constituye en justa causa para desheredar a la comparte, sólo en aquellos casos en que con posterioridad no haya existido reconciliación entre los esposos.

El artículo 856 del propio Código con un sentido más amplio (118) y abar-

(117) Lacruz Berdejo, José Luis, en *op. cit.*, pág. 476, se pronuncia en esta línea.

(118) Digo que tiene un sentido más amplio, porque el artículo 856 no se refiere exclusivamente a la reconciliación entre cónyuges a la que alude la causa 4ª del artículo 855 y que es la reconciliación de la que se trata en el presente trabajo, sino que engloba también a la reconciliación que puede darse entre ascendientes y descendientes que hubieren hecho uso de la facultad de desheredar que les atribuye los artículos 853 y 854 del propio Código.

cando, sin duda, al supuesto anterior (119) señala que "la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar y deja sin efecto la desheredación ya hecha" refiriéndose así tanto a la reconciliación posterior a haberse dado la causa de desheredación, pero anterior a su formalización, perdiendo el testador el derecho a desheredar, como a la reconciliación posterior a la desheredación que dejará a ésta sin efecto (120).

La doctrina que se ha ocupado directamente de esta normativa relativa a la desheredación insiste en destacar el carácter bilateral de la reconciliación al aludir a que ésta ha de darse entre "ofensor y ofendido", diferenciándola del perdón y de la remisión (121), siendo en esta línea muy expresivas las palabras de Manresa al decir que "ante la proximidad de la muerte se extinguen los odios, se apagan las pasiones, se desvanecen los resentimientos y raro será el caso en que el moribundo no conceda su perdón a todos los que le ofendieron. Mas este perdón general no basta para los efectos de los que se trata; ha de referirse expresa y concretamente a la persona del ofensor, aceptándolo éste, de suerte que medie verdadera reconciliación entre ofensor y ofendido" (122). En este sentido, sólo se incluye en el ámbito del artículo 856 y, por tanto, se equipara a la reconciliación, el perdón expreso o tácito, solemne o no solemne, si es especial y concreto al hecho que produjo la causa de desheredación (123).

Otro dato a destacar es que a pesar de la dicción del Código que habla de ofensor y ofendido, lo que en sentido literal, haría considerar como ofendido al que ha recibido las ofensas, la doctrina, de forma unánime, ha interpretado que la reconciliación ha de darse entre ofensor y desheredante (124). Si bien, una excepción a este criterio interpretativo lo constituye lo dispuesto en la causa 3ª del artículo 854, ya que la reconciliación que éste prevé expresamente en su últi-

(119) Por eso, se ha hablado de que el último inciso de la causa 4ª del artículo 855 sería una declaración enteramente innecesaria, resultando una repetición inútil y molesta. Así, Mucius Scaevola, Quintus, *Código Civil Comentado y Concordado*, 4ª edición, revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, Madrid, 1944, pág. 1.051. También, Vallet de Goytisolo, Juan, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, 2ª edición, dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1982, pág. 579, habla de que este inciso resulta redundante.

(120) Vallet de Goytisolo, Juan, en *op. cit.*, pág. 581.

(121) Muy interesante para diferenciación, Vallet de Goytisolo, Juan, *El apartamiento y la desheredación*, en "Anuario de Derecho Civil", Tomo XXI, 1968, especialmente, págs. 56-58.

(122) Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VI, Vol. II, 8ª edición, revisada y puesta al día por Luis Martínez Calcerada, Madrid, 1973, pág. 241.

(123) Vallet de Goytisolo, Juan, en *op. cit. ult.*, pág. 57.

(124) *Vid., ad exemplum*, Mucius Scaevola, Quintus, en *op. cit.*, pág. 1.054; Lacruz Berdejo, José Luis - Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, pág. 530; Manresa y Navarro, José María, en *op. cit.*, pág. 241; Vallet de Goytisolo, Juan, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, cit.*, pág. 581.

mo inciso no se refiere a la habida entre desheredante y desheredado, sino entre éste y su cónyuge (125). Así pues, para el supuesto de desheredación del padre o madre por uno de sus hijos por haber atentado un progenitor contra la vida del otro, el Código concede valor remisivo a la reconciliación entre los esposos, en este caso concreto, los padres del testador (126). De ahí que Vallet de Goytisolo haya podido decir que en la desheredación de un ascendiente por uno de sus descendientes, hay dos posibles reconciliaciones que excluirían la eficacia de la desheredación: una entre el cónyuge y el hijo desheredante (art. 856) y otra, entre ambos cónyuges (art. 854, n 3ª) (127).

El párrafo final del artículo 855 del Código civil al establecer que "Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo", ha hecho interrogarse a la doctrina acerca de si la reconciliación resulta del solo hecho de vivir desheredante y desheredado bajo un mismo techo (128). Creo que en el caso de reconciliación entre cónyuges se debe mantener el criterio ya expresado con anterioridad en el sentido de que el hecho físico de vivir los esposos en un domicilio común opera a modo de presunción de la existencia de la voluntad interna de reconstitución de la comunidad conyugal, presunción que, por otro lado y sin duda alguna, admite prueba en contrario. Idéntica tesis mantiene Vallet de Goytisolo al decir que "tratándose de cónyuges, el hecho material de su convivencia bajo un mismo techo constituye una presunción, que sólo cede ante prueba en contrario, de la reanudación de la comunidad de vida", sin embargo, en los otros casos, esto es, reconciliación entre ascendiente y descendientes "la convivencia bajo un mismo techo no excusa al desheredado de la prueba de la reconciliación y sólo es un dato a valorar, pero insuficiente por sí solo para lograr la prueba de que la ha habido" (129).

4. Relaciones paterno-filiales

A. Guarda y custodia de los hijos

En principio las medidas adoptadas en relación a los hijos en el trámite de separación matrimonial y que habrán de referirse, básicamente, a la guarda y custodia de los hijos y al régimen de comunicación de los mismos con el progenitor que no viva con ellos (130), parece que pierden todo sentido y finalidad después de la reconciliación (131).

(125) Textualmente, Vallet de Goytisolo, Juan, en *El apartamento y la desheredación*, cit., pág. 54.

(126) Lacruz Berdejo, José Luis - Sancho Rebullida, Francisco de Asís, en *op. cit.*, pág. 530.

(127) Vallet de Goytisolo, Juan, en *op. cit. ult.*, pág. 54.

(128) *Ibid.*, en *op. cit. y loc. cit.*

(129) *Ibid.*, pág. 54-55.

(130) Es fundamental para el régimen de comunicación entre padres e hijos en las situaciones de separación matrimonial la obra dirigida por Viladrich, Pedro-Juan, *El derecho de visita de los menores en las crisis matrimoniales. Teoría y praxis*, Pamplona, 1982.

(131) Doral García, José Antonio, en *op. cit.*, pág. 545.

El Código civil, sin embargo, se muestra muy cauto en este aspecto y así, el párrafo segundo del artículo 84 autoriza a que "mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique".

El referido precepto, no cabe duda, está dirigido a tutelar el superior interés de los hijos y el juez, tomando en consideración todas las circunstancias de la situación familiar de los menores, deberá decidir en un sentido u otro y dictar las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas (132).

B. Patria potestad

En los supuestos de separación matrimonial es de aplicación lo establecido en el último párrafo del artículo 156 del Código civil en materia de patria potestad, esto es, ésta se ejerce por aquél de los padres con el que los hijos convivan.

La reconciliación que, según se ha visto, supone la reanudación de la comunidad de vida, dejará sin efecto el ejercicio individual de la patria potestad, para reanudarse el ejercicio conjunto por ambos padres de la patria potestad sobre los menores, con sujeción a las normas generales en relación a esta institución (133).

5. Otros efectos

A. Interrupción del cómputo del plazo a efectos de divorcio

El divorcio, afirma Alonso Pérez, se asienta en el dato fáctico de haber cesado la convivencia o haber desaparecido, con mayor o menor esperanza de reanudación la vida en común de los esposos (134). En base a este dato real u objetivo con sólo esperar el transcurso de los plazos marcado por la Ley (135) se encuentran los esposos en vías de acudir al divorcio.

El paso del tiempo es, pues, junto a la ruptura de la convivencia de los esposos, el dato fundamental para acceder al divorcio. La reconciliación tendrá la virtualidad de suponer, no sólo un obstáculo para que se pueda dar lugar al divorcio, sino que además acarreará la ineficacia del tiempo pasado, anulará el tiempo transcurrido, debiendo, en todo caso, comenzar la cuenta de nuevo, en el momento en que se procediera por parte de los cónyuges a un nuevo cese de la convivencia, y se pretendiera acceder al divorcio.

En tal sentido creo han de interpretarse las expresiones del artículo 84 del

(132) Fosar Benlloch, Enrique, en *op. cit.*, pág. 96.

(133) Artículos 154 a 161 del Código civil.

(134) Alonso Pérez, Mariano, en *op. cit.*, pág. 557.

(135) En el artículo 86 del Código civil, especialmente causas 1º a 4º.

Código cuando preceptúa que “la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto” y del artículo 88 al explicitar que “la acción de divorcio se extingue... por su (de los cónyuges) reconciliación”.

También apoya esta tesis la insistencia del artículo 86 al remarcar que el cese efectivo de la convivencia para acceder al divorcio debe ser por tiempo “ininterrumpido” para cada uno de los plazos a que se refiere. Así, ha podido decir Sancho Rebullida que “si se produce interrupción (incluso después de haber superado la respectiva duración establecida en la ley) por la reconciliación —aunque sea transitoria y no homologada judicialmente— de los cónyuges, y aunque cese de nuevo la convivencia de los mismos, volverá a iniciarse el cómputo del respectivo plazo legal” (136).

B. Los hechos que sirvieron de base para la separación reconciliada no pueden utilizarse para una nueva separación

Si en toda reconciliación, sobre todo aquéllas que siguen a una demanda de separación de tipo contencioso, parece latir la idea de perdón, ésta afluye más, si cabe, a la hora de decidir si los hechos que sirvieron de base para una primera separación, con reconciliación posterior, podrán fundamentar o no una demanda de separación.

La cuestión planteada que no aparece resuelta en el Derecho español, si se contempla en el Derecho francés, para el que la reconciliación de los esposos producida después de los hechos alegados impide invocarlos de nuevo como causa de divorcio (137). Idéntica postura parece adoptar la doctrina y jurisprudencia italianas, cuando admiten que la reconciliación priva a los hechos ya alegados anteriormente de su eficiencia causal para una nueva separación (138).

Ahora bien, ello no significa privar de toda eficiencia a los hechos que sirvieron de fundamento a la separación reconciliada, sino que éstos como señala Groslière, podrían ser invocados de nuevo en una sucesiva instancia si son reanimados por actuaciones posteriores (139), sirviendo de apoyo para éstos (140).

Esta postura de los ordenamientos francés e italiano, pienso pueden trasladarse, sin dificultad alguna a nuestro sistema, y admitir, por tanto, que los hechos que se alegaron como causa para una separación matrimonial, con posterior reconciliación de los cónyuges, puede tener como única virtualidad la de

(130) Lacruz Berdejo, José Luis - Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, *Derecho de Familia*, cit., pág. 241.

(137) Artículo 244 del *Code civil*.

(138) Azzolina, Umberto, en *op. cit.*, pág. 280.

(139) Groslière, Jean Claude, *La réforme du divorce. Loi du 11 juillet 1975 et décret d'application du 5 décembre 1975*, Toulouse, 1976, pág. 85.

(140) Massip, Jacques, en *op. cit.*, pág. 56.

arrojar luz sobre posteriores hechos en los que se base una nueva demanda de separación, pero no servir de fundamento exclusivo de la misma.

V. DERECHO TRANSITORIO

1. *En general*

La sustitución de unas normas por otras que contemplen ambas el mismo tipo de relaciones jurídicas, como ha ocurrido con las reformas llevadas a cabo en 1981 en sede de Derecho de familia, plantea de inmediato, el tema de la conjugación entre la normativa derogada y la nueva, sobre todo, en orden a la regulación de las instituciones a las que una y otra han hecho y hacen referencia. Se trata, según apunta Montés (141), de determinar cuál de las dos leyes, la antigua o la nueva, ha de regular los actos o las situaciones realizadas o nacidas bajo el imperio de la antigua ley y que subsisten al entrar en vigor la nueva ley.

Sabido es que esta materia está informada por el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, plasmado en el artículo 2.3 del Código civil, al señalar éste que "las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no disponen lo contrario" (142). Por lo mismo, sólo cabrá defender la retroactividad de una norma o conjunto normativo cuando tal carácter se le haya atribuido. Ahora bien, la doctrina, aún dentro del campo de la retroactividad, habla de la posibilidad de una gradación y así, se refiere a una retroactividad de grado máximo cuando la nueva ley se aplica a la misma relación jurídica básica y a sus efectos, sin tener en cuenta que aquélla fuera creada o éstos ejecutados bajo el imperio de la ley anterior; se daría una retroactividad en grado medio en los supuestos de aplicación de la nueva ley a efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada, pero sólo en cuanto han de ejecutarse después de la vigencia de la nueva ley; y, por último, retroactividad de grado mínimo en el caso de que la nueva ley se aplicara a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación anterior, pero sólo a los efectos después de estar vigente la nueva ley (143).

De todos modos, el carácter retroactivo de las nuevas leyes y su alcance se resuelve, normalmente, a través de las llamadas disposiciones transitorias, también llamadas de Derecho intemporal o de colisión de leyes en el tiempo (144), cuyo objeto residirá en regular las relaciones jurídicas cuya existencia se extien-

(141) Montés, V. L., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, cit., vol. II, pág. 2.012.

(142) También la Constitución Española parece acogerse a tal principio, cuando en el artículo 9.3 dice textualmente: "La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...".

(143) De Castro y Bravo, Federico, *Derecho Civil de España*; Tomo I, Valladolid, 1942, págs. 558-559.

(144) García Vaidecasas, Guillermo, *Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes*, en "Anuario de Derecho Civil", Tomo XIX, 1966, pag. 46.

da a los periodos de vigencia de ambas legislaciones. De ahí, que para centrar el tema a nuestra institución sea preciso el acudir a las disposiciones transitorias que acompañaron a las reformas del Derecho de familia y, en especial, a las de la Ley de 7 de julio de 1981 dentro de la cual hay que incardinar el instituto de la reconciliación.

2. La disposición transitoria 2ª de la Ley 30/1981

De las dos disposiciones transitorias que siguen a la llamada "ley de divorcio" (145) la primera contempla de forma exclusiva el alcance que hay que atribuir a las sentencias de divorcio pronunciadas al amparo de la ley de 2 de marzo de 1932. En cambio, la segunda, al establecer en su párrafo primero que "los hechos que hubieren tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que les reconocen los capítulos VI, VII y VIII del Título IV del Libro primero del Código civil", parece claro que puede incluir en su ámbito a la reconciliación, al estar los artículos 84 y 88, referidos a esta institución, situados sistemáticamente en los capítulos VII y VIII, respectivamente, del citado Título y Libro. Es más la utilización del término "hechos" aludiendo a sucesos o eventos de realización instantánea que surgen y se agotan en un breve espacio de tiempo, mientras que la palabra "situaciones" se referiría a estados o formas de comportamiento de tracto sucesivo que permanecen durante un periodo de tiempo más o menos dilatado, la reconciliación tiene perfecta cabida entre las posibles situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (146).

Visto lo anterior, se trata ahora de determinar si el repetido párrafo primero de la disposición transitoria 2ª de la Ley 30/1981 supone o no una derogación y en qué grado del principio general de irretroactividad de las normas jurídicas contenido en el artículo 2.3 del Código civil. En este aspecto, es pacífico entre la doctrina el considerar que el citado precepto se acoge a la retroactividad de grado máximo (147).

Ahora bien, ¿cuál es la significación que habrá que dar a esa retroactividad en sede concreta de reconciliación? La respuesta a este interrogante ha de ser la de considerar que toda reconciliación operada con anterioridad a la tan citada Ley producirá los mismos efectos que aquí le hemos atribuido en relación a su regulación actual (148). Si la reconciliación fue puesta en conocimiento del Tri-

(145) Terminología muy usada por los autores. Así, entre otros, Lacruz Berdejo, José Luis, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, cit., pág. 11. También, García Varela, Ramón, González Poveda, Pedro, López Muñoz Goñi, Miguel y Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, *La ley de divorcio. Experiencias de su aplicación*, Madrid, 1982.

(146) Fosar Benloch; Enrique, en *Estudios de Derecho de familia*, Tomo II, vol. 1º, cit., pág. 588.

(147) Así, Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, en *op. cit.*, pág. 122; Fosar Benloch, Enrique, en *op. cit.*, pag. 586.

(148) Especificados en el Título anterior.

bunal que entendió del litigio (149), este dato operaría a modo de elemento probatorio cualificado y si, además, se instó su inscripción en el Registro Civil a través del correspondiente procedimiento de ejecución (150) se considerará a la misma con eficacia frente a terceros.

Cuestión distinta, pero conexa a la precedente lo constituyen las reconciliaciones de cónyuges separados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, pero efectivamente producidas con posterioridad a ésta. El punto central de esta posible situación lo constituye, en mi opinión, la interpretación y alcance que hay que asignar al último inciso del párrafo primero del artículo 84 del Código civil, cuando señala que "los cónyuges deberán poner aquélla (la reconciliación) en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio", términos éstos que, puestos en relación con la regulación anterior, originan las siguientes posibilidades:

a) Separación canónica ejecutada por vía civil

Si la separación matrimonial se produce antes de la entrada en vigor del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos (151), tramitándose por el correspondiente procedimiento canónico, para luego instar su eficacia civil en base a los derogados artículos 80 y 82 del Código civil, existirán, de hecho, dos jueces que habrán intervenido en la resolución del litigio, esto es, el juez o Tribunal eclesiásticos y el Juzgado de la jurisdicción civil ordinaria. ¿A cuál de ellos hay que entender referido el requisito de "poner en conocimiento"? Cabe, sin duda, la interpretación de que, en realidad, el juez que ha entendido del litigio ha sido el correspondiente de la jurisdicción eclesiástica y que es a éste al que se notificará la reconciliación para, luego, a su vez, a semejanza de lo que ya se dio en la separación matrimonial, instar ante la jurisdicción civil ordinaria y en los propios autos a través de los que se ejecutó la sentencia canónica la eficacia civil e inscripción en el Registro de la reconciliación. Interpretación distinta, pero perfectamente admisible, sería, asimismo, la de considerar que el juez ante el que se produjo la ejecución de la Sentencia canónica de separación matrimonial "entendió" también del litigio y, por lo mismo, se cumple con el requisito establecido en el artículo 84 del Código civil notificando la reconciliación exclusivamente a éste, quien directamente, además, es competente para acordar la inscripción en el Registro Civil.

b) Separación matrimonial exclusivamente canónica

No cabe duda de que en este supuesto el único juez que ha entendido del litigio ha sido el eclesiástico y, por tanto, la única interpretación posible es la

(149) De acuerdo con los términos del derogado artículo 74 del Código civil.

(150) Normalmente, se trataría de ejecuciones de resoluciones eclesiásticas con eficacia civil, vía antiguo artículo 82 del Código.

(151) Acuerdo de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre (BOE de 15 de diciembre).

de que la comunicación de la reconciliación ha de llevarse a cabo, en todo caso, por la oportuna vía canónica.

Ahora bien, una reconciliación de tal clase al no trascender a la esfera jurídico-civil, hay que incardinarla entre los supuestos de reconciliación con separación de hecho, operando la notificación por vía canónica como un dato probatorio de la existencia de aquélla.

c) Separación por vía ordinaria

En las separaciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos y tramitadas de acuerdo con el procedimiento que se estableció por el Real Decreto-Ley 22/79 de 29 de diciembre y por la Ley 78/80 de 26 de diciembre (132) no presentan especialidad alguna, ya que la reconciliación deberá notificarse al mismo juez que por la vía ordinaria civil conoció el tema de la separación matrimonial.

(152) Y aún tramitadas con anterioridad para los supuestos de matrimonio exclusivamente civil contraído por los que no profesaban la religión católica.

PERSONALITAT JURIDICA I ORGANITZACIÓ DE L'EMPRESA (Assaig d'una proposta de política legislativa)

ANTONI FONT I RIBAS

O. INTRODUCCIÓ

En haver acceptat la responsabilitat d'aquesta ponència no em proposo pas d'entrar en el detall de la gran multiplicitat de qüestions que presenta la problemàtica conceptual de les formes societàries i del seu règim jurídic. Em limitaré tan sols a exposar les línies o coordenades bàsiques en el context de les quals hauria de situar-se aquesta problemàtica, amb una finalitat ordenadora i sistemàtica. La correcta solució dels problemes concrets, de cara a una possible reforma de l'ordenació societària, dependrà, però, en bona mesura, de l'encert i de la cura que hom hagi tingut a endreçar els materials amb els quals cal treballar. Ben cert que en aquesta tasca hi influiran valoracions de política jurídica a les quals el legislador no hi és pas ni de bon tros estrany. Però l'èxit o el fracàs de la tasca legislativa cal no imputar-los íntegrament a una determinada valoració ideològica, sino també a l'elecció d'uns instruments que cal esmolat i afinar abans d'encarar-los amb la feina.

Segons el meu parer, el panorama jurídic de les societats comercials presenta tres grans nuclis de qüestions, la solució de les quals emmarca el tractament general de la problemàtica: (i) una primera qüestió de delimitació de les relacions entre la societat anomenada civil i les diverses formes de societats comercials; (ii) una segona, derivada de l'anterior que demana el correcte emmarcat conceptual entre empresa i societat a fi i efecte d'establir-ne el marc organitzatiu adequat; i (iii) un darrer problema que juga un gran paper en aquest catàleg de temes, que es el que fa referència a la limitació de responsabilitat, el seu fonament i la seva funció.

Per al tractament d'aquestes qüestions són molts els criteris que es poden fer servir i, en principi, cap no n'és pas de rebutjable des d'un punt de vista metodològic. Personalment més m'estimo de seguir, però, un criteri que *a priori*

sembli segur i fructífer. L'elecció de la personalitat jurídica —o potser millor, de la subjectivització jurídica— no és pas arbitrària. La reglamentació andorranca de les societats comercials n'ha fet —de forma que ja des d'ara gosaria a qualificar de desencertada— el criteri ordenador i de distinció respecte de la societat civil.

El legislador andorrà, però, no és pas del tot responsable d'aquesta situació. L'error ve de lluny i arrenca ja de la codificació. En la codificació comercial es fonen en un mateix motllo materials heterogenis i de diversa procedència: d'una banda la *societat*, el prototipus de la qual és la societat general de comerciants —avui identificable amb la societat col·lectiva—; i de l'altra, la *corporació*, procedent del dret públic, prototipus de la qual n'és la societat per accions o societat anònima. La fusió en un mateix motllo d'estructures organitzatives diverses té importants conseqüències: primerament, la ruptura de la unitat del tipus contractual —paradoxalment—, el qual admet progressivament múltiples variants (les unes heretades de la pràctica comercial anterior a la codificació, com la societat comanditària, simple modificació de règim de la societat general, i el compte en participació; les altres, fruit de l'evolució de les necessitats d'una economia en expansió com la societat de responsabilitat limitada o els consorcis econòmics, o de fenòmens reactius d'aquesta expansió, com és el cas de la cooperativa i de l'associació mútua d'assegurances.

En segon lloc, l'extensió —per bé que tardana— de la personalitat jurídica a totes les formes societàries fa que s'utilitzi com a criteri ordenador un element que de per si és exclouent d'algunes formes d'organització.

Sistemàticament és o pot ser correcte agrupar sota el mateix concepte estructures organitzatives que ténen en comú el fet d'ésser agrupacions de persones i en aquesta línia és possible de definir la societat (en sentit ampli) com a organització de persones la finalitat de la qual és la promoció d'un interès col·lectiu comú. Però en la mesura que aquestes formes agrupatives disposen —o millor, poden disposar— d'un patrimoni per a l'assoliment dels seus fins, cal primer ordenar la forma i l'exercici de la titularitat col·lectiva. I a tal fi, el dret només coneix dos instruments: (i) la comunitat (en les seves dues variants: per quotes i en ma comuna) i (ii) la persona jurídica. Cal doncs, tenir ben present les dues línies per on discorre la problemàtica: l'una, la regulació de les relacions personals entre els individus (exercici recíproc de drets i accions) i l'altra, la regulació de les relacions patrimonials. La societat (en sentit ampli) té per missió el primer nivell de la problemàtica. Al segon s'hi arriba només mitjançant la tècnica de la comunitat o, alternativament de la persona jurídica. L'extensió de la personalitat jurídica a qualsevol forma o figura societària actua precisament en aquest segon nivell de la problemàtica i és, per tant, incompatible amb l'existència d'una regulació de les relacions patrimonials en règim de comunitat perquè comunitat i persona jurídica són exclouents entre si. Tècnicament, és doncs, incorrecte, atorgar personalitat a aquelles formes organitzatives que com la societat (en sentit estricte) civil o comercial organitzen les seves relacions patrimonials sota el règim de la comunitat.

Aquestes dues grans conseqüències de la regulació sistemàtica de la codificació tenen el seu apèndix —cadascuna per la seva banda— en dues subconseqüències d'efectes molt importants de cara al discurs que anem a mantenir.

La ruptura de la unitat del tipus contractual i la fusió d'elements heterogenis en un mateix criteri ordenador determina, a més a més de l'aparició d'una multitud de formes societàries admeses pel legislador com a formes "típiques", la neutralitat o "desnaturalització" de les figures inicialment pensades per a l'assoliment d'unes finalitats determinades. La conseqüència immediata n'és la intercanviabilitat de les estructures organitzatives i la necessitat de cercar criteris per tal d'ordenar de nou aquesta matèria. En principi, els criteris de classificació sistemàtica poden ser: (i) el de l'estructura organitzativa de l'ens associatiu, (ii) el de la posició de l'individu en aquest esquema, (iii) el de l'organització de les relacions patrimonials, (iv) la qüestió de la responsabilitat pels deutes socials, i (v) l'objecte econòmic de l'activitat col·lectiva. Però cal tenir present que cap d'aquests criteris és suficient per ell sol; que cap n'és la conseqüència immediata de l'altre; que no s'exclouen recíprocament i que, per tant, la possibilitat de combinacions és múltiple i variada (vegeu una síntesi en el quadre que s'adjunta).

Atesa, però, aquesta gran diversitat de criteris de classificació i per tal de posar ordre a aquest garbuig de formes societàries que no responen d'antuvi a una connexió funcional vers l'assoliment d'una determinada finalitat, s'imposa retornar als orígens i veure dins de quines categories es pot reconduir aquesta gran diversitat de formes, per tal de poder-ne destil·lar els trets essencials, a partir dels quals és possible connectar un règim determinat. Segons el meu parer, només dues són les categories bàsiques: la societat (en sentit estRICTE) i la corporació. Ambdues responen a models d'organització de les relacions personals i patrimonials radicalment diferents. Però la intercanviabilitat de les estructures que ha dut com a conseqüència la fusió codificadora ha produït una relació de doble sentit en les dues esferes organitzatives: extensió de la doctrina societària (privatització) a les corporacions i generalització de la doctrina de la personificació a les societats (publificació).

QUADRE nº 1

I. Criteri de classificació: organització corporativa o no de l'ens associatiu

SOCIETAT (en sentit ampli)

ASSOCIACIÓ

Associacions registrades
Associacions no registrades
Consortis econòmics
Societat anònima
Societat de responsabilitat limitada
Cooperativa
Mútua
Compte en participació

SOCIETAT (en sentit estricte)

Societat civil
Societat col·lectiva
Societat comanditària simple
Compte en participació

II. Criteri de classificació: vinculació patrimonial

SOCIETAT (en sentit ampli)

societat externa

Persona jurídica

Associació registrada
Consorti econòmic
Societat anònima
Societat comanditària per accions
Societat de responsabilitat limitada
Cooperativa
Mútua d'assegurances

No persona jurídica

amb patrimoni comunitari

societat civil
societat col·lectiva
societat comanditària simple
associació no registrada

societat interna (sense objecte exterior)

sense vinculació patrimonial

compte en participació

III. *Criteri de classificació: en relació amb l'objecte i, mediatament, segons la posició que ocupa l'individu amb respecte del grup*

SOCIETAT (en sentit ampli)

Amb objecte econòmic		Sense objecte econòmic	
Societats de persones (en sentit ampli)		Societats de capitals	
Societats de persones (en sentit estricte)		Societat anònima	
Societat col·lectiva		Societat comanditària per accions	
Societat comanditària		Societat de responsabilitat limitada	
Compte en participació			
Associacions personals (estructura corporativa)			Societat civil
Consortis econòmics			Associació no registrada
Cooperativa			Associació registrada
Mútua			
Compte en participació			

La segona subconseqüència que es deriva d'aquest plantejament és evident: l'extensió i generalització de doctrines que operen en camps diversos d'organització no pot fer-se sense resistència i d'ací que el grau de subjectivització (autonomia) assolit per les formes societàries sigui divers en cadascuna d'elles, de forma que hom pot parlar tranquilament d'una gradació en l'escala de subjectivització. Aquest ha d'ésser precisament el fil conductor de la nostra exposició i que hem d'acceptar com a tesi central al voltant de la qual cal resoldre els diferents problemes d'organització i de règim de les formes societàries.

0.1. *Les relacions entre societat civil i societats comercials*

L'elecció de la personalitat jurídica com a criteri diferenciador entre societat civil i societat comercial és una decisió (desencertada) de política legislativa els fonaments de la qual tenen els seus arrels en la constitució econòmica. Em sembla que no vaig errat de comptes si penso que darrera d'aquesta decisió s'amaga el desig de reservar només determinades formes per a l'exercici d'una activitat empresarial i vedar-ne el seu accés a unes altres. Per tant, el problema és, en primer terme, l'exercici empresarial d'una activitat econòmica. I aquest és, tècnicament, el punt de vista correcte d'abordar la qüestió. Una ullada a la reglamentació de societats andorrana i, si cal també, al dret comparat, ens podrà convèncer fàcilment que el criteri que ha de delimitar l'àmbit d'aplicació de la normativa no és la personalitat jurídica sino el caràcter econòmic empresarial de l'activitat desenvolupada per l'ens associatiu (objecte).

A Andorra hom s'assubjecta encara a l'antiga idea anterior a la codificació que la societat col·lectiva és la *societat general de comerciants*. Això vol dir, d'una banda, que la societat col·lectiva no és més que l'aplicació en el sector que podriem anomenar comercial (delimitat per la participació en el mercat d'una unitat productiva o de serveis organitzada) de la categoria general societat (en sentit estricte) o, si es vol, de la societat civil. L'aplicació d'aquesta estructura en el sector del tràfic econòmic empresarial comporta la modificació de dues regles importants: l'administració i la responsabilitat, però la resta del règim jurídic roman invariable. Per tant, la contraposició lògica, des d'un punt de vista estructural, no pot se pas societat civil/societat comercial (col·lectiva), sino societat, corporació i és per d'entre aquests dos cossos per on hauria de passar la línia divisòria de la personalitat. Fer-la passar entre societats amb objecte econòmic i amb objecte no econòmic, a més de ser tècnicament incorrecte, no assoleix els resultats que hom pretén d'abastar des d'un punt de vista constitucional econòmic.

I això és així perquè atesa la intercanviabilitat funcional de les estructures societàries és possible de dedicar —i la praxi societària del dret comparat així ho demostra— estructures jurídic-societàries inicialment pensades per a l'exploatació d'una activitat econòmica a activitats que no tinguin ni gens ni mica de relació amb l'exercici professional d'aquesta activitat (p. ex., societats anònimes per a la promoció de la cultura) o bé a l'inrevés: el supòsit actual de la realitat andorrana d'utilització de la societat civil particular amb clàusula fiduciària per a l'exercici de l'activitat empresarial.

Si acceptem que la societat col·lectiva és la societat civil aplicada al sector comercial, tal i com l'hem definida abans, caldrà, en primer terme, que ens preguntem per la funcionalitat d'aquesta aplicació. La resposta crec que és ben senzilla: el sotmetiment de l'exercici de l'activitat empresarial a un sistema més eficaç d'administració i garanties que el que subministra el règim general de la societat (en sentit estricte). El mecanisme de la responsabilitat il·limitada i solidària dels socis pels deutes "socials" (millor dit, col·lectius) és del tot imprescindible

ble en un moment històric que desconeix el mercat de garanties. La responsabilitat il·limitada i solidària és l'únic instrument que fa possible en aquest moment la garantia del crèdit. És per això que l'exercici col·lectiu d'una activitat econòmica professional organitzada exigeix el sotmetiment a una regla especial. I aquesta regla, precisament pel seu caràcter excepcional té la funció de servir de règim general a totes les manifestacions associatives que es produeixen en el sector econòmic delimitat per la participació autonòmo-privada en el mercat.

Això vol dir que si es "personifica" la societat col·lectiva, tot s'omentent-se en el règim de personificació al mateix sistema de concessió que les corporacions —tal i com ho fa la reglamentació andorrana—, aquesta deixa d'ésser el règim general de la societat en el camp comercial i, per tant, els fenòmens associatius que es desviïn dels models personificats caldrà sotmetre'ls al règim general-general —el de la societat (en sentit estricte)— amb la conseqüència de fer entrar en vigència —pel què fa a les qüestions no regulades en el pacte o contracte social— unes normes —puix que no n'hi ha d'altres— sobre administració i responsabilitat que històricament ja s'han mostrat força inconvenients.

Voler sancionar amb la nul·litat aquesta fugida és utòpic i il·lusori. Els efectes *ex tunc* de la nul·litat d'una societat perjudiquen no tan sols els propis socis, sinó també els creditors que s'ha volgut protegir. La norma és antieconòmica: destrueix més riquesa de la que crea el resultat afagit del producte de l'activitat econòmica, deduïts els possibles danys i, a més a més, té uns costos elevadíssims (pensem en el cost que suposa tornar les coses a l'estat anterior de la sanció de nul·litat). D'altra banda no evita que es continui utilitzant la forma de la societat civil particular —o fins i tot d'altres fórmules associatives— per a l'exercici d'una activitat econòmico-empresarial organitzada, per tal com d'aquesta manera s'escapa al control governatiu i s'asseixeixen resultats semblants a la limitació de responsabilitat. La porta al frau és evident, i els resultats, contraris als que el legislador pretén amb la introducció de la mesura. Cal tenir ben present que la societat (en sentit estricte) és tan sols una tècnica d'organització de les relacions personals entre els socis, però que, indirectament, en la mesura que es constitueix un patrimoni col·lectiu sota la falsilla de la comunitat, regula (o pot regular) també

Figura 1

A > A'—B, essent, en principi, A = A', i
 A, la riquesa destruïda
 A', la riquesa generada, i
 B, els danys

relacions patrimonials. Aquest règim està sotmès al principi d'autonomia de la voluntat i, per tant, res no impedeix la constitució voluntària i autònoma de patrimonis amb titularitat col·lectiva sense personalitat i afectes a l'explotació d'una activitat empresarial.

Una altra cosa, ben diferent, és que la constitució econòmica andorrana actui una mena de "control selectiu" sobre l'accés dels subjectes al mercat. Però aquest tema és totalment una altra qüestió que, només tangencialment guarda relació amb la personalitat jurídica.

1. LA PERSONALITAT JURÍDICA COM A TÈCNICA D'ORGANITZACIÓ DE LES TITULARITATS COL·LECTIVES I DE LIMITACIÓ DE RESPONSABILITAT

Abans hem fet esment de la funció de la personalitat jurídica com a tècnica d'organització patrimonial per tal de diferenciar els dos plans d'organització de la tècnica societària. Ara s'imposa examinar amb una mica més de cura l'abast d'aquest instrument en relació amb d'altres possibles formes d'organització.

1.1. *Els diferents instruments tècnics d'organització de titularitats col·lectives*

Deixant de banda els supòsits on no hi ha purament una titularitat col·lectiva (patrimoni d'afectació, destinació fiduciària) sino tan sols una procedència múltiple o col·lectiva dels cabdals que l'integren, amb una titularitat única, el dret només coneix dues formes d'organització, tal i com hem fet referència en la introducció d'aquesta ponència: la comunitat i la persona jurídica. Anem a veure amb una mica més de detall la funcionalitat d'aquestes tècniques.

1.1.1. *La comunitat*

És la forma tradicional de resoldre una titularitat col·lectiva. Però no organitza la titularitat de manera que se'n pugui desprendre un funcionament dinàmic, sino que està destinada a resoldre tan sols els problemes que resulten de les facultats de disposició (en sentit no tècnic) individuals sobre una cosa que pertany en comú a una pluralitat de titulars (Girón Tena). Així, per exemple, la norma codificada que estableix els límits de les facultats del copropietari (cotitular) en l'ús de la cosa sobre l'interès de la col·lectivitat i l'interès individual de cada un dels cotitulars (art. 394 del Codi civil espanyol i § 743 del BGB) és una regla que respon a aquesta idea: cal conservar la cosa i cal permetre que tots se'n puguin servir. Sobre aquesta base es construeix el seu règim jurídic: contribució proporcional a les càrregues d'administració i conservació (art. 393 del Codi civil espanyol i § 748 BGB), exigibilitat recíproca de les despeses d'administració i conservació (art. 397 del Codi civil espanyol i § 745, III BGB).

Ara bé, atès que la titularitat col·lectiva és o pot ser una font de problemes pel que fa a la utilització de la cosa, es fa necessari completar la regulació descrita amb la possibilitat de dividir la cosa (art. 400 Cciv.; §§ 749, I i 752 BGB) o de liquidar-la (art. 404 Cciv. i § 753, I BGB) o, alternativament, d'alienar la quota per tal com la propietat col·lectiva no resol ni de bon tros les qüestions derivades de l'explotació econòmica d'un bé i cal, per tant, retornar a la titularitat indivi-

dual (fraccionada o no), molt més rendible i menys limitada.

És evident que sota aquestes coordinades no es pot organitzar la titularitat (col.lectiva) d'una activitat econòmica més o menys duradora. Cal una afectació dels béns (del patrimoni) a l'assoliment d'una finalitat metaindividual i per això, tot i sobre les bases de la titularitat col.lectiva, cal, però, modificar-ne algunes regles. La codificació pren per base la idea de la comunitat (arts. 1859 i 1872 del Codi de Napoleó; art. 1695 del Cciv. concordant amb els arts. 394, 395 i 397 del mateix codi, i art. 1708 del Cciv. en concordància amb l'art. 406 del mateix codi), però tot seguit organitza la titularitat sobre pressupòsits diferents que fan possible l'afectació: creació d'un patrimoni social sense quotes de titularitat, és a dir, d'afectació (arts. 1832 i 1845 del Codi de Napoleó; arts. 1665 i 1681 del Cciv.; § 718 BGB), indisponibilitat de la quota (art. 1861 del Codi de Napoleó; art. 1696 del Cciv.; § 719 BGB) i exclusió de l'*actio communi dividundo* (arts. 1869/1871 del Codi de Napoleó; arts. 1705 i 1707 del Cciv.; § 723 BGB). El resultat és una cotitularitat sobre un patrimoni i no pas una copropietat sobre determinats béns individuals en concret. En la mesura, però, que el cotitular no pot disposar de la seva quota, la seva posició esdevé estable, el patrimoni s'afecta duradorament a una vinculació col.lectiva (§ 719 BB) —l'assoliment d'una finalitat comuna— mitjançant la distinció entre deutes comunitaris i deutes personals del soci i la prelació de cobrament dels primers respecte dels segons sobre el patrimoni col.lectiu, es produeix una certa desvinculació patrimonial respecte de les persones que en són cotitulars (arts. 1669 Cciv. i § 733 BGB), la qual cosa facilita i fa possible també l'assoliment esmentat. La desvinculació abasta el seu grau més elevat en la societat col.lectiva, on mitjançant la introducció d'una norma processal (art. 237 del Codi de comerç espanyol i § 124, II HGB) s'afecta primerament el patrimoni social al compliment dels deutes col.lectius, jugant la responsabilitat solidària i ilimitada dels socis un paper substitutori, fins allà on no pugui arribar la cobertura patrimonial del capital d'explotació.

El règim codificat de la societat és, doncs, en l'esfera de les relacions patrimonials, el règim de la comunitat, i més concretament el de la comunitat en mancomú. La societat és la font (contractual) de la qual en treu el seu origen i s'expressa formalment la comunitat (vegeu art. 392 Cciv.). O si es vol, la societat és l'acte de creació contractual d'una comunitat duradora.

Aquest tipus de comunitat funcional s'explica per dos factors: o bé perquè cal assegurar la continuació d'una explotació econòmica amb una pluralitat de successors o partícips interessats (explotació familiar) o bé perquè cal sumar esforços per tal de poder fer rendible l'explotació individual (principi cooperatiu: *gemeinsam werden wir stärker*). En ambdós casos l'explicació econòmica del fenomen resulta d'una anàlisi del càlcul de costos/beneficis que dona com a resultat una progressió econòmica per damunt de la simple addició de participacions o negocis individuals, la qual cosa augmenta la perspectiva de guany del partícep i "motiva" el seu ingrés o la seva permanència en la comunitat (economia en escala).

Figura 2

$$\text{si } r x = i, \frac{r x}{n} > i, \text{ aleshores } \frac{r x}{n} > r x$$

on, r representa la possibilitat de risc o de fracàs (variable)
 i representa l'interès legal del diner
 n representa el nombre de socis

(Com més gran és el nombre de socis més es comprimeix el factor risc i per tant, la perspectiva de guany és més gran, tot i que després calgui repartir).

Però per tal d'assolir aquest resultat cal una modificació (primera) de l'estructura del seu dret de propietat: el partícep no pot disposar de la quota ni demanar-ne la partició. A canvi, però, pot impedir que els altres ho facin i d'ací que servi en les seves mans les facultats d'administració, la qual s'organitza de dues maneres: conjuntament, amb participació necessària de tots els partíceps (art. 1.858 Codi de Napoleó; art. 1.694 Cciv.; i § 709 BGB) o disjuntament —cada partícep amb facultats absolutes d'administració, però amb dret d'oposició dels altres— (arts. 1.857 i 1.859 del Codi de Napoleó; arts. 1.693 i 1.695 Cciv.; § 711 BGB; art. 130 Cco. i § 115 HGB, aquest darrer, però, només referit als socis-administradors).

El que cal, però, és subratllar la vinculació del patrimoni col·lectiu a una activitat comuna i a la responsabilitat derivada d'aquesta activitat. Les relacions patrimonials s'organitzen d'una forma relativament senzilla: facultats conjuntes d'administració que suposen una petita modificació de l'estructura del dret de propietat. Però en la mesura que els socis són cotitulars d'un patrimoni col·lectiu, en l'esfera de les relacions amb els tercers aquest dret roman invariable. Per això responen els socis, per bé que la regla lògica hauria d'haver estat la solidaritat i no pas la parciarietat, tal i com ho fa el § 733 BGB en relació amb el § 421 BGB i, en general, totes les legislacions comercials. La vinculació del patrimoni només és conseqüència de la imputació del deute col·lectiu que ha estat contret conjuntament pels socis personalment o mitjançant mecanismes de representació (art. 1.859 del Codi de Napoleó i article 1.695, I Cciv.).

1.1.2. La persona jurídica

La persona jurídica és una forma tardana de regulació de les relacions patrimonials col·lectives. La seva aparició en el dret privat es contemporània a la codificació i procedeix d'àrees pertanyents a allò que la classificació racionalista considerarà dret públic. La seva creació no s'esdevé mitjançant un instrument contractual com és el cas de la comunitat, sino per un acte de sobirania. És l'Estat (el poder públic) mitjançant un acte particular de concessió o general per a determinades categories d'actes o subjectes qui atorga aquest privilegi que el pertany únicament i originàriament (vegeu art. 1.943 de l'Avantprojecte belga (Laurent) i art. 47 de l'Avantprojecte espanyol de codi civil en el capítol relatiu a les societats).

La concessió d'aquest privilegi té com a principal conseqüència la creació d'un patrimoni de destinació o afectació —similar a la *universitas* romana, d'on arrenquen les seves arrels llunyanes— per a l'assoliment d'uns fins determinats. Només l'Estat i les corporacions eren capaços —per motius financers i tributaris— d'erigir aquests patrimonis especials. Per tant, només ells poden transmetre la possibilitat de fer-ho, mitjançant un acte de concessió. La conseqüència més important és la destinació única i exclusiva dels mitjans financers previstos per a l'assoliment d'un fi amb exclusió de qualsevol altres, és a dir, amb limitació de responsabilitat al patrimoni d'afectació (Savigny).

Però el que cal destacar ací no és tant aquest efecte —importantíssim— de la concessió de personalitat com la forma d'organització d'aquest patrimoni. En la corporació només llunyanament es pot parlar de cotitularitat sobre un patrimoni. Els seus membres, també només llunyanament poden influir en la disposició del patrimoni perquè l'organització adoptada és la pròpia de l'organització política: una instància bàsica de participació i una instància de decisió i execució.

A aquest esquema d'organització s'ajusta la societat per accions o societat anònima, instrument de privatització de la persona jurídica en la mesura que la codificació l'assimila a les formes societàries conegudes en aquell moment. La seva fundació s'esdevé per un acte de sobirania —la concessió— mitjançant el qual és permès als seus fundadors de reunir cabdals per afectar-los a un fi. La seva justificació és el servei a una causa d'interès públic o la promoció pels propis poders públics d'una determinada activitat. Aquesta idea romandrà tot al llarg del segle XIX ben bé fins a les seves acaballes (vegeu el Codi de comerç neerlandès, la llei espanyola sobre societats mercantils per accions del 28 de gener del 1848, la llei prussiana de societats per accions del 9.11.1843 i la Instrucció també prussiana de 22.4.1845). La organització de les relacions patrimonials segueix el patró de la corporació, per tal com la prossecució d'una finalitat pública no és concebible en la lògica del mercantilisme fora de les corporacions.

Amb això s'esdevé un canvi fonamental en la posició del "soci". De coparticipi o cotitular (*Teilinhaber*) d'un patrimoni o d'una relació patrimonial esdevé tan sols "membre" d'una corporació (*Mitglied*). Les seves facultats de decisió i disposició sobre el patrimoni es veuen limitadíssimes com a conseqüència de l'adopció d'una estructura corporativa. El seu dret de propietat ha sofert una nova modificació: a canvi de la seva participació en un patrimoni d'afectació renuncia al dret a administrar i a disposar-ne (*Demsetz*), tot canviant les seves facultats de *dominus* per les de membre d'una organització regida pels principis de majoria. La solució no pot ser d'altra manera si no es volen fer impossibles les adopcions dels acords, els costos de transacció dels quals esdevindrien prohibitius (Posner).

La persona jurídica, ben a l'inrevés de la comunitat, no pretén de resoldre els problemes de concurrència de titularitats individuals en un patrimoni col·lectiu, sino d'organitzar la titularitat (col·lectiva) de les relacions patrimonials de

cara a fer possible l'afectació al fi de forma duradora. Per a això seria suficient el patrimoni en mà comuna, però atès que el soci limita la seva responsabilitat en la mesura que cedeix a un tercer les facultats d'administració, tot modificant el dret de propietat, el soci ja no pot controlar (directament) els efectes de la gestió sobre el patrimoni i per això cal permetre'l de poder fugir de la corporació, sense però desafectar (parcialment) el patrimoni a la finalitat a la qual està destinat. En el cas de la societat per accions, la incorporació de la posició de soci a una quota representada en un títol negociable ho fa possible. L'entitat esdevé insensible a les alteracions o canvis de socis i per això no cal l'acreixement de les quotes en el supòsit d'exclusió o sortida de socis, tal i com s'escau en la comunitat (art. 1.862 del Codi de Napoleó; art. 1.704 Cciv.; § 738 BGB).

Per tant, en l'àmbit de les relacions amb els tercers no hi ha deutes —ni responsabilitat— dels socis ni de la doble comunitat —patrimonial i personal— sino tan sols del patrimoni "personificat". El patrimoni, inicialment capital d'exploració, esdevé capital de responsabilitat. L'afectació a un fi i la desvinculació dels socis han fet possible aquest resultat. Les relacions patrimonials s'organitzen, doncs, d'acord amb un esquema propi i autònom, tot superposant a les inicials relacions de participació un aparell organitzatiu que fa presentar l'entitat com una unitat plena: el patrimoni s'afecta a un fi i el resultat de l'activitat per assolir-lo cal imputar-lo exclusivament al patrimoni (vegeu art. 279 del codi de comerç de Sáinz de Andino). El dret de propietat del soci-particip ha resultat tan afeblit, que mancat de facultats de disposició, només llunyanament serva un parentiu amb la cotitularitat, de "particip" ha esdevingut "soci". No és pas més propietari (titular) d'un patrimoni, sino creditor (de segon ordre) d'una part d'aquest patrimoni. Ha canviat el seu dret de propietat per un crèdit i les facultats de disposició per un dret corporatiu. El resultat d'aquest canvi adquireix un valor econòmic en la mesura que la quota pot ser liquidada en el mercat i així permetre, d'una banda realitzar un acte d'especulació i, d'altra facilitar la concentració del poder mitjançant l'exercici dels drets corporatius incorporats a la quota (és a dir, la realització del postulat econòmic liberal de facilitar l'acumulació i possibilitar el canvi successiu com a font creadora de riquesa fins a arribar a les mans més productives o, alternativament, tancar el cicle econòmic).

En el fons es tracta, doncs, de la creació d'un patrimoni fiduciari sense titularitat personal similar al què s'escau amb la fundació. Els administradors —homes de negocis entesos en la matèria— reben l'encàrrec de fer rendible la inversió i de treure'n el màxim profit amb els mitjans financers que previament s'hi han disposat. En aquest sentit, l'afectació patrimonial absoluta fa que es pugui parlar de "personificació" del patrimoni social i així ho va declarar expressament i decidida l'article 213 de l'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB) del 1861 (codi de comerç general per a tots els estats alemanys).

1.2. La personalitat jurídica com a tècnica de limitació de responsabilitat

La limitació de responsabilitat ha estat l'objectiu constant que han cercat sempre els inversors de capital. Però atès que fins a una etapa ben tardana de

desenvolupament del capitalisme es desconeix el mercat de garanties, calia assegurar la circulació dels crèdits mitjançant el mecanisme de la responsabilitat personal i il·limitada. Els inversors de capital havien de recórrer a procediments força enginyosos per tal de fer possible la limitació de responsabilitat d'una forma estable.

1.2.1. *La limitació de responsabilitat mitjançant instruments contractuals*

En l'etapa precapitalista d'acumulació de capital per al comerç, la limitació de responsabilitat s'actua a través d'instruments contractuals que de prop o de lluny són parents del negoci fiduciari (en sentit impropí o ampli). L'antiga *commenda* medieval —de la qual se'n deriven la societat comanditària i el compte en participació— respon a aquesta funció. Es tracta de poder invertir cabdals en negoci d'altri. Per tal com l'inversor titular d'aquests cabdals no pot —o no vol— exercir una activitat econòmica que per l'organització gremial i monopolística de l'època li està vedada. El recurs és un instrument contractual molt proper al préstec, però parent de la fidúcia, en el sentit que l'inversor aboca cabdals —i transmet la propietat (§ 335 HGB)— en un negoci la titularitat del qual pertoca a una altra persona i estarà a la fi als resultats favorables o adversos de la operació o operacions, tot vinculant la inversió al resultat de l'activitat econòmica. La característica essencial de la figura és —en la seva configuració pura— l'absència absoluta de manifestació externa de la participació i l'aparença davant dels tercers d'una titularitat individual.

D'aquesta manera, l'inversor limita el seu risc al capital invertit, perdent en principi com a màxim la quantitat invertida. Atès que el titular del negoci és una sola persona, la responsabilitat derivada de l'exercici de l'activitat econòmica cal imputar-la directament a aquesta persona. Amb tot, però, el capitalista-inversor arrisca alguna cosa més que la seva participació, atès que la característica de la figura —ultra el seu caràcter ocult o secret— és la col·laboració en el risc de l'operació, tant pel que fa als resultats favorables com als desfavorables. I així en les relacions internes, el titular del negoci —soci gestor— pot exigir del participip la seva contribució a les pèrdues (art. 239 Cco. i § 336 HGB). Clar que és possible pactar l'exclusió de les pèrdues més enllà de la quota invertida, però en aquest cas els costos de transacció pujarien considerablement, la qual cosa només ho fa aconsellable en circumstàncies excepcionals, en les quals el càlcul de costos/beneficis segueixi donant un resultat positiu.

En la seva forma més evolucionada —la societat comanditària— el caràcter secret o ocult de la participació s'atenua un xic. No es fa públic el nom del participip (§ 162, II HGB), però sí l'existència de la participació. Els creditors poden exigir el compliment de la participació promesa (§ 172, IV HGB, en relació amb el § 171, I HGB). I en les relacions internes, la regla general és l'absència de responsabilitat per les pèrdues més enllà de la quota de participació (art. 26 Code de commerce; art. 148, III Cco.; § 167, III HGB). La norma codificada pretén de reduir els costos de transacció abans al·ludits (en el supòsit del compte en participació) i permet al creditor fer una anàlisi adequada del càlcul del seu risc.

Però en ambdós casos, el caràcter no públic —absolut o relatiu (vegeu § 162, II HGB) de la participació és l'instrument que permet uns efectes paral·lels a la limitació de responsabilitat. La idea central és que la titularitat individual es revela suficient com per assumir tot el risc econòmic. Això explicaria la norma codificada que impedeix al soci comanditari d'incloure el seu nom en la raó social (art. 25 Code de commerce; art. 147, I Cco.) i en el compte en participació, la prohibició d'utilitzar una firma social comuna (art. 241 Cco.), amb la sanció de l'apertura de la responsabilitat que s'escaigués (arts. 26 i 28 del Code de commerce; art. 147, II Cco.). La inclusió del nom del participi en la firma social —atesa la seva funció publicitària (reducció dels costos d'informació)— crearia d'immediat l'aparença de què es tracta d'un negoci propi i la contractació en base a l'aparença hauria de destruir la limitació de responsabilitat, atès que altrament es farien vessar les externalitats del canvi sobre els creditors, els quals mitjançant un càlcul erroni del seu risc s'haurien vistos obligats o, si més no, induïts a contractar.

Prenent com a punt de partença un esquema de col·laboració paritari (1:1) el resultat és la titularitat individual davant de tercers d'un patrimoni fiduciari, el titular del qual serva les facultats de direcció, administració i representació, mentre l'inversor de capital es manté en un segon terme.

Però tot i que l'inversor de capital està exclòs de les funcions pures de relació amb els tercers (art. 27 del Code de commerce; art. 148, IV Cco. i, en certa mesura, també l'art. 241 Cco.) això no vol dir que no pugui —tot i que el model "visualitzat" pel legislador hagi estat un altre— dictar instruccions o participar en l'administració, atès que la prohibició va dirigida només a l'esfera de les relacions exteriors (Fernández de la Gandara) on la raó social juga un paper decisiu en la determinació de les bases de càlcul del risc.

En l'estat anterior de suspensió a Andorra de la constitució de formes institucionals de limitació de la responsabilitat ha calgut recórrer a la forma de societat (civil) amb clàusula fiduciària que si no tingués por a equivocar-me gosaria de qualificar com a compte en participació atípic. Atípic en tres sentits: en què els participis són més d'un (els socis de la societat civil), en què és ben probable que aquests socis es reservin certes facultats de control i de dictar directrius d'administració; i que entre ells existeix un vincle obligacional a més del que els vincula a tots i cadascun amb el fiduciari. El fiduciari actua com a gestor del negoci. Ell és el titular —davant dels tercers— del patrimoni fiduciari. Els socis de la societat, però, en qualitat de participis del patrimoni es reserven certes facultats de control i gestió interna —d'acord amb les regles que regulen la comunitat—, però no responen més que en la mesura del capital aportat perquè davant dels creditors només hi ha un patrimoni: el fiduciari.

La fórmula té un inconvenient i és que les seves possibilitats de creixement davant d'un fenomen de diseconomia en escala són limitades. Només pot ser útil en la mesura que la titularitat individual es reveli suficient per a afrontar el risc econòmic. D'altra banda, el caràcter no públic de la figura fa difícil la seva uti-

lització com a instrument recaptador de cabdals privats, que assegurí la inversió i limiti la responsabilitat. Però si subsisteix l'actual estat restrictiu, molt és de témer que la figura es continui utilitzant, si més no per a canalitzar les inversions reduïdes o amb poca participació del públic.

1.2.2. *La limitació de la responsabilitat i la institucionalització de la persona jurídica*

La tècnica capitalista per excel·lència de limitació de la responsabilitat i amb això, del risc de l'activitat econòmica d'empresa és la persona jurídica. En l'època de la codificació la utilització de la persona jurídica amb aquest fi és tan sols excepcional i només en la mesura que la titularitat individual no és suficient per a fer front al risc econòmic. Així ho palesa la tendència fortament restrictiva a tot el llarg del segle passat pel què fa a l'erectió de societats anònimes per accions, sotmeses al principi de concessió i a la creació d'associacions —sotmeses al principi d'autorització gubernativa— i justificada tan sols pel servei d'interès públic (vegeu la llei espanyola de societats per accions del 1848, la llei prusiana citada i les lleis de ferrocarrils europees de l'època).

Però en la mesura que la codificació posa en mans dels subjectes particulars —al costat de les formes tradicionals d'organització del capital per a l'explotació d'una activitat econòmica— la possibilitat d'utilitzar un instrument que ja no és contractual sino institucional, de limitació de la responsabilitat al capital destinat a aquesta activitat, la persona jurídica es "privatitza" i reb, en el seu tractament, tota la càrrega dogmàtica d'aquest sector. Aquesta síntesi, tot i que només formulada d'una manera programàtica, hom pot veure-la en l'art. 35 del Codi civil espanyol. La funció reductora de costos de la institucionalització de la persona jurídica com a tècnica de limitació de responsabilitat és evident.

La titularitat individual ja no és ni de bon tros suficient per a emprendre determinats riscos; l'anonimat —amb la "privatització" de la persona jurídica— deixa d'ésser un recurs de limitació de la responsabilitat i alhora —en poder participar una gran quantitat de persones sense haver de modificar l'estructura patrimonial de la corporació— multiplica les possibilitats d'utilització de la figura. D'altra banda, la responsabilitat il·limitada deixa d'ésser l'únic instrument d'assegurament dels crèdits per l'aparició d'un (incipient) mercat de garanties i perquè la multiplicació de subjectes econòmics —un cop abolides les traves de l'exercici de l'activitat— fan ja inviable aquest recurs de cara a la seva eficàcia. La societat per accions —persona jurídica en el camp privat, per excel·lència— esdevé *Kapitalpumpe* o *Kapitalbecken*, és a dir, instrument d'absorció i reunió de petits cabdals procedents de l'estalvi privat per tal de destinar-los, un cop acumulats, a la realització d'una empresa comuna que no està a l'abast dels privats aïllats.

Per a arribar a aquesta finalitat ha calgut una pregonera modificació de l'estructura del dret de propietat tal i com hem explicat abans. L'explicació econòmica del fenomen —obra fonamentalment de Demsetz— parteix d'aquest prin-

cipi. La modificació del dret de propietat ha estat una conseqüència de l'antinòmia que presenta la industrialització entre els costos cada cop més elevats de l'activitat productiva i l'expectativa de guany i beneficis d'aquesta activitat (economia en escala davant d'una diseconomia en escala). La sortida és la constitució d'un patrimoni d'explotació en el qual la participació individual en el risc resta limitada al capital aportat. Per això cal una "expropiació" voluntària de les facultats de disposició i l'afectació definitiva de la quota al destí econòmic previst (contractualment) i obtenir així el màxim de rendabilitat, o si més no, una rendabilitat que no s'aconseguiria amb un patrimoni de titularitat individual. L'instrument adequat per a fer-ho és confiar a uns experts —els administradors, futurs *managers*— coneixedors del món dels negocis la gestió d'aquest patrimoni destinat *ab initio* a l'explotació d'una activitat econòmica. Però com que el que s'ha creat és precisament un patrimoni d'afectació, els titulars de les quotes del qual han renunciat a exercir-ne les facultats d'administració, cal que els possibles efectes negatius de l'explotació de l'activitat no pugui repercutir més enllà de les esmentades quotes en els patrimonis privats. Altrament el risc seria immens perquè caldria multiplicar-lo pel nombre de participis i, per tant, o bé es retrauria la inversió, que és l'efecte cercat, o bé es destruiria més riquesa de la que es crea amb l'activitat mediatament pluriparticipada. De nou, una figura similar al negoci fiduciari es presenta en primer terme com a instrument de limitació de la responsabilitat.

Amb tot, la limitació de responsabilitat, conseqüència del canvi esdevingut, renúncia a la gestió *versus* limitació en el risc, genera el que els economistes anomenen "externalitats", efectes que algú que no és part el canvi ha de suportar. En contra de l'opinió de qualificats experts neoliberals (Posner) sembla clar que aquests efectes van a parar sobre la testa dels creditors, els quals compten com a garantia tan sols amb el capital d'explotació (Landers). Però precisament per tal de poder absorbir correctament aquest efectes i evitar que els efectes negatius de l'activitat econòmica s'escampin com una taca d'oli sobre la col·lectivitat, el dret ha previst —tot considerant suficient l'estructura de la personalitat jurídica— mitjançant una decisió de mercat, la forma de resoldre-ho: la constitució d'un fons de reserva legal, l'assentament de la xifra de capital en el passiu, la intervenció d'experts comptables, la publicitat etc., són conseqüències d'aquesta intervenció decissionística.

Aquests canvis successius en l'estructura del dret de propietat i la forma autònoma de regulació de les titularitats col·lectives s'explica tan sols en un ordre de llibertat i democràcia formals. En un sistema sotmès a restriccions pròpies de l'època del mercantilisme que subjecten l'erecció de la personalitat jurídica a l'acompliment de determinades condicions justificades per l'interès públic i la protecció d'un interès general, entès com l'interès dels petits propietaris, no té cap mena de sentit perquè són les autoritats i no el mercat qui decideix sobre l'oportunitat, solvència i funcionalitat d'una determinada entitat econòmica. La imposició de mesures destinades a fer del capital d'explotació un capital de garantia només s'explica davant l'absència d'aquest examen previ. Voler sotmetre el règim de la societat per accions a un doble sistema simultani de concessió i

de disposicions normatives —tal i com ho fa la reglamentació andorrana de les societats— és a més d'anacrònic, absurd i antieconòmic (Reich). Si la constitució econòmica andorrana vol fer una selecció autoritària dels subjectes econòmics mitjançant un sistema de concessió, això representa un tema d'elecció de principi que es podria discutir però que cal respectar. Si en canvi, es vol deixar l'elecció al mercat, la constitució econòmica ho pot fer perfectament. El que és totalment inadmissible és voler sotmetre els subjectes econòmics a un doble control, desconegut en qualsevol sistema d'economia de mercat i en qualsevol moment històric posterior a l'adveniment del capitalisme.

Un altre tema ben diferent —purament d'ordre constitucional econòmic— és el d'establiment de límits en la participació de les inversions de capital estranger i de la reserva privilegiada d'aquestes inversions. El que sí és clar, és que l'establiment d'aquests límits, restriccions o privilegis no és, en principi, incompatible amb un sistema de disposicions normatives i que no va lligat per força al sistema de concessió. Amb uns bons instruments de publicitat es poden arribar a resultats idèntics o, si més no, equiparables.

1.3. Conseqüències d'aquesta construcció: l'admissibilitat d'una gradació en l'escala de subjectivització. (Regles de responsabilitat)

Si acceptem com a postulat que en esdevenir-se la codificació —i fins i tot avui dia— tan sols eren conegudes dues formes "pures" d'organització de les titularitats col·lectives, l'encunyament d'ambdues sota un mateix motllo, juntament amb desviacions parcials dels models considerats "purs", provoca com ja d'entrada hem advertit, un joc d'interrelacions de doble signe que cal examinar acuradament.

En el camp de les societats, els dos models coneguts responen al mateix esquema d'organització de les relacions patrimonials: la comunitat. En la mesura que els socis no han perdut les facultats d'administració del patrimoni i que, per tant, són (llevat del cas d'una estipulació en contrari) administradors nats del patrimoni col·lectiu (art. 1.859 del Codi de Napoleó i art. 1.695 Cciv.), la vinculació d'un soci per un acte d'administració s'esdevé quan contracta bé personalment (aleshores de forma directa: art. 395 Cciv. i art. 1.698, II Cciv.), bé conjuntament amb els altres socis (compareu arts. 1.694 del Cciv., art. 1.858 del Codi de Napoleó; § 709 BGB), bé mitjançant un mecanisme de representació (art. 1.695 Cciv.; art. 1.697, II Cciv.; art. 1.859 del codi de Napoleó; § 714 BGB). No hi ha deutes socials, en puritat de principis, si no tan sols deutes dels socis i, per tant, no calen regles específiques de responsabilitat.

Al creditor social li és indiferent l'existència d'un patrimoni amb titularitat col·lectiva. Per tant, davant d'un deute contret conjuntament (realment o mitjançant representació) caldrà aplicar la regla general de partició del deute per quotes (art. 1.698 Cciv. i art. 1.862 del Codi de Napoleó), tot i que els patrimonis vinculats seran tant els patrimonis individuals dels socis com el patrimoni col·lectiu, tots en la mateixa línia. En canvi el creditor particular del soci no pot

executar el seu crèdit directament sobre el patrimoni col·lectiu, sinó sobre la participació (quota en sentit ampli) del soci en aquest patrimoni (art. 1.699 Cciv. i § 859 ZPO) i, indirectament, obrint la liquidació (art. 1.700, III Cciv. i § 725, I BGB) en la qual hauran de concórrer amb els creditors de la comunitat, que seran preferents (art. 1.699, I Cciv.).

El creditor pot fer efectiu el seu crèdit directament sobre el patrimoni del qui contracta, sobre el patrimoni social o sobre el patrimoni dels altres socis vinculats per la participació en l'acte de contractació, bé per conseqüència de la representació (§ 736 ZPO), sense que els sotis, sempre i quan hi hagi hagut un funcionament correcte del mecanisme de la representació, puguin oposar cap mena d'excepció basada en l'existència d'un lligam col·lectiu.

Pel què fa a les societats de comerç, l'organització difereix una mica. L'adopció d'una raó social o firma com a mecanisme de publicitat serveix a la doctrina per a explicar els efectes de la vinculació col·lectiva. Els deutes contrets sota aquesta firma col·lectiva són deutes col·lectius perquè es presumeix que en adoptar-la els socis s'atorguen recíprocament un poder de representació (Pothier) que, a més, els fa respondre també col·lectivament (solidariament).

L'extensió, però, del règim presumpte de representació a tot tipus de societat —coincidint amb la regla romana de representació (en sentit poc rigorós) de la comunitat— tal i com ho fa el codi de Napoleó, no s'adiu gens ni mica amb el règim de responsabilitat per quotes, que roman inalterat. Si la justificació de la responsabilitat solidària dels socis és l'existència (per presumpció) d'un poder atorgat recíprocament, la conseqüència hauria d'ésser igual per a tot tipus de societats, un cop s'ha presumit aquest poder i se'l fa peça clau per explicar la vinculació dels socis (art. 1.697 del Cciv.; seguint a Pothier, però, en les societats de comerç). Tot això sense tenir en compte els elevadíssims costos processals que suposa un règim de partició de les quotes i l'absurditat de mantenir un règim de responsabilitat contradictori amb la vinculació d'un patrimoni en mancomú.

En el camp de les persones jurídiques, l'afectació patrimonial de destinació i l'estructura corporativa adoptada per a resoldre el conflicte d'uns possibles elevats costos de transacció per a la negociació dels acords impregnen de tal manera l'esquema organitzatiu que el resultat al què hom pot arribar és ben diferent al de les societats. L'administració del patrimoni es confia a un expert, el qual afecta als negocis únicament i exclusivament els recursos destinats. En les relacions amb els tercers, doncs, no hi ha vinculació personal sino tan sols patrimonial (arts. 277/279/i 255, III Cco. de Sáinz de Andino; arts. 122, III/153/i 156 Cco.; arts. 19/20/23/29/30/32 i 33 del code de Commerce).

No hi ha deutes dels socis, sino deutes del "patrimoni", és a dir, deutes que cal eixugar amb aquest patrimoni exclusivament. El resultat és, doncs, la completa desvinculació entre patrimoni social i patrimoni individual dels socis; i el reconeixement (per ficció) a aquell patrimoni de la capacitat per a contractar i per a suportar tot el risc de l'activitat econòmica (responsabilitat).

1.3.1. *L'extensió de la doctrina de la personalitat jurídica com a tècnica d'organització de les relacions patrimonials sobre el patrimoni en mancomú: consolidació com a una unitat i titularitat col·lectiva*

L'extensió de la doctrina de la personalitat jurídica com a tècnica d'organització de les relacions patrimonials no pot, en principi, afectar directament el mateix àmbit en els tipus societaris que adopten una tècnica d'organització diferent, perquè ambdues són recíprocament excloents. Anem, però, a examinar quins són els efectes i en quins àmbits actuen.

En primer terme actuen en el camp de les formes societàries dedicades al comerç. Tot i no ser conscient el legislador d'aquesta extensió, l'adopció d'una norma processal com és l'art. 237 Cco. (352 Cco. de Sáinz de Andino; 744 del codi portuguès; i § 124, II HGB en relació amb els §§ 124, I i 128 HGB) que permet al soci fer executar el patrimoni social, provoca una certa desvinculació entre patrimoni social/patrimoni individual i una paral·lela afectació del primer en l'activitat econòmica. La declaració, però, de personalitat jurídica que fa l'art. 116 del Cco. per a totes les societats comercials no lleva ni afegeix res al règim d'organització de les relacions patrimonials: la conseqüència immediata hauria d'ésser la limitació de responsabilitat, cosa que no s'escau perquè el legislador ha volgut mantenir un model d'organització diferent i, per tant, es veu obligat a declarar *expressis verbis* que els socis responen personalment (amb la desviació assenyalada) dels deutes socials (art. 126 Cco., art. 22 Code de commerce; § 128 HGB). L'única conseqüència que provoca l'extensió de la doctrina de la personalitat jurídica té rellevància tan sols en el camp processal: la societat pot demanar i ser demandada, adquirir i transmetre crèdits i sol·licitar la seva inscripció en un registre (§ 124, I HGB).

En segon i darrer terme, actua també en el camp de les societats civils. La interpretació *a contrario sensu* de l'art. 1.669 del Cciv., base doctrinal del predicament de la personalitat jurídica de les societats civils, no pot dur tampoc a l'absurda conseqüència de predicar-ne la limitació de responsabilitat dels socis pels deutes socials. El legislador no es proposa ni de bon tros aquesta finalitat. La prova n'és que segueix regulant les relacions patrimonials d'acord amb l'esquema de la comunitat. Per això, malgrat la temptativa de darrera hora d'atorgar personalitat jurídica a les societats civils, aquesta declaració no afegeix tampoc res de nou a allò que hi havia fins ara. El legislador es veu obligar a incloure una norma (inexistent en el Codi de Napoleó) que no hagués calgut de produir la personalitat jurídica els seus efectes: l'art. 1.669 del Codi civil (§ 725, I BGB). L'establiment d'una norma de prelación de crèdits (crèdits socials/crèdits particulars dels socis) demostra que els creditors dels socis —per bé que en segona línia— concorren amb els creditors socials en la liquidació del patrimoni col·lectiu. No hi ha, per tant, desvinculació patrimonial. I si no hi ha desvinculació patrimonial és perquè d'entrada hi ha una afectació absoluta dels patrimonis individuals dels socis al compliment de les obligacions col·lectives. D'ací que calgui preveure normes de responsabilitat dels socis (com la de l'art. 1.697 del Cciv., malgrat la seva defectuosa redacció), perquè l'extensió de la doctrina de la per-

sonalitat jurídica ha enterbolit aquest punt.

D'altra banda, l'absència d'una norma que prevegi l'exclusió del patrimoni col·lectiu fa que el creditor social tingui d'entrada la via lliure contra el patrimoni individual de cada soci. La vinculació patrimonial és absoluta.

Per tant, podem concloure que la codificació estableix tres graus de subjectivització: separació absoluta, patrimoni social/patrimoni individual (societat anònima o per accions), separació relativa entre ambdós patrimonis (societat col·lectiva) i comunicació patrimonial absoluta (societat civil). I també, paral·lelament, tres graus diferents en l'escala de la limitació de la responsabilitat. Per tal de completar-la caldria afegir els tipus mixtos —societat comanditària i comptes en participació, amb presència de socis que limiten la responsabilitat a la quota social amb tècniques contractuals— i els tipus corporatius afeblits (societat de responsabilitat limitada) on es conserva certa mesura de responsabilitat personal dels socis malgrat la limitació general (art. 6 LSRL; §§ 9 i 9a GmbHG) i els tipus cooperatius, forma mixta de col·laboració personal amb organització corporativa amb o sense limitació de la responsabilitat personal dels socis pels deutes socials.

1.3.2. *L'extensió de la doctrina del contracte a les corporacions i regulació corporativa dels fenòmens obligacionals*

La segona línia d'influència de la regulació unitària dels fenòmens societaris és l'extensió de la doctrina del contracte a les corporacions i, viceversa, de la regulació corporativa als fenòmens societaris obligacionals. La posició jurídica del soci en el si de la societat ve regulada pel contracte social. Fonamentalment dues són les qüestions que cal regular: participació en els guanys i en les pèrdues; i participació en l'administració. Com a regla general, les facultats d'administració pertocquen a tots els socis com a conseqüència del manteniment de la titularitat patrimonial, però el contracte pot preveure un règim diferent (societats personalistes amb estructura corporativa). D'ací que sigui possible adoptar un règim d'organització de les relacions personals que es desviï del model legal i, en conseqüència, deixar la porta oberta a tipus d'organització mixtos o complexos.

El que cal, però, destacar, és la vinculació que el legislador fa entre responsabilitat i facultats d'administració. La vinculació patrimonial del soci no és possible si no participa en la contractació, bé directament, bé mitjançant un mecanisme de representació. Per això, en regular la societat per accions, el legislador es veu obligat a salvar de responsabilitat als administradors i als socis, atès que en aquest cas manca en absolut la doble vinculació al·ludida: l'administrador no és un cotitular d'un patrimoni col·lectiu, sino un mandatari (art. 156 Cco.) que té per funció l'administració d'un patrimoni aliè, del qual els socis no en són titulars més que d'una forma relativa, en tant en quant han procedit a una expropiació voluntària del seu dret de propietat i a la seva lògica transformació estructural (Raiser; Reich; BVerfGE 50, *passim*).

Salvant aquests extrems, la regulació de l'estructura corporativa es deixa a l'imperi de l'autonomia de la voluntat en el contracte social, en la mesura que els estatuts integren el contingut d'aquest contracte. D'ací que, servint la forma d'una estructura obligatòria mínima, pugui adoptar-se un tipus de regulació de les relacions personals que difereixi també del model previst pel legislador (societats de capitals amb estructura personalista).

1.3.3. *La limitació de responsabilitat com a valor econòmic autònom*

Finalment, caldria examinar fins a quin punt la limitació de responsabilitat ha adquirit un valor econòmic autònom.

Si acceptem la premissa de que la responsabilitat il·limitada és l'única manera d'afrontar el risc econòmic en el moment de la inexistència d'un mercat de garanties, sembla que l'existència d'aquest mercat hauria de liquidar aquest monopoli. I així és realment. La limitació de responsabilitat és el preu pagat a canvi de la possibilitat d'assumpció de recursos de finançament que altrament seria impossible de recaptar. L'alternativa és la següent: si mantenim el principi de la responsabilitat il·limitada ningú no arriscarà els seus cabdals i, per tant, mancaran els recursos necessaris per al finançament. La responsabilitat limitada al patrimoni invertit s'estima, doncs, en el moment en que és possible garantir el risc per una altra via, suficient per absorbir tot el risc econòmic que genera l'exercici d'una activitat empresarial, sempre i quan vagi acompanyada d'un mecanisme de publicitat adequat per tal que els creditors puguin fer un càlcul correcte del seu risc.

La conclusió d'aquest plantejament seria la inversió de la regla vigent en el moment de la codificació: fer jugar la il·limitació de responsabilitat tan sols en aquells supòsits on, excepcionalment, la responsabilitat limitada al patrimoni d'exploació es revela insuficient per a eixugar el risc econòmic o, les garanties de publicitat no són tampoc suficients per tal d'evitar l'error de càlcul en l'anàlisi de la relació costos/beneficis. Així ho ha entès el legislador alemany que no sanciona amb la il·limitació de responsabilitat dels socis el cas de manca d'inscripció en el registre d'una associació amb estructura corporativa (§ 735 ZPO en relació amb el § 54 BGB), sino que la responsabilitat resta vinculada a la regla clàssica d'aquell qui actua com a administrador, salvant, però, els socis de la responsabilitat personal més enllà de les quotes promeses i aportades, atès que en entrar en l'associació no han volgut ni de bon tros participar en la il·limitada responsabilitat per l'exercici d'una activitat que només llunyanament controlen.

Un examen empíric sembla demostrar la progressiva i cada vegada més gran utilització d'instruments (contractuals i institucionals) de limitació de la responsabilitat. En la mesura que es vulguin recaptar recursos suficients per al funcionament de l'activitat econòmica, caldrà recórrer necessàriament a aquesta regla. Per això creiem que si el que cal és incentivar l'activitat, fent possible un acreixement dels recursos i una distribució correcta de la renda i de la riquesa, cal fer també un ús adequat i racional de la responsabilitat. La responsabilitat ha de

jugar una funció preventiva i actuar, precisament, sobre els subjectes oportuns. Però no ha d'ésser pas una espasa de Damocles que estigui permanentment sobre el cap dels empresaris. Només en la mesura que el risc per responsabilitat sigui computable com un cost a afegir al valor final del producte es pot parlar d'aquesta funció preventiva. Però si l'actuació de la responsabilitat és difícilment previsible, augmentant els costos d'informació, assegurança i prevenció de tal manera que absorbeixin totalment el marge de rendabilitat, l'efecte que s'obté no tan sols és contraproduent per a l'empresari si no també per a la col·lectivitat, en la mesura que la renda es distribueix de forma defectuosa o, simplement, no es distribueix.

2. FORMES I TIPUS D'ORGANITZACIÓ DE L'ACTIVITAT EMPRESARIAL

La destinació del patrimoni col·lectiu a l'exercici d'una activitat empresarial fa que en primera línia calgui preguntar-se per un fet diferencial. Si el patrimoni col·lectiu equival al patrimoni de l'empresa, equival també l'organització d'aquest patrimoni a l'organització empresarial? O, fins i tot, si enfoquem la qüestió des d'un altre punt de vista, existeix una inicial vinculació entre la forma d'organització del patrimoni i la finalitat a assolir, de manera que l'organització empresarial sigui un instrument que els connecta en relació de causa a efecte? Per això cal examinar, per bé que superficialment —atès que no pot ser d'altra manera, en funció de l'espai i del temps de què disposem— els diferents tipus societaris recollits generalment en un catàleg legal i analitzar els seus trets diferencials.

2.1. El catàleg legal

La funció d'aquest catàleg és el subministrament als particulars de formes d'organització adequades per a l'assoliment de fins econòmics. En principi, aquestes formes d'organització, pensades tan sols per a resoldre problemes de titularitat i d'exercici de facultats d'administració han de servir també per a l'organització d'una unitat econòmica i, atesa la gran diversitat de models d'organització possibles de les unitats productives, el catàleg podria ser molt llarg. Però si ens aturem una mica a analitzar aquest catàleg, veurem com en la pràctica, totes aquestes formes es poden reduir a dos models d'organització diferents entre els quals és possible d'admetre una certa gradació o combinació d'elements. Cal tenir ben present, però, que les figures societàries del catàleg legal són tan sols esquemes de regulació de les relacions patrimonials dels inversors de capital (sistemes de finançament) i que, aquests esquemes no han de coincidir necessàriament amb el model d'organització de l'empresa.

La clau conceptual està en la distinció proposada per la doctrina angloamericana entre societat com a tècnica de finançament i empresa com a mètode d'organització dels factors productius (Posner). Si ens aturem a analitzar les dife-

rents tècniques amb les quals és possible l'aplicació d'aquest mètode podrem observar també una gradació en els sistemes d'organització que fan possible l'establiment d'un cert paral·lelisme entre ambdues tècniques, per bé que no cal que forçosament hagin de coincidir, més aviat es pot dir que no coincideixen.

En un extrem d'aquesta relació hi tindriem l'empresa d'estructura personalista o de base empresarial familiar (*personbezogenes Unternehmen, Familienunternehmen*) amb administració centralitzada i relacions de treball fortament jerarquizades; al centre, la corporació empresarial (*Unternehmenscorporation*) amb administració centralitzada o de divisió per objectius (*divisionalització*), però on en tot cas les relacions d'organització i treball assoleixen una certa laxitud i flexibilitat, els centres de producció esdevenen més o menys funcionalment autònoms i la separació entre l'organització del capital i l'organització de la producció és absoluta; finalment, en el darrer extrem hi trobem el grup d'empreses o empresa policorporativa (*polykorporatives Unternehmen*), les possibilitats d'organització del qual depassen qualsevol esforç de síntesi i la seva complexa problemàtica és del tot impossible d'esquitzar en tant poc d'espai.

Entre el centre i els dos extrems són també possibles combinacions d'elements organitzatius que apropen uns models als altres i que permeten d'aplicar sistemes d'organització més o menys centralitzada allà on calgui segons les circumstàncies.

El paral·lelisme esmentat entre ambdues tècniques —de finançament i d'organització dels factors productius— amb la també paral·lela gradació de la intensitat de l'organització fa que es pugui pensar en una inicial coincidència entre tipus d'organització de l'activitat empresarial i tipus d'organització de les relacions patrimonials (Bälz). Els models "visualitzats" pel legislador coincidirien amb una determinada funció econòmica que motivaria una inicial adscripció dels uns als altres. Així, a l'empresa de base o estructura personalista pertocaria adoptar la forma jurídica d'una societat de persones, a la corporació empresarial la d'una societat anònima, i a l'empresa policorporativa, la forma evolucionada del grup d'empreses que, fins ara no ha trobat (més que parcialment) un motlle jurídic adequat. Per tal de completar el panorama, la possibilitat d'adoptar elements organitzatius d'un o altre model donaria entrada a la utilització de tipus intermitjos que permetrien una certa desviació dels models originaris, però sempre dins dels límits d'un marc general d'actuació previament dissenyat pel legislador del qual no se'n podria sortir sense una ruptura de les disposicions de dret necessari que caldria evitar a tot preu.

No cal dir que aquesta concepció, excessivament esteticista no respon a la realitat i que els intents de voler assubjectar determinades formes d'organització de l'empresa a determinades tècniques d'organització de les relacions patrimonials (llevat d'alguns casos excepcionals justificats per dictats de la política econòmica) no menen a cap resultat practicable. Ans tot el contrari, sovint aquests esforços topen amb principis d'ordre constitucional econòmic, com són el de llibertat d'associació per a fins econòmics, llibertat d'elecció del model organitza-

tiu, llibertat d'iniciativa econòmica, i lliure accés dels subjectes al mercat (Ritterner). Principis que no han estat formulats arbitràriament pel legislador sino que són la base i el fonament d'un sistema d'economia de mercat. La negociació —o l'obstaculització— d'aquests principis menaria a greus distorsions del funcionament del sistema econòmic. La vinculació entre formes empresarials i figures societàries, duta als seus darrers extrems, tindria com a conseqüència una excessiva rigidesa del sistema i, a la llarga, menaria a la seva paralització o, a tot estimar, a la seva substitució per una burocràcia intervencionista.

2.2. *Relació dels tipus societaris al fil de la personificació (en el sentit de gradació de la limitació de responsabilitat)*

Si tenim present que la codificació opera una gradació en la subjectivització de les organitzacions amb titularitat col·lectiva, podem fàcilment prendre com a punt de partença aquesta gradació per a poder explicar el règim aplicable en funció del grau d'organització i d'autonomia patrimonial.

Paradoxalment, a ambdós extrems de la cadena (vegeu quadre adjunt) hi trobem figures on la nota del caràcter fiduciari del negoci es presenta amb trets més acusats. Ambdues responen a tècniques similars de finançament, però es diferencien en el fet que el patrimoni fiduciari d'afectació, en un cas (societat per accions) té una titularitat col·lectiva, i en l'altre —regularment— és la titularitat individual (compte en participació) que es considera suficient per a assumir tot el risc de l'explotació col·lectiva. Aquesta posició simètrica d'ambdues figures fa palesa la importància que per a la interpretació del règim de regulació de les relacions entre els socis i d'aquests respecte de l'administració té l'obligació de fidelitat i de confiança (*Treupflicht*). L'administrador —en sentit ampli— reb l'encàrrec del seu mandat (en sentit no tècnic) de fer rendible la inversió a nivells òptims, quan no màxims. En l'incompliment d'aquest encàrrec cal vaure-hi una violació de l'obligació esmentada i aquesta dibuixa també els trets del marc en el qual s'ha de moure l'actuació del gestor.

Si baixem un graó de cada extrem de la cadena, ens trobem ja amb formes d'organització d'un patrimoni col·lectiu, els titulars del qual participen plenament —en el cas de la societat civil— o en certa mesura —en el cas de la societat de responsabilitat limitada— de la responsabilitat social. Amb tot, però, les diferències d'organització de les relacions patrimonials en una i altra figura són tan grans que poc es poden fer temptatives d'aproximació. Si volem treure algun profit de l'exposició comparativa, cal que recorrem de menor a major les formes d'organització de la titularitat. A ambdós extrems hi trobem, com hem dit, un patrimoni fiduciari. Però si prescindim del compte en participació, atesa la seva titularitat individual, en el graó més baix d'organització hi trobarem un patrimoni en mancomú que cobreix les formes d'organització de la societat civil, la societat col·lectiva i la societat comanditària simple. A partir d'ací retrobem de nou el patrimoni fiduciari en la societat comanditària per accions, la societat de

QUADRE N° 2

COMPTE EN PARTICIPACIÓ	SOCIETAT CIVIL	SOCIETAT COL·LECTIVA	SOCIETAT COMANDITÀRIA SIMPLE	SOC COMANDITÀRIA PER ACCIONS
Grau de personificació O Titularitat individual	Grau de personif. 1 Titularitat col·lec. Patrimoni en mà comuna	Grau de subjectiv. 2 Titularitat col·lec. Patrimoni en mà comuna	Grau de subjectiv. 2 idèntic	Grau de subj. 2 + idèntic
Patrimoni fiduciari			Socis col·lectius	Socis col·lectius
Finançament parent del préstec però amb facultats de control per part de l'inversor	Il·limitació de responsabilitat dels socis	Il·limitació de resp. Dret d'excussió dels socis	idèntic	idèntic
Irresponsabilitat del comptaparticip i resp. del titular del negoci	Absència d'un dret d'excussió Responsabilitat: — directa — personal — immediata — solidària/parciària — intransmissibilitat de la participació	Separació absoluta deutes socis Responsabilitat: — directa — subsidiària — il·limitada — solidària		
			Socis comanditaris no participen en gestió Responsabilitat: — personal — indirecta — immediata — limitada — solidària	Comand.- accionistes quota representada per un títol transmissible No participen gestió Irresponsabilitat absoluta envers 3rs.

SOCIETAT COOPERATIVA	SOCIETAT DE RESPONSABILITAT LIMITADA	SOCIETAT ANÒNIMA
Grau de subj. 3— Organització corporativa Participació personal (<i>Mitunternehmerschaft</i>) Responsabilitat: — limitada/il·limitada — personal — solidària/mancom. — intransmis. part.	Grau de subj. 3— Organització corporativa Transmissibilitat restringida de la participació Alguna mesura de responsabilitat personal	Grau de subj. 3 Organització corporativa Patrimoni d'afectació Lliure transmissibilitat de la participació Irresponsabilitat envers els tercers

responsabilitat limitada (no pas sempre, però), i la societat anònima per accions. Una posició especial l'ocupa la cooperativa, la diversitat de règims a la qual està sotmesa i la seva procedència aliena al sector que analitzem i, el funcionament sota el principi de reciprocitat o mutualitat (*Gegenseitigkeit*), fa que sigui difícil el seu enquadrament sistemàtic.

Aquestes dues tècniques d'organització —comunitat i corporació— són paral·leles a les tècniques de finançament emprades —finançament amb recursos propis i finançament amb recursos aliens—. En el primer cas, es tot el crèdit personal el que es compromet i, per tant, la norma de responsabilitat és, en principi, la de la il·limitació, tot i que es pot conformar de diferents formes. En el segon, només es compromet el crèdit derivat de l'afectació de recursos i, per tant, la responsabilitat dels inversos es limita a la quota invertida.

La posició central de l'esquema relacionat l'ocupa el patrimoni comanditari, el qual en la seva versió pura esdevé una simple modalitat del patrimoni fiduciari. Des del punt de vista de l'administració patrimonial, la identificació esdevé absoluta. Els socis comanditaris fan una aportació de capital (inversió) per tal que una tercera persona, (física, jurídica, o en uns associatiu no personificat) n'assumeixi l'administració del patrimoni creat amb les aportacions comanditàries. Des del punt de vista de l'organització de la titularitat patrimonial la cosa esdevé més complexa perquè l'administrador és regularment soci i el titular patrimonial no és aquest administrador fiduciari, sino el conjunt de socis comanditaris i administradors. És a dir, hi ha un compromís de crèdit personal amb una afectació especial de recursos. En la figura es combinen ambdós procediments de finançament, per bé que en la pràctica el compromís personal del soci administrador jugui un paper secundari. Com a conseqüència d'aquesta dissecció hi ha socis que responen personalment, directament, il·limitadament i subsidiàriament, i d'altres que no responen més que limitadament (en la societat comanditària simple, el soci comanditari) o que no responen en absolut davant dels creditors socials (en la societat comanditària per accions, el comanditari-accionista).

La societat comanditària, malgrat semblar a primera vista un tipus destinat a desaparèixer, pot jugar i en realitat juga (vegeu la informació apareguda al setmanari *Der Spiegel* n° 23/1982, pàgines 66 a 69) un gran paper en determinades formes d'inversió i de captació de recursos. Pensem, per exemple, en els supòsits d'inversions amb un gran percentatge de risc, que calgui disposar d'un liquid immediat i d'un capital important, com és el cas de les explotacions petrolieres o minaires, i alhora calgui assegurar a l'inversor rendabilitat i liquiditat de la inversió. Si tenim present que la posició del soci administrador la pot ocupar una persona jurídica o, fins i tot, qualsevol altra forma associativa que no sigui persona jurídica en sentit estricte, podem veure fàcilment les múltiples possibilitats d'utilització que té la figura, sobretot si a això hi afegim els avantatges fiscals que la majoria de legislacions atorguen a aquests tipus societaris, en la mesura que es permet descomptar les pèrdues socials com a pèrdues personals dels socis en la declaració de l'impost general sobre la renda.

Aquest és, doncs, un lamentable buit que la legislació andorrana deixa obert i que caldria resoldre mitjançant una intervenció legislativa. La simple ignorància no resol la qüestió i no impedeix que s'utilitzi la figura, sovint amb pactes socials que poden ser perillosos si no es preveu la regulació de la devolució d'aportacions, la necessitat de presentar i censurar els comptes anuals, la valoració d'aquestes aportacions quan no són en metàl·lic, la forma d'exercici de l'acció

de responsabilitat pels creditors socials contra el comandatari, etc.

2.3. *Funció dels tipus societaris*

En un altre pla ben diferent cal situar el problema de les relacions entre els socis/inversors de capital i l'administració de la societat i, la posició d'aquells en el si de l'organització col·lectiva.

Si tenim present la distinció proposada entre tècnica d'organització de les relacions personals (societat-contracte) col·lectives i tècnica d'organització de les relacions patrimonials (comunitat/persona jurídica) ens adonarem fàcilment que la funció dels diferents tipus societaris és tan sols la de furnir quadres de solucions per tal de resoldre problemes sorgits com a conseqüència de la creació d'un ens col·lectiu entre les diferents persones que el componen. Només indirectament, en la mesura que la societat és la font de creació de la comunitat/persona jurídica (patrimoni col·lectiu), regula el contracte relacions patrimonials. Però la posició dels socis en el si de l'organització col·lectiva no depèn directament del grau de desvinculació patrimonial assolit o de subjectivització de l'ens col·lectiu. O si es vol formular d'una altra manera la qüestió: el grau de limitació de responsabilitat dels socis pels deutes i l'activitat socials no determina el grau de participació d'aquests en les tasques d'administració i gestió del patrimoni col·lectiu, sino que n'és totalment independent.

Inicialment, a les dues grans categories bàsiques d'organització de les relacions patrimonials pertoquen sistemes paral·lels i propis d'administració del patrimoni col·lectiu, la qual cosa suposa una presa en consideració diversa en cada cas de la posició del soci-inversor-cotitular. Però aci la codificació ha operat un altre efecte important en la mesura que extén els efectes de la doctrina del contracte a l'àmbit de les persones jurídiques. L'autonomia de la voluntat fa irrupció així en aquest camp i hom pot parlar ja tranquilament de la "privatització" de les persones jurídiques. Atès, doncs, que en ambdós tipus bàsics de models d'organització, les relacions personals —pel què ara ens interessa, posició dels socis al si de l'ens col·lectiu i participació directa en la seva gestió— depenen d'una configuració autònoma prevista en el contracte social, resulta que, pel que fa a aquest tipus de relacions, aquestes es podran configurar com hom s'ho estimi millor. D'ací que hom hagi pogut parlar d'una "ruptura" del tipus contractual, en el sentit que l'autonomia de la voluntat permet de regular les relacions personals dels socis amb independència absoluta de la forma de concebre la titularitat i organització de les relacions patrimonials.

2.3.1. *La crisi de la distinció entre tipus socials personalistes i tipus capitalistes*

Tradicionalment hom atribueix a la distinció entre ambdós grups de tipus societaris importants conseqüències no tan sols d'ordre dogmàtic, sino també d'ordre pràctic i de regulació. Així, mentre a les anomenades societats de persones

el soci té un dret originari a la gestió vinculat a la il·limitació de la seva responsabilitat davant de tercers, a les societats de capitals, atesa la despersonalització de la posició del soci i la renúncia al dret a gestionar directament el patrimoni, limita la seva responsabilitat a la quantitat que representa la quota aportada o que s'ha compromès a aportar.

Aquesta distinció pot ser útil a efectes didàctics —sobretot si hom intenta de reconduir-la als dos tipus bàsics d'organització de les figures societàries— però és absolutament supèrflua —i fins i tot, inconvenient i allunyada de la realitat— si ens atenim a la proposta de solució que representa l'admissió d'una gradació en l'escala de subjectivització amb absoluta independència de la qüestió de la gerència d'un patrimoni empresarial.

En realitat, els anomenats tipus socials personalistes són, ultra un sistema —rudimentari— de finançament de l'activitat econòmico-empresarial organitzada, un sistema d'organització de la pròpia activitat. Es més, representa l'únic cas de coincidència absoluta —en el model legal— entre organització de la societat i organització de l'empresa. En aquests supòsits, el tret característic que identifica la figura no és tant l'aportació que fa o pugui fer el soci/inversor, com la posició compartida de la qualitat d'empresari amb els altres socis (*Mitunternehmerschaft*). Per això, al soci-empresari li interessa conservar en les seves mans el dret a la gestió del patrimoni col·lectiu. Perquè en la mesura que l'administra, administra també l'empresa de la qual n'és (cotitular. Ell n'és el propietari, gaudeix del poder originari de gestió empresarial, és el titular de l'organització i de l'activitat i per això cal —en principi— imputar-li els efectes d'aquesta activitat. És sobre la base d'aquest compromís personal que s'organitza el patrimoni que ha de finançar l'activitat econòmica. Per això, aquest patrimoni gaudeix d'una escassa autonomia funcional, perquè en la mesura que el soci segueix essent cotitular del patrimoni empresarial i compromet personalment aquesta qualitat, cal que s'atingui a les conseqüències. I aquestes conseqüències en l'ordre patrimonial són l'obligació a seguir contribuint en les pèrdues i a la seva cobertura sense que calgui cap tipus de decisió —negociació— amb els altres cotitulars. Vist des de l'altra banda, el soci té dret —en certes circumstàncies i sota l'acompliment de determinats pressupòsits— a exigir la devolució de les seves aportacions. I això és així perquè sencillament el soci no ha deixat d'ésser propietari de la seva aportació —per bé que el dret de propietat hagi sofert una lleugera modificació— amb la qual contribueix a mantenir una feble estructura patrimonial autònoma.

En canvi, en les societats anomenades de capitals, la separació entre l'esfera d'organització de l'activitat empresarial i la titularitat i organització de les relacions patrimonials entre els inversors de capitals és absoluta. Únicament en la cimera d'ambdós esquemes organitzatius hi ha una flexió de contacte, en el sentit que l'administració dels recursos i dels cabdals invertits "controla" també l'administració de l'empresa. Però al soci-inversor no li interessa —en principi— gens ni mica participar en l'administració de l'empresa, sino que la seva única preocupació s'orienta en el sentit de poder assolir uns òptims resultats de la inversió realitzada. Per això es limita —a través dels seus representants— a poder elegir

aquell equip directiu que sigui més competent, que millor serveixi als seus interessos de rendabilitzar la inversió i compatibilitzar beneficis. És per aquest motiu, que hem parlat abans del fet que en el fons de l'organització corporativa de les relacions patrimonials jau una relació de confiança, un negoci fiduciari que és el que caracteritza la inversió. I és precisament en el marc de la obligació de confiança i en la distinció entre organització de l'activitat econòmico-empresarial i organització de la titularitat de la inversió col·lectiva on cal veure els trets essencials que han de caracteritzar-ne l'esquema de regulació (el règim) d'aquests instituts jurídics.

Ara bé, en la mesura que la codificació provoca una extensió de la doctrina de la personalitat jurídica en el camp de l'organització comunitària, i l'autonomia de la voluntat passa a ésser el pilar de l'esquema organitzatiu de les relacions personals en els ens associatius, la inicial vinculació entre ambdós esquemes de regulació desapareix del tot i ens trobem amb supòsits, en els quals la tècnica d'organització del finançament esdevé alhora tècnica d'organització de l'activitat econòmica. D'ací, que tal i com hem dit abans, hom pugui parlar de "ruptura" del tipus contractual i que sigui possible de trobar estructures d'organització corporativa allà on fins ara l'organització de les relacions personals estava presidida pel principi d'auto-organicisme; i, a l'inrevés, d'incrustar en l'estructura corporativa elements de regulació que responen a la participació directa del soci-empresari. La conseqüència d'aquest plantejament, pel que fa a la possibilitat d'establir el marc de regulació de les estructures societàries, és que la classificació de les societats en capitalistes i personalistes, en funció de la posició del soci en l'estructura organitzativa, és del tot inútil i insatisfactòria. Així s'expliquen les dificultats que pateix la doctrina tradicional a l'hora de qualificar la societat de responsabilitat limitada, o els esforços d'aquesta mateixa doctrina per tal de mantenir els tipus legals lluny de qualsevol mena de contaminació.

La nostra proposta s'orienta en el sentit de mantenir la gradació en l'escala de subjectivització tal i com hem explicat suara. Criem que la dada característica que permet d'aïllar i d'individualitzar cadascuna de les figures societàries és la del grau de limitació de la responsabilitat en funció de l'estructura patrimonial adoptada.

Aquesta dada és l'única que condiciona el règim d'organització i que, llevat d'això, la resta —tret de zones de vigència de normes imperatives determinades precisament per l'elecció d'una concreta estructura patrimonial— romanen en l'àmbit de l'autonomia de la voluntat. D'ací que ja n'hi hagi prou amb les figures fornides per la codificació i que no calgui ampliar-ne el catàleg. Perquè la combinació d'elements d'unes i altres figures cobreix a bastament les possibilitats d'utilització per part dels particulars i en satisfà plenament les seves necessitats. En el fons, es tracta de possibilitar als subjectes privats l'elecció entre dues formes d'arribar a l'exercici col·lectiu de l'activitat econòmica: vol el subjecte romandre o esdevenir empresari (en sentit econòmic), aleshores pot conformar l'estructura d'organització d'aquesta activitat mitjançant els esquemes legals que ho fan possible i que parteixen del compromís personal del seu crèdit empresa-

rial. Vol, en canvi, romandre en la posició del soci-inversor, tot restant allunyat de la gestió empresarial, caldrà aleshores que esculli una forma d'organització que s'adapti al negoci de la inversió. Però això no vol pas dir, d'entrada, que calgui excloure una o altra forma, en funció de la posició que el subjecte vol adoptar. Serà el mercat qui condicionarà la decisió de quina de les dues formes és la més adequada i perquè en cada cas caldrà entendre una o altra figura — pura, mixta o parcialment nova— com l'oportuna per tal d'assolir determinades finalitats de política econòmica.

2.3.2. La voluntat electora del tipus societari i la individualització del seguit de figures organitzatives

En principi, tal i com acabem d'exposar, l'accés al mercat i la necessitat d'obtenir recursos de finançament per a l'exercici de l'activitat econòmica són les dades que permeten de condicionar l'elecció d'una determinada estructura organitzativa. Si es vol afavorir la transparència del finançament i facilitar l'accés als recursos, caldrà que d'alguna manera el marc de regulació dels negocis d'inversió "incentivi" aquest capteniment. Si, en canvi, hom s'estima més deixar de banda el mercat de capitals com a marc de referència i selecció de les inversions, caldrà aleshores posar traves a la constitució d'organitzacions empresarials associatives que tinguin per finalitat la captació de cabdals procedents de l'estalvi privat i reconduir tot el sistema de finançament a través del patrimoni particular i del crèdit mediatitzat per les institucions tradicionals de crèdit i estalvi que serveixen a tal fi. No cal dir que aquest sistema té uns costos globals més elevats i que, a més, està mancat de la transparència en l'anàlisi de la procedència dels recursos que és inherent al primer. D'altra banda, aquest segon sistema mena a una concentració cada cop més gran de la renda i de la riquesa, a la dependència econòmica i a l'afebliment progressiu, per centralització, dels intercanvis.

De tota manera, cal no incórrer en l'error d'establir mares de regulació excessivament tancats, que impedeixin o dificultin la presa de decisions en l'elecció d'una determinada figura associativa. La voluntat electora del tipus societari apareix condicionada, en primer lloc, per la voluntat de recórrer o no al mercat públic de capitals com a procediment de finançament. Però no és pas exclouent. En segon lloc, juguen factors d'ordre tributari i d'organització patrimonial que condicionen tanmateix la voluntat electora. Però finalment, com que en l'elecció del model legal d'organització de les relacions personals regeix el principi de l'autonomia de la voluntat, és indiferent que el legislador hagi previst un determinat model com a sistema de finançament i un altre com a organització dels factors productius, perquè en un com en l'altre cas, podran els particulars adaptar el model escollit a les finalitats que més els convinguin i així configurar, per exemple una societat per accions com a model d'organització d'una explotació familiar, o una societat civil o col·lectiva amb participació del públic com a sistema de finançament.

Per tal d' aclarir una mica aquesta exposició podem prendre com a exemple la individualització de la societat de responsabilitat limitada respecte de la socie-

tat per accions. Ambdues responen al principi de limitació —total o gairebé total— de responsabilitat dels socis pels deutes i l'activitat socials. Però la necessitat d'una regulació diversa —la qual cosa justifica la diversitat dels tipus— troba la seva causa de justificació en l'adopció d'una estructura organitzativa (personal i patrimonial) diversa. La societat de responsabilitat limitada està destinada a fer romandre els socis en la qualitat d'empresaris. No és un sistema de finançament, sino de trasllat de les conseqüències d'un d'aquests sistemes —la limitació de responsabilitat— a una forma d'organització dels factors productius. Si la societat de responsabilitat limitada té alguna justificació, és perquè permet un sistema d'organització diferent de la societat anònima per accions. Aquest sistema se centra en la vinculació de la direcció de la societat a les instruccions dels socis copropietaris i la identificació entre administració del patrimoni col·lectiu i direcció de l'empresa. Per aquest motiu la separació dels àmbits d'afectació entre patrimoni social i patrimoni particular de cadascun dels socis no és absoluta i fins i tot n'és la causa que s'hagi adoptat una estructura patrimonial concordant amb aquest principi: juntament amb el capital d'explotació, el compte particular de cada soci contribueix a configurar l'afectació de responsabilitat. Per això, en cas de descapitalització, els saldos creditors dels comptes particulars dels socis passen a integrar el capital de responsabilitat i no poden ser entesos com a préstecs o crèdits atorgats pels socis a la societat (§ 32a i § 32b GmbHG i § 129a HGB), o bé, en cas de manca de cobertura patrimonial d'una aportació, caldrà arrossegar i distribuir el dèficit entre els altres consocis (§ 24 GmbHG).

En canvi, el marc de regulació de la societat per accions té com a punt de partença el ser un sistema de finançament dirigit al públic inversor. En la mesura que el negoci d'inversió presideix l'arrencada d'aquesta figura societària, tot deixant allunyat l'inversor de les tasques de gestió i administració del patrimoni col·lectiu, cal, per tal de ser conseqüents amb el plantejament, que aquesta tingui el màxim de lliures les mans en l'administració dels negocis col·lectius. L'estructura patrimonial adoptada —patrimoni fiduciari d'afectació a un fi— així ho exigeix i, per tant, aquesta és la causa que l'organització personal de l'ens col·lectiu sigui inicialment diversa dels altres models. Per això, la direcció de la societat concentra gairebé tot el poder en els models legals més evolucionats, restant pràcticament desvinculada de l'assemblea general d'accionistes quasi-proprietaris (vegeu § 76 AktG) davant la qual, la direcció no en respon més que mediatament i amb uns efectes molt limitats, dins d'unes determinades esferes.

Pel què fa a l'estructura patrimonial d'aquesta figura, l'absoluta desvinculació entre el patrimoni col·lectiu autònom i el patrimoni privat individual de cadascun dels accionistes-inversors determina que no es pugui comprometre gens ni mica el crèdit d'aquests darrers i que calgui instrumentar mesures de comptabilitat més rigoroses, que tendeixin a mantenir la integritat patrimonial del capital en la seva doble funció, de capital d'explotació i de capital de responsabilitat. Per això, el soci inversor no pot liquidar la seva participació més que en el mercat, mitjançant la seva venda, perquè sinó altrament la integritat patrimonial es veuria fortament compromesa. És precisament l'acte de desapoderament inicial realitzat amb la inversió el que motiva aquesta desvinculació al·ludida i el que

justifica, d'altra banda, que l'inversor no tingui cap mena d'obligació a seguir contribuint en les pèrdues, com s'escau en les formes d'organització que parteixen del compromís personal del crèdit del participip, ni tan sols en els supòsits de descapitalització.

Si no es tenen presents aquestes consideracions es tendirà a confondre —com ho fa la reglamentació andorrana— ambdós tipus societaris i, a la llarga, a la mort per inanició d'un dels dos. Així, per exemple, deixa de tenir sentit un sistema en el qual tant la societat de responsabilitat limitada com la societat anònima per accions responen al principi de sobirania decisional de l'òrgan de reunió dels socis, amb la qual cosa s'oblida que la causa que justifica una regulació diversa és un punt de partença també divers en la presa en consideració de la posició del soci en l'organització personal i patrimonial. D'altra banda, l'equiparació en el tractament patrimonial i tributari de la societat de responsabilitat limitada amb la societat anònima per accions duu a la conseqüència pràctica de la inutilitat de la figura, en la mesura que se l'assubjecta a un sistema de mesures de control i de publicitat que només es justifiquen inicialment per la participació del públic inversor en un procediment de finançament i, que no té cap mena de sentit en una figura que malda per reservar amplis poders al soci-empresari.

Si volem treure profit d'aquest plantejament, per tal d'adoptar una postura en front de la tasca de reforma legislativa, la conseqüència necessària ha d'ésser que cal tendir a reservar la figura social per accions per a aquells tipus d'organitzacions patrimonials que s'estructuren sobre la base de la recol·lecció de capitals procedents de l'estalvi privat o públic i, alhora, accentuar els trets de participació del soci en els models basats en un compromís personal del partícep-empresari. Per això, em sembla correcta la fixació de capitals mínims en la constitució d'unitats d'explotació de determinades activitats sectorials, en la mesura que això contribueix a la necessitat d'extreure recursos dels cabdals privats, a la constitució d'un accionariat dispers i a la progressiva ampliació i funcionament del mercat de capitals.

Això no vol dir, però, tal com hem anat advertint al fil de l'exposició, que calgui mantenir ordenaments completament separats i intangibles, segons quin sigui el punt de partença inicial o la posició d'aquell que aporta cabdals o que compromet el seu crèdit, sino que cal permetre l'elecció d'un o altre tipus d'organització, combinar-ne elements d'un o altre tipus, i possibilitar el pas d'una a altra fórmula mitjançant la utilització de figures mixtes. En aquest punt, la utilització de capitals comanditaris com a fórmula de finançament d'explotacions familiars —amb aportacions o per accions— pot jugar un gran paper i per això considero un greu error el buit legislatiu que la reglamentació andorrana fa de la figura social comanditària.

2.4. *Qüestions de règim (fragmentarietat i reconstrucció)*

Per tal d'establir un marc de regulació adequat i apropiat per a cada una de les figures societàries, cal prendre com a punt de referència dues coordinades,

a les quals hem fet referència a mesura que ens anavem endinsant en l'exposició de la problemàtica. D'una banda, l'obligació de confiança (*Treuepflicht*) inherent al negoci fiduciari, tal i com hem qualificat el negoci d'inversió, forneix una de les dades o elements d'aquest marc de referència. D'altra, la distinció entre organització dels factors de producció i organització patrimonial del capital inversor, representa l'altre dels extrems del pla on cal situar la problemàtica. Només d'aquesta manera és possible posar una mica d'ordre a la gran quantitat de fragments de regulació a que ha menat la codificació.

L'obligació de fidelitat i confiança opera de forma diversa segons quina sigui l'estructura patrimonial escollida. I al seu torn, té un abast diferent si el negoci d'inversió és el resultat de la subscripció de recursos en el mercat o d'una negociació (parcialment) individual. En cada cas, aquesta obligació assolirà un grau d'intensitat diferent segons quina sigui la posició de l'inversor envers els altres socis i/o l'administració del patrimoni col·lectiu. També ací hom pot seguir una certa gradació en funció de l'organització de l'estructura patrimonial adoptada, cosa que veurem tot seguit.

2.4.1. *Joc de l'obligació de fidelitat i confiança en les organitzacions que parteixen del compromís personal del crèdit del particip*

Pel que fa a les estructures organitzatives que parteixen de l'estricta compromís empresarial dels particips, l'obligació de fidelitat i confiança juga un paper secundari, en la mesura que cada un dels particips serveix importants facultats d'administració derivades de la (co)titularitat del patrimoni col·lectiu. Algunes escadusseres regles tradicionalment emprades en la regulació de conflictes entre els socis responen a aquest principi, i val a dir que representen supòsits francament excepcionals. Amb tot, però, hi ha dues esferes on hi pot tenir certa influència: en el capteniment deslleial dels socis o administradors, i en la gestió antieconòmica dels encarregats de fer-ho. Així, per exemple, cal interpretar el seguit de normes que tenen per base tal capteniment i que menen a la revocació de l'administració i/o a l'exclusió de la societat (vegeu, per exemple, § 112 i 113 HGB; § 140, en relació amb el § 133 HGB; § 712.1, § 737 en relació amb el § 723, I BGB; arts. 132, 134 a 139, en relació amb l'art. 218, i art. 224 Cco.; arts. 1.705 a 1.707 del Cciv.; i art. 2.162 LEC).

En ambdós supòsits el fonament o *ratio* de la norma és el mateix i els textos legals no ho podien expressar de forma més explícita: evitar el possible perjudici que es causaria al patrimoni col·lectiu, és a dir, a la seva integritat o a la seva rendibilitat (compareu, si voleu, el text dels arts. 132 Cco., referit al *mismanagement*, i 1.706 del Cciv., a un supòsit de capteniment deslleial). Es tracta, en definitiva, de retornar a les normes de la comunitat: cadascun dels socis-coparticips pot disposar del patrimoni col·lectiu de tal manera que no perjudiqui l'interès col·lectiu (és a dir, es mantengui la integritat patrimonial) i permeti als altres de disposar-ne també amb el seu títol (és a dir, es mantengui la rendibilitat de les respectives quotes). (Compareu, si us plau, els arts. 1.695, II Cciv. i 394 del ma-

teix codi). Atès que el soci-coparticip és contitular d'un patrimoni col·lectiu, en la mesura que l'estructura del seu dret de propietat només ha sofert una petita (primera) modificació i serveix en les seves mans facultats inherents al contingut del dret de propietat, cal doncs, que en l'exercici d'aquestes facultats no es faci minvar el patrimoni col·lectiu en la seva constitució i integritat. És doncs, el propi dret de propietat el qui assenyala els límits del seu exercici. La sanció n'és l'exclusió del soci deslleial o del gestor desqualificat (art. 1.706 del Cciv.; art. 218 Cco.; § 140 HGB) perquè aquest capteniment resta esforçós a l'acte que suposa precisament la seva reunió per tal de fer front a un fenomen de diseconomia en escala.

Des d'un altre punt de vista, l'acte de deslleialtat suposa la irrupció d'un nou subjecte econòmic en el mercat (tràfic) i, per tant, una modificació de la seva estructura (de mercat). Atès que l'accés al mercat en un ordre de lliure competència ha d'ésser igual per a tothom i que cal no obstaculitzar-lo, la llei resol el possible conflicte entre el soci deslleial i la societat, facilitant-ne la sortida i arbitrànt un seguit de mesures que fan possible el manteniment de la integritat patrimonial de l'antic subjecte en supòsits, que normalment abocarien a la dissolució i liquidació del patrimoni col·lectiu (vegeu art. 219 Cco. i § 738 del BGB). És a dir, cal evitar la dispersió d'esforços que menaria a resultats poc o gens rendibles, mitjançant el pagament d'uns costos mínims. Aquesta minimalització de costos és la funció a la que serveix la norma que sanciona el capteniment deslleial del soci. En principi, aquest conjunt de normes representen una prima a l'antic subjecte econòmic, en el sentit que intenten el manteniment de la seva presència en funció d'una solvència acreditada. Però en el moment que les operacions dutes a terme pel soci deslleial produeixen més riquesa de la que produïa l'activitat conjunta, caldrà entendre la sanció prevista en aquest bloc normatiu com el preu a pagar (cost d'oportunitat) per l'accés al tràfic d'un subjecte que està en condicions de generar més riquesa, tot compensant a l'antic subjecte del possible perjudici.

2.4.2. Abast de l'obligació de fidelitat i confiança en els negocis d'inversió

Pel que fa a les organitzacions que adopten una regulació corporativa o quasi-corporativa, l'obligació de confiança que neix del negoci d'inversió presideix totes les relacions entre inversors i fiduciaris i hi juga amb una intensitat especial.

En la mesura que l'organització corporativa es regeix per un règim de majories i que és la majoria qui anomena la direcció de la que depèn el *management*, l'obligació de confiança i fidelitat traça igualment el marc en el qual cal resoldre els problemes de conflictes entre majoria i minoria (Posner), interpretació de l'interès social i bases de funcionament de la direcció del negoci.

En aquest context, el risc de *mismanagement* per a l'inversor és sensiblement inferior a l'anterior supòsit, perquè els managers en no ser propietaris i no arriscar el seu propi crèdit, depenen més estretament dels qui ho són (en un sentit molt ampli) i perquè una gestió desqualificada o simplement desafortunada minva

considerablement les futures expectatives de treball del personal directiu en aquest mercat (Manne, Alchian i Demsetz).

El perill, però, de conductes deslleials que menin a una descapitalització o minva de la rendabilitat de la inversió per part dels *managers*, cal enfocar-lo d'una altra manera de com ho hem fet amb les organitzacions basades sobre el compromís personal del crèdit del particip, perquè en aquests casos el soci-proprietari compromet tot el seu crèdit i, en canvi, en una estructura corporativa el soci arrisca tan sols l'import de la seva inversió. La solució, doncs, ha de ser diversa i es tradueix en una minva dels drets o facultats de control del soci inversor. L'inversor de capital no és propietari —en el sentit de cotitular patrimonial— del patrimoni empresarial. Per tant, no gaudeix de les facultats inherents al contingut del dret de propietat i els possibles conflictes entre l'inversor i l'administració cal que siguin resolts en el marc de l'obligació de fidelitat i confiança inherent al negoci d'inversió. Aquesta obligació esdevé importantíssima i passa a ocupar un primer pla, en la mesura que les possibilitats de "controlar" l'administració no depenen ja de l'exercici d'unes facultats de contingut patrimonial, sino simplement obligacional i, per tant, el contingut d'aquest "dret de control" ha d'ésser sensiblement inferior en intensitat del que gaudeix aquell qui participa en estructures organitzatives que en comprometen el seu crèdit personal. És a dir, la intensitat d'aquest dret augmenta a mesura que el seu titular compromet el seu crèdit personal i, inversament, l'obligació de confiança substitueix el contingut estrictament patrimonial de les facultats derivades de la cotitularitat. Un cop més, la vinculació entre l'estructura patrimonial de l'organització col·lectiva i el grau de limitació de la responsabilitat del partícep determina que poguem parlar també ací d'una gradació de la intensitat del dret de control, segons l'esquema que s'adjunta en la figura nº 3.

En sentit estricte, l'abast de l'obligació de fidelitat i confiança dels administradors envers els inversors es limita a l'aplicació dels cabdals rebuts en inversió, de forma que el titular de la inversió obtingui el màxim rendiment possible. Però per tal que això sigui possible, cal que l'administració assegurui la integritat patrimonial de la societat mitjançant una política empresarial adient. És en aquest context dialèctic on cal situar i interpretar l'anomenat "interès social", articular les relacions entre inversors i administradors i inserir-ne els mecanismes de control adients. Seguint aquestes pautes, hom s'adonarà fàcilment que la intensitat del control estarà en relació directa amb el grau de vinculació entre els administradors i els inversors. Com més fort sigui el lligam, més intens serà el control. Si l'assemblea de socis, és a dir, d'inversors, conserva àmplies facultats, de tal manera que l'administració s'hi hagi d'entendre vinculada, caldrà que les competències entre ambdós òrgans es distribueixin d'acord amb un procediment que en faci de la posició de l'inversor la peça clau del sistema. Per això, caldrà arbitrar una sèrie de mecanismes que permetin l'exercici de la funció del control pels inversors sobre els administraors. Caldrà mantenir la concepció de l'assemblea com a òrgan sobirà i instància decissòria, possibilitar l'exercici d'instruccions sobre l'administració, facilitar-ne la revocació, instituir sistemes de protecció de la minoria —atès que és la majoria qui anomena l'administració— permetre'n la seva

Figura 3

SOCIETAT CIVIL	SOCIETAT COL·LECTIVA	COMPTE EN PARTICIPACIÓ	SOCIETAT DE RESP.	SOCIETAT PER ACCIONS	GRUP DE SOCIETATS
SOCIETAT COL·LECTIVA	SOCIETAT CIVIL	SOCIETAT COMANDITÀRIA	LIMITADA		
Dret nat a la gestió	Soci exclòs de la gestió	Soci comanditari -compteparticip-	Gmb §§ 46, VI i 51a i 51b en relació amb el § 46.	AktG §§ 131 i 132 LSA art. 65	O
Cco. art. 129 HGB § 114 Cciv. art. 1.695.1 BGB § 709	Cco. art. 133 HGB § 118 BGB § 716	Cco. art. 150 HGB §§ 166, 338			

representació en les instàncies executives (*Proxy-System*) i, sobretot, caldrà que l'inversor pugui decidir sobre la distribució dels resultats i la seva aplicació. No cal dir que aquesta concepció va lligada a la idea —per bé que atebhida— de participació empresarial de l'inversor, amb les conseqüències que això té en l'ordre patrimonial.

En canvi, si hom opta per partir d'un model en el qual la desvinculació entre inversors i fiduciaris sigui pràcticament absoluta, caldrà enfortir la posició dels administradors, buidar de competències l'assemblea, i instituir mecanismes de control per uns altres conductes.

Especialment, aquest model que parteix de la base d'un accionariat abundós i dispers —conseqüent amb la idea de servir de sistema de finançament— tendeix a evitar l'exercici de les facultats de direcció contra els interessos dels inversors per una via totalment diferent, tot deixant a l'arbitri del mercat la decisió sobre el capteniment deslleial del *management*.

La ruptura de l'obligació de fidelitat i confiança en el sentit que hem acabat d'exposar, ha de permetre posar en funcionament mecanismes interiors que tendixin a possibilitar la substitució del *management* mitjançant les delegacions de vot o el funcionament d'un sistema de vot proporcional. Però, a més a més, l'inversor descontent sempre té l'opció de liquidar la seva participació mitjançant la venda del seu títol en el mercat borsari. Una venda massiva de títols per manca de rendabilitat provocarà una devallada de les cotitzacions i, a l'ensem, permetrà de posar en funcionament un nou sistema de transmissió del control sobre la societat. La desvalorització dels títols permetrà la seva adquisició a costos realment baixos per part de qui estigui interessat en recomposar la majoria i substituir el *management*, mitjançant els mecanismes de les "preses de control" o dels oferiments públics d'adquisició que, a la llarga, aboquen a les fusions o a la integració en un grup, en el cas que el nou inversor sigui una gran societat.

2.4.3. Vers una proposta de solució

Aquesta exposició ve substancialment a tomb perquè connecta amb un altre dels grans problemes del dret de societats actual: la separació entre propietat i control (en sentit ampli) al si de l'empresa (Berle & Means) i la necessitat o no de recomposar l'equilibri mitjançant l'establiment d'un sistema de democràcia representativa i participativa.

La doctrina angloamericana més moderna (Posner, Landers, Manne) creu que la separació entre propietat i control és un problema mal plantejat, que no té present la distinció entre empresa com a organització dels factors productius i societat com a fórmula de finançament, per bé que en parlar del subjecte econòmic calgui parlar d'ambdós a l'ensem (Posner). Per a aquesta doctrina la separació entre propietat i control pot ser un bon punt de partença per l'organització dels factors productius si hom tria un sistema pur de finançament amb recursos procedents de l'estalvi mitjançant l'accés al mercat de capitals. Aleshores el marc de regulació de la corporació hauria de tendir a deixar intocada la posició de l'administració i fer-la només vulnerable en el moment que es lesionés l'encàrrec de fer rendible la inversió per desviació dels seus resultats cap a un subjecte diferent del seu titular. La sanció s'explicaria tan sols per la destrucció de rique-

sa que suposaria el capteniment deslleial de l'administració. Aquest sistema s'hauria de caracteritzar per la manca de subjecció de l'administració envers els inversors, l'amplitud del marge de la seva actuació i la dificultat en l'exercici de sistemes de protecció o tutela de les minories que, només en casos extrems, estaria justificat el seu funcionament, perquè altrament caldria negociar constantment per petiteses, el cost transaccional de les quals seria massa elevat. La protecció dels inversors s'hauria de canalitzar per uns altres camins, sobretot amb l'enfortiment de mesures de publicitat que contribuïssin a fer més transparents les transaccions i a reduir, en general, els costos d'informació.

L'elecció entre un model proteccionista que estableix tot un seguit de canals participatius i atorgui molts drets a la minoria o al simple inversor i un model menys respectuós amb la minoria i més tendent a afavorir la posició de la direcció del negoci és una decisió de política jurídica que pertoca al legislador. Però cal no caure en l'error de veure ambdós models com a dues formes diverses d'organització d'un mateix sistema (de finançament). És preferible, en tot cas, preveure ambdós models com a fórmules alternatives, no excloents, que permeten a l'empresari (en sentit no tècnic) escollir entre un finançament amb recursos procedents del mercat o un finançament mitjançant, un compromís associatiu d'altre forces empresarials.

Però el que cal ressaltar és que no convé barrar d'entrada el pas a l'elecció d'una fórmula encara que, en principi, no es vulgui utilitzar el model amb la finalitat d'obtenir recursos o d'organitzar forces empresarials, en el seu cas. Per bé que la corporació pugui menar a la concentració de la titularitat de les inversions en un limitat nombre de mans —altres corporacions o titulars d'altres inversions— cal no posar pals a les rodes per tal d'evitar que això no passi. Un bon sistema de finançament pot ser també un bon sistema d'organització dels factors productius si els titulars de la inversió són subjectes econòmics que contribueixen al funcionament direccional de l'empresa. I, a l'inrevés, cal no limitar d'entrada l'accés al mercat de formes d'organització empresarial —tal i com ho fa el sistema espanyol (art. 4 LSA) de forma totalment desencertada— mitjançant entrebancs inútils que impedeixen el desenvolupament d'aquestes figures societàries a l'hora —com a resultat de la fuga dels subjectes econòmics cap a les formes corporatives— de prendre mesures en altres àmbits que només estan justificades per la participació del públic inversor en un sistema de finançament.

Pel que fa al primer ordre de problemes, l'adopció de mesures excessivament proteccionistes mena, a la pràctica, a una inutilitat de la seva utilització quan realment cal, és a dir, com a sistema de protecció de l'inversor, perquè la seva participació sol ser tan escadussera que no pot maldar gens ni mica per fer-la eficaç. I quan els partícpis són pocs amb participacions equiparades, aleshores el conjunt de mesures es pot mostrar inconvenient, atesa la rigidesa a la que pot menar. Si tenim present que aquests supòsits de participacions compartides o, si més no, de posicions relativament dominants o majoritàries venen representades per titulars— inversors que són al seu torn una altra corporació o subjecte econòmic, caldrà que el marc de solucions el situem fora de l'organització

interna del sistema de finançament i que el cerquem en l'òrbita del dret de grups.

2.5. El dret de grups com a fórmula de finançament i d'organització dels factors productius

Precisament aquest darrer sector és un altre buit de l'ordenament andorrà, que caldria subratllar. En els darrers anys el dret de grups ha experimentat una forta evolució i desenvolupament, fins el punt que problemes tradicionals, com poden ser la societat d'un sol soci i el de les formes mixtes (GmbH & Co, KG) troben al seu si el seu tractament i marc de solucions. No es tracta ara d'endinsar-nos en la complexa problemàtica que presenta el dret de grups, però sí que caldria advertir alguns dels seus trets essencials per tal de fer un toc d'atenció sobre determinats problemes que en un país com Andorra, amb un sector financer important i una economia orientada als intercanvis, no es poden deixar passar per alt. Per tal de citar només un parell d'exemples significatius hom podria parlar ara de les societats *holding*, l'*Anstalt*, o les societats fiduciàries d'inversions (*Treuhandgesellschaften*), els quals representen supòsits típics d'aquesta situació. Amb tot, però, cal advertir que el dret de grups només ha trobat excepcionalment una regulació (parcialment) completa i sistemàtica i que són molt pocs els ordenaments que tracten d'alguns problemes típics o connectats amb la problemàtica dels grups.

L'organització de grup representa ara com ara el darrer graó de l'evolució de la tècnica capitalista més avançada cara a conseguir instruments de finançament cada cop més barats i més eficaços. Sigui quina sigui la tècnica emprada —vinculacions contractuals i/o "presa de control" per participació— resulta indiscutible que els costos de l'operació són sensiblement més baixos que els costos de les solucions tradicionals (fusions) i permeten de fer-se amb el control d'una empresa pagant tan sols un cost d'oportunitat. D'altra banda, el grup suposa un avantatge suplementari molt important en relació amb la forma tradicional d'organització de l'empresa, en la mesura que el manteniment d'unitats operacionals formalment autònomes permet de diversificar millor el risc i augmentar, en conseqüència, les perspectives de maximització global. D'ací que hom hagi pogut parlar també del grup com a tècnica d'organització dels factors productius, perquè l'estructura policorporativa (Bälz) del sistema de finançament permet d'adoptar una fórmula coincident d'organització mitjançant el funcionament d'una pluralitat d'unitats autònomes coordinades per un òrgan central comú, el qual pot exercir més o menys intensament el seu poder de direcció i control.

La característica essencial de l'organització de grup és l'absència d'un patrimoni comú o col·lectiu en relació al grup, i el manteniment, ben al contrari, dels patrimonis individuals de les unitats que l'integren, com a centres autònoms d'imputació de l'activitat econòmica. Atès que cadascun conserva la seva pròpia identitat funcional, l'organització de grup només es pot assolir mitjançant una superestructura incrustada per damunt de les organitzacions individuals que es mantenen als simples efectes d'imputació del risc. Això permet de flexibilitzar al màxim la macroestructura organitzativa, prescindir, si arriba el cas, de les unitats

poc o gens productives, racionalitzar l'absorció de recursos i, en general, desenvolupar una política empresarial àgil i agressiva, de la qual han d'aprofitar-se'n, en principi, tots els inversors de les unitats integrades en el grup. Però, d'altra banda, tot i que l'erecció d'un grup —o la integració d'una entitat en l'ens col·lectiu— no representa l'adquisició d'un símil de personalitat jurídica, atesa la manca d'una estructura patrimonial unitària, la usual centralització organitzativa en una empresa dominant i una o unes altres de dependents mena a pregones modificacions de l'estructura organitzativa de les societats integrades —sobretot si són societats per accions— i a un desequilibri del sistema de poders en favor d'aquella.

Aquest desequilibri afecta fonamentalment dues esferes d'interessos estrictament privats: la dels creditors de les entitats integrades, en la mesura que el patrimoni que ha de servir per a garantir els seus crèdits es veu afectat per la política de grup; i el dels inversors de les societats dominades, també en la mateixa mesura, en relació amb la rendabilitat de les seves inversions. A aquestes dues esferes cal afegir una tercera de caràcter públic i que afecta al sistema econòmic, en la mesura que el mercat ha d'estar en condicions de conèixer la situació patrimonial i financera de les entitats agrupades, així com la del grup en la seva globalitat, per tal que les transaccions puguin ser transparents i minvar, així, els costos d'informació.

2.5.1. Els interessos dels inversors en l'estructura de grup

Pel que fa a l'esfera dels interessos dels inversors de les societats controlades, la seva posició es pot veure amenaçada si l'administració de la societat practica una política de grup que desvia sistemàticament els resultats econòmics de la unitat productiva cap a d'altres entitats o cap a l'òrgan central. L'administració de la societat dominada, en mans d'una minoria de control, representada en darrera instància per l'òrgan central, permet de situar a aquesta en una posició de permanent i constant violació del seure de fidelitat i confiança en vers els inversors (vegeu en aquest sentit, el cas ITT, BGH, BB 1975, 1540). Aleshores, segons com sigui l'estructura de l'accionariat és molt probable que els accionistes o partícips purament inversors vulguin posar en funcionament els mecanismes de tutela de la minoria, el quals entorpeixen —o poden entorpir— el normal funcionament de l'organització inversora.

Per tal de poder sortir d'aquest cul-de-sac caldrà transigir, i la transacció abocarà necessàriament a una modificació de l'estructura de la titularitat patrimonial del subjecte inversor. O bé, es tractarà de convertir la seva posició en la d'un obligacionista que veu reconegut i garantit una determinada fixa rendabilitat, tot arrabassant-li el dret a oposar-se a les decisions de l'administració, o bé es tractarà d'intentar excloure'l de l'organització inversora mitjançant la "compra" o el bescanvi de les seves participacions per participacions de l'entitat dominant, solució que s'escau amb prou sovintesa en la praxi dels negocis en societats amb un nombre reduït de partíceps.

A l'hora de formular una proposta de solució legislativa cal tenir present la diferent estructura dels grups, per tal que aquesta pugui ser practicable. En els grups amb una estructura "tancada" és possible d'establir una regla que atorgui als inversors el dret a romandre en la societat mitjançant l'assegurament d'una determinada rendabilitat o, a ésser indemnitzats si se'n van de la societat (en metàlic o per bescanvi de participacions), perquè en aquest cas el cost de l'operació és tan sols un cost d'oportunitat no pas gaire gros: atès que no hi ha mercat, el preu de l'operació representa tan sols el preu de l'exercici dels drets de tutela de la minoria.

En canvi, en els grups amb una estructura "oberta", amb forta participació del públic inversor, la solució pot tenir uns costos prou elevats com per a fer fracassar l'operació de concentració. Alehores caldrà cercar una altra sortida. Una sortida que possibiliti la transacció en els casos que sigui possible, o que deixi a l'àrbitri del mercat la desió. Cal tenir present que l'inversor descontent sempre té al seu abast la possibilitat de liquidar la seva participació tot acudint al mercat i oferint-ne la seva venda, la qual cosa pot ésser aprofitada per l'administració per tal de recollir-les i enfortir així la seva posició, si el preu obtingut per la davallada de les cotitzacions pot arribar a ésser interessant. Fins i tot hi ha legislacions que preveuen un dret a l'adquisició forçosa a partir de determinades xifres de participació en favor de la majoria.

2.5.2. *La posició dels creditors*

La segona esfera d'interessos en conflicte, la dels creditors de les entitats dominades, és força més complexa. Tradicionalment s'ha enfocat el problema des de l'òptica de l'abús de la personalitat jurídica —sobretot en el supòsit de societats d'un sol soci— o del frau de creditors. Avui sabem que aquesta manera de tractar el tema és incorrecta perquè les doctrines de l'abús o del frau estan cridades a operar tan sols en supòsits límit, quan ja no hi ha altre remei possible, i amb uns resultats francament poc o gens satisfactoris.

D'altra banda, els creditors de les entitats dominades poden patir seriosos perjudicis sense que altrament l'administració hagi incorregut en abús o frau —deixant de banda, a més, els problemes de prova en cas que es donessin aquests supòsits— i, per tant, no es veuen protegits per aquests remeis.

Cal tenir present que la integració en un grup altera les bases sobre les quals el creditor realitza el seu càlcul del risc, en la mesura que l'estructura patrimonial i financera de la societat es pot veure afectada per l'afiliació o pertinença al grup.

La modificació d'aquest càlcul només és possible si el creditor disposa de l'oportuna informació. Però la informació té uns costos sovint massa elevats i fins i tot inabastables per a què el creditor pugui servir-se'n amb profit.

La modificació de les bases del càlcul costos/beneficis genera, doncs, un risc que cal atribuir a aquell que en millors condicions estigui de poder-lo suportar. A reserva d'un estudi empíric que demostrï altra cosa, sembla que l'empresa dominant (en cas de grups amb estructura piramidal) pot estar d'entrada en millors condicions de preveure l'èxit o el fracàs de la seva gestió econòmica a través de les societats dependents, que no pas els creditors, des del moment que la presa de participació ha estat una operació previament calculada. També des d'una altra perspectiva assembla que els costos d'informació al si del grup han d'ésser sensiblement inferiors al cost afegit dels incidents (costos d'informació exteriors + costos dels incidents).

Seguint les pautes que hem establert sembla que cal concloure en el sentit de preveure un mecanisme que asseguri la integritat patrimonial de les entitats dominades. Dues vies són possibles en principi: l'establiment de mesures indirectes —reserves especials, limitació dels dividendes absorbibles, etc.—, o l'establiment d'un principi de responsabilitat de l'entitat dominant. Aquesta segona solució, congruent amb la idea de suport del risc que hem acabat d'exposar, jugaria un paper preventiu —a tall de prevenció general— que menaria o hauria de menar a un manteniment de la integritat patrimonial de les entitats dominades.

Això, però, no vol pas dir que calgui mantenir sempre i en tot cas la unitarietat de solucions. El funcionament del principi hauria de jugar com a regla general en aquells supòsits en els quals l'estructura de grup hagi menat a un funcionament unitari, sotmès a unes directrius o pautes integrades dins d'una política global i sempre que aquesta situació alteri de forma objectiva les bases del càlcul del risc del creditor. Els supòsits que no reunissin els elements característics de la hipòtesi de treball haurien (podrien) ser exclosos, mitjançant, per exemple, la formulació d'una llista taxada.

BIBLIOGRAFIA

- ALCHIAN, Armen A./DEMSETZ, Harold: Production, Information Costs and Economic Organization, AER 1971, 777.
- BÄLZ, Ulrich: Einheit und Vielheit im Konzern, FS RAISER, Tübingen 1974.
- CASTRO BRAVO, Federico de: La persona jurídica. Madrid 1980.
- COING, Helmut: Die Vertretungsordnung juristischer Personen und deren Haftung gemäß § 31 BGB, FS FISCHER, 65.
- DEMSETZ, Harold: Toward a theory of property rights, AER 57 (1967), 347.
- FAMA, E.F.: Agency Problems and the Theory of the Firm, JPE 88 (1980), 288.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis: La atipicidad en el derecho de sociedades. Saragossa 1979.
- FLUME, Werner: Die werdende juristische Person, FS GESSLER, Múnic 1971, 3.

- id: Unternehmen und juristische Person, FS BEITZKE (1979), 43.
- id: Um ein neues Unternehmensrecht. Berlin 1980.
- id: Die Gesamthand als Besitzer, FS HENGELER (1972), 76.
- id: Die GmbH-Einmanngründung, ZHR 146 (1982), 205.
- id: Die Gründung der Einmann-GmbH nach der Novelle zum GmbH-Gesetz, DB 1980, 1781.
- FONT RIBAS, Antoni: Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses, RJC 3 (1982).
- GALGANO, Francesco: Le istituzioni dell'economia capitalista. Bolonya 1974. Traducció castellana, a cura de Manuel Broseta i Carme Alborch. València 1980.
- id: Storia del diritto commerciale. Bolonya 1976. Traducció castellana, a cura de Joaquim Bisbal. Barcelona 1981.
- GARCIA VILLAVERDE, Rafael: La exclusión de socios. Causas legales. Madrid 1977.
- GIRON TENA, José: Derecho de Sociedades. Madrid 1976.
- KÜBLER, Friedrich: Gesellschaftsrecht. Heidelberg/Karlsruhe 1981.
- LANDERS, Jonathan M.: A Unifited Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate. Questions in Bankruptcy, UChLR 42 (1975), 589.
- MANNE, Henry G.: "Altruismo" della *corporation*, RivSoc 1980, 731.
- MANNE, Henry G.: Mergers and the market for corporate control, JPE 110 (1965), 73.
- POSNER, Richard: Economic Analysis of Law. Londres/Toronto 1978.
- REICH, Norbert: Die Entwicklung des deutschen Aktienrechts im 19. Jahrhundert, Ius Commune 2 (1969), 239.
- id: Markt und Recht. Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der BRD. Neuwied 1977. Traducció castellana a cura d'Antoni Font. Barcelona 1985 (en preparació).
- RITTNER, Fritz: Die werdende juristische Person. Tübingen 1969.
- id: Die Funktion des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht, a Marburger Gespräch über Eigentum-Gesellschaftsrecht-Mitbestimmung. Marburg 1967, 50.
- id: Konzessionssystem für Genossenschaften?, FS WESTERMANN, 497.
- id: Öffentlichrechtliche Elemente der Unternehmensverfassung, a Planung V. Baden-Baden 1971, 59.
- id: Unternehmensverfassung und Eigentum, FS SCHILLING, 363.
- SERICK, Rolf: Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. Barcelona 1967. Traducció a cura de Puig Brutau. Pròleg d'Antonio Polo.
- ULMER, Perter: Die Einmanngründung der GmbH -ein Danaergeschenk?, BB 1980, 1001.
- WIEACKER, Franz: Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts, FS HUBER (1973), 339.
- WIEDEMANN, Herbert: Die Zukunft des Gesellschaftsrechts, FS FISCHER (1979), 883.
- id: Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1975, quadern especial, 8.
- id: Gesellschaftsrecht I. Múnic 1980.

FUNCION EJECUTIVA, ACTUACION ADMINISTRATIVA Y DISCRECIONALIDAD ()*

ALFREDO GALLEGO ANABITARTE

SUMARIO: I. EL MARCO CONCEPTUAL. II. DERECHO COMPARADO EN ESPAÑA. III. «FUNCION EJECUTIVA» (ART. 97 CONSTITUCION ESPAÑOLA): ACTIVIDAD LIBRE, CREADORA Y DISCRECIONAL. IV. «ACTUACION ADMINISTRATIVA» (ART. 106.1 CONSTITUCION ESPAÑOLA): CONTROL JUDICIAL INTEGRAL. V. CONCURSO DE MERITOS ENTRE CATEDRATICOS Y AGREGADOS: EL TRIUNFO DE LA DISCRECIONALIDAD.

Hace ya cerca de catorce años, recién llegado a la plaza de Profesor Agregado, que había obtenido tras unas oposiciones, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago, conocí a Antonio Mozo Seoane, destinado en El Ferrol como Teniente del Cuerpo Jurídico de la Armada. Me había sido recomendado por unos antiguos alumnos míos y compañeros de él, Técnicos de Administración Civil. Antonio Mozo expresó su deseo de llevar a cabo una tesis doctoral bajo mi dirección: fue mi primer doctorando. Y este dato explica el tema de la tesis doctoral, porque no fue sugerido por el doctorando —como debe ser—, sino por mí. El influjo de mi estancia en Alemania era evidente al sugerir este tema y su método: en primer lugar, hay que analizar de la forma más profunda posible el Derecho Administrativo, derogado y vigente, español. Y una vez realizada esta tarea, se pueden iniciar estudios, más o menos ambiciosos, teórico-jurídicos y de Derecho Comparado. Esto significa una rotunda toma de postura contra frecuentes publicaciones «científicas», que consisten en refritos de libros y artículos doctrinales españoles y ex-

(*) Prólogo al libro recientemente aparecido “La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal. 1894-1983”. Ed. Montecorvo, 1983, de Antonio Mozo Seoane. La reseña de este libro, en este mismo número, págs. 198-202.

tranjeros, que se salpican con referencias al Derecho Positivo.

Por eso le sugerí a Antonio Mozo que hiciese un estudio sistemático de la legislación y la jurisprudencia españolas, lo más amplio posible, sobre el tema de la discrecionalidad desde la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1888, en su redacción de 1894, hasta nuestros días.

I. EL MARCO CONCEPTUAL

1. La cuestión de la discrecionalidad me había interesado desde el primer momento en que me dediqué a estudiar Derecho Público y en algunos de mis trabajos quedó constancia de este constante interés. Así, en *Derecho General de Organización*, que publiqué en 1971, hice una primera aproximación al tema al estudiar la distinción entre Gobierno y Administración, actos políticos y actos administrativos. Escribí entonces:

«Es necesario romper tanta ganga nominalista y semántica. No importa mucho que se hable de actos políticos, actos de Gobierno, etc., cuando lo que está en juego es evidente: la afirmación de una indeclinable potestad discrecional del Gobierno y de la Administración y del Estado para resolver determinados asuntos y tomar determinadas medidas, sin ningún tipo de control jurídico» (pág. 256).

Eso estaba escrito contra una tendencia a juridificar toda la vida pública en virtud de una comprensión totalizadora del «Estado de Derecho», donde el *poder* desaparece, presente en cierto sector doctrinal español, dominado por una mentalidad de Abogado de los Tribunales. Por otra parte, en dicho libro se resaltaba la importancia de que se hubiese recogido ya en la Jurisprudencia española la distinción entre la *discrecionalidad de actuación* y la *discrecionalidad de juicio*, en el sentido de que solamente la primera es una verdadera discrecionalidad, como libertad de acción, que opera en el campo de lo volitivo, mientras que la segunda no es una verdadera discrecionalidad, sino que se refiere a una función de interpretación y de entendimiento de conceptos y principios que, aunque entrañen una cierta libertad, es fundamentalmente un proceso intelectual sometido al rigor lógico y sujeción a las reglas de la sana crítica (op. cit., pág. 259).

2. Este punto de partida conducía a una seria crítica a determinadas sentencias donde se proclamaba el carácter «graciable» cuando el órgano administrativo se mueve en un «marco y esfera discrecional» con ocasión de resolver la prórroga de derechos solicitados por particulares, otor-

gándola en unos casos y en otros no. Tras esta línea jurisprudencial que pone fin a la fiscalización judicial del acto administrativo cuando éste se dicta dentro de una supuesta esfera de discrecionalidad, se mantuvo el pleno control judicial, si bien se dijo entonces (op. cit., pág. 261):

«... revisión y control que nunca debe suponer una sustitución de la valoración (o decisión) administrativa por los jueces, pero que sí permite y obliga a un control de conformidad o tolerancia de la decisión administrativa con el interés general; en otras palabras, no basta el "sin duda por variar las circunstancias legitimadoras", en relación con otras decisiones diferentes a la impugnada, sino que se impone la plena prueba de tal variación, porque otra actitud supondría la coronación de la arbitrariedad (a éste se lo prorroga, y a éste no), y una flagrante violación del principio de igualdad. Esto no es utópico, sino que así actúan los Tribunales alemanes».

3. Se llevó a cabo una crítica a la doctrina y práctica administrativa dominante entonces (op. cit., págs. 263 y ss., nota) según la cual la potestad reglada era igual a otorgamiento por parte de la Ley o norma de un derecho subjetivo (que se adquiere por la simple constatación reglada que efectúe la Administración de la solicitud), y la potestad discrecional daría lugar a un simple interés legítimo para el ciudadano. Frente a esto se mantuvo (loc. cit.) que el hecho de que el derecho subjetivo no se le otorgue al particular a través de una aplicación automática de la Ley —subsunción estricta— no significa que exista una potestad discrecional, sino que la potestad o facultad administrativa sigue siendo reglada pero el derecho subjetivo se obtiene a través de la valoración de diversos elementos que hace la Administración: esta valoración no es discrecional (libertad de elección), sino que está vinculada o reglada a la lógica, a lo razonable, a la sana crítica, etc.

En esta línea, se criticó la afirmación doctrinal según la cual frases como «destacado interés para la economía nacional» o «escasez de nuestro mercado y demanda subsiguiente», o «calidad y precios aceptables» remitían a «valoraciones puramente discrecionales», para mantener en contra que aquí no hay rastro de discrecionalidad, sino que se trata de «conceptos normativos indeterminados» perfectamente «justiciables y controlables por los Jueces».

4. Se terminaron estos modestos apuntes subrayando la imagen que debe surgir de un Estado en el que (op. cit., páginas 285-6):

«... a lo largo de toda su actividad muestra una viva tensión entre

el poder y la norma, la decisión libre y la ejecución, entre actividad discrecional y ligada, no en el viejo dualismo de lo discrecional y reglado, sino en la mucho más sutil escala de lo determinado, indeterminado y cláusulas generales, discrecionalidad, siendo la peculiaridad del poder público justamente su radical esclavitud de realizar un fin: el interés general, pero justamente también la posibilidad de conformarlo de una u otra manera, y más o menos, según el nivel estatal, "libremente", quedando siempre responsable y obligado a la indemnización ante un concepto, estricto al principio —¡derecho subjetivo!— y cada vez más amplio: los derechos e intereses legítimos de los particulaes».

Torpemente y sin gran precisión se intentó entonces salir al paso de dos tendencias aparentemente contradictorias, pero ambas no satisfactorias para las exigencias de un Estado moderno que toma en serio el principio de legalidad: frente a la pretensión de juridificar toda la actividad estatal administrativa, expresión de una ingenua y utópica concepción del Estado de Derecho, se pretendió recuperar el indudable contenido político discrecional de multitud de decisiones de la Administración Pública (Gobierno y Ministros); por otro lado, se rechazó la burda visión de una facultad discrecional por existir en las normas a aplicar por la Administración amplias cláusulas o conceptos indeterminados.

5. En 1974, y posteriormente en 1979, publiqué un estudio con el título «Plan y Presupuesto como problema jurídico en España» (*Homenaje a Prieto Castro*, Tomo I, págs. 341 y ss.) donde volví a escribir, al comentar una sentencia de 11 de diciembre de 1973 (Az. 5.117), en la que el Tribunal Supremo estimó un recurso contra la denegación por parte del Ministerio de Industria de una instalación industrial:

«Esta Sentencia es muy interesante por el tema de la discrecionalidad e interés público; citada y estudiada por Sáinz Moreno en "Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa", 1976, pág. 336, con unos planteamientos que tendré que criticar fundamentalmente porque tengo la impresión de que Sáinz Moreno no tiene una visión clara del orden de la proposición jurídica: supuesto de hecho, elemento cópula, consecuencia jurídica que es el punto de arranque de la doctrina alemana, que, pese a ser utilizada por este autor, Sáinz Moreno, me parece que no ha sido captada plenamente» (pág. 392).

6. Por último, en 1980, en el libro *Homenaje a Juan Galvãñ* (páginas 229 y 231), escribí, con ocasión de analizar un sector doctrinal, lo siguiente:

«... porque es evidente que cuando Sosa Wagner dice que la Administración “goza de facultades discrecionales para valorar ponderadamente las circunstancias”, entonces evidentemente no hay aquí discrecionalidad, puesto que la decisión que toma la Administración debe ser ponderada, como el mismo autor dice, es decir, racional y lógica, respetando la igualdad, y si no lo hace, será impugnabile y debe ser anulada» (loc. cit. pág. 229).

Y más adelante:

«Cuando la doctrina criticada habla de discrecionalidad, lo que quiere decir es que hay una discrecionalidad cognitiva o de juicio, que justamente no es una verdadera discrecionalidad porque es una actividad mental sometida a un resultado objetivo de pruebas estimadas con rigor lógico, mientras que la verdadera discrecionalidad es la llamada discrecionalidad volitiva o de actuación, donde la Administración sí tiene la posibilidad de actuar “libremente”, naturalmente siempre sometida al principio de igualdad y al interés público, pero cuya fiscalización judicial en este caso es infinitamente más tenue, y en la práctica casi inexistente, que en los supuestos de discrecionalidad cognitiva, o sencillamente de aplicación de conceptos normativos, indeterminados, valorativos, etc. La discrepancia entre la tesis que mantengo aquí y la mantenida por la doctrina criticada radica quizá en que, en el fondo todavía, cierto sector doctrinal mantiene la tesis de que la actividad de la Administración es sólo reglada cuando la norma consagra plenamente un derecho subjetivo individual, y cuando no ocurre así estaríamos ante una potestad discrecional (vid. mi crítica a esta concepción doctrinal en la nota 25, págs. 263 y ss. de mi libro “Derecho General de Organización”); pero esto, evidentemente, no es así, ya que justamente la norma puede no otorgar de manera rotunda (como sería, por ejemplo, todo español mayor de edad tiene derecho a votar) un derecho subjetivo, pero al utilizar en el supuesto de hecho conceptos indeterminados o valorativos, la obtención o no del derecho subjetivo por el particular no depende de la discrecional potestad de la Administración, sino que deberá ser consecuencia de una aplicación racional y lógica de los elementos normativos. Y si la norma contiene el elemento cópula, “podrá”, no cabe entenderlo en su sentido gramatical más burdo, sino en el marco de una interpretación teleológica de toda la normativa que regula la correspondiente actuación administrativa; sobre este trascendental tema, vid. las observaciones que hago en “Derecho General de Organización”, Madrid, 1971, páginas 271 y ss., donde analizo varias Sentencias del Tribunal Supremo, habiendo obtenido de una de ellas el dualismo, discrecionalidad de juicio y discrecionalidad volitiva; tengo serios reparos al planteamiento que se hace de

este tema en cierta doctrina española (vid. mi contribución al libro "Homenaje a Prieto Castro", Madrid, 1979, págs. 395-396). Sobre el carácter nada discrecional del otorgamiento de otro tipo de beneficio, el de expropiación forzosa, vid. Sentencia de 19 de mayo de 1972 (Az. 3.030): "...y el Ministerio no puede resolver sin informe técnico favorable y las comprobaciones que él haya estimado oportunas"» (pág. 230).

De todas estas cuestiones conversé durante años con Antonio Mozo, que ha sido colaborador en mis tareas docentes, tanto en Santiago como en la Universidad Autónoma de Madrid, ciudad a la que vino en la época en la que yo mismo fui destinado por concurso de traslado a la segunda Universidad madrileña; actualmente ostenta el cargo de Teniente Coronel Auditor de la Armada, y Profesor Titular en la Universidad Autónoma.

II. DERECHO COMPARADO EN ESPAÑA

1. Si éstos eran los instrumentos, Antonio Mozo ha construido el edificio él solo y de forma muy notable. La prudencia y preocupación por el matiz de sus análisis hablan por sí solas, y su trabajo es y será una mina para cualquier investigación futura en España sobre la eterna cuestión de la discrecionalidad administrativa. Quizá se eche de menos una conclusión más rotunda y clara entre tesis doctrinales contrapuestas (ver este libro, Cap. V, última parte), entre las que él llama realistas (la Administración tiene un ámbito propio y libre de actuación) y las radicales (no hay diferencia esencial entre la discrecionalidad y los conceptos normativos indeterminados); es el precio que paga un análisis tan matizado.

2. Era mi intención haber escrito para tan espléndido libro un estudio preliminar donde se analizase con el debido rigor la doctrina y el Derecho Positivo sobre el tema de la discrecionalidad en países de nuestro entorno cultural, como son Alemania y Francia, con el contrapunto quizá del *status quaestionis* en el mundo anglosajón, porque se observará que este libro no tiene Derecho Comparado; quiero agradecer al Dr. Mozo que aceptase aquí mi sugerencia. Las referencias al Derecho Comparado son excepcionalmente difíciles; si ya es complejo exponer y criticar con rigor y profundidad una cuestión del propio Derecho nacional, exposición que no sea una simple glosa o repetición de la Ley, fácil es imaginarse la dificultad que entraña hacer una referencia correcta a problemas jurídicos (legislación, jurisprudencia, diversidad de pareceres doc-

trinales, práctica administrativa) de otros países. Desde luego, no es Derecho Comparado serio el resumir la opinión de un autor, aunque sea el más conocido y popular en el país: el Derecho Administrativo alemán no es lo que dice Forsthoff muchas veces, por poner un ejemplo realmente notable.

El director de esta tesis ha estudiado muchos años Derecho Público fuera de España, fundamentalmente en Alemania, y, por lo menos, cree que tiene el suficiente «olfato» para no cometer muchos errores a la hora de hacer referencias de Derecho Comparado, que son frecuentes en la doctrina española, y pocas de ellas exactas (1).

3. Era, pues, mi intención tratar de *captar* el problema de la discrecionalidad en diversos ámbitos jurídicos, tras un análisis que llevaría a comparar las cuestiones y las soluciones que se dan a éstas en diversos órdenes jurídicos. Así, estudiar cómo se ha formado el concepto «discretionary justice» en el Derecho norteamericano, que se define:

«Cuando los límites efectivos del poder de un órgano administrativo le otorgan la libertad de escoger entre varias opciones de actuación o no actuación» (2).

Siendo interesante en este contexto resaltar la distinción entre «reasonableness» y «rightness» que señalan la atribución a la Administración de determinar los hechos razonablemente, y a los Tribunales el derecho (3).

Hubiese sido mi deseo detenerme en el «pouvoir discrétionnaire» (4), la terminología y conceptos que se utilizan y han utilizado para explicar esta institución jurídica en el Derecho francés, y las oscilantes posturas entre el traslado de la discrecionalidad de la Administración, que

(1) Entre estos espectaculares errores que se pueden leer en la producción «científica» española, sea recordada aquí la visión que da tan distinguido y prestigioso jurista como es García de Enterría sobre el tema de la responsabilidad del Estado-Administración en Alemania (vid. mi *Derecho General de Organización*, 1971, págs. 282 y ss., nota), que desgraciadamente perdura en su —por otras razones muy notable— *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 1967, págs. 308 y 309, cap. 19, II.3; hay edición posterior, pero parece ser que en este punto no hay modificación.

(2) Por ejemplo, K. C. Davis, *Discretionary Justice*, 1971, y del mismo autor, *Administrative Law Text*, 1972, pág. 91.

(3) Schwartz, *Administrative Law*, 1976, págs. 379 y ss. Este concepto de razonabilidad, o «uso razonable» es, por ejemplo, fundamental en el Derecho de Aguas californiano.

(4) Charles Eisenmann, *Droit Administratif*, tomo II, 1983, págs. 289 a 321, 655 a 674.

desaparece ante el control integral del Juez (5), y el intento de deslindar la legalidad y la oportunidad en la Jurisprudencia del Juez que fiscaliza la actuación administrativa (6).

4. Pero, sobre todo, me hubiese satisfecho enormemente exponer con la debida precisión el tratamiento jurídico del «Ermessen» y del «unbestimmter Rechtsbegriff», es decir, de la discrecionalidad y de los conceptos normativos indeterminados en la doctrina alemana, que, sin duda alguna, es la que presenta mayor riqueza en diversidad de trabajos, hasta tal punto que un especialista ha dicho que no se puede abarcar la cantidad de monografías y artículos dedicados a este tema, confesando que es prácticamente imposible superar la sutileza y matización que existe en la reflexión jurídico-teórica sobre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados (7).

Y a esta tarea hubiese sido necesaria porque la más reciente exposición que se nos ha dado de esta cuestión, no es correcta (8); pero una cosa son los proyectos y otra la realidad, y por ello me tengo que limitar aquí a hacer breves observaciones muy genéricas sobre cómo se puede enfocar la cuestión de la discrecionalidad y el control judicial en el moderno Estado Constitucional de Derecho de la Ley Fundamental española de 1978.

III. «FUNCION EJECUTIVA» (ART. 97 C.E.): ACTIVIDAD LIBRE, CREADORA Y DISCRECIONAL

1. El planteamiento correcto sigue siendo el análisis de la estructura lógica de la norma: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En

(5) *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*. Coloquio, 1977, págs. 86 y ss.; muy interesante el análisis de Pacteau sobre la fiscalización por parte del Juez de los motivos del acto administrativo discrecional, en págs. 203 y ss. de *Le Juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, 1977.

(6) Pasbecc, *Revue de Droit Public*, 1980, págs. 803 y ss.

(7) Con toda modestia, y salvo error, creo que el autor de este prólogo fue el primer que habló en España de esta técnica jurídica, *Rev. de Administración Pública*, nº 34, 1961, pág. 49.

(8) Sáinz Moreno, *Conceptos Jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1976. El valor especulativo de este libro está fuera de duda. Tan sólo se quiere subrayar aquí la dificultad de los análisis de Derecho Comparado y las graves deficiencias que se suelen encontrar en las exposiciones hechas a través de la simple y solitaria lectura de libros doctrinales, sin conocer debidamente el Derecho Positivo del país correspondiente. La imagen que se suele dar de corrientes doctrinales enumerando una lista de autores sin correcta apoyatura de obra y página —práctica española absolutamente insólita— es con

el supuesto de hecho jamás existe discrecionalidad, sino conceptos determinados e indeterminados de muy diversas clases, donde no hay discrecionalidad (libertad de actuación), sino interpretación, análisis racional de conceptos, examen empírico de hechos, etc. Propongo introducir las expresiones *discrecionalidad de decisión* y *discrecionalidad de elección* para el caso de que la norma o proposición jurídica otorgue a la Administración la libertad de decidir o la libertad de elegir entre diversas decisiones, respectivamente. Este dualismo parece consolidado en la doctrina alemana y es correcto y pedagógico su uso. Parece digno de ser subrayado que el análisis del Sr. Mozo haya confirmado lo que estaba en el aire: los casos de supuesta *desviación de poder* se pueden calificar de infracciones al orden jurídico establecido, de tal manera que un acto formalmente legal viciado por desviación de poder por ocultos motivos

frecuencia incorrecta. Sin querer abrumar, porque no es éste el lugar, sea indicado que las páginas que Sáinz Moreno dedica en su libro (páginas 224 a 252) son esforzadas, pero no acertadas: no se puede colocar en el mismo grupo (Sáinz Moreno, op. cit. págs. 239 y 243) a Rupp y Ossenbühl, cuando más bien lo que representan son dos posturas antitéticas en el tema de la discrecionalidad en Alemania; esto no sorprende porque Sáinz Moreno cita la obra de Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965 (en nota 79 de pág. 238) y la obra de Ossenbühl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968 (en página 246, nota 78), dos tomos de 300 y 600 páginas respectivamente, sin indicar las págs. correspondientes donde se encuentra la doctrina que está resumiendo o citando, lo cual es una forma de trabajar que no es usual en los ambientes científicos serios; esto recuerda a aquel profesor que citaba sobre un catálogo bibliográfico, lo que no es el caso de Sáinz Moreno, por descontado, aunque no hay duda alguna que las lecturas de estas obras que cita no han sido hechas con el debido reposo. Por citar una cuestión fundamental sobre esto, Ossenbühl critica (op. cit., pág. 314, nota 142) expresamente la tesis de Rupp, según la cual no hay más que una diferencia cuantitativa y no cualitativa entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación de la norma. Cuando Sáinz Moreno publica en 1976 su libro, se habían producido en Alemania interesantes Sentencias; por ejemplo, en 1971 (ver la *Rev. Die öffentliche Verwaltung*, 1972, págs. 402, y ss.), que daban lugar a hablar de un renacimiento de la autorización a la Administración para su propia valoración, frente a la tendencia dominante de querer hacer desaparecer este margen de propia apreciación administrativa. Desde 1962, 1968 a 1976 se publicaron artículos de Ossenbühl, Kellner (y no el artículo mostrencamente citado de 1962, tras haber sido mencionado por Alejandro Nieto en *Revista de Administración Pública*, n° 44, página 156), Rupp, Bachof, Bullinger (que pongo a disposición del lector interesado), por no citar más que los más representativos, en las Revistas *Die öffentliche Verwaltung*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, *Juristenzeitung* y *Neue Juristische Wochenschrift*, que en mi opinión era necesario haber incorporado a una exposición del Derecho y la doctrina alemana sobre la discrecionalidad. No se hace una crítica porque faltan 5 ó 10 artículos más o menos relevantes; todo trabajo es siempre incompleto; se subraya tan sólo que el análisis no refleja debidamente la situación jurídico-doctrinal en Alemania. Por cierto que «fiskalische Tätigkeit» de la Administración no es «actividad fiscalizadora» (así, Sáinz, op. cit., pág. 230, nota), sino la «actividad fiscal», del Fisco, esto es, la actividad jurídico privada patrimonial de la Administración (por ejemplo, Badura y otros, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1979, págs. 26 y ss.). En fin, espero que esta crítica no empañe la cordial relación que mantengo con tan distinguida persona.

perversos del órgano que lo dictó puede quedar más bien como una diversión profesoral (vid. este libro, cap. 8°).

2. Pero una vez dicho todo esto, vienen realmente los problemas, porque en primer lugar, aunque semánticamente la norma otorga una discrecionalidad de decisión o de elección a la Administración, se impone una interpretación teleológica y de ponderación de intereses, análisis sistemático e institucional de la norma que puede transformar el «podrá» en un «deberá». Además, no se puede negar que hay muchas normas o proposiciones jurídicas que no contienen un verdadero supuesto de hecho que *delimite* abstractamente un hecho físico —situación de hecho—, sino que lo que contienen son *cláusulas generales*, o sencillamente la simple autorización para que la Administración actúe cuando quiera o como quiera. Por ejemplo, cuando el art. 82 del Reglamento sobre armas y explosivos de 1944 preceptuaba que en las instancias solicitando licencia para arma corta:

«... se hará constar con todo detalle los motivos que alega como de necesidad de poseer armas cortas y teniendo en cuenta que la razón de defensa de su persona y bienes por sí solo no justificará la concesión de la licencia»,

y más adelante, en el mismo artículo, se dice que:

«La Dirección General de Seguridad, previos los informes y comprobaciones que crea pertinentes, concederá o no la licencia, según las circunstancias de cada caso»,

es evidente que aquí no existe *supuesto de hecho*, sino sencillamente una simple autorización a la Administración para que otorgue la correspondiente licencia cuando le parezca conveniente (el Reglamento de armas de 24 de julio de 1981, artículos 92 y ss., contiene sustancialmente la misma normativa, salvo la inclusión del adverbio: «... no justifica normalmente...»).

3. Dejando aparte este ejemplo y muchos otros que se podrían poner, hay que centrar la atención sobre la Constitución. El art. 97 de la Constitución Española otorga al Gobierno la facultad de «dirigir la política» interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado; además, se le otorga la facultad de ejercer «la función ejecutiva y la potestad reglamentaria». El art. 106.1 otorga a los Tribunales la competencia para controlar la «potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa». Es evidente que gran parte de la compe-

tencia para «dirigir la política» se plasma, por descontado, en la facultad de presentar Proyectos de Ley (artículo 88), pero también en los Reglamentos *secundum, intra y praeter legem* (9). Esto quiere decir que, inevitablemente, la política cuando queda concretada en Reglamentos está sometida al control de los Tribunales. Pero hay mucha política que no queda reflejada en reglamentos, sino que se expresa en Acuerdos del Consejo de Ministros o en Decretos que no son reglamentarios.

No hay duda que toda «actuación administrativa» está sometida al control de los Tribunales, como preceptúa el artículo 106.1, ¿pero qué es «actuación administrativa»? La Constitución otorga al Gobierno, y lógicamente también a la Administración (arts. 97 y 103), la «función ejecutiva», que no puede ser la facultad de dictar disposiciones, puesto que ésta es la potestad reglamentaria, y tendrá que hacer referencia, por lo tanto, a la facultad de resolver, de decidir, de llevar a cabo actuaciones materiales.

4. Tenemos aquí el lastre del lenguaje tradicional que distinguía entre *poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial*, y que por ello, bajo la expresión *poder ejecutivo*, abarcaba tanto al *Gobierno* como a la *Administración* (10). En una comprensión estricta, *función ejecutiva* debería ser la simple aplicación de las normas, leyes y disposiciones administrativas — a través de *resoluciones* concretas singulares o generales, contratos, o actuaciones materiales— que tiene como presupuesto a la función normativa-reglamentaria, consistente en dictar mandatos abstractos y generales (disposiciones, reglas, etcétera).

En una concepción más amplia, *función ejecutiva* puede referirse al concepto originario del *poder ejecutivo*, que absorbió aparentemente la idea de Gobierno, como una actividad libre y creadora, pero que indudablemente estaba latente en dicho concepto, junto, o más bien por encima, del concepto de Administración, o función encargada de ejecutar y aplicar las leyes. Así, pues, habría que enfrentar los conceptos de «función ejecutiva» y de «actuación administrativa»; sólo ésta está sometida al control de los Tribunales (art. 106.1 P.e.), pero la primera tan

(9) Vid. mi comentario al art. 97 de la Constitución, en los *Comentarios a la Constitución*, que publica EDERSA, en Madrid, de próxima aparición, el tomo correspondiente a este artículo.

(10) Perdóneseme que remita al análisis que llevé a cabo hace muchos años sobre Gobierno-Política y Administración, en mi *Derecho General de Organización*, 1971, págs. 245 y ss.; no recuerdo ahora ninguna lectura posterior sobre el tema digna de ser retenida. Vid. mi comentario al art. 97, antes citado, sobre la expresión «función ejecutiva» en el actual Derecho público español.

sólo lo estará en cuanto suponga una verdadera y simple «actuación administrativa», pero no en cuanto encarne el *viejo poder ejecutivo*, expresión del Gobierno y de la política.

5. Podría parecer paradójico que los Tribunales controlen un producto típico de la política, como es la potestad reglamentaria, y en cambio acuerdos, decisiones o actuaciones —al ser *función ejecutiva* en el sentido anteriormente mencionado, es decir, política— quedarían al margen del control judicial. Sin embargo, se puede salir al paso de esta observación notando que, salvo los Reglamentos *praeter legem*, los demás se elaboran en virtud del marco más o menos amplio que fija la ley; por lo tanto, hay un punto de referencia para una fiscalización judicial de dicha norma reglamentaria (11). En segundo lugar, la fiscalización judicial de Reglamentos es más el ruido que las nueces, y aunque en España es de los pocos países en que existe la impugnación directa abstracta de las disposiciones administrativas, el resultado es bastante estéril al respecto. Quien mucho abarca, poco aprieta. Donde la fiscalización judicial es realmente eficaz es en la resolución administrativa concreta, donde el Juez pone en juego no solamente la norma reglamentaria que le sirve de sustento a dicho acto, sino también la legislación, los principios generales del Derecho y todo el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto. La declaración de nulidad de los Reglamentos a través del control abstracto por parte de los Jueces es excepcional, aunque en ocasiones resulte espectacular, sobre todo con un nuevo orden constitucional.

6. El resultado es que se desgaja de la actuación del Consejo de Ministros, de los Ministros y de ciertas autoridades inferiores, de Gobiernos regionales y locales, una «actuación» que no es estrictamente «administrativa», sino *ejecutiva* en el sentido del *viejo poder ejecutivo*, es decir, una actuación política y por ello *discrecional* y no sometida al control de los Jueces (art. 106.1) (12). En esta «función ejecutiva» tendríamos la verdadera discrecionalidad porque en ella se plasma la capacidad de iniciativa, de libre configuración que tienen los poderes públicos. La

(11) Y esto sea dicho de paso: la Constitución preceptúa un simple control de la potestad reglamentaria por parte de los Tribunales frente a un mucho más intenso control de la «actuación administrativa»: su legalidad y su sometimiento a los fines que la justifican (108.1 C.E.).

(12) Nada tiene que ver esto con los clásicos *actos políticos del Gobierno* que siguen siendo perfectamente vigentes e infiscalizables por los Tribunales por mandato legal, que abarcan desde la declaración de relaciones diplomáticas hasta la disolución de la Cámara pasando por las más importantes decisiones económicas y financieras (art. 2, b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa).

gama de estos posibles actos es infinita y, desde luego, constituyen los más importantes y trascendentales para la comunidad nacional, regional o local: desde la fijación de zonas de desarrollo económico, establecimiento de líneas de crédito, creación de servicios de prestación social, construcción de obras, adquisición de suministros hasta la erección de un monumento conmemorativo o el cambio del nombre de las calles, pasando por la fijación de parques y jardines, campos de deportes, depuración y aprovechamiento de aguas residuales, ferias, mercados, exposiciones, etc.

No importa que formalmente, en el sistema español, todo acto jurídico que adopte la forma de Decreto, Acuerdo del Consejo de Ministros, Orden, Resoluciones, Acuerdos de órganos colegiados, etc., pueda ser impugnado en vía contencioso-administrativa por ser todos ellos Actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo, o disposiciones de categoría inferior a Ley; se impone aquí una comprensión institucional del problema, y distinguir lo que es *función ejecutiva discrecional* de la mera «actuación administrativa», que aplica y ejecuta las normas preexistentes, con su delimitado supuesto de hecho y consecuencia jurídica, otorgando o denegando derechos subjetivos (13).

7. Hay un tema donde aparece con claridad este problema: se trata de la *demarcación o fijación de límites entre los pueblos* (agregación, segregación, unión). La jurisdicción contencioso-administrativa creada por las leyes de 2 de abril y de 6 de julio de 1845 en los Consejos Provinciales y en el Consejo Real (después, Consejo de Estado) no incluyó como materia susceptible de impugnación contenciosa la alteración (unión, segregación, agregación) de términos municipales, pero sí el *deslinde* de los términos correspondientes a los pueblos y ayuntamientos, por considerar que aquí estaba en juego la «utilidad y conveniencia pública, variable (s) según las circunstancias y cuya apreciación corresponde a la Administración activa», ya que esta materia envuelve «cuestiones de orden público», que se deben resolver «teniendo presente tan sólo razones de conveniencia» (por ejemplo, Sentencia de 11 de noviembre de 1848 ó de 23 de mayo de 1849). Bajo el sistema de cláusula general de la ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888, texto de 22 de junio de 1894, que sólo utilizaba como criterio para hacer o no una cuestión susceptible de ser impugnada contenciosamente, su carácter *reglado o discrecional*, no dudaron los Tribunales en calificar de plenamente contenciosas todas las materias de *deslinde*, mientras que

(13) Cfr. este resultado con lo escrito hace más de catorce años sobre esta cuestión; vid. aquí *supra* 1, 1 a 4.

las resoluciones dictadas en los expedientes de segregación o agregación «corresponden en último grado a las exclusivas facultades de gobierno del Poder Ejecutivo», concluyendo que «por no vulnerar derechos particulares preexistentes están excluidas del conocimiento de ese Tribunal» (entre muchas, la Sentencia de 7 de marzo de 1897).

Por último, el sistema de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que rechaza el burdo dualismo de dos bloques, por un lado los actos *discrecionales* y por otro los actos *reglados*, afirmando que en todo acto existen elementos reglados, permitió que finalmente los Tribunales de lo contencioso conociesen plenamente de la resolución —normalmente por Decreto del Consejo de Ministros— de los expedientes de alteración de términos municipales. Pero aquí la solución no podía ser otra que la afirmación reiterada de los Tribunales de que el Gobierno posee en esta materia no ya una «laxitud o amplitud interpretativa» de los criterios legales —«necesidad o conveniencia económica o administrativa»— que fundamentan la resolución de estos expedientes, sino que el Tribunal declara sin tapujos que estamos ante un margen «de pura discrecionalidad» (entre muchas Sentencias: 9 de mayo de 1957, Az. 1454, 18 de marzo de 1959, Az. 1387, 1 de abril de 1976, Az. 2195, 3 de noviembre de 1978, Az. 4019). En una palabra, se confirma aquí que estamos ante una facultad ejecutiva discrecional en el sentido que se ha desarrollado anteriormente, y no ante la típica «actuación administrativa»: la primera está sometida a la fiscalización del Tribunal en sus aspectos externos (fundamentalmente el procedimiento, por cierto que esto también lo hacían los Tribunales bajo el sistema de Ley de 1888-1894), mientras que la segunda está sometida al pleno control del Tribunal contencioso-administrativo.

Este es un buen ejemplo de la hegeliana «astucia de la idea»: la relación Tribunal contencioso-alteración de términos municipales, permanece esencialmente igual, pese a las diferentes leyes regulando la jurisdicción contencioso-administrativa.

IV. «ACTUACION ADMINISTRATIVA» (ART. 106.1 C.E.): CONTROL JUDICIAL INTEGRAL

1. Si se recapitula lo dicho hasta aquí, obtenemos los siguientes resultados:

a) La existencia de los clásicos actos políticos del Gobierno con más o menos matices sigue siendo indiscutible.

b) La verdadera discrecionalidad de la Administración como actividad libre y creadora, expresión de la prerrogativa de intervención y conformación de la realidad social, se encuentra en un aspecto de la *función ejecutiva* que ejercen todos los poderes públicos, desde el Consejo de Ministros hasta los Alcaldes y que es diferente de la «actuación administrativa» (arts. 97, 2ª frase, 106.1 de la Constitución Española).

c) En esta *función ejecutiva* resuena el viejo concepto de *poder ejecutivo* que abarcaba tanto al Gobierno como a la Administración.

d) La expresión de esta *función ejecutiva* en formas jurídicas como Decretos, Ordenes, Acuerdos, etc. supone que dichos actos como actos de la Administración sujetos a Derecho Administrativo, son formalmente impugnables en vía contenciosa, pero aquí los Tribunales no ejercen un control, como ocurre en el caso de la *actuación administrativa*, sino tan sólo fiscalizan los aspectos externos (procedimiento, competencia).

2. El contrapunto de estos resultados es, naturalmente, que la estricta «actuación administrativa» que supone la aplicación de la norma —delimitado supuesto de hecho y consecuencia jurídica— a los casos concretos, denegando y otorgando derechos subjetivos, está sujeta al pleno control de los Tribunales. Poco importa aquí que la norma contenga cláusulas generales en el supuesto de hecho, conceptos normativos vagos e imprecisos, verbos o expresiones como «podrá», «según lo estime conveniente», «potestivamente», «discrecionalmente»; en todas estas actuaciones administrativas que terminan en una denegación u otorgamiento de un derecho subjetivo a un ciudadano, no existe el más mínimo ámbito o reducto propio de apreciación libre por parte de la Administración, protegido por una supuesta «discrecionalidad técnica» u otra zarandaja semejante. *Todas las ponderaciones administrativas sobre el interés público, las circunstancias del caso, etc.; están sometidas al control pleno e integral por parte de los Jueces de lo contencioso-administrativo.* Los razonamientos, motivos, consideraciones que han llevado a la Administración a otorgar o denegar un derecho subjetivo en un caso concreto, tienen que ser racionales, sometidas a la sana crítica, a la lógica, de manera que el Juez de lo contencioso pueda mentalmente seguir el argumento del órgano administrativo: si no lo puede hacer, está constitucionalmente obligado a anular el acto. Ningún acto administrativo otorgando o denegando un derecho subjetivo queda libre de la íntegra fiscalización por parte del Juez, cualquier que sea la formulación que contenga la norma para su aplicación. El fundamento de esta tesis se encuentra en el art. 106.1 de la Constitución y de los principios inmanentes a un Estado

de Derecho que somete la actuación administrativa «a la Ley y al Derecho» (art. 103.1).

3. A este resultado se pueden hacer las siguientes apostillas:

a) El análisis de la *estructura lógica de la norma* con sus diferentes posibilidades (más o menos determinación del supuesto de hecho, y existencia o no de discrecionalidad de actuación o de elección) permite situar institucionalmente el control de los Tribunales —que siempre será íntegro sin respetar ningún ámbito propio de la Administración— en su justo término, según el tipo de norma jurídica: en un caso será total en cada elemento normativo, mientras que en otro consistirá fundamentalmente en comprobar la razonabilidad y satisfactoria motivación para la sana crítica de la decisión administrativa.

b) En un Estado de Derecho fundamentado en los principios de *legalidad, previsibilidad, mensurabilidad, seguridad*, se plantea la constitucionalidad de multitud de disposiciones legales y administrativas, cuya redacción viola estos principios al no contener criterios suficientemente explícitos, para la denegación u otorgamiento de derechos subjetivos, produciendo una inseguridad jurídica en el ciudadano y una excesiva carga en el control judicial. Sin más valor que el de un ejemplo, el artículo 82 del Reglamento sobre armas y explosivos anteriormente citado (*supra*, III n° 2), suponía en realidad una prohibición general con autorización «discrecional». Dejando de lado que esto solamente se puede hacer por Ley y no por Reglamento, la norma debería especificar los criterios para ese otorgamiento «discrecional», que permitiría un control tanto administrativo como judicial más satisfactorio, impidiendo arbitrariedades y favoritismos.

4. Las consecuencias prácticas de este planteamiento quizá no sean tan grandes como a primera vista pudiera pensarse, al compararse estas afirmaciones con las tesis defendidas por aquellos que, en general, mantienen que la norma otorga a la Administración una autorización o delegación para otorgar o denegar «libremente» derechos subjetivos. Aun partiendo de la postura aquí mantenida, de cien actos administrativos que fuesen sometidos a control, la inmensa mayoría serían probablemente confirmados, porque el Juez podría sin dificultad llevar a cabo el proceso mental que condujo a la decisión administrativa impugnada. La trascendencia, sin embargo, teórico-estatal es enorme: el estilo y el ambiente jurídico público de una comunidad estatal en la cual rige el principio de que el ciudadano tiene el derecho de pedir al Juez —y éste el deber de hacerlo— el control integral de cualquier denegación u otorgamiento de

derecho subjetivo que le afecte, son radicalmente diferentes de aquella comunidad en la que rige el principio de ámbitos propios y exentos al control judicial en la actuación administrativa.

V. CONCURSOS DE MERITOS ENTRE CATEDRATICOS Y AGREGADOS: EL TRIUNFO DE LA DISCRECIONALIDAD

1. Como colofón de estas observaciones que hubiesen querido ser mucho más matizadas y rigurosas conviene hacer referencia a una cuestión de cierta trascendencia académica. Se trata de la resolución de los concursos de traslado entre Catedráticos y acceso entre Agregados al Cuerpo de Catedráticos. El art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre normas para la provisión de cátedras vacantes dice lo siguiente:

«La referida Comisión especial deberá emitir propuesta razonada, apreciando conjuntamente los méritos de los concursantes, tanto en lo que se refiere a su antigüedad en el escalafón como en lo relativo al tiempo de servicio efectivamente prestado en la Cátedra o en aquellos servicios que llevan consigo la excedencia especial, así como lo que toca a su labor docente, pedagógica, investigación y otros trabajos científicos en la disciplina, que es objeto de la Cátedra que va a cubrirse y, en su caso, la superioridad del título académico».

Si se desglosan los criterios que deben presidir la propuesta razonada sobre un determinado candidato, se obtiene:

— Antigüedad en el escalafón.

— Tiempo de servicio efectivamente prestado en la Cátedra (incluyendo servicios que llevan consigo la excedencia especial): es evidente que este criterio no coincide con el anterior, ya que el candidato ha podido estar mucho tiempo en situación de excedencia voluntaria o supernumerario.

— Labor docente y pedagógica (aquí fundamentalmente se tendrá en cuenta la carrera docente tanto como Catedrático como Profesor Adjunto o Ayudante, el carácter, dedicación plena o exclusiva, los programas de la asignatura, etc.).

— Labor de investigación y otros trabajos científicos (aquí, fundamentalmente, la Ley está pensando en las publicaciones, en las que se

materializa esa labor de investigación).

El art. 6° del Decreto de 8 de mayo de 1969, que reguló los concursos para cátedra entre Agregados, establece en su artículo 6°:

«El Tribunal deberá emitir propuesta razonada por escrito apreciando conjuntamente los méritos de cada concursante en lo relativo al historial universitario, trabajos realizados y labor pedagógica en la disciplina...»

La Orden del 19 de mayo de 1969 y la de 6 de mayo de 1975, añadieron:

«...se considerará como mérito especial el tiempo de permanencia activa en dicho cuerpo de Profesores.»

No olvidando que cuando se dicta este Decreto de 8 de mayo de 1969 era necesaria una permanencia de por lo menos cinco años de servicio activo como Profesor Agregado para poder acceder a Catedrático, los criterios entre su art. 6 y el mismo número de la Ley de 24 de abril de 1958, son evidentemente idénticos: historial académico y antigüedad, labor docente y pedagógica e investigadora. El mérito especial de la permanencia activa para el supuesto del concurso entre Agregados para acceder a Catedrático tenía su explicación en el requisito originario, anteriormente mencionado, de los cinco años de permanencia en el servicio activo como Profesor Agregado para participar en el concurso.

2. El Tribunal Supremo en varias ocasiones y en Sentencias muy notables dejó bien claro que el mandato legislativo o reglamentario de emitir «propuesta razonada» por escrito *apreciando conjuntamente* los méritos de cada concursante, de ningún modo supone una *apreciación genérica y global* del conjunto de los méritos (sin especificar), sino que es preciso valorar *individualmente* cada uno de los criterios valorativos. Y dicha valoración individualizada y concreta debe *consignarse en la motivación* del acto que no puede consistir en ningún modo en meras afirmaciones *vagas y genéricas* (Sentencias de 31 de marzo de 1966, Az. 1927, 21 de marzo de 1968, Az. 4129, y 22 de diciembre de 1975, Az. 4745). Estas exigencias jurisprudenciales en la aplicación de esta normativa no son más que producto de una comprensión racional y sana de lo que es un concurso de méritos, porque de otra manera es mejor eliminar cualquier norma que fije criterios para la resolución de un concurso, y decir sencillamente que el Tribunal o Comisión encargado de resolver el concurso, lo haga según le parezca conveniente.

3. Cuando la competencia para resolver los posibles pleitos pasó del Tribunal Supremo a la Audiencia Nacional, con ocasión de la creación de este órgano jurisdiccional (Decreto-ley 1/1977 de 4 de enero), una primera Sentencia de este Tribunal de 14 de noviembre de 1978 —sobre un concurso de traslado entre Catedráticos— dio lugar a pensar que se iba a seguir la misma concepción jurídica (recogida esta Sentencia casi todos sus considerandos en este libro, cap. 8º, «Los hechos como presupuesto...»), al final de este subepígrafe).

Efectivamente, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional declara que:

«...el ámbito de la revisión jurisdiccional no queda limitado al examen de la legalidad extrínseca del acto combatido, sino que trasciende del mero control de la legalidad del procedimiento y da alcance a todo su contenido...»

Y más adelante, al comentar el art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958, la Sala indica:

«...(su) simple lectura y sin mayor esfuerzo cabe deducir que la discrecionalidad técnica que se confiere a la Comisión especial tiene una cierta medida, que no se reconoce una discrecionalidad pura y absoluta y no tal y sin más, lo que permite al titular un control judicial de la misma porque, aunque haya una sola apreciación conjunta en ella hay que integrar valores muy diversos: los unos de naturaleza objetiva y previamente determinados como la antigüedad en el escalafón, otros, de apreciación subjetiva como el valor de los trabajos científicos en la disciplina, pero siempre a través de una razonable ponderación, lógica, que impida que el criterio último de juridicidad consista en aquel único juicio subjetivo, esto es, hay una cierta parcela reglada como en toda facultad discrecional ocurre, que no impide el control, aunque lo pueda dificultar...».

Frente a una interpretación que pretendiese diluir cada uno de los criterios del art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958, anteriormente reseñados, en la «apreciación conjunta», la Sentencia resalta los diversos y diferenciados valores que existen en dicha apreciación, unos objetivos y otros subjetivos, exigiéndose en su integración una «razonable ponderación lógica», para impedir que el criterio subjetivo se convierta en el único. En otro Considerando, más adelante, la Sentencia se refiere todavía con más precisión a ese juego entre la apreciación conjunta y los diversos criterios señalados en la Ley, porque es un hecho que frecuentemente

las comisiones especiales han pretendido bajo el recurso a la «apreciación conjunta», imponer un simple *acto de voluntad* en el que no existe en absoluto ninguna consideración y ponderación de los criterios exigidos por la Ley, para fundamentar la propuesta razonada que haga la Comisión. En este sentido la Sentencia sale al paso con una afirmación de gran trascendencia al enfrentarse con la *alegación del recurrente según la cual la motivación del acto impugnado, es incorrecta e indebida, siendo la conclusión que al no ajustarse a las bases del concurso, se produce una concreta vulneración de la Ley de 24 de abril de 1958*. Pues bien, en este punto dice la Sentencia:

«Cuestión que merece nuestra preferente atención, como punto decisivo que es, y que acometemos afirmando que la obligada apreciación conjunta de méritos exige previamente un análisis y ponderación por separado y singular de cada uno de ellos, no como si constituyeran una serie de sumandos que determinarían fatalmente un resultado final, puesto que no existe previo baremo, sino como datos imprescindibles de los que partir, que es imposible ignorar en su propio valor, para realizar después una cuidadosa ponderación conjunta de los méritos alegados; y por ello se impone su análisis por separado, para saber la cantidad y calidad de los méritos, determinantes, en cierta medida, a través de la técnica de la valoración conjunta, del resultado final, en una operación lógica, de conjunción, enlace y combinación de elementos».

La apreciación conjunta, pues, no puede ser una excusa para no valorar cada uno de los criterios, sino que éstos deben ser objeto de un análisis individualizado, y aunque no se sumarán uno a otro para fijar un *resultado final*, es evidente que dicho resultado estará determinado por una operación lógica, ponderada, de conjunción y enlace de los diferentes elementos en el que consistirá esa apreciación conjunta. Esa apreciación conjunta deberá ser, pues, lógica y ponderada, con lo cual es bastante irreal aceptar, por ejemplo, que un candidato aventaje a otro en todos los criterios y que, sin embargo, no sea propuesto. La apreciación conjunta, pues, no puede *desvirtuar* o estar *en contradicción* con la valoración que se ha hecho de cada uno de los criterios en cada uno de los candidatos, porque la propuesta debe ser razonada, y difícilmente hay razonamiento cuando la elección recae sobre un candidato que es inferior a otro en la mayoría de los criterios, salvo una ponderada y lógica argumentación.

4. Pues bien, en Sentencias posteriores la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha cambiado radicalmente su criterio. Por ejemplo, en la Sentencia de 2 de junio de 1980 (se trataba de

un concurso de acceso, sometido a las normas anteriormente expuestas de 8 y 29 de mayo de 1969 y 6 de mayo de 1975), la Sala estimó adecuada a derecho la resolución del concurso en virtud de la siguiente motivación:

«...la mayoría del Tribunal estima que valorados conjuntamente los méritos de todos los concursantes en lo relativo al historial universitario, trabajos realizados y labor pedagógica en la disciplina, destaca el excelente historial de los Doctores propuestos, la especial calidad de su producción científica y la seriedad de su labor pedagógica».

Se habían presentado unos ocho candidatos y fueron elegidos dos, y por toda motivación la Comisión especial dio la arriba transcrita. Obviamente, aquí no existe motivación de ningún tipo, sino tan sólo se repiten los criterios legales de valoración que la normativa impone al Tribunal o Comisión Especial. Aquí, técnico-jurídicamente y para cualquier observador neutral, no hay ni rastro de una «propuesta razonada», valorando y ponderando los méritos de cada uno de los concursantes, y, además, tal como exigía la propia Sala en su Sentencia de 14 de noviembre de 1978, con un análisis «por separado y singular de cada uno de los méritos» (14).

(14) Las Sentencias sobre esta materia sólo pueden recurrirse en apelación, alegando desviación de poder (Ley Jurisdiccional 94.1 a) y 2); es por ello de temer que la línea jurisprudencial que se destaca en las páginas siguientes no será revisada por el Tribunal Supremo. De todas formas, la alegación de «desviación de poder» da pie para que la Sala V del Tribunal Supremo lleve a cabo una fiscalización general del acto impugnado, lógica consecuencia, y loable intento, de salvar el lecho de Procusto de tal alegación (vid. Az. n.º 454 de 1983; muy lúcida la expresión: «... se impone, pues, en el presente caso un detenido análisis de la desviación de poder a través de diversos aspectos... configurados como infracciones de procedimiento» que han podido servir «de apoyo para que la Administración... no haya cumplido el fin específico que le exige el ordenamiento jurídico que no es otro que el de la provisión de la Cátedra en cuestión por el más idóneo de los concursantes admitidos por reunir los requisitos legales»). La Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de junio de 1980, citada en el texto, fue recurrida, ya que se alegó desviación de poder al proponer la Comisión o Tribunal Especial como Catedrático a un Agregado que se encontraba en «excedencia especial»: lo cual parece, razonablemente, un contrasentido institucional. El Tribunal Supremo declaró, sin embargo, la inexistencia de tal desviación de poder (Az. 6669, de 1982); la Audiencia Nacional, por su parte, tampoco habrá apreciado este vicio, pero dejó dicho que «todo lo más que podría discutirse es acerca de si quien está en tal situación impide la participación en el Concurso e imposibilita, consiguientemente, el acceso a la Cátedra». Así, pues, se deja entrever la posible ilegalidad de la actuación por una incorrecta «aplicación de normas que rigen la materia», pero esto nada tiene que ver con el «indebido ejercicio de potestades administrativas», es decir, con la desviación del poder. Con todo respeto, esta argumentación o concepción de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional supone una notable limitación del control judicial de la actuación administrativa.

5. En la Sentencia de 4 de febrero de 1983, la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional se encontró con un Acta del Tribunal o Comisión Especial, que resolvía otro concurso de acceso, más detallada, pero en la que tan sólo se hacía referencia a algunos de los candidatos y no a todos (la norma dice apreciar los méritos de *cada concursante*). Pero, además, la motivación de la mayoría de la Comisión para proponer a uno de los candidatos no suponía una propuesta razonada, sino tan sólo un acto de voluntad:

«...la mayor antigüedad de éstos (se refiere a otros candidatos) no alcanza a compensar la mayor calidad científica y número de publicaciones del Dr... que estiman los proponentes que es la más relevante de todos los concursantes».

Ni el propuesto tenía más publicaciones, lo cual era fácilmente comprobable en la Hoja de Servicios, con la adjunta relación de publicaciones y la mayor calidad científica tendría que ser explicitada de alguna manera. Todo esto con más razón cuando el candidato propuesto era autor tan sólo de un libro —una coyuntural monografía sobre Derecho Urbanístico—, mientras que alguno de los candidatos postergados era autor de tres monografías de historia y de dogmática jurídica sobre la materia, editor de repertorios legislativos, traductor de obras extranjeras con una superioridad abrumadora en la diversidad y cantidad de sus publicaciones sobre el candidato propuesto, y en su trayectoria académica. Amén de que la norma exige tener en cuenta no la antigüedad, sino la permanencia activa en el Cuerpo, el historial universitario (desde cuando se es ayudante, qué cargos se han ejercido en la Universidad, la dedicación, los estudios en el extranjero, etc.) y la labor pedagógica (programa publicado o impartido por el candidato, tipo de exámenes, clases prácticas y seminarios, etc.), todo lo cual, naturalmente, estaba acreditado de forma diferente, con mayor o menor extensión por algunos de los candidatos, en sus correspondientes Memorias y documentación adjunta.

Pues bien, la Sala da por buena esta motivación y en este contexto se permite decir que el Tribunal que resolvió el concurso actuó de acuerdo a Derecho, ya que:

«...está dentro de las facultades regladas, aunque discrecionales del Tribunal para decidir analizando los méritos de cada concursante».

Evidentemente, esta frase no se entiende: algo no puede ser reglado y discrecional al mismo tiempo. Y, en segundo lugar, la Sala de la Audien-

cia Nacional rechaza cualquier posibilidad de modificar la motivación dada por el Tribunal o Comisión especial, ya que considera que hay un «estudio y valoración minuciosa de los méritos, tal como consta en el Acta», lo cual realmente es difícil de aceptar tras lo dicho anteriormente, concluyendo la Sala que carece de consistencia la pretensión de que:

«...la Sala sustituya el criterio científico y especializado del Tribunal por el suyo propio... sin una base firme que demuestre el error del Tribunal que resolvió...»

Dejando de lado la falta de precisión de la argumentación de la Sala, es evidente que aquí estamos ante una clara autorrestricción del control jurisdiccional, porque éste no puede anular el acto administrativo —la llamada propuesta razonada— sólo cuando encuentre un error. El Tribunal de lo contencioso está obligado a comprobar si se ha llevado a efecto por el Tribunal o Comisión Especial la valoración por *separado* o *singular* de cada uno de los méritos o requisitos que exige la norma, de cada uno de los concursantes, para asegurar que la *apreciación conjunta*, al integrar valores muy diversos, lo ha hecho a través de una *razonable ponderación lógica*, de manera que se impida que el criterio último sea un *único juicio subjetivo*. Así, la Sentencia anteriormente transcrita de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1978, y así el sentido común y una racional comprensión del control de los Tribunales de la «actuación administrativa».

6. En la Sentencia de 31 de octubre de 1984, la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional tuvo que resolver un concurso de traslado entre dos Catedráticos en el que el Tribunal o Comisión Especial que lo resolvió propuso a un candidato en virtud de la siguiente fundamentación:

«Atendiendo al conjunto de los criterios que se establecen en la Orden (esto es un error, quiere decir Ley, vid. supra aquí n.º. 1) de 24 de abril de 1958 y además por ser el único candidato que ha sido profesor de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Autónoma de Madrid durante varios años».

Esta propuesta viola el art. 6 de la Ley de 24 de abril de 1958 porque no hay una valoración separada y singular de cada uno de los méritos o criterios valorativos, sino una remisión genérica a dicha norma, quedando oculto cuál ha sido el procedimiento racional y lógico a través del cual los mencionados señores han llegado a la conclusión de que el candidato propuesto era superior al postergado; este proceder está en la

antípoda de las determinaciones jurisprudenciales, bien expresas, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional en su sentencia de 1978 (aquí *supra*, números 2 y 3).

Para hacernos una idea de la gravedad de esta cuestión hay que subrayar: el candidato postergado tenía una *antigüedad* superior en nueve años al propuesto; en cuanto al tiempo de *servicio efectivamente prestado* en la Cátedra, el candidato postergado tenía cinco años y cuatro años y un mes como supernumerario, mientras que el propuesto ni un día había prestado los servicios en su Cátedra, sino que había pasado a la condición de supernumerario inmediatamente; en cuanto a la *labor docente y pedagógica*, al candidato postergado tenía seis años más, habiendo ejercido, además, el cargo de Decano. En cuanto a la *labor de investigación* y otros trabajos científicos, que frente al dato objetivo y cuantificable de los elementos anteriores sería susceptible de una valoración propia y técnica de la Comisión, consta en el Acta que:

«...no se ha hecho ningún comentario sobre que la calidad de los trabajos de los aspirantes fuese superior uno al otro...»

La Comisión, pues, renuncia aquí a ejercer ese supuesto derecho propio e insustituible de valorar los méritos científicos; en esta cuestión, sin embargo, era un dato objetivo que el candidato postergado presentaba 24 publicaciones (una monografía, dos folletos publicados independientemente, dos libros colectivos dirigidos por él, y el resto artículos de revistas); el candidato elegido: 11 publicaciones, dos en prensa, pero ningún libro.

Este es un resultado extraordinario al que conduce esta línea jurisprudencial: de acuerdo con la Ley, un candidato es superior a otro en todos los criterios, y en el único elemento susceptible de una valoración de la Comisión, ésta no se pronuncia. Sin embargo, se resuelve el concurso de méritos a favor del segundo. Además, la Comisión se inventa un criterio en el que parece fundamentar su decisión: el candidato propuesto había sido Profesor en el Centro al que pertenece la vacante objeto de este concurso. No hay ni una norma sobre el concurso de traslado o de acceso entre Profesores que considere un mérito haber sido durante años ayudante o adjunto de la Universidad en la que se quiere cubrir la vacante de Cátedra.

La Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, al resolver este recurso, deja bien claro que el art. 6 de la Ley de 1958:

«...no significa que los miembros de dicha Comisión Especial hayan de hacer una puntualización por separado de cada uno de los elementos meritorios a tener en cuenta, y ni mucho menos reflejarlos en el Acta con esa separación valorativa, sino que, haciendo una apreciación conjunta de los criterios que dicha legislación establece, produce cada miembro también conjuntamente un juicio interno de valor que puede coincidir con un todo con los demás componentes de la Comisión Especial, produciéndose así una voluntad colegiada de éste...»

Esta afirmación está en la antipoda de la mantenida por el Tribunal Supremo y por la rotunda Sentencia de la Audiencia Nacional de 1978 (aquí, números 2 y 3), pero supone, sobre todo, confirmar la plena autonomía del *acto de voluntad* de los miembros de una Comisión o Tribunal Especial que juzga un concurso de méritos. La propuesta razonada valorando los méritos de cada uno de los concursantes ha sido sustituida por un *desnudo acto de voluntad* de un órgano colectivo que, diga lo que diga, actúa conforme a Derecho según esta línea jurisprudencial, en virtud de esa subjetiva apreciación conjunta. En un extraordinario procedimiento de metamorfosis, la superioridad en todos los criterios de méritos fijados por la Ley, que ostenta un candidato, desaparece ante la *apreciación conjunta* que hace la Comisión de los méritos del otro candidato. Aquí apreciación conjunta quiere decir sencillamente que la Comisión puede hacer lo que quiera, y por eso se puede hablar aquí del triunfo de la *soberanía* de las Comisiones que juzgan los concursos de méritos y del triunfo de la *total discrecionalidad*. El Tribunal de lo Contencioso renuncia a cualquier control serio de actuación administrativa.

Con qué precisión quería evitar este resultado la Sentencia de 14 de noviembre de 1978 de la Audiencia Nacional (vid. *supra* aquí, número 3): hay que valorar por separado y singularmente cada uno de los méritos; no, desde luego, para después sumarlos y obtener un resultado final, sino para saber su cantidad y calidad, porque esto va a determinar, evidentemente, el resultado que se hará a través de la valoración conjunta de todos los méritos «en una operación lógica de conjunción, enlace y combinación de elementos». Frente a esto, la línea jurisprudencial que se impone significa que lo blanco se hace negro, a través del poder tautomárgico de la apreciación conjunta de la valoración subjetiva de los miembros de la Comisión.

7. Y así, este proceso culmina en la Sentencia de 15 de enero de 1985 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. La Comisión o Tribunal Especial que había resuelto el concurso se reunió en determinada fecha, constandingo en el Acta que se «procede al exa-

men de los indicados informes de las documentadas solicitudes de los aspirantes», y a continuación transcribe literalmente las cuatro líneas del art. 6º. del Decreto de 8 de mayo de 1969 reiterado en la Orden del 29 del mismo mes (*supra*, aquí núm. 1). Pues bien, el Acta de la siguiente y última sesión de esta Comisión recoge que «tras un amplio cambio de impresiones en que cada miembro del Tribunal emite la opinión que le merece la labor de cada opositor, se considera que todos ellos están capacitados para ocupar las cátedras objeto de este concurso de acceso». Aquí tenemos el típico proceder criticado por la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada (aquí, núm. 2), según la cual no es válida una apreciación genérica y global del conjunto de los méritos, sino que hay que hacer una valoración individualizada y concreta que quede consignada por escrito en el Acta.

Pero es que, además, ya no existe ni una valoración genérica de los candidatos propuestos, sino que tras ese «amplio cambio de impresiones» se procede a una *votación* que da lugar a elegir los candidatos. El concurso de méritos ha quedado sustituido por una simple *votación*, un crudo acto de voluntad que no se motiva ni se razona. El concurso de méritos se convierte en una oposición, pero sin ejercicios públicos. Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional considera que esa propuesta razonada u opinión que tiene cada miembro de la Comisión de los diferentes candidatos, se concreta en el voto, que es por esencia el acto de más pura voluntad:

«...se pasó... por el Tribunal juzgador, como también consta detenidamente reflejado en Acta, a proceder a emitir su opinión respecto de cada opositor mediante el voto nominal que tales miembros del Tribunal realizaron como valoración de los antecedentes anteriormente estudiados...»

La evolución termina aquí: pocas veces se ha visto en la historia del Derecho una transformación tan notable del mandato legal que obliga a una propuesta razonada donde se aprecian conjuntamente los méritos de los concursantes, sin ser lícito utilizar apreciaciones genéricas y globales, sino que es obligado llevar a cabo un análisis y ponderación, por separado y singular, de cada uno de estos méritos, lo cual no supone que el resultado final sea una serie de sumandos, sino una ponderación conjunta de estos méritos analizados, que determinarán, a través de la valoración conjunta, el resultado final en una operación lógica, tal como ha destacado la jurisprudencia anterior. De esta decisión así formada y motivada, se ha llegado a la simple y cruda resolución del concurso de méritos por medio de una votación, sin ningún tipo de motivación, lo cual

consagra la total *discrecionalidad* de las Comisiones o Tribunales Especiales llamados a resolver concursos de traslado entre Catedráticos, y, hasta hace poco, de acceso al Cuerpo de Catedráticos.

8. Vienen ya de lejos los problemas que ha habido en España sobre la provisión de Cátedras; los Reyes Católicos en 1494, y después Felipe II, tuvieron que prohibir, y reiterar la prohibición, de «dádivas, sobornos y negociaciones» en el nombramiento de los Catedráticos. Independientemente de que las Sentencias anteriores, y todas las demás hayan sido justas, y que un control integral por parte de los Tribunales de lo contencioso hubiese confirmado la misma elección que llevó a cabo la Comisión o Tribunal Especial, lo importante es subrayar que el poder judicial quiere practicar aquí voluntariamente una auto-restricción en su facultad fiscalizadora. Esta postura no está de acuerdo con la Constitución, que otorga a los Tribunales la competencia de controlar la actuación administrativa (art. 101.1 C.E.).

Quizá con buen instinto los Tribunales en España no quieren entrar en este avispero de conflictos que surgen entre los grupos, grupúsculos, escuelas y demás, que existen en la Universidad. Es posible que esta actitud sea prudente, pero independientemente de los preceptos constitucionales que otorgan a los españoles una tutela efectiva, por parte de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses, de lo que hay que hablar es de la vida misma. Muy pocas posibilidades tiene el estudiante independiente, con una ética insobornable de vocación, y no de éxito, de encontrar la posición que merece en la Universidad española, dominada por el principio de la cooptación por y de la mediocridad. Pobre aspirante si tiene la desgracia de practicar una disciplina dominada por una escuela mayoritaria a la que no pertenece: tendrá que cambiar de asignatura o renunciar a ser él mismo. La falta de escrúpulos de los Tribunales de oposiciones y de concurso de méritos para apoyar al candidato predestinado no tiene límites.

En este panorama, que los Tribunales de Justicia reafirmen su plena competencia para el control integral de la resolución administrativa de cualquier concurso de méritos (dejamos ya como imposible el concurso-oposición), supondría una esperanza.

CONSIDERACIONES SOBRE RAWLS

SEBASTIÁN URBINA TORTELLA

Históricamente se comprueba la dificultad de llegar a acuerdos en los problemas prácticos por la vía de la argumentación racional; tales acuerdos podrían producirse, por ejemplo, en condiciones ideales de un constructo como el de la posición original (bajo el velo de la ignorancia) en el que los sujetos representativos (las partes) actúan como sujetos noumenales kantianos, o sea, una teoría como la de Rawls.

No se trata obviamente de hacer una apología del pensamiento irracional, sino de demostrar disconformidad con unos criterios que, por lo menos desde los pitagóricos y Platón, tienden a absolutizar la razón deductiva como criterio de verdad sin admitir que se producen de hecho intromisiones no estrictamente racionales en forma de intereses, en el amplio sentido de la palabra. Que por muy loable que sea el intento de incluirlo todo dentro de un sistema racional completo y suficiente, ello no ha pasado de ser, hasta ahora, una ilusión de la mente. Con el evidente peligro para el ser humano de que algún iluminado de la razón pretenda incrustar su sistema racional en los incompresivos e irracionales cerebros de sus conciudadanos.

Uno de los problemas de las teorías de la Justicia como la rawlsiana es un carácter estático, lo que las hace radicalmente irreales. No se trata de una irrealdad contingente, de lo que ahora no es o no existe pero que podría ser o existir (así, el deseo de una sociedad democrática en la época nazi no era un imposible, no ya porque así ha sucedido sino porque una aspiración democrática no era incompatible ni con el sistema económico ni con las culturas, tradiciones de la mayoría de las gentes, al menos en Europa occidental) sino de una irrealdad necesaria.

Cuanto más coherente y completa sea una construcción de deber ser,

más se expone a ser estática y alejada, por tanto, del cambio social. En cuanto incorpora elementos que permitan paliar esta situación, introduce, subrepticamente o no, aspectos de la realidad social que rompen la pretensión inicial de una construcción estática de deber ser, que no es solamente la de mostrar su perfecta coherencia interna, sino también la de ser útil y aplicable, aunque coherencia interna y utilidad no se impliquen mutuamente.

Es decir, el problema surge de la pretensión de compaginar una construcción teórica de corte apriorístico con su aplicabilidad concreta. En la medida en que lo teórico se vacía de contenido concreto, su aplicabilidad pierde significación. Pero para llenar esta última, hay que incorporar en la teoría conceptos no puramente categoriales, sino de origen empírico. Y, al tratarlos como categoriales, lo que se hace es caer en la tentación de pretender extenderlos más allá de su auténtica aplicabilidad, que no es otra que el ámbito del que fueron realmente extraídos.

Aunque la Teoría de la Justicia de Rawls y el Panóptico de Bentham se sitúan en marcos diferentes y para objetivos diferentes, en un caso para la vida en libertad, el otro para la vida en prisión, para uno la organización de una sociedad global en libertad e igualdad, para otro una institución de la sociedad, permanece el denominador común de que la racionalidad teórica de la construcción sería aceptada por los destinatarios. En Rawls los individuos no son tenidos en cuenta —como no lo son en Bentham— en tanto que sustituimos la posible información sobre sus deseos por la suposición de un deseo común irrevocable. En Bentham tampoco se supone que los individuos puedan cambiar, rebelarse, y romper el esquema supuestamente racional en el que estaban situados.

Es cierto que si Rawls quisiera tener en cuenta lo que sucede, aunque accedamos a la realidad por medio de teorías, no estaría elaborando una teoría de la justicia sino que haría sociología de la justicia, pero así, no nos moveríamos de donde estamos porque, en el mejor de los casos, sabríamos más o menos aproximadamente las opiniones y reacciones actuales de los individuos acerca de la justicia. Los resultados que nos proporcione la sociología de la justicia pueden mostrarnos, de forma más precisa y ordenada, lo que tal vez sabemos o creemos saber por intuición. Estos resultados nos sitúan mejor para saber si estamos conformes con lo que hay, lo que en el terreno del Derecho equivaldría a la duplicidad entre Derecho positivo y Derecho Natural, en la variante que se quiera, duplicidad entendida como contenido material positivizado y contenido material moralmente deseado. No obstante, hay algunas diferencias. En el ámbito de la soberanía del Estado hay un ordenamiento jurí-

dico vigente, con su correspondiente concepción de la justicia más o menos claramente formulada, mientras que hay también otra u otras concepciones de justicia que no tienen el soporte de una sanción institucionalizada en el supuesto de una transgresión a tal o tales concepciones.

Así como en el terreno de la cultura jurídica actual no suelen tener gran repercusión los planteamientos de deber ser, en el sentido de derecho ideal, en el estricto terreno de la justicia (aunque todo derecho implique una justicia) está, entre otros, el ejemplo de la gran repercusión que ha producido la teoría de Rawls, es decir, la de una justicia que debe ser. La duplicidad es mal vista en el terreno jurídico, probablemente por motivos de seguridad y certeza de lo regulado, pero no parece serlo en el de la justicia, como si la insatisfacción por la justicia que es no implicara peligro de ningún tipo y la justicia que es pudiera seguir sin más quebraderos de cabeza.

La duplicidad, que me parece inevitable, se debería al carácter asimétrico o desigual de las sociedades, lo que se concreta en la asimetría entre los ciudadanos y la subsiguiente duplicidad teórica.

Simplificando mucho y contando con la benevolencia del lector, podríamos decir que la duplicidad del Derecho Natural escolástico-medieval proviene, por lo menos en alguna medida, de la asimetría, en términos más clásicos, de las contradicciones sociales aunque dada la impronta religiosa de la época, que impregna el pensar y el hacer individual y social, se proyecta más allá de sí mismo, entre este mundo y el otro, entre lo laico y lo divino. Naturalmente, todas las asimetrías requieren una mediación ideológica que las justifique o que tienda un puente superador. La conexión entre el más allá y el aquí materializa la superación de las asimetrías.

Igual que en el Derecho Natural escolástico-medieval, en el Derecho Natural racionalista pasamos por alto las complejidades que lo envuelven para decir que la asimetría real, o las contradicciones reales se canalizan ya en este mundo, pero utilizando la abstracción generalizadora "hombre" o "ser humano".

En nuestros días la duplicidad se niega en el terreno jurídico con el expediente de la representación política democrática a pesar de que la asimetría sigue subsistiendo, porque la representación de la voluntad lo es solamente a nivel político, sin que la asimetría económico social alcance los niveles de igualdad propios del ámbito político. Pero aunque se niegue la duplicidad se siguen elaborando teorías de la justicia que

afectan ciertamente al terreno jurídico. Imaginemos los cambios legislativos que deberían producirse si se llevara a la práctica alguna de las teorías de la justicia más relevantes. Pero ¿por qué tienen tanta repercusión estos replanteamientos de lo que hay, de lo que existe, si vivimos en sociedades democráticas en las que la soberanía popular está fielmente representada en el poder político y éste incluye una justicia? No deberían producirse duplicidades en el ámbito jurídico democrático y sin embargo se producen (las quejas de ser tratados injustamente por el derecho vigente se pueden ver, por ejemplo, en los medios de comunicación).

En mi opinión, la persistencia de tal duplicidad proviene de la asimetría social que provoca en los individuos el deseo de revisión o supresión de tales asimetrías.

A pesar de que pueda interpretarse predominantemente como un esfuerzo de legitimación, creo que en Rawls nos encontramos una cierta revisión de la asimetría social lo que implica una elaboración de supuestos desde los que enjuiciar lo actual.

El carácter estático de la construcción de Rawls se manifiesta en el punto de partida. Dado que su elaboración se justifica por su coherencia interna, los presupuestos deben permanecer inalterables para que, de esta forma, no padezca la coherencia de la construcción. Pero una crítica a Rawls es posible, a pesar de que se sitúa en el deber ser, en cuanto topamos con la evidencia histórica y biológica del ser humano que para su propia supervivencia necesita la adaptación al medio. Si esto es cierto, los presupuestos no pueden tener la pretensión de absolutez, ya que las teorías que permiten este proceso adaptativo constituyen el intento de superar las inadecuaciones de anteriores teorías, exigiendo, por tanto, la formulación de nuevos presupuestos, aunque sigue siendo cierto que la evidencia histórica o las nuevas adaptaciones no afectan a la coherencia interna de una construcción.

En el mismo sentido, cuando se refiere a las circunstancias subjetivas de los cooperantes en relación a las circunstancias de la justicia, dice Rawls: "Algunos de estos defectos provienen de fallos morales del egoísmo y la negligencia; sin embargo, en gran medida, son simplemente parte de la situación natural humana" (1). El que entienda Rawls que, en gran medida, los fallos morales sean parte de la naturaleza humana supone una concepción estática de la naturaleza humana fenotípica que no

(1) Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Madrid, FCE, 1979, pg. 153.

se vería esencialmente afectada por los cambios en la naturaleza y la sociedad, lo que puede ser cierto desde el punto de vista del fenotipo pero que no lo es si tomamos en cuenta la posibilidad de la sociedad y la cultura de convertir una misma información genética en personas sumamente distintas, por ejemplo, a través de procesos diferenciales de educación.

De ahí que la irrealdad del punto de partida no permita una teoría de la justicia realizable. La irrealdad radical de Rawls, si se me permite esta afirmación, se situaría en esta voluntaria ignorancia de la necesidad de adaptación que excluiría el carácter básico y permanente de los aspectos procedimentales, porque en cuanto no se adaptan chocan con las necesidades humanas y en cuanto se adaptan dejan de tener el carácter absoluto e irrevocable que tienen los puntos de partida de la teoría rawlsiana.

El velo de la ignorancia intenta neutralizar las modificaciones y adaptaciones que el conjunto de experiencias individuales y sociales provocarían en cualquier intento de fosilización intelectual. Es precisamente este conjunto de experiencias el que hace variar el sentido y la interpretación de postulados formales como "suum cuique tribuere" y otros similares. Si nos vemos despojados de los conocimientos concretos de nuestra vida personal y social, inmersa en una formación histórica, los postulados formales no pueden darnos nada porque nada dicen. Era, pues, necesario que el velo de la ignorancia recubriese a los individuos para que éstos callaran y pudiera oírse la voz de Rawls. Sólo parando el tiempo y el espacio podría soñarse que la primera formulación del "suum cuique tribuere" se mantuviese en su primigenio significado. La abstracción generalizadora deja en el camino aspectos que pueden modificar la formulación, porque ésta se nutre de aquéllos. La solución es, por tanto, eliminarlos con el vuelo de la ignorancia. Podría decirse que lo planteado por Rawls no queda afectado por estas críticas ya que él plantea una situación ideal, pero entiendo que nunca se da esta situación ideal, ni desde el punto de vista del que la emite ni desde cualquier situación real, presente o futura. Nos encontramos otra vez con la necesidad de formular un ideal para no superponernos miméticamente a lo real. Pero creo que la propuesta ideal legítima no es la que ignora las características socio-históricas del ser humano. Estas características, por no ser permanentes, tienen que ver con la forma concreta en que se relacionan los individuos, tanto directamente como a través de las instituciones. Ignoradas voluntariamente por Rawls, al nivel de principios e instituciones, tienen que introducirse a través de la interpretación que, como elemento dinámico, es tratado poco extensamente por Rawls. Si la justicia es considerada por Rawls como una virtud de las instituciones sociales, a menos que atesoran un a priori del concepto de justicia intemporal, se verá abocada al

fracaso. Serán, además de las normas, las cambiantes interpretaciones las que definan en cada momento la justicia, aunque lo hagan dentro del marco flexible de determinadas instituciones. Por ejemplo, el que se suponga, como lo hace Rawls, que los individuos no adopten un criterio prudencial sino moral choca con la asimetría social existente. ¿Por qué todos los individuos de una sociedad adoptarían un punto de vista moral uniforme?

Si Rawls parte, como así creo, del modelo de sociedad occidental, ya que afirma que a ella va dirigido, supone que o bien las asimetrías son eliminables o son funcionales al modelo. Pero no está demostrado que no sean disfuncionales al modelo. En tal caso sería poco coherente suponer que todos los individuos adoptarían un único punto de vista moral. Esto sería posible en cuanto seres noumenales, no en cuanto seres empíricos, y sin embargo el modelo parece referirse, por lo menos aplicarse, a la sociedad occidental tal como Rawls la ve y desea verla. Esta adhesión moral de todos los individuos de una sociedad choca también con la característica del pluralismo. Ya sería un logro la aceptación de unos fines, los suficientes para mantener una cierta cohesión social, lo que supone que todos sus miembros creen que vale la pena la supervivencia de tal modelo social. Esto introduce la consideración de criterios prudenciales.

Suponer que lo que harán los individuos se deriva de un razonamiento estrictamente deductivo implica admitir que los datos de la posición original son considerados unos axiomas y que los individuos no son seres empíricos. Si lo fueran no podrían admitir como axiomas intocables los datos de partida, sean cuales sean, por su necesidad de adaptación. El conjunto de experiencias teórico-prácticas que acompañan al ser humano conforman la racionalidad e irracionalidad con que actúa. Sólo despojando al ser humano de sus características puede pensarse que su proceso vital sea comparable a una cadena deductiva. Incluso suponiendo que hubiera una sola vía racional, entendida como adecuación a fines, está, además, la racionalidad de los fines. Entiendo que sólo a partir de una actitud dogmática puede afirmarse la inamovilidad de los presupuestos básicos. Sólo desde una perspectiva temporal los principios materiales pueden considerarse permanentes, es decir, permanentes en relación a una época, una cultura, una formación social, una teoría. La historia de la humanidad ha visto como han sido sustituidos o revisados axiomas que en su momento fueron el fundamento de edificios teóricos, dotados de una coherencia interna considerada suficiente. En definitiva, la racionalidad teórica no existiría como racionalidad al margen de la racionalidad práctica, es decir, al margen de este conjunto de experien-

cias y tradiciones que constituyen un grupo social humano. Lo que no quiere decir que exista una relación mecánica.

Puede suceder incluso, que los individuos de un grupo actúen como si hubiera unos axiomas, lo que permite, por ejemplo, la adopción de determinados criterios morales, pero cuando esto sucede lo que se llega a poner en evidencia es la inadaptación del lenguaje que un día sirvió para comunicar determinados criterios morales. Sócrates es uno de los ejemplos históricos que pusieron en evidencia el lenguaje moral de su época, ambiguo e insuficiente, porque respondía mejor a las circunstancias de la sociedad homérica pero ya no encajaba, al menos en parte, en las nuevas circunstancias de la polis griega.

Cuando Rawls habla de la incondicionalidad de sus principios respecto de cualquier circunstancia histórica, alega la razón de la simplicidad. Pero la simplicidad vuelve a ser irreal en el siguiente sentido. El principio "suum cuique tribuere" sólo puede valer de forma incondicionada si lo simplificamos irrealmente aislando los datos que lo volverían condicionada. De este modo el principio puede valer incondicionalmente puesto que parece racional, supuesto el deseo de libertad equitativa, de que se de a cada uno lo suyo. Si aislo los datos sociales siempre tiene razón el principio. Tanto en un contexto económico esclavista, liberal, como en uno socialista, la distribución que se haga será considerada como una consecuencia del principio incondicionado. Pero un principio que vale para cualquier tipo de circunstancia no nos sirve para nada ya que hagamos lo que hagamos lo estamos aplicando. De modo que podemos olvidarnos teóricamente de él y hacer cualquier cosa.

Cuando se hace referencia a las circunstancias de la justicia se supone, siguiendo a Hume, tanto la escasez relativa como circunstancia objetiva, como el conflicto de intereses como circunstancia subjetiva. Estas características son generales a todas las sociedades, pero no es irrelevante el grado de escasez relativa y hasta dónde llega esta escasez para eliminar, al menos en parte, la imprecisión de esta condición de la justicia. Rawls nos dice que se refiere a la sociedad occidental, con lo cual tenemos una cierta información real y una contradicción con otra afirmación de Rawls cuando dice: "Así pues, aunque la concepción de la posición original es parte de la teoría de la conducta, no se deduce de ello en modo alguno que existan en la realidad situaciones que se le parecen" (2).

(2) *Ibid.*, pg. 146.

Tenemos, por el contrario, situaciones reales que se parecen a las formulaciones teóricas de Rawls con lo cual, tanto la escasez relativa como los conflictos e intereses, pueden concretarse en determinados modelos sociales. De este modo, sus afirmaciones de que los principios que las partes deben escoger tienen que valer incondicionalmente podría quedar desmentido por la localización espacio-temporal, tanto de escasez relativa como de conflicto de intereses.

Rawls hace intervenir su teoría de la justicia al nivel de la distribución. Sus individuos aparecen en el mercado como aspirantes a bienes primarios, como consumidores (aunque las mercancías no sean los únicos bienes primarios). Pero si intervienen en el momento de la distribución es que da por supuesto el de la producción. Otra vez tenemos que referirnos al modelo occidental, al que se dirige la teoría de Rawls. Podemos suponer que el momento de la producción está caracterizada por el modelo de propiedad privada de los medios de producción con un Estado partícipe-sustentador, y al mismo tiempo corrector de las deficiencias, tanto económicas como sociales. Si partimos de este supuesto podemos aplicar el criterio deductivo que mencionaba Rawls, ya que las posiciones que se ocupan en el momento de la producción se reproducen en el momento de la distribución. De este modo, el conflicto de intereses se presenta más delimitado y menos incondicional. Los principios de la justicia de Rawls, concretamente el segundo, hacen el papel de correctores de las desigualdades que fluyen naturalmente de un determinado supuesto de partida, un determinado modo de producción.

Su concepción de la distribución y su papel es consecuente con su concepción de los planes de vida. Así nos dice: "Tales planes determinan los objetivos e intereses de un yo, aunque no se presume que estos sean egoístas. Que sea o no así depende del tipo de fines que una persona persiga" (3). Parece suponer que los planes de vida de las partes se plantean abstractamente como si no estuvieran afectados por formas históricas de vivir y producir. Los objetivos e intereses de un yo necesitarían determinados bienes para realizar sus planes, pero estos objetivos e intereses siempre se plantean en un aquí y ahora con una concreta jerarquización social, un sistema productivo y un reparto de la escasez. Los objetivos e intereses no pueden sustraerse a todo este cúmulo de circunstancias porque la racionalidad teórica no está desligada de todo ello. Sin que baste atender a estas circunstancias para conocer exactamente los objetivos e intereses de las personas, tampoco pueden ignorarse, porque nuestro horizonte teórico siempre se apoya en circunstancias fácti-

(3) *Ibid.*, pgs. 154-155.

cas, entre las que se encuentran también las tradiciones, los sentimientos, la cultura, etc.

Rawls sigue hablando abstractamente de las necesidades y dice: "Así pues, aunque la partes tienen, en términos generales, necesidades e intereses semejantes, o en alguna manera complementarias, de modo que la cooperación mutuamente ventajosa sea posible, tienen, no obstante, también sus propios planes de vida" (4).

En el mismo sentido insiste Rawls al decir: "En una sociedad de santos en la que todos convinieran en un ideal común, si es que tal comunidad puede existir, no habría disputas acerca de la justicia... Pero una sociedad humana está caracterizada por las circunstancias de la justicia. La explicación de estas condiciones no implica ninguna teoría particular de la motivación humana. Más bien, su objetivo es reflejar en la descripción de la posición original las relaciones de los hombres entre sí, las relaciones que constituyen el escenario de la justicia" (5).

Rawls pretende mostrar las relaciones de los hombres entre sí, y ello es posible desde una perspectiva que suponga la permanencia e inalterabilidad de la naturaleza humana, la perduración de un marco de convivencia que permita tomarse como punto de partida para la elaboración de una teoría de la justicia que pretenda ser, como su punto de partida, permanente e incondicional.

Un tipo similar de soluciones se producen cuando Rawls encara el problema de la justicia entre generaciones. Para salir al paso de este problema y para no dogmatizar en exceso las formulaciones que se hagan en un momento dado, señala: "Por ejemplo, podemos suponer que son cabezas de familia y que por lo tanto tienen un deseo de promover el bienestar, al menos de sus descendientes más inmediatos" (6).

Pero, igualmente, el deseo de promover el bienestar no es incondicionado. Las distintas generaciones, y las distintas formaciones históricas, no identifican necesariamente lo que se entiende por promoverse el bienestar, a menos que remitamos el problema de los objetivos e intereses a los planes de vida, aunque ello sólo comporte relegar indefinidamente el problema, sujeto a las mismas objeciones.

(4) *Ibid.*, pg. 153.

(5) *Ibid.*, pgs. 155-156.

(6) *Ibid.*, pg. 154.

A la vista de la actual preocupación por los problemas del medio ambiente ¿cómo puede incluirse en el mismo apartado, por ejemplo, la confianza sin límites en el desarrollo, propia del siglo XIX, con la actual preocupación y consciencia por la limitación y protección de los recursos naturales?

Rawls tiene que suponer que la persona moral es autónoma, dividiendo artificialmente al ser humano, separando artificialmente racionalidad teórica y práctica para que sus deseos e intereses tengan la autonomía propia de los puros espíritus. Para que la teoría de Rawls puede desenvolverse sin los inconvenientes de la racionalidad práctica soluciona el problema negándolo: "La concepción de la justicia elimina las condiciones que dan origen a actitudes antisociales. Es, por tanto, estable en sí misma" (7). Pero también podríamos decir que las actitudes antisociales (o las contradicciones sociales) favorecen el que pueda darse una fácil solución por medio de una Teoría de la Justicia. Digo fácil porque entiendo que se puede mejorar el presente si lo conocemos, no si lo ignoramos, y la actitud de Rawls y la de sus individuos en la P O es la de ignorar, convirtiendo en fútiles arbitrariedades la suma de conocimientos que permiten tanto una actitud sociológica como metaética.

Cuando Rawls se refiere a los principios de la justicia hace especial hincapié en la importancia de las instituciones y por ello dice: "El objeto primario de los principios de la justicia social es la estructura básica de la sociedad, la configuración de las instituciones sociales más importantes en un esquema de cooperación. Hemos visto que estos principios habrán de gobernar la asignación de derechos y deberes en estas instituciones, y que habrán de determinar la correcta distribución de los beneficios y las cargas de la vida social. Los principios de la justicia para las instituciones no deberán confundirse con los principios que se aplican a los individuos y a sus acciones en circunstancias particulares" (8).

En relación a lo que sea una institución Rawls hace un desdoblamiento entre la institución como objeto abstracto, es decir, como conjunto de reglas que la delimitan, y la institución como actividad propia de la misma a partir de las reglas que permiten este hacer, o no hacer. Pero lo que, en definitiva, es justo o injusto es la institución como actividad, no como objeto abstracto. La justicia de su realización vendría dada, fundamentalmente, porque los principios de justicia han sido escogidos con la condición de que sean públicos y que todos los individuos

(7) *Ibid.*, pg. 17.

(8) *Ibid.*, pg. 75.

sepan a que atenerse, es decir, saben lo que se puede esperar de cada uno de ellos así como los límites de los principios. Todos conocen las reglas del juego. La descripción que hace Rawls de las instituciones se asemeja profundamente a las instituciones propias del modelo de sociedad occidental, aunque supone que existe un acuerdo público acerca de lo que es justo e injusto. Esta suposición no sólo no coincide con lo que sucede en los modelos de la sociedad occidental sino que parecería plausible que el acuerdo público sobre lo justo e injusto podría haber mejor en una sociedad en la que hubiese desaparecido la asimetría social, o las contradicciones sociales.

Como la asimetría puede entenderse de diversas formas y en diversos grados, me limitaré a decir que sin considerar la posible superación de la asimetría económica, no eliminada en la construcción de Rawls no sería posible plantearse la consecución de un acuerdo público sobre lo justo y lo injusto. Pero decir superación de la asimetría económica es decir bien poco. Así que, por lo menos entiendo que dicha superación o nivelación no viene dada suficientemente por los mecanismos que palián la desigualdad como punto de partida. Si al nivel del primer principio de justicia de Rawls todos los individuos parten en pie de igualdad, la enunciación del segundo principio muestra mecanismos amortiguadores de la desigualdad, y ésta consiste en la apropiación privada de la riqueza creada, aunque se parta en condiciones de igualdad de oportunidades. Aceptado este supuesto sólo queda, para no aumentar la desigualdad, que los más desfavorecidos se beneficien de las ventajas económicas que puedan conseguir los más favorecidos.

Pero se puede partir de otro supuesto en que el aumento de riqueza no se apropie privadamente para ser compensado posteriormente en forma de transferencias. Podemos suponer un tipo de simetría en la posibilidad de creación de más riqueza, sin que este plus se apropie privadamente, de la misma forma que todos tenemos la misma posibilidad de poder político pero quién lo consigue no se lo apropia privadamente, sino que su poder político es público. También el poder económico alcanzado puede ser público. En este caso la asimetría podría darse en una desigual distribución posterior en función del esfuerzo, u otros motivos. La diferencia entre los diferentes modelos radica en que la desigualdad se da en el modelo de Rawls, tanto en el momento de la producción como en el de la distribución aunque está compensada. En el modelo alternativo la desigualdad podría darse en el momento de la distribución, pero ya no en función del lugar ocupado en el momento de la producción sino en función de criterios públicos que podrían debatirse entre los individuos. En definitiva, se acercaría a la organización de la igualdad po-

lítica, en la que existe simetría como punto de partida. Como he apuntado antes esta alternativa sería plausiblemente mejor, al hacer más afines los dos principios.

Refiriéndose ahora a las instituciones, Rawls distingue entre las reglas constitutivas, y las estrategias y máximas. Estas últimas no formarían parte de lo que Rawls llama instituciones. Esto quiere decir que separa la estructura de la institución del funcionamiento de la misma. Se trata de si podemos reducir el problema de la justicia al elemento estático o procedimental de las instituciones. Desde el punto de vista rawlsiano se podría decir que una institución es justa aunque actúe injustamente.

A partir de estos presupuestos no es extraño que Rawls siga reduciéndose al aspecto formal: "Imaginemos también que esta concepción de la justicia es ampliamente aceptada en la sociedad, y que las instituciones son administradas imparcial y consistentemente por jueces y otros funcionarios. Esto es, casos semejantes son tratados de modo semejante, siendo las semejanzas y diferencias relevantes, aquellas identificadas mediante las normas en vigor... Esta administración imparcial y consecuente de las leyes e instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos, podemos llamarla justicia formal. Si pensamos que la justicia expresa siempre un tipo de igualdad, entonces la justicia formal exige que las leyes e instituciones se deban aplicar igualitariamente (esto es, de la misma manera) al administrarlas a aquellos que pertenecen a las clases definidas por ellas... La justicia formal es la adhesión a principios, o como han dicho algunos, la obediencia al sistema" (9).

Cuando Rawls pretende ir más allá de las reglas constitutivas y adentrarse en la administración de las instituciones se queda igualmente en un planteamiento formal. Aunque hable de que los jueces administren las instituciones de forma imparcial, el ejemplo que utiliza nos retrotrae otra vez a las reglas constitutivas en vez de enfrentarse al problema de la interpretación. Es cierto que hay una administración imparcial cuando casos semejantes son tratados de forma semejante, pero las semejanzas y diferencias relevantes son remitidas a las normas vigentes. Sin embargo, aunque parece desprenderse de lo dicho por Rawls que tales problemas se resuelven deductivamente, no es nada absurdo pensar que su solución pasa por un proceso interpretativo-creativo. Si esto es así, el supuesto sistema tiene lagunas que pueden llenarse creativamente y no deductivamente. El que esto contradiga o pueda poner en peligro la división de poderes como señala R. Dworkin no evita el problema de que

(9) *Ibid.*, pgs. 79-80.

los jueces, aunque ello sea competencia del legislativo, de hecho hagan creación por medio de la interpretación, al menos en determinados casos.

El propio Rawls es perfectamente consciente de los problemas que produce el quedarse a nivel de reglas constitutivas cuando dice: "La inevitable vaguedad de las leyes en general y el amplio ámbito concedido a su interpretación, favorece la arbitrariedad al tomar decisiones que sólo la lealtad a la justicia puede mitigar. Se sostiene así que, donde encontramos la justicia formal, el estado de derecho y el respeto de las expectativas legítimas es probable que encontremos también la justicia sustantiva. El deseo de observar imparcial y consistentemente las reglas, de tratar de modo semejante casos semejantes y de aceptar las consecuencias de la aplicación de las normas políticas, está íntimamente vinculada al deseo, o al menos a la disposición, de reconocer los derechos y libertades de los demás y de compartir equitativamente los beneficios y cargas de la cooperación social. Un deseo tiende a estar asociado a otro" (10).

El problema que se plantea es la importancia que pueda tener la arbitrariedad, como la llama Rawls, dentro de su construcción. Si es una afirmación general, sea cual sea la estructuración de las instituciones, tendremos que enfrentarnos con un momento interpretativo que alimentará el sentido de las normas vigentes de las instituciones, supuesto que estas no pueden definir a priori la totalidad de posibles significados. Pero aún en el caso de que todas las normas jurídicas tuvieran su definición de significado este último no se aplicaría automáticamente en todos los casos, sino que exigiría a su vez un proceso de interpretación.

La hipótesis de que en el Estado de Derecho es probable que se dé conjuntamente la justicia formal y la sustantiva es sólo un problema de grado ya que los problemas de superación de lagunas y antinomias ha sido y es un tema permanente en los trabajos de los teóricos del Derecho.

Pero esta arbitrariedad en la toma de decisiones por parte de los jueces, como es llamada por Rawls, sólo podría ser mitigada por la lealtad a la justicia. Dos aspectos merecen ser comentados. En primer lugar, mitigar no equivale a eliminar. No sabemos el alcance que pueda tener esta mitigación y si este aspecto replantea la división tajante entre justicia formal y justicia sustantiva. Si la arbitrariedad en las decisiones es inherente a todo sistema de reglas, sólo idealmente podemos suponer que afecta únicamente a la justicia sustantiva, ya que ésta sólo es posible dentro de un sistema de reglas. De ahí que la arbitrariedad tenga que afectar

(10) *Ibid.*, pg. 81.

a lo formal y a lo sustantivo, sin que el aislamiento artificial de la justicia formal y la justicia sustantiva pueda dar cuenta de la toma de decisiones.

El otro aspecto a considerar es el de la lealtad a la justicia que señala Rawls. Parece suponer una justicia, bien porque existe un acuerdo público sobre ella, bien porque tiene un concepto empírico de la misma. En el primer caso, y aparte del hecho de que no se da un concepto unitario de justicia, hay que distinguir entre la formulación del acuerdo público y la aplicación de esta formulación a los casos concretos, que nos reenvía a los problemas de interpretación ya mencionados. En el caso de que se tratara de un concepto apriorístico de justicia habría que preguntar de nuevo por qué se supone que todos los individuos participarán del mismo. Y si se trata de una noción de justicia en la línea de los contenidos mínimos de derecho natural de Hart, aparece de nuevo el problema de que su formulación tiene un carácter formal que requiere ser rellenado tanto en el momento legislativo como en el interpretativo.

Creo que puede decirse que aunque los individuos pudieran pactar en condiciones de imparcialidad, los principios que deben inspirar tanto la estructura básica de la sociedad como las instituciones, se van transformando por medio del momento decisional. Los jueces, situados en algún lugar del proceso socioeconómico, no tienen sólo en cuenta la justicia supuestamente implícita en las estructuras formales. Reinterpretan las normas, a la luz de los supuestos valores del ordenamiento, y construyen los hechos, en su intento de acoplar situaciones a lo que es la racionalidad teórico-práctica vigente, es decir, el ordenamiento.

En definitiva, el aislamiento artificial de una teoría del contexto general del desarrollo humano no me parece el modo más conveniente de colaborar en la tarea de conseguir una mayor justicia, ya que supone una autonomía de las reglas respecto de los sujetos reglados, una supuesta autonomía al margen de los sujetos reales como seres biológicos, psicológicos y sociales. Es el problema de aceptar o no la total autonomía del contexto de justificación en el llamado campo de las ciencias sociales.

BIBLIOGRAFIA

- BARRY, B., *The Liberal Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1973.
- FERRATER MORA, J., *De la materia a la razón*, Madrid, Alianza U., 1979.
- KLIEMT, H., *Filosofía del estado y criterios de legitimidad*, Alfa, 1979.
- MILLER, D., *Social Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1976.
- NIELSEN, K., "Rawls and Classist Amoralism", *Mind*, 86, 1977, pgs. 19-30.
- RAPHAEL, D. D., Critical notice on *An Theory of Justice* by John Rawls, *Mind*, 83, 1974, pgs. 118-27.
- RAWLS, J., "The Basic Liberties and Their Priority", *The Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge University Press, 1982.
- RODRÍGUEZ MARÍN, J., "La teoría del contrato social rediviva", *Teorema*, V/1, 1975, pgs. 109-116.
- RUBIO CARRACEDO, J., *La utopía del estado justo de Platón a Rawls*, Valencia, 1982.
- WOLF, R. P., *Para comprender a Rawls*, Mexico, FCE, 1981.

EL PODER TRIBUTARIO DE LAS CORPORACIONES LOCALES ()*

ALEJANDRO MENENDEZ MORENO

SUMARIO: I. INTRODUCCION: DELIMITACION DEL TEMA. II. ANALISIS DEL ARTICULO 133, APARTADOS 1 Y 2, DE LA CONSTITUCION: A) Derecho constitucional español precedente y Derecho constitucional comparado. B) Los demás preceptos Constitucionales concordantes con el 133.1 y 2. C) Significado de la potestad originaria. D) Contenido y alcance del término "leyes". E) Contenido y alcance de la expresión "establecer tributos": a) Respecto del hecho imponible. b) Respecto de las exenciones, el contribuyente, el sustituto y retenedor, el repercutido, el responsable y la base imponible. c) Respecto del tipo de gravamen. III. CONCLUSIONES.

En razón de la conveniencia de iniciar el estudio de cualquier tema delimitando lo que va a ser exactamente su objeto, conveniencia que se acentúa en este caso por la brevedad del trabajo y a la vista, también, de los diversos contenidos que pueden válidamente darse al título de esta comunicación, vamos a empezar, precisamente, concretando lo que va a ser el objeto de la misma.

En este aspecto cabe señalar, en primer lugar, la oportunidad de diferenciar el significado de las expresiones "poder tributario" y "potestad tributaria", diferenciación que hace la doctrina española y que se desconoce, en cambio, en la doctrina italiana, tan influyente en la nuestra en otros aspectos doctrinales. Al respecto de la apuntada diferenciación, en las Notas de Derecho Financiero se escribe: ¿Son poder y potestad la misma cosa?... Emplear el término potestad para referirse a la facultad de dictar normas que regulen el régimen de los ingresos y gastos públicos no parece correcto, dado que el concepto de potestad, cuidadosamente elaborado y arduamente discutido por la doctrina administrativa, debe diferenciarse del de poder... La potestad es algo atribuido a la Administra-

(*) El presente trabajo fue presentado como Comunicación a las Jornadas de Estudio sobre "Organización Territorial del Estado (Administración Local)", organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

ción por el ordenamiento jurídico, que la coloca en una situación de prerrogativa respecto de los particulares... Podemos afirmar que la supremacía en materia financiera pertenece al poder legislativo, de acuerdo con la normativa constitucional, en tanto que las potestades se predicen de la Administración. Pero la esencial diferencia podemos hallarla en el ámbito de la eficacia, pues mientras que el del poder financiero es teóricamente ilimitado, y anterior, inclusive, a la elaboración de la ley, mediante la cual se manifiesta, el de las potestades viene limitado y circunscrito precisamente por la ley, que es, en todo caso, quien las concede a la Administración" (1). En igual sentido, Vicente-Arche señala que "la potestad tributaria engloba de este modo el poder legislativo verdadero y propio y la potestad reglamentaria de la Administración pública en materia tributaria. Toda la normativa de un tributo deriva, por tanto, de la potestad tributaria. Por el contrario, cuando se alude al poder tributario —y, en términos más generales, al poder financiero— en otros sectores doctrinales, se da del mismo un concepto menos amplio del que acabamos de ver. Se considera, efectivamente, que el poder tributario es el poder de establecer tributos, manifestación en el terreno financiero del poder legislativo. Con lo cual sólo se reconoce dicho poder al ente o entes que, en virtud de la Constitución, están facultados para establecer tributos. Así se distingue indudablemente el poder tributario de la potestad reglamentaria de la Administración pública en materia tributaria, ejercida dentro de los límites señalados en la ley" (2). En definitiva, pues, la referencia al poder tributario, para la generalidad de los autores españoles, significa estrictamente, como han escrito Cortés Domínguez y Martín Delgado, "el poder de establecer tributos" (3), significación que aquí va a darse también inicialmente a dicha expresión, sin perjuicio de que uno de los aspectos que precisamente se ha de suscitar será, a su vez, el de precisar el alcance y significado del poder de establecer tributos, teniendo presente, además, a la hora de valorar —y relativizar— la transcendencia de la precisión terminológica que se acaba de recoger, que la Constitución española actual no habla del poder de establecer tributos, sino de la potestad para establecerlos, de acuerdo con su artículo 133.1, con lo que cobra mayor interés el conocimiento preciso de lo que significa "establecer tributos", que la distinción entre las expresiones "potestad", y "poder" tributarios.

Es el mencionado artículo 133 de la vigente Constitución, en sus apartados 1 y 2, el precepto que alude más expresamente al punto que estamos tratando, y lo hace en los siguientes términos: "1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley. 2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes". Se trata de un precepto que recuerda —al margen, lógicamente, de la incidencia que en su redacción tiene

(1) Véase Seminario de Derecho Financiero de la Universidad de Madrid, dirigido por Fernando Sáinz de Bujanda: "*Notas de Derecho Financiero*", editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1976, pág. 3.

(2) Ver Fernando Vicente-Arche Domingo: "*Notas a los Municipios de Derecho Tributario*" de Antonio Berliri, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1964. Vol. 1, pág. 177.

(3) Véase Matías Cortés Domínguez y José María Martín Delgado: "*Ordenamiento tributario español*", ed. Civitas, Madrid, 1977, pág. 15.

la nueva organización territorial del Estado—, como se ha señalado reiteradamente, lo establecido en los artículos 2 y 5 de la Ley General Tributaria (4), e incluso en parte recuerda también al artículo 9 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, según el cual “nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido *establecidos con arreglo a la Ley votada en Cortes*”; pero que no presenta, en cambio, tanta semejanza con el derecho constitucional español más remoto, que no era tan rígido en la preponderante atribución del poder tributario al Estado (5).

La redacción del artículo 133. 1 y 2 de la Constitución española, en el que se distingue, de una parte la potestad tributaria del Estado, a la que se califica de originaria, y de otra, la potestad de las demás administraciones territoriales, es una redacción que se aparta de la existente en otros textos constitucionales comparados, en los que es frecuente el establecimiento de una potestad tributaria compartida entre el Estado y las Administraciones territoriales equiparables a las Comunidades Autónomas del derecho español, y, en los que, por lo general, se desconoce a nivel constitucional el poder tributario de las Corporaciones locales. Este es el caso de Ley Fundamental para la República Federal Alemana (6), de la Constitución Federal Austriaca (7) y, en cierto modo, de la Constitución Federal Suiza (8). Mayor semejanza con la Constitución española guarda

(4) Recordemos la redacción de estos preceptos: “artículo 2. la facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejercerá mediante Ley votada en Cortes”. “Art. 5. Las Provincias y los Municipios podrán establecer y exigir tributos dentro de los límites fijados por las Leyes. Las demás Corporaciones y Entidades de Derecho Público no podrán establecerlos, pero sí exigirlos, cuando la Ley lo determine”.

(5) En efecto, un repaso a este derecho constitucional histórico denota menor rigor al deslindar el poder tributario del Estado y el de las otras entidades públicas. Hagamos este repaso: Constitución de 1812, artículo 338.- “Las Cortes establecerán o confirmarán anualmente las contribuciones, sean directas o indirectas, generales, provinciales o municipales, subsistiendo las antiguas hasta que se publique su derogación o la imposición de otras”; Constitución de 1869, artículo 15.- “Nadie está obligado a pagar contribución que no haya sido votada en Cortes, o por las corporaciones populares legalmente autorizadas para imponerla, y cuya cobranza no se haga en la forma prevista por la Ley”; Constitución de 1876, artículo 31.2.- “Nadie está obligado a pagar contribución que no esté votada por las Cortes o por las Corporaciones legalmente autorizadas para imponerlas”; Constitución de 1931, artículo 115.1º.- “Nadie estará obligado a pagar contribución que no esté votada por las Cortes o por las Corporaciones legalmente autorizadas para ello”.

(6) En su artículo 105 establece: “Una Federación tendrá potestad legislativa exclusiva en materia de aduanas y de monopolios fiscales. 2. La Federación tendrá potestad legislativa concurrentes sobre los demás impuestos cuando le corresponda total o parcialmente el producto de los mismos...”.

(7) Dice el artículo 13: “Se regularán por ley federal específica de naturaleza constitucional (“Ley federal constitucional de la Hacienda”) las competencias de la Federación y de los Estados en materia de tributación”.

(8) El artículo 42 de esta Constitución enumera las fuentes de financiación de la Confederación, y pone de manifiesto la titularidad compartida con los Cantones que la integran de las fuentes tributarias. Dice el mencionado precepto: “Para cubrir sus gastos, la Confederación dispone de las siguientes fuentes: a) el producto del patrimonio federal; b) el producto neto de la administración de correos, de telégrafos y de teléfonos (art. 36),

la Constitución holandesa, que en sus artículos 145 y 188 (9) consagra la supremacía del poder tributario estatal, al igual que acontece con la Constitución italiana (10) y con la de Portugal, ésta última redactada en términos muy claros en cuanto a los ámbitos de reparto de poder tributario (11). Y, por último, cabe destacar el contenido de la Constitución belga, excepcionalmente reconocedora de facultades tributarias para las administraciones territoriales distintas del Estado, tal y como refleja su artículo 110, según el cual: "No se podrá establecer impuesto alguno en beneficio del Estado más que por una ley. No se podrá establecer carga ni tributo alguno por una provincia, aglomeración, federación de municipios o municipio sino mediante decisión del Consejo respectivo. La ley determinará, en relación con los tributos a que se refiere el segundo párrafo, las excepciones cuya necesidad esté demostrada".

así como el de la regalía de la pólvora (art. 41); c) el producto neto de la tasa de exención del servicio militar (art. 18, pár. 4); d) el producto de las aduanas (art. 30); e) la parte federal en el producto neto de la imposición de bebidas destiladas (arts. 32 bis y 34 quater, pár. 7), así como la parte federal en los ingresos brutos de los juegos de azar (art. 35 pár. 5); f) la parte federal en el beneficio neto del banco investido del monopolio de emisión de los billetes de banco (art. 39, pág. 4); g) el producto de los impuestos federales (art. 41 bis y sig.); b) el producto de las tasas y de otras entradas previstas por la legislación". Aclaremos que los preceptos recogidos en nota son los que regulan la materia correspondiente.

(9) Reproducimos por su interés estos preceptos. Artículo 145: "Requerirá sanción del Rey toda resolución de los Estados referente a la introducción, modificación o supresión de una contribución provincial. La ley podrá disponer que también otros acuerdos deban ser sometidos a sanción real con arreglo a las normas que se determinen... La ley establecerá normas generales en materia de impuestos provinciales...". Artículo 188: "No podrá establecerse impuesto alguno en favor del Tesoro Público sino en virtud de una ley. Será igualmente este precepto aplicable a las tasas por utilización de obras y establecimientos del Reino, a menos que esté reservada al Rey la reglamentación de dichas Tasas".

(10) Dice su artículo 119: "Las regiones tendrán autonomía financiera en las formas y con los límites establecidos por leyes de la República, que la coordinará con la Hacienda del Estado, de las Provincias y de los Municipios. Se asignará a las Regiones tributos propios y participaciones en los tributos del Erario Público, en proporción a las necesidades de las Regiones para los gastos necesarios en orden al cumplimiento de sus funciones normales... Cada región tendrá un patrimonio y un dominio propio, según las modalidades que se establezcan mediante ley de la República".

(11) En el artículo 106 se dice: "1. El sistema fiscal será articulado por la ley con vistas a la distribución igualitaria de la riqueza y de las rentas y a la satisfacción de las necesidades hacendísticas del Estado. 2. Los impuestos serán creados por la ley, que determinará su incidencia, el tipo impositivo, los beneficios fiscales y las garantías de los contribuyentes. 3. Nadie podrá ser obligado a pagar impuestos que no hayan sido instituidos con arreglo a la Constitución y cuya liquidación y cobro no se efectúen en las formas dispuestas por la ley". Y el artículo 240, relativo al patrimonio y la hacienda local, dispone: "1. Las entidades locales autónomas tendrán patrimonio y hacienda propios. 2. El régimen de la hacienda local será establecido por ley y se propondrá la justa distribución de los recursos por el Estado y por las entidades locales autónomas y la necesaria corrección de las desigualdades entre las entidades locales del mismo rango. 3. Los ingresos propios de las entidades locales autónomas comprenderán obligatoriamente los procedentes de la gestión de su patrimonio y los que se perciban por la utilización de sus servicios".

Junto a lo preceptuado en el anteriormente transcrito artículo 133.1 y 2 de la Constitución española, resulta imprescindible, para abordar de manera concreta la respuesta sobre el poder tributario de las Corporaciones locales, tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 137 de la propia Constitución (12) y, más explícitamente, el artículo 142, según el cual “las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas”. Y, a la vista de estos preceptos, resultará conveniente plantearse a continuación el sentido de la denominada “potestad originaria”, tratar de precisar después como ha de entenderse el término “leyes”, y concluir con el significado de la expresión “establecer tributos”.

Presente ya en el artículo 2 de la Ley General Tributaria la expresión “facultad originaria”, de donde, como se ha dicho, procede la constitución “potestad originaria”, su significado ha sido, desde hace tiempo, objeto de consideraciones doctrinales. Así, para las Notas de Derecho Financiero “es posible distinguir un poder financiero originario y un poder financiero derivado, según que venga dado a determinado entes directamente por la Constitución —en España, por las leyes fundamentales o bien las facultades financieras no vengán reconocidas y reguladas directamente por la Constitución, sino por leyes ordinarias. En nuestro ordenamiento positivo, y a tenor del artículo 10 de la ley de Cortes, según el cual éstas conocerán en Pleno tanto de los Presupuestos ordinarios y extraordinarios del Estado como del establecimiento y reforma del régimen tributario, es claro que el Estado goza del poder financiero originario. Los entes territoriales menores sólo podrán ejercitar facultades en materia financiera dentro de los límites que para ellos marca la ley de Régimen Local —ley ordinaria—, de tal modo que de ellos sólo puede predicarse un poder financiero derivado” (13). Y, en igual sentido prácticamente, se manifiestan Cortés Domínguez y Martín Delgado (14).

A la vista, sin embargo, de la redacción de la actual Constitución española, no parece suficiente la explicación que se ha venido dando en la doctrina, anterior a la norma constitucional. Téngase en cuenta que ahora la Constitución reconoce tanto en favor del Estado como de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, la posibilidad de establecer tributos, lo que ocurre es que en el caso del Estado se especifica que se trata de una potestad originaria, y no se dice nada respecto de la naturaleza de la potestad tributaria de las otras dos administraciones territoriales. De este modo, como ha escrito Sáinz Moreno, “el poder financiero originario y el poder financiero derivado son los dos,

(12) Dice este precepto: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. El artículo 140 vuelve a proclamar la autonomía municipal.

(13) Ver ob. cit., Vol. 2º, pág. 4.

(14) Véase, ob. cit., págs. 16 y ss.

en la Constitución española de 1978, poderes financieros constitucionales y, por lo tanto, previstos queridos y necesarios" (15).

Esta nueva situación legislativa derivada de la Constitución de 1978 merece pues —y, de hecho, ha merecido a los autores—, una reconsideración sobre el significado concreto de la distinta naturaleza del poder tributario que se atribuye por una parte al Estado y, por otra, a las demás Administraciones territoriales. Así, para Cazorla Prieto debe interpretarse que la Constitución otorga un poder tributario de la misma especie, aunque su ámbito material, sea distinto (16); Sáinz Moreno considera que el Estado tiene, además de competencias exclusivas en materia tributaria, competencia residual cuando las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales no ejerzan las que tienen atribuidas (17); y, para Ramallo Massanet, el carácter originario del poder tributario "equivale a que la Ley del Estado que establece un tributo únicamente está vinculada por los principios de la propia Constitución. Es, por tanto, una Ley de las que hemos llamados de primer grado (dada por el Parlamento estatal y condicionada exclusivamente por la Constitución)" (18). En todo caso, y aunque sea en términos de principio general, no puede desdénarse una interpretación de la expresión constitucional "potestad originaria, que se atribuye al Estado, en el sentido de que éste tiene un poder en el ámbito tributario que podría ser calificado como primario, inicial e incluso "natural", y, por lo tanto, de grado superior, siquiera sea en ocasiones simbólicamente, al de las demás administraciones públicas territoriales. Esta posición prevalente, debe repetirse, tiene naturaleza genérica y habrá de concretarse su alcance con el análisis del resto de los apartados 1 y 2 del artículo 133, y, natural y fundamentalmente, con el de las demás normas constitucionales y de las leyes que las han desarrollado, relacionadas con la materia que se está estudiando; y, desde luego, es compatible con una concepción del poder tributario del Estado que no tenga carácter omnicompreensivo, puesto que no se excluye el reconocimiento del poder tributario de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, e incluso con la atribución de planos o ámbitos de regulación diferenciados para las distintas administraciones territoriales. La operatividad práctica de la expresión "potestad originaria" será más bien residual, inspiradora de soluciones de conflictos no resueltos de forma específica por mandatos y criterios constitucionales más concretos, en definitiva, será semejante a una declaración de principio.

(15) Véase Javier Sáinz Moreno: *"Elementos de Derecho Financiero"*, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1983, Tomo I, pág. 28.

(16) Escribe este autor al respecto: "Todos tienen poder tributario de la misma especie, aunque el ámbito material del mismo sea distinto como consecuencia de la aplicación de los principios constitucional-tributarios que delimitan distintas esferas de actuación". Ver *"Comentarios a la Constitución"*, dirigidos por Fernando Garrido Falla, editorial Civitas, Madrid, 1980, pág. 1.405.

(17) Ver Ob. cit., pág. 28.

(18) Véase Juan Ramallo Massanet, *"Incidencia de la Constitución española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas"* en *"Hacienda y Constitución"*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pág. 117.

A la vista de lo señalado, la delimitación del ámbito de poder tributario de las Corporaciones Locales requiere continuar con el análisis de la normativa constitucional y, más concretamente, de los apartados 1 y 2 de su artículo 133. El significado que en este precepto debe darse al término "leyes", ha de ser un aspecto interesante para esa finalidad, dado que, de acuerdo con dicho precepto, el Estado establecerá los tributos mediante ley, mientras que las Corporaciones Locales tienen poder de establecer y exigir tributos, pero han de hacerlo de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Las opiniones doctrinales en este punto no son coincidentes. Así, para Lozano Serrano "aunque en sentido muy estrictamente formal el término "Leyes" puede referirse a las dos categorías de éstas —estatales y regionales—, el artículo 133 sólo pretende integrar en su texto a las emanadas de las Cortes Generales"; aclarando más adelante que habría que incluir también los Estatutos de Autonomía (19). Y en igual sentido se han manifestado Martín Queralt (20) y Ferreiro Lapatza (21). Cazorla Prieto, entiende, sin embargo, que "mientras para las Corporaciones locales la limitación infraconstitucional a su poder tributario ha de provenir de la ley ordinaria de las Cortes Generales, ya que nada se dice en otro sentido, en el caso de las Comunidades Autónomas provendrá de una ley orgánica, la de Financiación de las Comunidades Autónomas, cuya importancia no escapa a nadie" (22). Por último, es diferente a las anteriores la opinión de Ramallo Massanet, para quien "las 'Leyes' a que se refiere el artículo 133.2, serán, pues, en primer lugar, el Estatuto de Autonomía, y, en segundo lugar, las Leyes territoriales propias del orden jurídico particular de cada Comunidad Autónoma. Por eso es el que la Constitución lo haya puesto en plural considero que es un acierto. Cabe que en esta expresión 'Leyes' en plural se entienda incluida también la Ley Orgánica prevista en el artículo 157.3" (23).

La redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución pueden fundamentar una opinión favorable a que el significado del término "leyes" se refiera a las de carácter estatal, incluyendo también, en cuanto estatales, los Estatutos de Autonomía. Debe tenerse en cuenta que el apartado 1 del artículo 133 habla del ejercicio de la potestad tributaria del Estado señalando que ha de hacerse "mediante ley" esto es, la ley debe ser el instrumento jurídico utilizado

(19) Fundamenta su opinión este autor en tres argumentos: el desarrollo del debate parlamentario, el fundamento material actual del principio de reserva de ley, y la necesaria uniformidad de la regulación de las Haciendas Locales. Ver Carmelo Lozano Serrano, "*La Hacienda municipal en la Constitución*", en *Hacienda Pública Española*, n.º 60, 1979, págs. 125 y ss.

(20) Ver Juan Martín Queralt: "*La institucionalización de la Hacienda Pública en los Estatutos de Autonomía*", en *Hacienda Pública Española*, n.º 59, 1979, pág. 141.

(21) Véase José Juan Ferreiro Lapatza: "*Las fuentes del Derecho Financiero en la Constitución Española*", en "*La Constitución española y las fuentes del Derecho*", Volumen II, pág. 914.

(22) Ver Luis M. Cazorla Prieto: "*Comentarios a la Constitución*", ob. cit., pág. 1.404 y s.

(23) Ver "*Incidencia...*", ob. cit., pág. 121.

para el ejercicio del poder tributario; en cambio, el apartado 2 de dicho artículo no se refiere al instrumento jurídico para el ejercicio del poder tributario de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, sino al límite de su poder, que lo sería la conformidad, la concordancia o, como dice literalmente el precepto, la actuación "de acuerdo con la Constitución y las Leyes", por lo que, parece inferirse que tales leyes limitadoras en su poder no lo serían las propias de las Comunidades Autónomas, sino, lógicamente las del apartado 1 del propio artículo 133, esto es, las del Estado. Esta interpretación otorga, además, un sentido lógico a la redacción del apartado 2 del mismo artículo 133, en el cual se equipara, a efectos de su sometimiento a las leyes del Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales. Lo indicado sería además incompatible, por el significado que se da más adelante a la expresión "establecer tributos" del artículo 133.1, con el supuesto relatado por Ramallo Massanet en estos términos: "Sería un caso extremo, dentro de lo posible, aquel en que un artículo de un Estatuto contuviese un precepto aproximadamente del siguiente tenor: El Parlamento de la Comunidad Autónoma puede mediante ley establecer tributos regionales de acuerdo con los principios contenidos en la Constitución. Un artículo así en un Estatuto permitiría el derecho a inventar tributos del Parlamento territorial... Y en la dirección opuesta sería también un caso extremo pero igualmente válido el del Estatuto que estableciese una norma diciendo que el Estado proveerá con asignaciones pecuniarias a la Comunidad Autónoma para hacer frente a los costes de las competencias asumidas" (24).

A efectos de la determinación del poder tributario de las Corporaciones locales, objeto de la presente Comunicación, el estudio del artículo 133 de la Constitución nos ha puesto de manifiesto la limitación de este poder a lo previsto en nuestra norma fundamental, la Constitución, y a lo que establezcan, asimismo, las leyes estatales (25). Parece conveniente continuar ahora inquiriendo cual puede ser la incidencia del poder tributario de las Comunidades Autónomas en el poder tributario de las Corporaciones locales, aspecto que no se ha estudiado hasta el momento.

Tampoco sobre este punto existe unanimidad en la opinión de los autores. Así, Palao Taboada estima que las titularidades tributarias de que gozan las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales son de la misma naturaleza (26). Cazorla Prieto por su parte, ha escrito que "no hay, en consecuencia supremacía de la Hacienda autonómica sobre la local. Esta última depende directamente de las Leyes aprobadas por el órgano legislativo español. Por ello, no

(24) Véase "Incidencia...", ob. cit., págs. 119 y s.

(25) No resulta posible en el marco de esta comunicación indagar, a su vez, las cuestiones que plantea la concreción y clases de leyes estatales que son susceptibles de regular en tributos. Nos remitimos al respecto a estas dos obras de carácter colectivo: "Hacienda y Constitución", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, y "La Constitución Española y las Fuentes del Derecho", 3 Volúmenes, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

(26) Véase Carlos Palao Taboada: "La Hacienda regional en el proyecto de Constitución". Lección inaugural del curso académico 1978-1979, Universidad de Zaragoza, pág. 37.

puede haber más interferencia de parte de la Comunidad Autónoma que las establecidas por aquéllas" (27), aunque el mismo autor ha dicho también que "en cuanto a las relaciones de la Hacienda autonómica y de la local, aunque la acción coordinadora en el campo local ha de corresponder principalmente al Estado, parece lógico que el papel de tutela financiera de los entes locales crezca por parte de las Comunidades Autónomas y disminuya para el Estado" (28). Para terminar recogemos la opinión de Lozano Serrano, decididamente partidario de reconocer la superioridad jerárquica de la Hacienda regional sobre la local, y, en consecuencia, de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas regulen, sobre todo a través de su respectivo parlamento regional, materias relativas a las Haciendas locales (29).

Las dudas de los autores resultan razonables dada la falta de una clara referencia constitucional al respecto. Así, el artículo 137 reconoce en términos equiparables para las tres administraciones, la autonomía de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas (30); y también el silencio sobre las posibles relaciones entre las Haciendas locales y las de las Comunidades Autónomas, de los artículos 142 (31), 156 Y 157, parece abogar en favor de un paralelismo en modo alguno dotado de concordancia, para esta materia. Lo contrario puede inferirse, aunque nunca claramente, de las facultades reconocidas a las Comunidades Autónomas en materia de Régimen local en el artículo 148. 1.2ª (32); igualmente, siquiera de modo implícito, de la declaración del artículo 149.1.14, en el sentido de que la competencia exclusiva del Estado recae sobre la Hacienda general, pero no sobre la local; y también puede fundamentar una opinión favorable al reconocimiento constitucional de la intervención normativa de las Comunidades Autónomas en las Haciendas Locales, las posibles transferencias reconocidas en los apartados 1 y 2 del artículo 150 (33).

(27) Ver Luis Cazorla Prieto: "Incidencia de la nueva Constitución en la legislación territorial tributaria" en Hacienda y Constitución, ob. cit., pág. 791.

(28) Véase del autor: "Comentarios...", ob. cit., pág. 1.406.

(29) Véase "La Hacienda municipal...", ob. cit., pág. 136 y s.

(30) Dice este artículo: "El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses".

(31) La única excepción a este silencio, y no es desde luego especialmente significativo, lo constituye la referencia de este artículo a que las Haciendas locales "se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas".

(32) Dice este artículo 148: "1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ...2ª Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local".

(33) Recordemos, dado su interés en este momento, su contenido: "1. Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad de control de las

Precisamente una Ley Orgánica, la de Financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980, ha interpretado el oscuro articulado constitucional sobre el que recaían las opiniones de los autores anteriormente citados, reconociendo de manera expresa las potestades de las Comunidades Autónomas en materia de Hacienda local, al disponer en el apartado 3 de su artículo 6º que "Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen local reserve a las Corporaciones Locales, en los supuesto en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación y coordinación adecuadas en favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro". E igualmente se ha reconocido la posibilidad expresada, en los Estatutos de Autonomía (34).

Las consideraciones antedichas, pues, ponen de manifiesto que el poder tributario de las Corporaciones locales está sometido a la Constitución, a las leyes del Estado y, asimismo, a la capacidad de ordenación que éstas otorgan a las Comunidades Autónomas en materia de Hacienda locales. Pero, ciertamente, estas limitaciones no deben ocultar las posibilidades de ordenación que en materia tributaria tienen las Corporaciones locales, sobre cuyo aspecto positivo vamos a hacer las consideraciones subsiguientes, y para lo cual, la comprensión de lo que significa "establecer tributos" de que habla el artículo 133 de la Constitución, ha de resultar decisivo.

La clarificación del aspecto que se acaba de plantear puede reconducirse a los términos de un motivo frecuente de análisis de la reserva de ley, e incluso, más concretamente, a la discusión sobre el carácter absoluto o relativo de la reserva legal. En definitiva, conocer el significado de la expresión constitucional "establecer tributos", requiere conocer los aspectos de la estructura del tributo que han de ser necesariamente regulados mediante ley del Estado. Justamente aquellos otros aspectos que no han de ser regulados así, constituirán el ámbito del poder tributario de las Corporaciones locales, serán, pues, los márgenes entre los que van a operar sus facultades normativas.

Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado".

(34) A modo de ejemplo, reiterado en otros, y dada la pertenencia a su ámbito territorial, recogemos lo establecido en el Estatuto de Autonomía de Castilla-León, aprobado por Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, cuyo artículo 41, enunciado precisamente "coordinación de las Haciendas locales", dice: "1. Corresponde a la Comunidad velar por los intereses financieros de los entes locales de su territorio, respetando la autonomía que a los mismos reconocen los artículos 140 a 142 de la Constitución. 2. Sin perjuicio de la competencia de dichos entes locales, la Comunidad podrá establecer fórmulas de colaboración en la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos de aquéllos. Igualmente, se podrán arbitrar fórmulas de colaboración en la percepción de otros ingresos de los entes locales".

A este respecto, González García plantea en estos términos los diversos contenidos posibles del principio de reserva de ley: "a) que la ley se limite a crear o establecer un tributo vacío de contenido; b), que la ley regule todos los elementos (materiales y formales) de la relación tributaria, y c), que la ley regule todos y sólo los elementos fundamentales de la relación tributaria" (35). Y, entre estas posibilidades, la mayoría de los autores, como va a comprobarse, optan por la tercera, esto es, en favor de una interpretación atenuada o limitada de la reserva de ley.

Así, Lasarte opina al respecto que "no basta con que la Ley instituya un impuesto; es necesario, además, que una norma de ese mismo valor establezca todos los elementos claves de la relación y obligación tributaria"; aunque más adelante opina, con referencia al texto del Proyecto constitucional —que se ha mantenido luego en el definitivo—, que la expresión establecimiento de tributos es pobre, y debería haberse utilizado otra más expresiva como que "la ley regulará el establecimiento y régimen jurídico de los tributos" (36). Una referencia más concreta respecto a los elementos del tributo que debe regular la ley, con fundamento en los que menciona el artículo 10 de la Ley General Tributaria (37), puede encontrarse en Antón Pérez (38), Martín Queralt (39) y Tejerito López,

(35) Véase Eusebio González García: "El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978", en "La Constitución española y las fuentes del derecho", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Volumen II, pág. 976.

(36) Véase Javier Lasarte: "El principio de legalidad tributaria en el proyecto de Constitución española de 1978", en "Hacienda y Constitución", pág. 140.

(37) Recordemos el contenido de este artículo 10: "Se regularán, en todo caso, por Ley: a) La determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, del tipo de gravamen, del devengo y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, salvo lo establecido en el artículo 58. b) El establecimiento, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones y demás bonificaciones tributarias. c) La modificación del régimen de sanciones establecidas por Ley. d) Los plazos de prescripción o caducidad y su modificación. e) Las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones tributarias puedan significar respecto a la eficacia de los actos o negocios jurídicos. f) La concesión de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías o moratorias... h) El establecimiento y la fijación de las condiciones esenciales de los monopolios fiscales. i) Las prohibiciones de localización en ciertas zonas del territorio nacional, por motivos fiscales de determinadas actividades o explotaciones económicas. j) La implantación de inspecciones o intervenciones tributarias con carácter permanente en ciertas ramas o clases de actividades o explotaciones económicas; y k) la obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria.

(38) Señala este autor: "puede decirse que el artículo 31 de la Constitución se limita a formular el principio de reserva de ley, en tanto que el artículo 10 de la Ley General Tributaria nos ofrece la concreción apetecida, es decir, señala la línea divisoria entre las materias tributarias que han de ser regidas por normas primarias, de rango legal, y aquellas otras que pueden tener acceso a normas secundarias de rango reglamentario. De tal suerte que el artículo 10 de la Ley General Tributaria no formula por sí mismo la reserva de ley, porque carece de rango constitucional, pero es útil en cuanto que viene a completarla e interpretarla, creando ese grado de determinación de lo sustancial que es inexcusable, para que pueda desplegar su eficacia operativa el expresado principio dentro de su modalidad más flexible". Ver José A. Antón Pérez: "Comentarios a las leyes tributarias

para quien "por lo que se refiere a la materia impositiva los elementos esenciales son el hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, el tipo de gravamen y los beneficios fiscales que afecten a tributos del Estado. Ahora bien, mientras en los dos primeros casos y por lo que respecta a los beneficios no hay posibilidad de delegar ningún aspecto, por lo que se refiere a la base imponible y el tipo de gravamen la finalidad garantista de la reserva de ley se respeta fijando en el primer caso los criterios de determinación y en el segundo el tipo máximo que puede establecerse" (40).

Sin fundamentarlo en el artículo 10 de la Ley General Tributaria, el precitado Gonzalez García estima que "es evidente que entre los elementos fundamentales de la relación tributaria deben incluirse el sujeto activo, el sujeto pasivo y el hecho imponible (hoy también expresamente, y no sólo a sensu contrario, los supuestos de exención —art. 133.3 de la Constitución—), ya que son estos elementos los que fijan el contenido del tributo en cuestión y, en último término, sirven para identificarlo. Sin embargo, no se nos oculta la importancia que a efectos de fijar la cuantía de la prestación tienen la base imponible y el tipo del tributo..." (41).

Mención aparte, dada la extensión del trabajo y su reconocimiento generalizado por los autores, merece la opinión de Pérez Royo, que fundamenta primero el principio de reserva de ley y extrae después, de esa fundamentación, los aspectos de la estructura del tributo que concretamente están cubiertos por dicha reserva legal. Respecto del primer punto escribe que "el criterio para determinar qué elementos de la relación jurídica tributaria deben ser regulados por ley —o con arreglo a ley— ha de ajustarse necesariamente a las exigencias que fundamentan el principio de reserva de la ley... dicho principio pretende garantizar, en primer lugar, el que sean los propios ciudadanos, a través de su representación política, quienes determinen el reparto de la carga tributa, con la doble finalidad de garantizar la exigencia de la autoimposición y de la uniformidad y racionalidad en el reparto" (42). Y de lo dicho deriva oportunamente el autor, que "únicamente los aspectos de la relación jurídica tributaria que afecten a dichas exigencias deberán entenderse cubiertos por el principio de reserva de ley. Empleando una fórmula sintética, puede decirse que la reserva de ley cubre todos aquellos elementos que afectan a la *identidad* o a la *entidad* de la presta-

y financieras" dirigidos por Narciso Amorós Rica, Edersa, 1982, Tomo I, pág. 109.

(39) En su opinión "una ley que pretendiera limitarse a establecer un tributo sin establecer sus señas de identidad —sujetos parivos, hecho imponible, elementos mínimos de cuantificación— no habría establecido siquiera dicho tributo, sino una entelequia". Ver Juan Martín Queralt: "Comentarios a las leyes tributarias y financieras", ob. cit., Tomo I, pág. 22.

(40) Véase José Manuel Tejerizo López: "Las fuentes del derecho financiero a la luz de la Constitución", en "La Constitución española y las fuentes del derecho", ob. cit., Volumen III, págs. 2.021 y s.

(41) Ver ob. cit., página 976.

(42) Véase Fernando Pérez Royo: "Fundamento y ámbito de la reserva de Ley en materia tributaria", Hacienda Pública Española, 1972, n° 14, pág. 223.

ción" (43); para referirse concretamente, luego, a que "de acuerdo con lo que se ha expuesto, aparece comprendida bajo la protección de la reserva legislativa la designación del presupuesto de hecho o hecho imponible y del sujeto pasivo, por un lado (se trata de los elementos de identificación del tributo); y de la base imponible y el tipo, por otro (elementos referentes a la entidad de la prestación)" (44). Ha de hacerse constar que junto a estas opiniones, recogidas en un trabajo del año 1972, el propio Pérez Royo se ha manifestado, con posterioridad a la aparición de la Constitución de 1978, en favor también del carácter relativo del principio de reserva de ley "no solamente sobre la base de la redacción del artículo 31.3 ("con arreglo a la Ley"), sino también (y fundamentalmente), teniendo en cuenta las exigencias que se hallan en la base del mencionado principio y su armonización con otras exigencias del proceso normativo, alguna de ellas sancionada incluso constitucionalmente, como es el caso de las Corporaciones Locales" (45); refiriéndose, asimismo, significativamente, a que entre los elementos esenciales cubiertos por la reserva de ley está el tipo de gravamen (46); si bien, concluye su trabajo, indicando que lo señalado se refiere al examen de las fuentes normativas en el ordenamiento estatal, y que no se aborda el problema de las ordenanzas de exacciones de las Corporaciones locales, para cuyo análisis han de armonizarse "las exigencias derivadas del principio de legalidad, por un lado y del principio de autonomía local por otro" (47).

Una vez conocido este elenco de significativas opiniones doctrinales, se puede abordar una contestación más concreta al tema planteado, esto es, el ámbito del poder tributario de las Corporaciones locales, que, como ya se ha indicado con anterioridad, vendría determinado negativamente por la facultad de dictar normas respecto de todos aquellos elementos y aspectos del tributo no cubiertos específicamente por la reserva de ley estatal.

Una aproximación inicial a esa contestación, debe referirse a la delimitación precisa de los aspectos problemáticos, en el sentido que se indica seguidamente. Como se ha visto, los autores abordan el problema de la cobertura de la reserva de ley con relación a los siguientes elementos del tributo: el sujeto activo, el hecho imponible, las exenciones (aunque este aspecto en menor medida), el sujeto pasivo, la base imponible y el tipo de gravamen. Un estudio más pormenorizado de estos elementos, puede hacer llegar a la conclusión de que, dada la ineludible conexión que debe darse entre ellos, la mención específica de algunos resulta innecesaria.

Respecto del sujeto activo del tributo, no es una cuestión que se nos plantee en este trabajo, y, en realidad, no forma parte estrictamente de la estructura del

(43) Ver ob. cit., pág. 233.

(44) Véase ob. cit., pág. 233.

(45) Ver Fernando Pérez Royo: "Relaciones entre normas primarias y normas secundarias en derecho tributario", en "La Constitución española y las fuentes del derecho", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Volumen III, pág. 1.655.

(46) Véase ob. cit., pág. 1.663

(47) Ver ob. cit., pág. 1.665.

tributo, está fuera de ella, es una cuestión de política tributaria que normalmente habrá de venir contemplada en una Ley, aun cuando la propia naturaleza de la norma reguladora del tributo así como del hecho imponible del mismo (por ejemplo en los casos de tasas y contribuciones especiales), habrá de esclarecer definitivamente quien sea dicho sujeto activo (48).

Es indudable que el hecho imponible debe venir contemplado en la Ley del Estado, de acuerdo con lo que se indicó anteriormente, porque lo contrario sería vulnerar el sentido del artículo 133.1 de la Constitución que señala a la ley —recordemos su expresión: “mediante ley”— como instrumento ineludiblemente utilizable para establecer los tributos. El presupuesto de hecho o hecho imponible de los tributos ha de venir claramente descrito en la ley en el caso de los impuestos, y en el de las tasas y contribuciones especiales deberá hacerse una relación suficientemente concreta de las actuaciones administrativas (servicios públicos, obras públicas y demás actividades), así como de la utilización del dominio público, que determinen, en su caso, la exacción de estas otras clases de tributos.

En relación con las exenciones tributarias debe hacerse una inicial diferenciación. Con respecto a las de la administración estatal, que habrán de estar previstas en la ley de acuerdo con lo establecido en el artículo 133.3 de la Constitución, según el cual “todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley”. Para las exenciones que se refieran a las Corporaciones locales no existe, en cambio, una expresa referencia constitucional. Pero, aun contando con esta diferenciación que no parece justificada, la necesidad de que el hecho imponible venga prefijado en la ley estatal supone ya una garantía y un límite importante a la posibilidad de establecer exenciones, de tal modo que irían contra lo establecido en la ley aquellas que supusieran un recorte injustificado a la correcta aplicación del hecho imponible descrito por la ley. Téngase en cuenta que, como han señalado Cortés Domínguez y Martín Delgado las exenciones tributarias suponen la existencia de una norma tributaria (norma de exención) que determina la no aplicación en ciertos casos, de otra que tenía previstas unas consecuencias tributarias para esos mismos supuestos (49); de donde se desprende lo señalado anteriormente, en el sentido de que la norma de exención ha de ser susceptible, desde el punto de vista jerárquico, de corregir la aplicación de la que ha establecido el hecho imponible, esto es de una ley esta-

(48) Sobre cuestión semejante, manifiestan una opinión en igual sentido de la que se ha expuesto y se va a sostener también más adelante, Cortés Domínguez y Martín Delgado, cuando escriben que “en estos casos —determinación de si el tributo debe cobrarlo un Municipio u otro, una Provincia u otra—, la solución viene dada por el análisis del hecho imponible del tributo en cuestión”. Ver ob. cit., pág. 294.

(49) Estos autores, definen la exención tributaria de esta manera: “hay exención tributaria cuando una norma (llamada norma de exención) establece que una norma tributaria no es aplicable a supuestos de hecho que realizan la hipótesis de dicha norma tributaria o cuando impide que se deriven los efectos jurídicos del mandato de esta norma tributaria para los sujetos fijados en la norma de Exención”. Ver su “*Ordenamiento tributaria español*”, ob. cit., pág. 308.

tal. Con todo, es posible que la norma que establece una exención no lleve a cabo propiamente una modificación en la aplicación ajustada y correcta del hecho imponible, sino una aclaración de su contenido o un recordatorio de lo señalado en otras disposiciones legales con incidencia en la Ley que establece el impuesto. En este sentido, aún cuando deba tenerse en cuenta la existencia y operatividad de la preferencia de ley (50), es posible que las Corporaciones locales regulen una serie de exenciones incluidas en las que se acaban de indicar y entre las que habría que contar a la vista de la clasificación que hace Sáinz de Bujanda (51), con las exenciones que vinieran establecidas en normas de derecho internacional o interno previstas en un acuerdo internacional debidamente asumido por nuestro ordenamiento o en una ley del Estado, o las que se derivarán de los propios principios constitucionales, como lo serán las que exonerasen del tributo a consecuencia del establecimiento de un mínimo exento, contemplado en virtud del debido respeto al principio constitucional de capacidad económica.

Debe analizarse también la conveniencia de una referencia en la Ley que establece el tributo, a los sujetos pasivos, para respetar así la reserva legal establecida constitucionalmente. En este punto, como se ha visto ya con relación a las exenciones y como ha de verse respecto de la base imponible, las características del hecho imponible —que sí debe regularse por ley del Estado—, han de ser determinantes de quienes vayan a ocupar la posición de sujetos pasivos, de forma tal que el posible silencio legal sobre el mismo no dejaría abierta la posibilidad de una regulación arbitraria por las Corporaciones locales de los aspectos subjetivos del tributo. Aun cuando esta conexión entre el hecho imponible y los sujetos pasivos, contribuyente y sustituto, no aparece recogida de forma nítida en la Ley General Tributaria (52), los autores han señalado, justamente por este aspecto, las deficiencias de la Ley, y han puesto de manifiesto dicha conexión. Así Cortés Domínguez y Martín Delgado escriben que “en una primera aproximación, podemos decir que el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el realizador del hecho imponible” (53). Y respecto de las figuras concretas que se in-

(50) Téngase en cuenta la previsión general de regulación por Ley de las exenciones, del artículo 10.b) de la Ley General Tributaria, e incluso las peculiaridades que para las leyes reguladoras de las exenciones contienen los artículos 14 y 15 de la misma Ley.

(51) Véase Fernando Sáinz de Bujanda: “*Hacienda y Derecho*”, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, Tomo III, págs. 441 y ss.

(52) Recordemos sus preceptos más significativos en esta materia. Art. 30 “Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que según la Ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como sustituto del mismo”. Art. 31. “Es contribuyente la persona natural o jurídica a quien la Ley impone la carga tributaria derivada del hecho imponible. 2. Nunca perderá su condición de contribuyente quien, según la Ley, deba soportar la carga tributaria, aunque realice su traslación a otras personas”. Art. 32. “Es sustituto del contribuyente el sujeto pasivo que, por imposición de la Ley y en lugar de aquel, está obligado a cumplir las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria. El concepto se aplica especialmente a quienes se hallan obligados por la Ley a detraer, con ocasión de los pagos que realicen a otras personas, el gravamen tributario correspondiente, asumiendo la obligación de efectuar su ingreso en el Tesoro.

(53) Ver ob. cit., pág. 295.

cluyen en el seno de la expresión "sujetos pasivos", se alude a que, en todo caso, existe una conexión con el hecho imponible, o una razón de ser que explica su existencia y determina, en consecuencia, su regulación. Veámoslo. Con relación al contribuyente, dice Ferreiro que lo es "la persona natural o jurídica a quien la Ley impone la obligación tributaria nacida del hecho imponible por ella realizado" (54). Respecto del sustituto del contribuyente, Cortés Domínguez y Martín Delgado, explican su naturaleza y significación con estas palabras: "... con fines de comodidad y de agilidad administrativa, utiliza (se refieren al Estado) diversas técnicas de exacción de los mismos, que, a veces, consisten en obtener los medios pecuniarios que necesita de esos sujetos que considera, en justicia, han de contribuir, pero a través de otros sujetos, cuya capacidad económica no considera en esa ocasión, sino que los utiliza como simples intermediarios para gravar a otros sujetos con capacidad económica" (55); el papel, pues, de los sustitutos está predeterminado por el que para esta comodidad y agilidad administrativa les corresponde cumplir, así como por el específico que les asigna el artículo 32 de la Ley General Tributaria y, en su caso, las leyes de cada tributo. (56). También Cortés Domínguez y Martín Delgado se refieren, aun cuando no sea ya sujeto pasivo, al repercutido tributario, señalando que "por razones de comodidad administrativa, en lugar de gravar directamente al repercutido, estableciendo un hecho imponible que contemplase el acto que origine la repercusión, prefiere (se refieren al legislador) montar un mecanismo complejo para obtener el mismo resultado, obligando directamente a un sujeto, al que a su vez faculta para exigir a otro" (57). Y con relación a los responsables del tributo, los mismos autores han manifestado la conexión existente entre el presupuesto de hecho de la responsabilidad respecto del hecho imponible, conexión o dependencia que explican así: "De modo que la dependencia del presupuesto de hecho del que deriva la responsabilidad, respecto del hecho imponible, consiste en que aquél no puede realizarse —lógicamente— si no se ha producido este último, porque el primero está constituido, entre otros, por un hecho que es un efecto jurídico derivado de la existencia del hecho imponible" (58). A la vista de lo indicado, entendemos que la reserva de ley estatal no afecta a los aspectos subjetivos del lado pasivo de la relación jurídico-tributaria, por lo que las Corporaciones locales, en caso de silencio legal, podrán regular su régimen concreto, si bien, como ha quedado expuesto, dicha regulación tiene, junto con el condicionante formal de la preferencia de ley, (artículo 10.a) de la Ley General Tributaria y demás preceptos de ella que regulan los aspectos subjetivos), los determinantes sustantivos que proceden de la ineludible conexión con el hecho imponible que ha de darle descrito la ley del Estado, el respeto a los principios constitucionales

(54) Véase José Juan Ferreiro Lapatza: "*Curso de Derecho Financiero Español*", Marcial Pons, 6ª ed. Madrid, 1983, pág. 447.

(55) Ver ob. cit., pág. 304.

(56) En esta misma función y finalidad cabe encuadrar la más recientemente potenciada figura del retenedor tributario, regulada en las actuales leyes de los impuestos sobre la renta.

(57) Ver ob. cit., pág. 304.

(58) Véase ob. cit., pág. 370.

y en concreto al de capacidad económica, y, en última instancia, la propia naturaleza, función y significado intrínseco —a los que nos hemos referido— de las concretas figuras en su caso objeto de regulación por los entes locales (esto es, contribuyente, sustituto, repercutido o responsable del tributo).

También ha sido motivo de atención al estudiar el ámbito concreto de la reserva de ley, la regulación de la base imponible; y de nuevo, en este caso, hay que referirse a la vinculación del hecho imponible a la base, lo que lleva a concluir que la determinación legal de aquél condiciona de modo fundamental las características reguladoras de ésta. A dicha vinculación se ha referido, en términos de precisión impecable, Ramallo Massanet, quien escribe que “la base normativa no es más que el criterio para la medición de algún o algunos elementos del hecho imponible que el legislador considera esenciales para reflejar la capacidad contributiva” (59), desestimando, a continuación, la lógica jurídica de las figuras tributarias en que esa vinculación no se produce (60). Asimismo, el autor extiende la conexión con el hecho imponible a los supuestos de estimación de la base, de manera que “la estimación de la base no repercute en la congruencia entre presupuesto de hecho legal y base imponible normativa. La estimación no supone abandono de los criterios establecidos por las normas para conocer la base imponible fáctica de un contribuyente” (61). Nuevamente pues, a la vista de estas argumentaciones, puede hablarse del carácter determinante del hecho imponible sobre las características de un elemento de la estructura del tributo, en este caso la base imponible, con lo que la reserva legal de aquél cubre —o debe cubrir y puede jurídicamente hacerse cubrir—, las garantías constitucionales de legalidad en el establecimiento de los tributos, exigiendo de la regulación normativa a realizar en su caso por las Corporaciones locales, la debida coherencia con la regulación del hecho imponible dada por la ley.

Lo que se ha venido señalando hasta ahora ha quedado poner de manifiesto dos aspectos fundamentalmente, que conviene tener presentes de nuevo en este momento. El primero es que la expresión “establecer tributos” del artículo 133.1 de la Constitución, puede interpretarse en el sentido de que lo que ha de regularse mediante ley del Estado es el hecho imponible de los tributos, mientras que las exenciones, sujetos pasivos, repercutidos, responsables y base imponible, no es preciso que se recojan en la ley, además de por las razones que se han expuesto con mayor detalle en cada caso, porque la regulación del hecho imponible condiciona suficientemente el resto de los elementos del tributo que se han mencionado, cuando la estructura tributaria es elaborado de forma correcta. El segun-

(59) Ver Juan Ramallo Massanet: “*Hecho imponible y cuantificación de la prestación tributaria*”, en Civitas, Revista española de Derecho Financiero, Octubre-Diciembre 1978, n° 20, pág. 633.

(60) Como escribe este autor “esta ligazón entre el hecho imponible y la cuantía de la obligación, que implica la ligazón con la base imponible, no sólo es lógica, sino que además es una exigencia del ordenamiento positivo constitucional en cuanto que el mismo prescribe que la distribución de la carga fiscal se haga de acuerdo a la capacidad contributiva”. Págs. 622 y siguiente.

(61) Ver pág. 638.

do aspecto, que se deriva del anterior, es que las Corporaciones locales tienen poder para regular los referidos elementos del tributo distintos del hecho imponible, poder de regulación que, desde luego, habrá de ejercerse con las importantes limitaciones antedichas.

Llegados a este punto nos resta por analizar la incidencia que la reserva de ley tiene en la regulación del tipo de gravamen. En definitiva, analizar si la ley del Estado, que ha de hacer ineludiblemente la descripción del hecho imponible al establecer los tributos, debe también fijar el tipo de gravamen, de manera más o menos rígida, esto es, fijando un tipo o tipos únicos, o unos tipos máximos. Lógicamente la respuesta a esta cuestión afecta directamente al poder tributario de las Corporaciones locales, que estarían o no facultadas para regular dichos tipos de gravamen, en función de la respuesta que se diera a la cuestión anterior. Cabe decir también, que sabidos los límites que para la capacidad normativa de las Corporaciones locales supone la fijación del hecho imponible por la ley estatal, la posibilidad o no de establecer los tipos tributarios representa el único ámbito de auténtico poder regulador de los tributos, poder que tendrían o no, según la respuesta adoptada, dichas Corporaciones locales. De aquí se desprende también fácilmente, la importancia de la respuesta que haya de darse a la cuestión que se está suscitando.

Como se ha visto anteriormente, la mayor parte de los autores consideran que el tipo de gravamen está bajo la cobertura de la reserva de ley y, por lo tanto, ha de venir señalado en la ley que establezca el tributo, aún cuando la mayor de estas opiniones doctrinales sostienen que la exigencia se debe considerar satisfecha cuando la ley establece un tipo máximo de gravamen. La fundamentación de esta postura es, en definitiva, la misma que la del propio principio de legalidad, esto es la uniformidad y racionalidad en el reparto de las cargas tributarias, e incluso, a niveles más generales, lo señalado por Pérez Royo en cuanto a la garantía de la propiedad y libertad como fundamentos tradicionales, por encima de los cuales hay que reconocer en la actualidad "la garantía y defensa del interés de la sociedad a un desarrollo democrático de una parte tan esencial del conjunto de la política como es la política fiscal" (62).

La posibilidad de sostener, en cambio, que del texto constitucional, de otras disposiciones legales, y también con base en otras consideraciones jurídicas, no es preciso que las leyes estatales señalen los tipos de gravamen respecto de los tributos de carácter local, de manera que su señalamiento pueda formar parte del poder normativo-tributario de las Corporaciones locales, no debe ser desdeñada. Tal posibilidad estaría fundamentada en las argumentaciones que se exponen a continuación.

A) Como es sabido, los artículos 137 y 140 de la Constitución garantizan

(62) Véase Fernando Pérez Royo: "El principio de legalidad tributaria en la Constitución", en "Estudios sobre el proyecto de Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pág. 402.

la autonomía de las Corporaciones locales. El artículo 142 prescribe que las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de sus funciones. La posibilidad de que las Corporaciones locales establezcan los tipos de gravamen para los tributos destinados a financiarles puede, sin graves inconvenientes, considerarse una manifestación de la autonomía local y un instrumento idóneo para la obtención de los medios que les son necesarios (63), dado que mediante el tipo de gravamen se “señala la participación que tiene el acreedor —entre público— en la magnitud elegida como base” (64).

B) La referencia expresa del artículo 133.3 de la Constitución a la reserva de ley para los beneficios fiscales que afectan a los tributos del Estado puede interpretarse como indicativa de que la expresión “establecer tributos” del párrafo 1 del mismo artículo 133, no cubre la reserva de ley estatal entendida como aplicable a todos los elementos de la estructura de los tributos, lo que ha hecho necesaria esta mención expresa en el caso de las exenciones.

C) La posibilidad que se está defendiendo no es incompatible con el reconocimiento de la importancia del desarrollo democrático de la política fiscal. Téngase en cuenta el origen y funcionamiento democrático del poder de las Corporaciones locales —que establecen los artículos 140 y 141.2 de la Constitución—, que fundamenta, en última instancia, todas sus actuaciones y potestades.

D) La Ley General Tributaria presenta menor rigor en la exigencia de la regulación legal de la estructura del tributo, con relación al tipo de gravamen, como pone de manifiesto, implícitamente, su artículo 12 (65).

E) La legislación de régimen local en vigor, constituida fundamentalmente por el Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, reconoce amplias facultades normativas en la determinación de la cuantía de la deuda tributaria por las Corporaciones locales. Y en esta línea parece continuar el Proyecto de Ley de Regulación de las Bases del Régimen Local, cuyo artículo 108.1 reconoce implícitamente la posibilidad de las Corporaciones locales de “imposición de tributos” (66). Fuera del ámbito de la legislación local básica, como es bien conocido, la

(63) A este respecto, la ley de 21 de diciembre de 1983, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las Haciendas Locales, que, como se verá a continuación, consiente la determinación libre del tipo de gravamen por las Corporaciones locales, señala en su Exposición de Motivos que su propio contenido “hará efectivos los principios constitucionales de suficiencia de recursos y de autonomía para la gestión de sus intereses”.

(64) Véase Juan Ramallo Massanet: “Hecho imponible y cuantificación...”, ob. cit., pág. 644.

(65) Recordemos su contenido. Art. 12.- “1. El Gobierno, con carácter general y dentro de los límites o condiciones señalados en cada caso por la Ley, podrá aumentar o disminuir los tipos impositivos o suprimir incluso el gravamen: a) Cuando recaigan sobre las importaciones o exportaciones de productos, mercancías o bienes en general; y b) Cuando graven los actos de tráfico de bienes...”.

(66) Véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, II Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, nº 97-I, de 3 de abril de 1984, pág. 1.235.

Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las Haciendas Locales, ha contemplado en sus artículos 8.1 y 9.1 la posibilidad de establecer un recargo en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y su artículo 13.1 ha prescrito que "a partir del 1 de enero de 1984, el respectivo tipo de gravamen de la Contribución Territorial Urbana y de la Rústica y Pecuaria *podrá ser fijado libremente por los Ayuntamientos*"; y, con respecto a esta Ley, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de octubre de 1984, además de considerar que esta Ley no vulnera el principio de igualdad y que puede fundamentarse en el artículo 140 de la Constitución, señala que "es claro que cada municipio en uso de la autonomía constitucionalmente establecida y dentro de los límites que la Ley permita podrá establecer tributos a los residentes en su territorio, sin que necesariamente tenga que resultar una tributación igual en todos los Municipios lo que sería contrario tanto al principio de adecuar la imposición a la necesidad de satisfacer gastos, como a la justicia distributiva dadas las diferencias existentes a este respecto entre los Municipios".

F) No faltan tampoco autores que están a favor de una interpretación como la que se está tratando de fundamentar. Es lo que se desprende, implícitamente, de estas palabras de Ramallo Massanet: "... lo cual quiere decir, a mi entender, que la Ley debe por lo menos nominar los posibles impuestos (lo cual —puede interpretarse— significa también que le basta a la ley con hacer sólo eso). Esto es, por otra parte, el sistema tradicional de la Hacienda Local, y así pienso que puede seguir entendiéndose en el artículo 133.2 de la Constitución" (67). E incluso, un autor que está en contra de esta opinión como Lasarte, reconoce que la expresión establecimiento de tributos es pobre (68), lo cual viene a reconocer las posibilidades de una interpretación en el sentido que se está exponiendo, que no habría sino tratar de esclarecer esa pobreza que atribuye Lasarte al texto constitucional. Por otra parte, habría que considerar que la frecuente alusión doctrinal en el sentido de que el ámbito de la reserva de ley sería respetado con la determinación del tipo máximo generoso podría tener una significación real muy semejante al de la libertad de establecimiento del tipo de gravamen por las Corporaciones locales, lo que obligaría a su vez, a concretar el montante y el por qué del tipo máximo admisible, cuestión desde luego sumamente compleja.

La conclusión que se propone en favor del reconocimiento constitucional de la posibilidad de que las Corporaciones locales establezcan libremente los tipos de gravamen, no olvida la necesidad de que una ley del Estado debe reconocérselo, dada la existencia de la preferencia de ley —que ya se ha analizado—, como tampoco que, en su actuación reguladora, las Corporaciones locales han de tener presentes los principios de la Constitución que afectan directamente a la ordenación de los tributos, como los de generalidad e igualdad (69), progresi-

(67) Véase "Incidencia de la Constitución española de 1978...", pág. 20.

(68) Ver "El principio de legalidad tributaria..." ob. cit., pág. 140.

(69) Como he señalado en otra ocasión, el principio de igualdad en materia financiera no puede tener solamente en cuenta el montante de lo que los ciudadanos aportan a los entes públicos, sino también lo percibido de ellos, de aquí que la diferencia de presión fis-

vidad, carácter no confiscatoria y, sobre todo, el de capacidad económica (70) recogidos en el artículo 31.1, así como los de carácter más general, como el de solidaridad (artículos 2 y 138.1), no entorpecimiento de la libre circulación de bienes y personas (artículo 139.2), e incluso, por analogía, los principios de coordinación (artículo 156.1) y de limitación territorial (artículo 157.2), que están previstos para las Comunidades Autónomas.

Tampoco se ignora, con la postura que se ha venido sustentando, que la utilización por las Corporaciones locales de la posibilidad de establecer libremente tipos de gravamen, debe ejercitarse con prudencia, dada la complejidad técnica que esta clase de decisiones puede comportar, desbordante de la capacidad real de que están dotadas, en muchos casos, estas administraciones locales. Asimismo, deben tenerse en cuenta aspectos de sociología y psicología financiera al adoptar medidas tributarias de la naturaleza y trascendencia de las que estamos relatando, aspectos que curiosamente no eran ignorados por la Ley de 21 de diciembre de 1983, de medidas urgentes de saneamiento y reglación de las Haciendas locales —que autorizó como se ha visto, la fijación libre de un recargo municipal sobre la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del tipo de gravamen de la Contribución Territorial Urbana y de la Rústica y Pecuaria—, cuando se refería a que las medidas previstas “al tiempo que permiten obtener mayores ingresos para las Corporaciones Locales y responsabilizar a éstas en cuanto a su esfuerzo fiscal, haciéndolas soportar el coste psicológico y político que todo aumento de presión fiscal supone”. Y, a la vista de las discusiones, críticas y resistencia a las medidas adoptadas por las Corporaciones locales en el ejercicio de las posibilidades reconocidas en la precitada ley, parece que dicho coste ha sido elevado.

Se concluye el presente trabajo facilitando la captación de su contenido esencial —dado que su exposición, para reflejar mejor la interconexión entre sus partes y la unidad de su contenido, no se ha subdividido en apartados—, con la exposición de las siguientes conclusiones:

1ª El Estado, en virtud de su potestad originaria, tiene en el ámbito tributario un poder de grado superior al de las demás administraciones públicas territoriales. Esta característica no significa que el Estado tenga un poder tributario omnicompreensivo, puesto que se reconoce también potestad tributaria a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales.

cal no implique, sin más, la inconstitucionalidad de la norma que lo produzca. Véase con mayor detalle esta argumentación en mi colaboración titulada “Principio de generalidad y poder tributario de las Comunidades Autónomas”, en Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca, nº 6-1983, págs. 175 y ss.

(70) En este sentido, Fernando Pérez Royo ha destacado: “Baste referirse al desplazamiento del centro de gravedad de los conceptos fundamentales del derecho tributario desde el propio principio de legalidad tributaria hacia la regla sustancial de la capacidad contributiva, como criterio de fundamentación de la imposición y de reparto de las cargas públicas”. Véase “El principio de legalidad tributaria en la Constitución”, ob. cit., pág. 405.

2^a Se interpreta el artículo 133.1 y 2, de la Constitución, en el sentido de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales se someten a las leyes del Estado.

3^a Se reconoce, a la vista de las indirectas referencias constitucionales y, sobre todo, de las leyes que han desarrollado su contenido en esta materia, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas regulen, sobre todo a través de su parlamento regional, materias relativas a las Haciendas locales.

4^a El hecho imponible de los tributos de las Corporaciones locales ha de venir necesariamente contemplado en una ley estatal, como consecuencia del mandato del artículo 133.1 de la Constitución, según el cual los tributos han de establecerse mediante ley, y no mediante una norma jurídica de otra naturaleza.

5^a Las exenciones, el contribuyente, el sustituto y el retenedor, el repercutido, el responsable y la base imponible, no tienen que venir necesariamente regulados por la ley estatal que establezca el tributo. Las Corporaciones locales podrán, cuando no lo hagan las leyes, regular su contenido, si bien, las características del hecho imponible descrito en esas leyes y la intrínseca naturaleza jurídico-conceptual de los precitados elementos de la estructura del tributo, serán determinantes imprescindibles de esa regulación; como también lo serán los principios constitucionales y, en especial, el de capacidad económica.

6^a La Constitución no impide tampoco la posibilidad de que las Corporaciones locales establezcan libremente los tipos de gravamen (y en su caso los recargos), en los tributos destinados a su financiación.

LA RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA Y LAS MODIFICACIONES DE LOS IMPUESTOS EN LAS LEYES DE PRESUPUESTOS

JOSE MANUEL SANCHEZ DOMINGUEZ

I. INTRODUCCION

El principio de legalidad en la esfera tributaria ha sido consagrado en el artículo 133,1 de la Constitución Española que dispone que "la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley". Esta reserva de ley tiene un fundamento histórico que arranca del principio de la autoimposición que surge con el nacimiento de los Parlamentos en base a la conocida máxima inglesa de "no taxation without representation" que significaba la necesidad de consentimiento previo de los representantes de las personas llamadas a satisfacer los Impuestos. En sus inicios el establecimiento de impuestos precisaba de la aprobación anual de los mismos pero como indica Otto Mayer tras la caída del Antiguo Régimen y la consolidación de la obligación de aprobación anual del gasto público por el Parlamento pierde sentido esta necesidad de aprobación anual de los Impuestos con lo que se produce lo que este autor denomina bifurcación del principio de legalidad financiera (1). Esta máxima se ha reconocido en nuestra Constitución de 1978 que recoge el principio de legalidad tributaria como derecho fundamental del ciudadano en el art. 31,3 (2) y el de legalidad presupuestaria en el art. 134 (3) del citado texto constitucional.

(1) F. Sanz de Bujanda: "Organización Política y Derecho financiero", cap. IV de "Hacienda y Derecho", vol. I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1962.

(2) Art. 31,3: "Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley".

(3) Art. 134,1: "Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación".

Como señala Falcón y Tella (4), el principio de legalidad presenta un alcance muy distinto según nos situemos en el ámbito tributario o en el presupuestario. En el ámbito tributario además de constituir una garantía para los ciudadanos frente a imposiciones del poder ejecutivo se constituye como una posibilidad de examen detenido de los proyectos o proposiciones de ley por parte de las Cámaras. En el ámbito presupuestario la creciente importancia de los temas económicos y el aumento de poder del ejecutivo frente al legislativo en esta materia ha llevado a la situación actual en la que continuando los Parlamentos con su capacidad plena para el establecimiento de tributos han perdido poder en cuanto a la posibilidad de organizar las intervenciones económicas y sociales del Gobierno de las que la Ley de Presupuestos constituye el programa de actuación y que suele tener una tramitación más acelerada que la de los proyectos de ley que establecen o modifican tributos.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

Frente al rigor con que este principio se estableció en momentos históricos anteriores la Constitución Española ha adoptado un principio mucho más flexible de legalidad tributaria, al disponerse en el artículo 31,3 que "sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley" lo que supone la necesidad de que exista una conformidad con la ley de las prestaciones que se establezcan pero no impone que el establecimiento sea obligatoriamente por Ley. Por otro lado el art. 133,1, antes citado, establece una reserva de ley en cuanto a la potestad originaria de establecer tributos pero no en cuanto a los demás aspectos, y, en el mismo sentido el artículo 133,3 que dispone que "todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley", lleva a las mismas conclusiones de respeto al principio de legalidad en cuanto al establecimiento de los beneficios fiscales pero no en cuanto a todos los demás aspectos de su regulación. Como señala Recuero Astray (5) "nuestra Constitución se ha producido de una manera flexible y la reserva de ley hay que entenderla referida sólo a los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir las materias tributarias, la creación "ex novo" de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo".

El Tribunal Constitucional en su sentencia 6/1983 de 4 de febrero ha configurado las características del principio de legalidad tributaria y el significado del Decreto-Ley en nuestra Constitución (6) en el sentido de que quedan sometidos

(4) Ramón Falcón y Tella: "La habilitación a las Leyes de Presupuestos para modificar tributos" en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 23. Ed. Civitas. Madrid 1982.

(5) Recuero Astray, José R.: "Procedimientos, Sanciones y recursos en materia tributaria". Ed. Ciss, Valencia 1983, pp. 6 a 21.

(6) 4. El problema de la eventual inconstitucionalidad formal de la disposición cuestionada se desdobra a su vez en dos cuestiones preliminares que consisten en determinar el alcance, la extensión y los límites del principio de legalidad en materia tributaria y el significado político-jurídico de los Decretos-Leyes en nuestra Constitución.

a la Ley en materia tributaria tan sólo la creación "ex novo" de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, que no pueden ser objeto de deslegalización ni mucho menos pertenecer a la potestad reglamentaria en la que pueden entrar sin embargo todas las modificaciones de los demás elementos considerados como no esenciales o configuradores de un tributo ya establecido.

Para resolver la primera de las antes enunciadas cuestiones hay que destacar que el principio de legalidad en materia tributaria, y en su manifestación en una concreta reserva de ley, no es entendido hoy en día de modo inequívoco en la doctrina y no puede extraerse fácilmente la conclusión de que nuestra Constitución haya consagrado absolutamente el referido principio, con el rigor que hubiera podido tener en momentos históricos anteriores. La formulación del problema en nuestra Constitución tiene que partir de los artículos 31.3, 86 y 133 según el artículo 31.3 "sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley". Este precepto por sí sólo no determina una legalidad tributaria de carácter absoluto, pues exige que exista conformidad con la ley de las prestaciones personales o patrimoniales que se establezcan, pero no impone, de manera rígida, que el establecimiento haya de hacerse necesariamente por medio de ley. Por su parte, el artículo 133.1 dice que "la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley". Este precepto define una competencia exclusiva del Estado, si se lee en conexión con el subsiguiente apartado segundo y además, establece sin duda una general reserva de ley que, según la letra del precepto, debe entenderse referida a la potestad "originaria" del establecimiento de los tributos, pero no, en cambio, a cualquier tipo de regulación de la materia tributaria. Y el artículo 133.3 al decir que "todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de Ley" conduce a la misma conclusión, pues es obvio que hay una legalidad estricta que comprende el establecimiento de los beneficios fiscales, entre los que se cuenta, sin duda, las exenciones y las bonificaciones, pero no cualquier regulación de ellos. Sobre el artículo 86 —que marca los límites del Decreto-Ley—, volveremos más adelante, pero desde ahora puede decirse que no cierra el paso a cualquier regulación tributaria. Todo lo que hasta aquí llevamos dicho, indica que nuestra Constitución se ha producido en la materia estudiada de una manera flexible y que, como asegura un importante sector de la doctrina, la reserva de ley hay que entenderla referida a los criterios o principios, con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria: la creación "ex novo" de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, que pertenecen siempre al plano o nivel de la ley y no pueden dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria.

5. El instituto del Decreto-ley se encuentra regulado por el artículo 86.1 de la Constitución, que permite que el Gobierno utilice este instrumento y dicte este tipo de disposición, aunque lo somete a unos estrictos límites y a unas concretas coordenadas, entre las cuales hay que recordar, como las más destacadas, que exista una situación que pueda calificarse como de "extraordinaria y urgente necesidad" que en ningún caso se afecte al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, al de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades Autónomas y al Derecho electoral general; y que las normas así creadas, sean inmediatamente sometidas a debate y votación en el Congreso de los Diputados, el cual ha de pronunciarse sobre su convalidación o derogación.

De este modo, nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del Decreto-Ley, que, por una parte, no lleva a su completa prescripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiend-

Esta reserva de ley afecta no sólo a la potestad originaria para establecer tributos sino también a la derivada. Así el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16/XI/1981 resolutoria del conflicto planteado por la representación del Gobierno al impugnar la constitucionalidad de la Ley 3/1981 del Parlamento Vasco señala como contrario a Derecho la habilitación concedida por el Legislativo al Ejecutivo Vasco para la determinación de todos los elementos esenciales constitutivos de una determinada tasa, considerando que esta habilitación tan sólo podría haberse conferido para cuestiones de detalle (7).

do por tales aquellas en que puede existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el Decreto-Ley como un instrumento normativo, del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas. Lo primero quiere decir que la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes. Apoyan esta interpretación dos tipos de consideraciones por una parte, el que nuestra Constitución separe el tratamiento de las situaciones, que pueden considerarse como de extraordinaria y urgente necesidad, que dan lugar a estados de alarma, excepción y sitio, que define el artículo 116, y que regule, en cambio, en otra sede sistemática diferente la necesidad justificadora de los Decretos-leyes; y por otra parte, el hecho de que el ámbito de actuación del Decreto-ley como instrumento normativo no se defina de manera positiva, sino que se restrinja de modo negativo mediante una lista de excepciones. Por todo ello hay que concluir que la utilización del Decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta. (Sentencia Tribunal Constitucional 6/1983 de 4 de febrero).

(7) Sentencia Tribunal Constitucional 16-XU-1981 B.O.E. 28-XI-1981 4°. Como ya se señala en los antecedentes (punto 3°), la representación del Gobierno impugna la constitucionalidad de los artículos 6, 19, g) y 35 de la Ley 3/1981 del Parlamento Vasco por infracción de la reserva de Ley tributaria establecida en los artículos 31.3 y 133 de la Constitución.

En los mencionados artículos se crea, en efecto, un canon de servicio con el cual se financiarán tanto el Centro de Contratación como la Oficina de Distribución y Control; la fijación de dicho canon, el establecimiento de su importe y forma de devengo se harán mediante Reglamento dictado por el Gobierno Vasco a propuesta del Departamento de Transportes, Comunicaciones y Asuntos Marítimos, previa consulta al Consejo General del Centro de Contratación de Cargas (art. 6°), aunque, según el artículo 18, g), es la Comisión Ejecutiva del Centro de Contratación el órgano competente para proponer (no se precisa si directamente al Departamento de Transportes, Comunicaciones y Asuntos Marítimos o sólo al Consejo General, cuando éste hubiere de evacuar la consulta que le hiciera aquel Departamento) el importe y forma de pago. Prescindiendo de estas imperfecciones técnicas, si es evidente, en todo caso, que la Ley se limita otorgar una habilitación al Gobierno Vasco para que éste determine todos los elementos de una tasa que, como canon

De los preceptos constitucionales y sentencias analizados se deduce claramente que sólo por ley pueden establecerse tributos teniendo este término establecer un significado más amplio que el de crear y como escribe Pérez Royo (8) se refiere a todos los aspectos sustantivos del tributo es decir "aquellos elementos que afectan a la identidad o a la entidad de la prestación". Es por ello que la ley debe determinar "qué categoría de ciudadanos y en razón de qué presupuestos de hecho van a pagar el tributo, así como cuanto van a pagar".

III. LA MODIFICACION DE TRIBUTOS EN LAS LEYES DE PRESUPUESTOS

El artículo 134,7 de la Constitución dispone que "la Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea". Los antecedentes de éste artículo pueden encontrarse en el artículo 37 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de Julio de 1911 que decía "en ningún caso se podrán dictar leyes nuevas ni modificar las vigentes por medio de preceptos contenidos en dicho articulado" referente a la Ley de Presupuestos.

Es interesante constatar la tramitación parlamentaria que sufrió el artículo

por la prestación de un servicio, percibirán el Centro de Contratación y las oficinas que de él dependan.

Esa habilitación constituye una deslegalización, una simple transferencia al Gobierno de la atribución del Parlamento Vasco para crear tributos (y entre ellos tasas) de acuerdo con la Constitución y las leyes. Que la Comunidad Autónoma Vasca posee competencia para la creación de tasas, pese a la redacción restrictiva del artículo 42,b) de su Estatuto, es cuestión que ofrece pocas dudas, pues esa competencia deriva necesariamente de la que también tiene para crear instituciones y organizar servicios públicos dependientes directamente de la propia Comunidad Autónoma y no sólo mediante a través de los distintos territorios históricos. La competencia debe ser ejercida, sin embargo, conforme a la Constitución y las Leyes y la Constitución (artículos 31.3 y 133.2) exige que el establecimiento de tributos se haga precisamente con arreglo a la Ley, lo que implica la necesidad de que sea el propio Parlamento Vasco el que determine los elementos esenciales del tributo, si quiera sea con la flexibilidad que una tasa de este género requiere, de manera que aunque su establecimiento concreto quede remitido a una disposición reglamentaria, ésta haya de producirse dentro de los límites fijados por el legislador. La Ley impugnada, que se limita a hacer una remisión en blanco al correspondiente reglamento, según antes se señala, no respeta, ciertamente, esta reserva constitucional. No puede aducirse para justificar la técnica utilizada el argumento de que el modo de fijación del importe y modo de devengo del canon, cuya propuesta ha de hacerse por órganos colegiados de los que forman parte los representantes de los posibles usuarios del servicio, asegura la justicia del mismo, pues como ya ha declarado este Tribunal (sentencia de 13 de febrero de 1981), publicada en el B.O.E. de 24 de febrero de 1981, recurso número 189/80), la remisión a una "prescripción autonómica" sólo es admisible en la medida en que "se refiera sólo a cuestiones de detalle que no afecta a la reserva de Ley".

(8) F. Pérez Royo: "Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria" en Hacienda Pública Española, nº 14. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1972.

134,7 que al principio se alineó con las Constituciones más rígidas en este punto como la italiana hasta llegar a su actual redacción de cierta flexibilidad matizada.

Así la Constitución italiana establece en su artículo 81 que "en la ley de aprobación del presupuesto no podrán establecerse nuevos tributos y nuevos gastos" regulación bastante semejante a la de "la ley de Presupuestos no puede crear nuevos Impuestos", primitiva redacción dada al art. 134,7 en el Proyecto de texto constitucional, que todavía se hizo más rígida con la siguiente redacción tal artículo comentado: "La Ley de Presupuestos no puede crear ni modificar tributos".

La redacción final admite que en una Ley Presupuestaria pueda innovarse el ordenamiento tributario siempre que una Ley Tributaria así lo prevea.

Para Martínez Lafuente (9) habría sido preferible que sólo se hubiera constitucionalizado la posibilidad de crear nuevos impuestos sin entrar en el tema de la modificación de los existentes.

Mantero Sáenz (10) destaca una serie de aspectos de gran interés que afectan a la diferente tramitación parlamentaria de los textos legales más lenta en el caso de las leyes tributarias sustantivas y realizada por expertos en la Comisión de Hacienda y más rápida en el caso de las Leyes de Presupuestos en que por la complejidad de todos los temas que se abordan y la necesidad de rápida aprobación los temas fiscales quedan como algo meramente anecdótico. Por otra

(9) Martínez Lafuente, Antonio: "Ley de Presupuestos e inconstitucionalidad" en Revista Española de Derecho Financiero, nº 5, Ed. Civitas, Madrid 1980.

"... hubiera sido quizás más correcto que en el más alto nivel normativo, sólo hubiera quedado reflejada la prohibición absoluta de crear nuevos impuestos con motivo de aprobarse la Ley de Presupuestos, quedando a la iniciativa del Gobierno, modificar periódicamente las cifras numéricas fijadas en las leyes, cuando las circunstancias lo aconsejen. Al quedar constitucionalizado el precepto, y quizás por una no muy acertada comprensión del mismo, se están incluyendo en todas las leyes fiscales preceptos conectados con la Ley de Presupuestos, y en ésta lógicamente preceptos tributarios, como si la reforma de las leyes tributarias no pudieran hacerse por otras leyes específicamente fiscales o incluso por la vía del Decreto-ley una vez despejadas las incógnitas hermenéuticas que planteaba el artículo 86 de la Constitución".

(10) Mantero Sáenz, Alfonso: "Las Leyes de Presupuestos en su proyección tributaria" en Presupuestos y Gasto Público, nº 5, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1982.

"... el precepto constitucional ha introducido un importante elemento distorsionante en la posibilidad de la reforma del sistema tributario... Nuestra tradición jurídica debería haberse respetado, y así la reforma del sistema tributario habría de conducirse siempre a través de una Ley que no fuera la presupuestaria, y ello sin quererse negar a ésta su carácter de Ley, tanto en su rango como en su contenido, pero nunca fuera de una Ley tributaria. Y, en todo caso, al menos, la materia tributaria debiera articularse en la Ley de Presupuestos en forma de bases ya que, como ha dicho una pluma autorizada, la complejidad y tecnicismo de dicha materia debería ser objeto de tratamiento por los técnicos y no por los políticos".

parte, como señala este autor existen dos temas que no han quedado suficientemente aclarados. El primero de ellos es el de si la Ley Presupuestaria que no puede como hemos visto crear tributos puede sin embargo suprimirlos. El segundo es el de qué se entiende por modificación de tributos y más concretamente si se puede sin modificar un elemento esencial del tributo como el hecho imponible llevar en la práctica a dejar lo inoperante a través de cambios en deducciones, desgravaciones, actualizaciones y tipos que lleven a configurar una cuota tributaria, inexistente o incluso generar un derecho de crédito frente a la Hacienda. Temas ambos de enorme interés y en los que por las dimensiones de este comentario no podemos entrar.

El Tribunal Constitucional en su importante sentencia de 20 de julio de 1981 (11) se ha planteado el problema de la constitucionalidad de los preceptos tributarios contenidos en la Ley de Presupuestos en cuanto a modificación de Impuestos. Esta sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Diputado Sr. Pons Irazazábal como comisionado de cincuenta y cuatro Diputados contra los artículos 36, 37, 38 y 43 de la Ley 74/1980 de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1981 estimando en parte el mismo y declarando la inconstitucionalidad del artículo 38 de dicha disposición.

El Tribunal Constitucional consagra en esta sentencia el principio de flexibilidad matizada respecto a la modificación de tributos en las Leyes Presupuestarias. González García (12) destaca las, a su juicio, claves interpretativas de la sentencia. "1º Que la Constitución permite la modificación a través de la Ley

(11) En el debate parlamentario del artículo 134, párrafo 7, de la Constitución, se contemplaron tanto las razones de flexibilización del sistema tributario, que a juicio de algunos requería, a fin de servir a una política económica congruente el dotar al poder ejecutivo de instrumentos adecuados para realizarla, como aquellas otras razones que exigirán que no se utilicen los presupuestos para introducir modificaciones que corresponden a las leyes tributarias sustantivas. La conclusión del debate parece significar una cierta solución de compromiso que, en tanto prohíbe indiscriminadamente la creación de tributos en la Ley de Presupuestos, permite su modificación aunque se trate de alteraciones sustanciales y profundas del impuesto, siempre que exista una norma que así lo provea.

La razón de ello se encuentra en la peculiaridad de la Ley de Presupuestos con relación a cualquier otra ley. En efecto, la Ley de Presupuestos tiene un carácter instrumental en relación con la política económica del Gobierno; pero, por otro lado, su debate parlamentario está de alguna manera restringido por las disposiciones reglamentarias de las Cámaras que regulan su procedimiento. Son estas limitaciones las que determinaron que la propia Constitución reduzca el papel de la Ley de Presupuestos como vehículo de reformas tributarias.

La interpretación que precede permite el uso ponderado del sistema tributario para realizar la política económica que reclame cada momento, pero ello debe realizarse sin infracción de lo dispuesto en el artículo 134, párrafo 7, de la Constitución; es decir, la Ley de Presupuestos podrá modificar los impuestos sólo en el caso de que una ley tributaria específicamente así lo prevea. (Sentencia del Tribunal Constitucional de 20-VII-1981).

(12) González García, Eusebio: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Presupuestos del Estado para 1981" en Hacienda Pública Española, nº 72. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981.

del Presupuesto del sistema tributario, aunque se trate de alteraciones sustanciales y profundas; 2º que para conseguir tal propósito se requiere que exista una norma adecuada que lo prevea y 3º que ello, no obsta a la adaptación del tributo a la realidad, que a juicio del Tribunal Constitucional podrá hacerse siempre a través de la Ley del Presupuesto, sin necesidad de recurrir al trámite de la previsión ó autorización legislativa previa". Este último punto, como destaca Díez Moreno (13) planteará no pocos problemas por no ser de fácil aplicación. Exigirá en primer lugar determinar que se ha producido una disociación entre la realidad y el tributo en cuestión lo que ya no es fácil de constatar, y en segundo lugar no basta con una adaptación cualquiera sino que ha de ser una mera adaptación a la realidad", lo que si incide en la disociación, no sólo la inflación sino otras circunstancias económicas, sociales y políticas determinará que esta adaptación a la realidad sea un problema bastante complejo.

Para Martín Queralt (14) el afirmar que la mera adecuación circunstancial del Impuesto no precisa la cobertura normativa en una ley tributaria sustantiva puede plantear en el futuro serios problemas al no consagrar con claridad la necesidad de que las modificaciones sustanciales hayan de realizarse por leyes tributarias sustantivas y no por las Leyes de Presupuestos.

IV. CONCLUSION

Los preceptos analizados, que en el breve espacio de tiempo que ha transcurrido desde la aparición del texto constitucional han dado lugar a una amplia polémica doctrinal con reflejo en importantes sentencias del Tribunal Constitucional, son un claro exponente del carácter consensual sobre los temas que suele llevar consigo todo acuerdo, lo que unido a la especial sensibilización que hoy se tiene hacia el tema fiscal generarán sin duda en el futuro importantes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que esperemos consigan el objetivo de que la utilización de las Leyes de Presupuestos para modificar el sistema tributario español se convierta en la excepción y no en la regla general.

(13) Díez Moreno, Fernando: "Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre preceptos tributarios de la Ley de Presupuestos del Estado para 1981" en Hacienda Pública Española, nº 72, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981.

(14) Martín Queralt, Juan: "Ley de Presupuestos y reformas tributarias: Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1981" en Presupuesto y Gasto Público, nº 11, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981.

NOTAS SOBRE EL REGIMEN URBANISTICO DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION DEL PAISAJE

ENRIQUE SANCHEZ GOYANES

I. PROTECCION DEL PAISAJE Y CONSTITUCION

La preservación del paisaje y, en general, la del medio natural, surgió como preocupación colectiva después de la Segunda Guerra Mundial, confirmando este objetivo como verdadero derecho de los ciudadanos, reconocido constitucionalmente. Heredera, por tanto, de la tendencia más reciente en el campo de la regulación de las llamadas "libertades públicas", la vigente Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, acogió la preservación de la Naturaleza, en sentido amplio, consagrándola como derecho colectivo que atañía a todos los ciudadanos.

En efecto, el Artículo 45 de la primera de nuestras Leyes estableció:

"1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

Ciertamente, el Artículo 45 no forma parte de la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título que trata "De los derechos y deberes fundamentales" (Arti-

culos 14 a 30) y, por ello, no es susceptible de legitimar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, para que un ciudadano español que estime lesionado, en una circunstancia concreta, ese derecho colectivo, pueda acceder a aquél, en solicitud de que se impidan los hechos determinantes de la posible lesión. Sin embargo, aun cuando carece de esa especialísima protección, de que sí disfrutaban las conocidas como "libertades clásicas" (igualdad ante la ley; libertad de pensamiento, de expresión, de elección de residencia, de reunión, de manifestación, etc; derechos a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad y a la seguridad jurídica, al honor y a la intimidad, etc...), el "derecho a la preservación del medio ambiente", estatuido por la Constitución como uno de los "Principios rectores de la política social y económica", tiene una virtualidad propia, también trascendente: "el *reconocimiento*, el *respeto* y la *protección de este Principio* — como los de los demás incluidos en el mismo Capítulo III del Título I — *informará la Legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos*" (Artículo 53.2 de la Constitución).

La virtualidad alcanza, pues, a marcar una señal *orientativa para la actuación de los tres Poderes del Estado: el Legislativo (Cortes Generales y Parlamentos regionales), el Ejecutivo (las Administraciones Públicas) y el Judicial. Al dictar Leyes, al aplicarlas y al interpretarlas, cuando se afecte a este grupo de derechos, se deberá seguir (es un mandato conciso pero inequívoco) la orientación marcada por la Constitución, reconociendo, respetando y protegiendo esos Principios.*

El carácter de ese conjunto de derechos es progresista, desarrollo de ese objetivo de "avanzada" con que el propio Preambulo de la Constitución califica la sociedad democrática que se pretende establecer con la misma: son los considerados derechos sociales, en sentido amplio, progresivamente incorporados en las Constituciones de la Postguerra a los catálogos de las libertades públicas tradicionales, que consagran las conquistas de mejoras en la calidad de la vida colectiva alcanzadas por diversas Naciones de Occidente.

Los constitucionalistas han reconocido la importante función que deben ejercer estos Principios al orientar la actuación de los Poderes públicos: "Estos Principios forman lo que podría llamarse el *horizonte utópico* de la Constitución... Esos derechos son los que marcan precisamente ese horizonte utópico que, en cierto modo, va a permitir la movilización futura de la Constitución. Indican hacia dónde puede ir nuestro inmediato futuro", y "no pueden alegarse ante un Tribunal más que en algunos casos concretos y particulares, pero *tienen una función orientadora para la creación e interpretación de las Normas jurídicas*" (1).

De esta primera aproximación a la cuestión suscitada, desde el punto de vista estrictamente constitucional, es claro que los Poderes públicos, entre los cua-

(1) Díaz García, Elías, y García-Pelayo, Manuel: Citados en mi "Constitución Española comentada", Editorial Paraninfo, 13ª Edición, 1984, pág. 74.

les están los Ayuntamientos, a los que corresponde el Gobierno de los Municipios, *deben velar por la protección y mejora de la calidad de la vida, así como por la defensa y restauración del medio ambiente, ya que la Constitución establece que este Principio es uno de los que deben necesariamente orientar su actuación.*

Sentada esta premisa, conviene examinar los mecanismos legales a través de los cuales puede *articularse esa defensa y restauración* del medio ambiente, mecanismos que deben ser *interpretados a la luz del Principio* constitucional comentado.

II. PROTECCION DEL PAISAJE Y DERECHO URBANISTICO

La defensa del paisaje, dicho sea muy en síntesis, viene atribuida en nuestro Ordenamiento, a las Corporaciones Municipales (Artículo 101.2 letras *b* y *j* de la Ley de Régimen Local, de 24 de junio de 1955) las cuales ejercitan esta atribución a través del mecanismo del Artículo 73 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976, y del Artículo 98 de su Reglamento de Planeamiento Urbanístico, de 23 de junio de 1978. Circunscribimos el campo de acción de esta facultad al *supuesto de existencia previa de un Planeamiento especialmente permisivo cuya simple ejecución, sin corrección alguna, pudiera dañar los valores que el Artículo 45 de la Constitución pretende salvaguardar*, por lo que nos entendemos liberados de exponer otros procedimientos para accionar tal facultad en las fases de elaboración del Planeamiento. El Artículo 15 LS y 68 RP *autoriza a los Proyectos de Urbanización a "efectuar las adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras" por las características del suelo y subsuelo*; el Artículo 40. 1 R.P. señala que *las Normas Urbanísticas del Plan General contendrán en el suelo urbano, "las características estéticas de la ordenación de la edificación y de su entorno"*; el Artículo 61 RP establece que las Ordenanzas de cada Plan Parcial contemplarán, entre otros apartados, el de Normas de edificación con referencia a condiciones comunes a todas las zonas en cuanto a edificación, volumen, y uso, con expresión de los permitidos, prohibidos y obligados, señalando para éstos últimos la *proporción mínima exigida de higiene, y estética, en que estuvieran situados*".

No obsta a la sistemática del Dictamen la circunstancia de que la Ley del Suelo sea anterior, en dos años y medio, a la promulgación de la actual Constitución, ya que el derecho preexistía a la Ley, que configuró un medio para su defensa, y la Constitución vino a Consagrarlo, dotándolo del máximo rango jurídico posible en nuestro Derecho. El Reglamento del Planeamiento, aprobado cuando ya era definitivo el Texto de la Constitución, es significativo el robustecer las facultades municipales para protección del medio ambiente, añadiendo al correlativo Artículo de la Ley la indicación de que *"tendrán aplicación en todo caso, existan o no aprobados Planes de Ordenación o Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento"*, lo que, elementalmente, quiere decir que estas fa-

cultades prevalecen sobre la Ordenación si existiera, como el Tribunal Supremo ha explicitado, según luego veremos.

El Artículo 73 de la Ley del Suelo, en cuanto interesa ahora, ha establecido que "las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y, a tal efecto: ...En los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo,... y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje ó desfigurar la perspectiva propia del mismo".

El correlativo Artículo 98 del Reglamento de Planeamiento ha ampliado, como ahora veremos, la prohibición y la ha superpuesto taxativamente por encima de la Ordenación urbanística vigente. En efecto, en lugar de decir "No se permitirá que... limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo", dice "No se permitirá que... limite el campo visual..., rompa o desfigure la armonía del paisaje o la perspectiva propia del mismo". Gramaticalmente, con la teoría del análisis sintáctico en la mano, cabe reconocer que el objeto directo de la prohibición ("no se permitirá") se ha triplicado: limitar el campo visual, romper la armonía del paisaje y desfigurar su perspectiva... Antes, el objeto directo era solo uno ("limitar el campo visual") al que se adjuntaban tres complementos circunstanciales; se prohibía la limitación del campo visual en tres supuestos circunstanciales; en el Reglamento, las circunstancias se objetivizan autónomamente y se extiende a ellas el objeto de la prohibición. En resumen, *el campo de prohibición se ha ampliado*. Simultáneamente, el carácter del precepto se ha reforzado, al considerársele anterior y superior al Planeamiento vigente (apartado 3 del mismo Artículo 98 RP).

Como se ha señalado la doctrina científica más autorizada, "la regla opera indudablemente con conceptos jurídicos indeterminados ("los lugares de paisaje abierto y natural", "la armonía del paisaje", "las bellezas naturales", "los caminos de trayecto pintoresco", "las perspectiva"...) pero ello no altera en nada la anterior conclusión —tener la condición de norma sustantiva del Ordenamiento, de directa aplicación— sino que implica tan sólo que, en la aplicación del mismo, ha de actuarse con arreglo a la técnica propia de aquellos conceptos...; la aplicación de los conceptos indeterminados a la calificación de circunstancias reales específicas sólo admite una única solución justa: o concurre o no concurre el concepto (...); *la regla ha de jugar siempre de forma independiente y directa y como mecanismo corrector de los resultados —eventualmente contrarios a los valores protegidos por ella— que de la simple aplicación de las determinaciones del planeamiento pudieran derivarse (...)* operando directa e independientemente y a su propio nivel de Disposición Legal *como medida de control de la legitimidad de las determinaciones del Plan y sus actos de aplicación"* (2). *La aplicación di-*

(2) García de enterría, Eduardo, y Parejo Alfonso, Luciano: "Lecciones de Derecho Urbanístico", Civitas, 1981, 2ª Edición, págs. 229-230.

recta del Artículo 73 LS "determinará la nulidad o la anulabilidad, según los casos, de los actos dictados en contravención del mismo (3). Que esté plagada de conceptos jurídicos indeterminados, ... "no significa nada en contra de su obligado respeto, incluso para los propios Planes, cuyas determinaciones tienen que ajustarse necesariamente a ella" (4).

"Esos casos, pues, que se han producido en algunas localidades españolas, donde se han erigido construcciones más o menos masivas con perjuicio y daño de perspectivas de belleza o tipismo reconocido, encontrarán aquí el arma legal necesaria para impedir tales desmanes" (5).

Complementario del derecho a la preservación del paisaje es el derecho a restaurarlo, también reconocido por la Constitución y de observancia para los Poderes Públicos.

Mecanismo habilitador del ejercicio de este derecho, lo constituye el Artículo 182 LS: "*Los Ayuntamientos... podrán también ordenar, por motivos de interés turístico o estético, la ejecución de obras de conservación y reforma en fachadas o espacios visibles desde la vía pública, sin que estén previamente incluidos en Plan alguno de Ordenación*".

En su desarrollo, fueron dictados los Artículos 10 y 11 del Reglamento de Disciplina Urbanística, de 23 de Junio de 1978 (R.D.). La articulación de esta facultad ha permitido sustentar un criterio jurisprudencial según el cual, si se reconoce a los Ayuntamientos la facultad de ordenar la ejecución de obras por razón de estética sobre construcciones existentes, lógico es que se hallen facultados para evitar, con carácter previo, el nacimiento de construcciones que luego deban motivar el accionamiento de aquella facultad del Artículo 182 LS (entre otras, Ss de 18 de diciembre de 1968 y 11 de febrero de 1970, del Tribunal Supremo).

III. EL PROBLEMA DE LA SUBJETIVIDAD DE LA APRECIACION

Subyace en todo el planteamiento expuesto, el delicado problema de la subjetividad que puede, muchas veces, presidir el examen de los hechos sobre los cuales deba actuar el mecanismo de los Artículos 73 y 182 LS, especialmente acentuado al referirse a un campo de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, como ya se ha dicho.

(3) González Pérez, Jesús: "Comentarios a la Ley del Suelo", Civitas, 1981, 4ª Edición, pág. 474.

(4) Fernández Rodríguez, Tomás Ramón: "Manual de Derecho Urbanístico", Publicaciones Abella, 3ª Edición, 1982, pág. 45.

(5) Liset Borrell, Francisco, y Charot Nogales, Francisco: "Ley del Suelo", Publicaciones Abella, 1976.

“Naturalmente, en la apreciación de lo que constituye la armonía de un paisaje natural existe mucho de subjetivo. No puede utilizarse este Artículo para que prevalezca el criterio arbitrario o parcial de los titulares como Organos administrativos. Pero, por encima de cualquier consideración subjetiva, existen unos elementos objetivos que acaban por imponerse. No hace falta ser un Técnico para poder apreciar cuándo se rompe la armonía del paisaje. El juez, en definitiva, tendrá la última palabra (...) (6).

La misma Constitución proclama que “los ciudadanos y los Poderes públicos están sujetos a ella y al resto del Ordenamiento jurídico (Art. 9.1); “garantiza el principio de legalidad (...) y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos” (Artículo 9.3) consagra “la igualdad ante la Ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna” (Artículo 14); reconoce el derecho a la seguridad jurídica (Artículo 25) y afirma el derecho a la propiedad privada (Artículo 33.1).

En definitiva, modula la misma Constitución las facultades genéricas de los Poderes públicos (en nuestro caso, de los Ayuntamientos) en el campo de sus atribuciones específicas; junto a los Principios recogidos en los Artículos 39 a 52, que señalan *hacia dónde* debe orientarse la actuación de aquéllos, los Principios enumerados en el anterior párrafo, igual que otros constitucionalmente tutelados, marcan cómo debe desplegarse esa actuación, qué pautas de desenvolvimiento ha de observar. En resumen, pueden los Ayuntamientos promover la defensa del paisaje y aun la restauración de sus áreas agredidas, y hasta es un deber constitucional para los mismos, pero jamás conculcando una serie de Principios constitucionales de escrupuloso cumplimiento; jamás, por ejemplo, mediante la práctica de la arbitrariedad, olvidando el derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos o violentando el mismo derecho de igualdad ante la Ley.

Al compás de la evolución de la Legislación urbanística y, sobre todo, después de la promulgación de la Constitución, el Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina relativa a la materia que nos ocupa, sentando dos principios medulares: 1) Los Ayuntamientos tienen capacidad no discutible para promover la conservación del paisaje actuando al respecto en la elaboración del Planeamiento y en el desarrollo de las previsiones de éste. 2) Para desarrollar válidamente esa capacidad frente a determinados hechos, precisan, sin embargo, determinar con los medios de prueba utilizables al respecto, que dicha conservación sería menoscabada por el surgimiento no corregido de tales hechos.

Limitándonos sólo a la evolución de la doctrina a lo largo del último año, apreciamos la reiteración de ambos Principios, advirtiendo a la vez, un carácter progresivo en el juicio de la Sala al interpretar la Ley del Suelo y los mecanismos de protección del paisaje, sin retroacción alguna, llegando hasta a considerar *sujetos a licencia los actos de movimientos de tierra destinados a fines agrícolas tanto si modifican el relieve del suelo como si afectan la armonía del paisaje,*

(6) González Pérez, Jesús: op. cit., pág. 230.

exigiendo, por tanto, un examen del Proyecto como acto de control municipal (S. de 22 de junio de 1982), subrayando el carácter sustantivo de aplicación directa del precepto del Artículo 73 LS (S. de 30 de junio de 1982), y estableciendo que esa aplicación deberá tener, como factor determinante, lo que, al efecto, informen los Servicios Técnicos designados por el Ayuntamiento, o, en último grado, lo que Instituciones o Corporaciones especializadas en cuestiones que afecten a la estética de una edificación, o en las Bellas Artes, puedan decir en cuanto a la Valoración estética y urbanística", rechazando toda Resolución "sin ningún apoyo técnico, y de forma discrecional, basada en la simple opinión de los componentes de la Comisión Permanente" de una Corporación Municipal (S. de 5 de marzo de 1982).

Conclusión elemental de todo lo anterior es asegurar que la defensa del paisaje, y su restauración cuando alguna de sus áreas estuviera agredida, no son sólo atribuciones de los Ayuntamientos, asignadas en la aún vigente Ley de Régimen Local, Artículo 101.2, letra J y reguladas por las vías de los Artículos 73 y 182, respectivamente, de la Ley del Suelo, y sus correlativos 98 y 11 de los Reglamentos de Planeamiento y Disciplina Urbanísticos, sino verdaderos deberes que les ha venido a señalar la Constitución Española, Artículo 45, exigiendo que insten su cumplimiento al amparo de "la indispensable solidaridad colectiva" llegando a situar bajo el Código Penal (7) a quienes violen este precepto, por todo lo cual es patente y notorio que los Ayuntamientos pueden y deben intervenir en el desarrollo urbanístico de los Municipios, articulando medidas para protección del paisaje y aun para procurar la restauración de áreas degradadas y fijando sus criterios de Estética para las diversas zonas, tanto a través de una Ordenanza aneja al Plan General, como a través de las Ordenanzas de los Planes Parciales (8) y en un tercer escalón, solicitando adaptaciones en la ejecución de los Proyectos de Urbanización, cuando las características del suelo en relación con la armonía del paisaje así lo aconsejen, antes de otorgarles la aprobación definitiva, además de, por supuesto, finalmente, al conceder condicionalmente una licencia de edificación, o, incluso, denegarla, en virtud siempre de una sólida fundamentación que legitime la decisión, desde los postulados desarrollados en los Fundamentos anteriores.

(7) El Artículo 347, bis, letra a del Código penal, según la Ley Orgánica de Reforma, de 23 de junio de 1983, castiga, con penas de arresto mayor y multa "al que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente, emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo, o las aguas terrestres o náuticas, que pongan en peligro para la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

(8) Parejo Alfonso, Luciano: "Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración", Colección Estudios de Derecho Público, IEAL, 1982. Veáanse páginas 67 y siguientes, para examinar la cuestión que, paralelamente, se debe suscitar: Al determinar vinculaciones o limitaciones singulares que llevan consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, ¿Cuándo nace el derecho a indemnización?

MANUEL GARCÍA FERNÁNDEZ, *La formación del Derecho del Trabajo*. Serie Ensayos, n° 6, Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca, 1984, 266 págs.

“Desentrañar el concepto de una disciplina jurídica supone adquirir visión unitaria de la misma”. Estas son las primeras palabras que se pueden leer en el estudio del que ahora damos noticia. La búsqueda de una noción unitaria del Derecho del Trabajo es lo que ha movido al autor a realizar este trabajo. El ensayo, a primera vista, puede parecer una mera investigación de la génesis de las instituciones actualmente comprendidas en la disciplina. Pero, aun siendo ello una tarea de por sí interesante, no pasa de ser uno de los objetivos de la monografía. En efecto, el profesor García Fernández ha pretendido realizar una búsqueda del *criterio de operatividad* que permita seleccionar aquellas normas jurídicas cuya relación resulte a una determinada realidad social y que deben integrar la materia del estudio del Derecho del Trabajo. La génesis histórica de las normas reguladoras del trabajo como realidad social ha de ser la primera aproximación a ese criterio de operatividad que buscamos.

La obra consta de cuatro capítulos y un apéndice. Es el primero de ellos el que sirve de introducción y base para la exacta comprensión de los restantes y sobre el que me atrevo a llamar la atención del lector. Bajo el punto de partida antes señalado, el autor aborda el estudio de los antecedentes de la normativa laboral aun sabiendo que el “trabajo” que le interesa como objeto no es el trabajo sin más. Trabajo ha existido siempre, pero no siempre ha constituido un “factor específico”. En todo caso, no ha sido el centro de imputación de un complejo de relaciones sociales que dé lugar a la creación de una serie de instituciones con peso específico en la organización social. En este sentido de “especificidad” social del factor *trabajo* no lo encontramos hasta la Revolución Industrial. Es por ello que ni en la antigüedad ni en la Edad Media se encuentran precedentes normativos de esa realidad, sino más bien antecedentes. De ahí el título del capítulo II, “Antecedentes del moderno Derecho del Trabajo”.

En dicho capítulo se realiza un recorrido por los modos de vida de las civilizaciones antiguas y medieval. Se analizan costumbres, personajes, modos de hacer, instituciones, figuras y títulos jurídicos, con especial atención en la cultura romana y en todo momento bajo el presupuesto de búsqueda de aquellos criterios de operatividad antes señalados. Desde la misma perspectiva se realiza el examen de esa larga y discutida etapa histórica que se ha venido denominando como Edad Media y de la que nunca se dirá todo. Es de aplaudir el riguroso,

sistemático y medurado trato que el autor da a la Institución feudal y al gremialismo.

El capítulo III es un análisis de ese conjunto de transformaciones que supone la Revolución Industrial. Etapa histórica en la que ya sí puede hablarse con propiedad y rigor técnico de nacimiento del Derecho del Trabajo. Se examinan los cambios fundamentales: industrialización, explosión demográfica, innovaciones técnicas, desarrollo de las comunicaciones y transportes, así como el surgimiento de una nueva concepción ideológica y valorativa. Grupos de transformaciones sociales, que junto a otros de carácter político, contribuyen a hacer del "trabajo" un factor "específico" y del que se puede predicar un verdadero centro de imputación de normas. Se pueden establecer tres fases en ese surgir de la normativa laboral. Una primera de legislación inadecuada, una segunda de verdadera reforma social en términos más amplios que la cuestión laboral y, por último, una tercera que viene caracterizada por medidas fragmentarias referidas principalmente a ciertos tipos de trabajos y cuestiones de policía administrativa. Se camina hacia el establecimiento de unos principios generales de legislación laboral, centrados en la definición del contrato de trabajo.

Realizado este itinerario histórico y habiéndose dejado bien definidos los antecedentes y precedentes del moderno Derecho del Trabajo, quedaba sólo por describir cuál es el verdadero objeto de la disciplina. De ello se ocupa el capítulo IV. Un recorrido crítico por entre los diferentes ensayos doctrinales sobre el tema lleva al autor a optar por la relación de empleo. "Derecho del Trabajo es, así, el conjunto de normas cuyo objeto es regular el empleo del trabajador dependiente y por cuenta ajena como proceso económico y social. Como disciplina, el Derecho del Trabajo estudia el conjunto de instituciones —organizaciones y reglas— que regulan el empleo". Evidentemente, esta revolucionaria concepción tiene una inequívoca relación con la formación del concepto de regulación de empleo (Job regulation) que ha constituido el concepto matriz y motriz de otra disciplina estrechamente relacionada con el objeto de todo lo que aquí se trata, las Relaciones Industriales. De tal concepción se puede derivar una extensión desmesurada de la disciplina. Pero, como bien señala García Fernández, "en toda definición existe una discrecionalidad, un invencionalismo, que ayuda a valorar en su justa trascendencia toda tarea definitoria".

Cuando el lector cree haber terminado con la substancia del ensayo encuentra un Apéndice. Apéndice que, tanto en calidad como en cantidad —casi la mitad del libro—, se aparta de lo que comúnmente venimos entendiendo como tales. Es éste un tratado sintético —un esbozo, dice el autor, aunque realmente creo que va mucho más allá— del tema que constituye su objeto. La Formación del Derecho del Trabajo en España es su título. Estudio de unas características tales que hacen esperar una monografía mayor y más extensa por parte del autor. No existe un tratado que aborde el tema en su conjunto aparte del que ahora comentamos. Los clásicos manuales de la asignatura dan meramente unos trazados y los estudios especializados —algunos excelentes, como el de Alonso Olea o Bayón Chacón— se van particularizando a una época en concreto o al examen

parcial de una institución jurídica en su desarrollo histórico.

Conocimiento profundo del tema, abundancia de datos, objetividad histórica, especial atención al fenómeno sindical y conflictual, todo ello dentro de los marcos de una exposición ordenada cronológicamente y por temas, hacen de este trabajo una verdadera obra de consulta para los interesados en el estudio del Derecho laboral.

Por último, sólo me resta agradecer la gentileza de su autor —nuestro amigo— al brindarme la posibilidad de dar esta noticia de su último libro en la Revista Cuadernos de la Facultad de Derecho y manifestarle mi deseo de poder leer una obra más amplia que lo que ha constituido el Apéndice de la Formación del Derecho del Trabajo.

Luis Martínez Rocamora

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, *La Jurisprudencia y la formación del ideal político (Introducción histórica a la Ciencia jurídica)*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 1983, 135 págs.

El doctor Tamayo, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador del Instituto de Investigaciones jurídicas, ofrece en este libro un avance de sus investigaciones en torno a la historia de la Ciencia jurídica, que pronto se verán completadas con un nuevo trabajo que lleva por título "El nacimiento de la Jurisprudencia".

El libro trata de poner de manifiesto —y lo consigue con éxito— las influencias que la acuñación de las categorías jurídicas, tomadas del Derecho romano, habrían de tener en la configuración medieval de la ideología política dominante; y, a la postre, en el establecimiento definitivo de los conceptos de Derecho público que instrumentalizaron los juristas en su teorización sobre el Estado. La tesis básica del libro es que el Derecho romano fue reformulado entre el 1.100 y el 1.600 dando lugar a "dogmas y principios" que formaron el material de construcción de la teoría política moderna. La Jurisprudencia transformóse, de esta manera, en una auténtica Filosofía del Derecho y del Estado.

El autor se detiene especialmente en la recepción del Derecho romano y en el papel de la Iglesia como difusora de las categorías jurídicas propias de aquel Derecho, como asimismo en el importante papel que cumplió la idea de Imperio. Posteriormente analiza, con claridad y sencillez expositiva, el "renacimiento" de la Jurisprudencia a partir del siglo XI, deteniéndose en el análisis de las aportaciones de la Escuela de Bolonia y desentrañando las características metó-

parcial de una institución jurídica en su desarrollo histórico.

Conocimiento profundo del tema, abundancia de datos, objetividad histórica, especial atención al fenómeno sindical y conflictual, todo ello dentro de los marcos de una exposición ordenada cronológicamente y por temas, hacen de este trabajo una verdadera obra de consulta para los interesados en el estudio del Derecho laboral.

Por último, sólo me resta agradecer la gentileza de su autor —nuestro amigo— al brindarme la posibilidad de dar esta noticia de su último libro en la Revista Cuadernos de la Facultad de Derecho y manifestarle mi deseo de poder leer una obra más amplia que lo que ha constituido el Apéndice de la Formación del Derecho del Trabajo.

Luis Martínez Rocamora

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN, *La Jurisprudencia y la formación del ideal político (Introducción histórica a la Ciencia jurídica)*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México D.F., 1983, 135 págs.

El doctor Tamayo, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador del Instituto de Investigaciones jurídicas, ofrece en este libro un avance de sus investigaciones en torno a la historia de la Ciencia jurídica, que pronto se verán completadas con un nuevo trabajo que lleva por título "El nacimiento de la Jurisprudencia".

El libro trata de poner de manifiesto —y lo consigue con éxito— las influencias que la acuñación de las categorías jurídicas, tomadas del Derecho romano, habrían de tener en la configuración medieval de la ideología política dominante; y, a la postre, en el establecimiento definitivo de los conceptos de Derecho público que instrumentalizaron los juristas en su teorización sobre el Estado. La tesis básica del libro es que el Derecho romano fue reformulado entre el 1.100 y el 1.600 dando lugar a "dogmas y principios" que formaron el material de construcción de la teoría política moderna. La Jurisprudencia transformóse, de esta manera, en una auténtica Filosofía del Derecho y del Estado.

El autor se detiene especialmente en la recepción del Derecho romano y en el papel de la Iglesia como difusora de las categorías jurídicas propias de aquel Derecho, como asimismo en el importante papel que cumplió la idea de Imperio. Posteriormente analiza, con claridad y sencillez expositiva, el "renacimiento" de la Jurisprudencia a partir del siglo XI, deteniéndose en el análisis de las aportaciones de la Escuela de Bolonia y desentrañando las características metó-

dicas del trabajo científico de los glosadores y los posglosadores. Destaca, sobre todo, el interés del autor por demostrar la conexión entre el concepto hegemónico de la Ciencia dominante en la Edad Media y el método propio de los juristas. El método dogmático de la Teología y el de la Ciencia del Derecho (romanistas y canonistas) unieron así sus esfuerzos en la estructuración de lo que el autor llama el "ideal político". El último capítulo (el V) recoge precisamente esta confluencia en la formación del pensamiento político de la época, haciendo hincapié en la instrumentalización de conceptos tales como el de imperium y el de soberanía.

Gregorio Robles

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Serie "Ensayos" nº 3, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, 239 págs.

Isabel Tapia Fernández, profesora titular de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca aborda un tema como "Las condenas no pecuniarias" y su ejecución forzosa en el Ordenamiento jurídico español, que resulta ser de gran complejidad en orden a dos ideas: por una parte, la legislación española es muy escasa (la ley de enjuiciamiento civil no dedica más que cuatro artículos), arcaica (no conocemos ninguna reforma en profundidad del articulado desde su promulgación en 1881) y fuera completamente del contexto socio-económico del último cuarto del siglo veinte. Por otra parte, la doctrina procesalista no ha dedicado mucha atención (por no decir nula) al tema, no conociéndose más que unas pocas líneas publicadas en torno a la ejecución forzosa de condenas de dar, hacer y no hacer.

El presente libro está dividido en tres capítulos precedidos de un "planteamiento general del tema". En este "planteamiento" la autora dedica unas pocas páginas (35 en total) a llamar la atención al lector sobre algunas cuestiones concretas, tales como el "criterio de la opción del deudor" seguido por el legislador, o bien, concretar, en síntesis, cuando una sanción específica deviene imposible, etc.. Además la autora une a esta sección introductoria del libro una rápida visión del panorama general regulador de la ejecución forzosa en el Derecho positivo español, marcando las pautas en que se desenvuelve la investigación.

El capítulo primero de la obra está dedicado a plantear un problema específico y concreto, que en muchos sectores doctrinales causa polémica constante: la delimitación entre las prestaciones específicas y genéricas en el marco de las distintas obligaciones y su tratamiento doctrinal en el campo del Derecho procesal. Aquí, se resalta por la autora, una primera dificultad que tiene su relevancia

dicas del trabajo científico de los glosadores y los posglosadores. Destaca, sobre todo, el interés del autor por demostrar la conexión entre el concepto hegemónico de la Ciencia dominante en la Edad Media y el método propio de los juristas. El método dogmático de la Teología y el de la Ciencia del Derecho (romanistas y canonistas) unieron así sus esfuerzos en la estructuración de lo que el autor llama el "ideal político". El último capítulo (el V) recoge precisamente esta confluencia en la formación del pensamiento político de la época, haciendo hincapié en la instrumentalización de conceptos tales como el de imperium y el de soberanía.

Gregorio Robles

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*, Serie "Ensayos" n° 3, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, 239 págs.

Isabel Tapia Fernández, profesora titular de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca aborda un tema como "Las condenas no pecuniarias" y su ejecución forzosa en el Ordenamiento jurídico español, que resulta ser de gran complejidad en orden a dos ideas: por una parte, la legislación española es muy escasa (la ley de enjuiciamiento civil no dedica más que cuatro artículos), arcaica (no conocemos ninguna reforma en profundidad del articulado desde su promulgación en 1881) y fuera completamente del contexto socio-económico del último cuarto del siglo veinte. Por otra parte, la doctrina procesalista no ha dedicado mucha atención (por no decir nula) al tema, no conociéndose más que unas pocas líneas publicadas en torno a la ejecución forzosa de condenas de dar, hacer y no hacer.

El presente libro está dividido en tres capítulos precedidos de un "planteamiento general del tema". En este "planteamiento" la autora dedica unas pocas páginas (35 en total) a llamar la atención al lector sobre algunas cuestiones concretas, tales como el "criterio de la opción del deudor" seguido por el legislador, o bien, concretar, en síntesis, cuando una sanción específica deviene imposible, etc.. Además la autora une a esta sección introductoria del libro una rápida visión del panorama general regulador de la ejecución forzosa en el Derecho positivo español, marcando las pautas en que se desenvuelve la investigación.

El capítulo primero de la obra está dedicado a plantear un problema específico y concreto, que en muchos sectores doctrinales causa polémica constante: la delimitación entre las prestaciones específicas y genéricas en el marco de las distintas obligaciones y su tratamiento doctrinal en el campo del Derecho procesal. Aquí, se resalta por la autora, una primera dificultad que tiene su relevancia

incluso en el título de la obra "las condenas no pecuniarias" y que se configura en la necesidad de introducirse en el campo del Derecho civil para marcar las diferencias entre las obligaciones genéricas y específicas. La utilización de la teoría general de las obligaciones y la aportación doctrinal de muchas clasificaciones que de ellas pueden hacerse (obligaciones a plazo, mancomunadas y solidarias, obligaciones de dar, hacer o no hacer) llevan a la autora a plasmar una plataforma teórica del Derecho civil que le permitirá introducirse en el Derecho procesal de forma más cómoda.

Además, la autora aborda un problema (jamás estudiado hasta ahora) que se traduce en la dificultad de trasladar las afirmaciones realizadas por la doctrina civil (y no rehuye la cita de doctrina tan autorizada como Hernández Gil, Díez Picazo y el ya clásico entre nosotros Castán) al terreno del Derecho procesal. En efecto, el estudio procesal nos obliga a detenernos, con carácter previo, en cuestión tan importante como la distinción entre los conceptos de "prestación" y "sanción" (a ello dedica la autora las págs. 35 y ss.), y posteriormente admitir que la distinción entre obligaciones genéricas y específicas no tiene correspondencia con lo que viene denominándose (por la doctrina italiana, sobre todo, pero también patria) ejecución genérica y ejecución específica. Si analizamos con rigor las deudas dinerarias observamos que se alejan tanto de las obligaciones genéricas como de las específicas, precisamente por el "peculiar objeto que integra la prestación. El dinero, que no es un bien cualquiera, sino un bien de mediación, de naturaleza muy particular, económica y jurídica".

En consecuencia, es más correcto en el terreno procesal hablar de ejecuciones dinerarias (es decir, aquellas que nuestros históricos denominaban "*sobre dinero*") y ejecuciones no dinerarias (que, igualmente nuestros históricos denominaban "*juicios sobre raíz o mueble*").

El capítulo segundo de la obra está destinado a conseguir un solo resultado: definir la naturaleza de la impropriadamente llamada —a juicio de la autora— ejecución forzosa en forma específica (entendida como ejecución de condena no dineraria). La autora aborda el tema desde dos aspectos definidores del mismo: por un lado el origen histórico de la institución; por otro, el estudio de las concepciones doctrinales más modernas que existen sobre el instituto procesal. Con respecto al primero, se destaca el fácil manejo que tiene la autora de los textos históricos, en especial del Derecho romano; en el segundo de los aspectos mencionados, se destaca igualmente, el conocimiento de la doctrina de Satta y su clara exposición.

Ahora bien, podría considerarse que en este capítulo la autora hace una labor, en muchos casos necesaria, de carácter expositivo de las diversas teorías expuestas por la doctrina; nada más alejado de la realidad; la autora toma partido, es decir, realiza, estudia y expresa su teoría propia sobre la cuestión. Así, en las págs. 77 y ss. de la obra se resumen las características o notas definidoras de la ejecución forzosa, que califica la propia autora como "crítica a la teoría de Satta".

Estamos, pues, ante un capítulo que el lector podrá enjuiciar como excesivamente teórico, pero creo que era una necesidad ya que la comprensión de este capítulo permite entender la obra en sus justos términos.

Con el capítulo tercero se inicia lo que podríamos denominar la segunda parte del libro, y que se dedica al estudio del Ordenamiento jurídico español. Se recogen hasta tres apartados o secciones dedicadas a: a) la ejecución forzosa no dineraria regulada en la Ley de enjuiciamiento civil; b) la ejecución forzosa no dineraria recogida por la jurisprudencia, o bien, regulada en leyes especiales; y c) la entrega de dinero cuando deviene imposible la restitución "*in natura*".

Por lo que respecta a la primera de las secciones, el estudio se centra en los cuatro tipos de ejecuciones de carácter no dinerario: condenas de hacer; condenas de no hacer; condenas a entregar cosa cierta; y condenas a entregar cosa determinada por el género, precedidos de un apartado inicial dedicado al estudio de dos aspectos fundamentales para la comprensión de esta sección: el desarrollo legislativo y su evolución histórica; y el especial estudio del art. 923 LEC. El primero de los aspectos es tratado con sumo cuidado, haciendo referencia a todos los cuerpos legislativos reguladores del tema desde "Las Partidas" hasta la "Ley de enjuiciamiento civil de 1881". El segundo, es decir, el estudio del art. 923 LEC es sumamente interesante, y yo diría fundamental, para comprender la actividad ejecutiva de los Tribunales de justicia. En efecto, el art. 923 LEC no hace más que limitar las medidas ejecutivas a las señaladas en los artículos que le son posteriores (es decir, 924 a 927 LEC), con el peligro que ello supone al ser artículos que regulan escasamente los medios con que cuenta el juez ejecutor.

Además, resalta la autora, existe un problema importante que se encuentra cada día en la práctica ante los Tribunales de justicia: "a igualdad de situaciones fácticas, no se corresponden iguales interpretaciones, ni similares resoluciones..." (cfr. pág. 102). Ciertamente, dice la autora y lo avala la jurisprudencia que allí se cita, que diversas resoluciones del Tribunal Supremo declaran que tras la resolución en sentencia firme de carácter declarativo es obvio que deben realizarse las oportunas actividades ejecutivas que sean "lógica consecuencia", y por el contrario, nos encontramos con otras resoluciones "fácticamente" iguales, en que se niega la actividad del ejecutor solicitada por el ejecutante para llevar a cabo lo que debe ser la "lógica consecuencia".

Ya pasando a comentar los cuatro tipos de ejecución derivada de condena no pecuniaria, observamos que se detectan dos importantes problemas que pasaremos a resumir:

a) En primer lugar, y con referencia a las condenas que determinan la obligación de "un hacer" en el deudor, la polémica surge ante la determinación del carácter "personal" o "no personal" de la obligación. En efecto, si el hacer es personalísimo, según el criterio de la "opción del deudor" ya comentado, el ejecutado no puede ser obligado (a diferencia de los países de nuestro entorno) ni

constreñido de ningún modo al cumplimiento, con lo que, ante un deudor insolvente, que lógicamente optará por no cumplir lo especificado en la ejecutoria, nada puede hacer el ejecutante, ya que el Ordenamiento jurídico tan solo prevé el expediente de reparación del daño por equivalente económico (*"id quod interest"*).

b) Un segundo problema que se detecta hace referencia a las condenas "a entregar cosa cierta". Tanto en el caso que se trate de bienes muebles o bienes inmuebles, el legislador, a la menor dificultad, acude al expediente reparador consagrado en los arts. 928 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil. Ahora bien, los problemas que se suscitan son diferentes en uno u otro tipo de sanción. Si de ejecución de cosa mueble se trata es obvio que ante la desaparición física de la cosa deba acudir al resarcimiento del daño; pero no resulta tan lógico (aunque el legislador acuda igualmente a dicho expediente) ante la pérdida de la cosa mueble por ocultación del deudor (por otra parte bastante usual en la práctica); el legislador español, al igual que decíamos anteriormente, no regula ningún mecanismo destinado a constreñir la voluntad del ejecutado ante ocultaciones calificadas de fraudulentas. Por otra parte, si de entregar cosa inmueble se trata, el problema se agudiza al considerar el Tribunal Supremo que deviene imposible la ejecución de la condena cuando el bien se encuentra en posesión de un tercero; siendo tercero aquél que no ha sido ni oído ni vencido en juicio. Así, ante un título de propiedad en manos de tercero, o simplemente ante un contrato de arrendamiento donde el arrendatario obró de buena fe, es suficiente para que el legislador, sin plantearse otra alternativa, acuda al expediente reparador de determinación del *"id quod interest"*. Obviamente, si se trata de terceros que no traen causa del ejecutado (cfr. art. 1.252 Cc.).

La segunda de las secciones la dedica la autora a estudiar las ejecuciones forzosas no dinerarias, reguladas en leyes especiales o bien por la propia jurisprudencia. En ella se trata de dos supuestos de hecho: condenas a la emisión de una determinada declaración de voluntad y la ejecución forzosa al amparo del art. 41 de la Ley hipotecaria.

En el primero de los supuestos la autora realiza un estudio jurisprudencial y doctrina (con aportaciones del derecho extranjero) sobre las obligaciones de las partes a emitir en un momento determinado una (determinada) declaración de voluntad. Se suscitan, según la autora, tres supuestos concretos. El pre-contrato que ha sido calificado por la jurisprudencia (aunque recientemente se observa alguna línea jurisprudencial distinta) como un hacer personalísimo, y en consecuencia ante la negativa del deudor, reparación del daño. Distinta posición adopta la *Ley de arbitraje de 22 de diciembre de 1953* que configura la posibilidad de realizar el contrato de compromiso por el propio juez ante la negativa de una de las partes (cfr. art. 9 LA). Por último, destaca la autora el supuesto de la "acción de jactancia" por medio de la cual "un actor podrá entablar juicio para obligar a otro que se alaba de tener derechos contra el demandante, a que los ejercite en el juicio correspondiente". Destaca la incorrecta configuración de la acción de jactancia como mero-declarativa, siendo más bien encuadrable en las

acciones de condena (el demandado debe o bien obligarse a guardar silencio —en definitiva, emitir “un no hacer”—; o bien actuar en juicio, interponiendo la correspondiente demanda).

El segundo supuesto planteado por la autora hace referencia a las ejecuciones específicas con base en el art. 41 LH. Se reduce este tipo de ejecuciones al ejercicio de acciones de carácter real procedentes de derechos inscritos. Así, cuando el titular registral, es perturbado en su derecho, el Ordenamiento jurídico le faculta para iniciar directamente un proceso de ejecución sumario, en el cual existe, como es lógico, su mecanismo de defensa del ejecutado. En definitiva, el ejercicio de un derecho real con base en una calificación registral.

Por último la autora trata en la sección tercera de este capítulo un problema real que se produce en la práctica: no se debe confundir el expediente reparador del daño derivado de la imposibilidad “*in natura*” de cumplir una obligación específica con el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual conforme al art. 1.902 Cc. Si exigiéramos —como en ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo— al ejecutante que pruebe la existencia del hecho, el perjuicio y el nexo causal, ante una condena no dineraria de imposible cumplimiento, en la mayoría de los casos le dejaríamos insatisfecho en la tutela solicitada ante los tribunales y ganada en sentencia firme de condena.

En definitiva, y como corolario a la presente recensión del libro de la profesora Tapia Fernández, debemos decir que nos encontramos ante una gran obra, inédita en cuanto al tema, que constituirá, sin duda, un pilar básico en el cual debe apoyarse las futuras investigaciones que sobre el tema se realicen. Esto es, una obra que, aunque moderna en su concepción, debe ser considerada clásica para los estudiosos del Derecho procesal.

Carlos Gutiérrez González

ANTONIO MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, 606 págs.

Ciertamente, pocas cuestiones jurídico-administrativas pueden calificarse con tanta justicia de eternas e inacabables como los problemas que plantean los llamados poderes discrecionales de la Administración, aspecto fundamental de la vinculación de los poderes públicos a la norma jurídica; con parecidas palabras comienza el propio autor de este magnífico libro, originariamente tesis doctoral, justificando la elección de su tema. Por lo demás, las conclusiones que se obtie-

acciones de condena (el demandado debe o bien obligarse a guardar silencio —en definitiva, emitir “un no hacer”—; o bien actuar en juicio, interponiendo la correspondiente demanda).

El segundo supuesto planteado por la autora hace referencia a las ejecuciones específicas con base en el art. 41 LH. Se reduce este tipo de ejecuciones al ejercicio de acciones de carácter real procedentes de derechos inscritos. Así, cuando el titular registral, es perturbado en su derecho, el Ordenamiento jurídico le faculta para iniciar directamente un proceso de ejecución sumario, en el cual existe, como es lógico, su mecanismo de defensa del ejecutado. En definitiva, el ejercicio de un derecho real con base en una calificación registral.

Por último la autora trata en la sección tercera de este capítulo un problema real que se produce en la práctica: no se debe confundir el expediente reparador del daño derivado de la imposibilidad “*in natura*” de cumplir una obligación específica con el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual conforme al art. 1.902 Cc. Si exigiéramos —como en ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo— al ejecutante que pruebe la existencia del hecho, el perjuicio y el nexo causal, ante una condena no dineraria de imposible cumplimiento, en la mayoría de los casos le dejaríamos insatisfecho en la tutela solicitada ante los tribunales y ganada en sentencia firme de condena.

En definitiva, y como corolario a la presente recensión del libro de la profesora Tapia Fernández, debemos decir que nos encontramos ante una gran obra, inédita en cuanto al tema, que constituirá, sin duda, un pilar básico en el cual debe apoyarse las futuras investigaciones que sobre el tema se realicen. Esto es, una obra que, aunque moderna en su concepción, debe ser considerada clásica para los estudiosos del Derecho procesal.

Carlos Gutiérrez González

ANTONIO MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, 606 págs.

Ciertamente, pocas cuestiones jurídico-administrativas pueden calificarse con tanta justicia de eternas e inacabables como los problemas que plantean los llamados poderes discrecionales de la Administración, aspecto fundamental de la vinculación de los poderes públicos a la norma jurídica; con parecidas palabras comienza el propio autor de este magnífico libro, originariamente tesis doctoral, justificando la elección de su tema. Por lo demás, las conclusiones que se obtie-

nen de la lectura de la minuciosa investigación de Antonio Mozo, no hacen sino confirmar aquél aserto.

Digamos ya que a pesar de su permanente actualidad y, consiguientemente, de la constante atención que la materia ha merecido a los especialistas del Derecho administrativo, estamos ante una aportación por muchas razones innovadora y en todo caso de obligado manejo para quien, a partir de ahora, pretenda acercarse al tema.

Creemos que, sin traicionar la unidad de propósito y los objetivos del autor, pueden diferenciarse en la obra tres partes desde el punto de vista sistemático; la primera (Capítulos I, II y III), dedicada al estudio del binomio actividad reglada - actividad discrecional de la Administración bajo la vigencia de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888, reformada en 22 de junio de 1894 (la "Ley Santamaría de Paredes"), siendo de esta última fecha también su Reglamento; legislación que, como es conocido, sólo permitía la fiscalización judicial de los actos administrativos cuando —además de otros requisitos— fuesen dictados en el ejercicio de "facultades regladas" (art. 1º de la Ley); de este punto, verdaderamente crucial para el devenir del control judicial de la Administración, arranca el análisis del Dr. Mozo Seoane, para comprobar el peso de semejante concepción en el sistema —es decir, en la formación del Derecho administrativo español— y la respuesta jurisprudencial a este rígido esquema legal.

Dos conclusiones, quizá, a destacar de esta rigurosa aproximación histórica: la concepción legal resulta radicalmente "formalista", lo que no quiere decir —como a veces se ha mantenido— que el control judicial esté limitado a "las formas" (competencia, procedimiento); la jurisprudencia española tuvo mayores logros fiscalizadores —¡olvidémonos de los socorridos "progresos" del Conseil d'Etat!— de lo que habitualmente se le ha reconocido.

La que podríamos llamar segunda parte (Capítulos IV, V, VI y VII), aborda el tema ya a partir de la vigente Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa, de 27 de diciembre de 1956, que supuso un cambio radical en la consideración del viejo dualismo potestad reglada - potestad discrecional, abandonando sencillamente la distinción como base del acceso jurisdiccional al control de la actuación administrativa; este trascendental avance, tan reclamado judicial y doctrinalmente, no hizo más que abrir nuevas perspectivas: si discrecionalidad no es sinónimo de inimpugnabilidad, es preciso sin embargo *definir*, delimitar el concepto de lo discrecional, puesto que en el viejo sistema —como en este trabajo demuestra cumplidamente— el criterio delimitador era puramente negativo (lo no reglado).

¿Qué es la discrecionalidad?, ¿cuándo actúa discrecionalmente la Administración?, ¿son realmente fiscalizables los "elementos discrecionales" de esta actuación?. Las respuestas que se dan a todas estas cuestiones son objeto de una consideración crítica en esta parte, que constituye por tanto, como puede adivinarse, el "grueso" del estudio.

Para centrar el tema, se estudia (Capítulo IV) de manera breve pero muy precisa el significado del Principio de legalidad de la Administración, con una visión claramente crítica del sentido que a este fundamental postulado se viene dando en la "doctrina dominante" —el de la denominada "positive Bindung"—, reclamando, por contra, el verdadero significado de aquél, expuesto hace más de diez años entre nosotros por Gallego Anabitarte ("Ley y Reglamento en el Derecho público occidental", 1971); se exponen (Capítulo V) las posturas más destacadas de los autores españoles sobre el concepto de la discrecionalidad, con una muy especial atención a lo que se titula el "impacto" de la teoría de los conceptos jurídicos —normativos, prefiere decir el autor— indeterminados, doctrina que sin duda ha polarizado modernamente los intentos de precisión de lo que sean las facultades discrecionales, sin conseguir, sin perjuicio de su virtualidad, clarificar totalmente la cuestión precisamente en los casos extremos —o "supuestos límite"— de indeterminación (valoraciones, por ejemplo), que son los más necesitados de esa clarificación. Todos estos problemas son recogidos también en su reflejo jurisprudencial (Capítulo VI), con la solución que desde su insustituible visión "tópica" ofrecen los jueces; con todo este bagaje, en el que desde luego no faltan apuntes críticos, el autor afronta su propia concepción del tema (Capítulo VII), a la que después nos referiremos en sus líneas esenciales.

Hasta aquí lo que, siguiendo una terminología también aceptada por Mozo, podemos llamar la "delimitación formal" del concepto de discrecionalidad; el lógico colofón a este desarrollo lo constituye el denso y extenso último Capítulo (VIII), dedicado a la "delimitación material", esto es, a las técnicas específicas de control de las potestades administrativas de contenido discrecional, "a cuyo servicio están —se nos dice— los demás aspectos del tema": sería, en nuestra particular sistematización, la tercera parte, si bien claramente unida por su objetivo a la anterior. Los medios de fiscalización analizados son los clásicos: desviación de poder, control de los hechos determinantes y principios generales del Derecho, en una perspectiva, como no podía ser menos, preferentemente jurisdiccional, quiero decir, más apegada si cabe a la estricta disección de la doctrina jurisprudencial en su principal tarea de sujetar a la Administración dentro de los límites de la legalidad; en este sentido, resulta muy interesante el "ataque" que se plantea, frente a una arraigada línea judicial, contra la vieja técnica de la desviación de poder, de la que aquí se predica su naturaleza de "simple aplicación errónea o indebida de la norma", postulando en consecuencia su abandono y clara superación por parte de los otros dos instrumentos fiscalizadores.

Así pues, nos encontramos ante una monografía francamente completa y sin duda enriquecedora para el debatido tema de la discrecionalidad administrativa; por lo pronto, viene a llenar un vacío: el de un estudio rigurosamente ceñido a la evolución del concepto en Derecho español en todas sus vertientes, para saber donde estamos y cómo hemos llegado, en una materia —como tantas otras, pero ésta especialmente— en la que hemos dependido en exceso de referencias foráneas, no siempre exactas cuando no claramente extrañas. Por eso, decía antes que el trabajo será de lectura imprescindible desde ahora para referirse al tema. Insustituible, desde luego, en el examen que realiza a la jurisprudencia: este

era —según reconoce el autor— el principal objetivo de la investigación y lo que, en efecto, marca la línea metodológica de la misma; son más de quinientas las sentencias estudiadas, minuciosamente desgranadas las más importantes de ellas, sobre los más diversos sectores de la actuación administrativa: policía en general, dominio público, concursos de méritos, exámenes y calificaciones académicas, transportes por carretera, derribo de fincas urbanas, contratación, urbanismo, régimen disciplinario..., ámbitos con tradicional presencia de facultades discrecionales más o menos reconocidas; no se trata, sin embargo, de una ordenación o sistematización de las resoluciones judiciales en las distintas materias, sino de su verdadero *análisis* en relación con el aspecto de la discrecionalidad que en cada momento interesa (manifestación, límites, concepto, alcance, fiscalización). Nada, pues, del tan habitual “estilo descriptivo”; muy al contrario, la exposición está llena de matices, incluso a veces resulta difícil de lectura —obliga, cuando menos, a un esfuerzo de atención— para ir atando cabos: gana, por contra, la riqueza de sugerencias.

Todo ese precioso material se recoge en un “Apéndice de jurisprudencia”, cronológico y sistemático; y aquí, sí, un amistoso reproche: la falta de remisión de las sentencias al lugar en que son estudiadas en el texto, lo que haría mucho más útil e interesante la recopilación.

La “tesis” del Prof. Mozo es, a la postre, la defensa de la discrecionalidad de la Administración, de su realidad jurídico-positiva y aún de su necesidad por el papel reservado a los órganos administrativos en el proceso de ejecución de la norma; a este resultado le conducen tanto su verificación del comportamiento judicial frente al actuar más o menos libre de la Administración como sus propias reflexiones teóricas sobre el problema; combate, por ello, las doctrinas que pretenden eliminar, todo ámbito o reducto de discrecional actuación administrativa, fundamentalmente en dos frentes: la doctrina de los conceptos normativos o jurídicos indeterminados, que no atrae a su campo a los supuestos de discrecionalidad, eliminándola bajo el postulado de la “unicidad de solución justa”, sino que justamente, y sólo, la delimita y rechaza como manifestación legal distinta, conferidora de una *expresa delegación* a favor de la Administración para actuar con cierto grado de libertad; y, como derivación de ello, la no consideración del *interés público* como un medio de control de la actividad discrecional, sino como el fundamento de ésta cuando la norma atribuye al órgano administrativo su conformación.

Toda la construcción se apoya, a su vez, en un método básico, común en la doctrina alemana sobre el tema y que aquí se incorpora: la *estructura lógica de la norma*, que se defiende como el único camino para comprender el problema de la discrecionalidad y sus manifestaciones; frente a la estructura del acto administrativo, que es el planteamiento habitual en la doctrina española, residuo del proceso de evolución de la lucha contra las viejas potestades discrecionales, inmunes, y cuyo lastre parece todavía pesar, según el autor, hasta el punto de llevar a identificar en el fondo discrecionalidad con inimpugnabilidad, cuando aquélla opera, hoy, dentro de unos estrictos límites legales, por referencia a los cuáles es siempre controlable.

Sin duda, cualquier opción en este terreno seguirá siendo polémica. Aquí se elige una, y seguramente no la más cómoda.

En cualquier caso, a la vista de los resultados, hay que agradecer al Prof. Gallego Anabitarte, director en su día de la tesis doctoral y ahora prologuista del libro, que "embarcase" a su discípulo en tan difícil tarea, según nos cuenta en el Prólogo; prólogo que, por cierto, no solamente sirve de presentación al libro sino que contiene también unas muy interesantes propuestas sobre el tema del poder discrecional en el marco de la Constitución de 1978.

Angel Menéndez Rexach

LEYES CIVILES FORALES. Colección de Textos Legales, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1984, 6ª ed., 812 págs.

El presente volumen constituye una nueva edición (la 6ª) de las *Leyes civiles forales* que viene editando, dentro de la colección "Textos Legales", el Departamento de Programación Editorial del BOE. La presentación ha sido especialmente cuidada en lo que se refiere a su distribución, sumarios, texto legales, índices analíticos, etc. Un volumen, en suma, de muy fácil manejo y que reúne todas las características deseables en este tipo de ediciones.

Su contenido está integrado por los arts. 13 a 16 del Código civil, la Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya y Alava, la Compilación del Derecho civil de Cataluña, la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, la Compilación del Derecho civil especial de Galicia, la Compilación del Derecho civil de Aragón y la Compilación del Derecho civil foral de Navarra.

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

60. **Proyecto de urbanización.** Aprobación. Adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras. Ilegitimidad de tales adaptaciones. *Sentencia de 2 de Mayo de 1984.*
61. **Licencia de obras. Otorgamiento por subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo.** Legitimación del Ayuntamiento para recurrir. El acto de concesión ha de imputarse al órgano que se subroga. Construcciones portuarias. Momento en que la subrogación se produce. La Licencia no contradice el Plan General. *Sentencia de 3 de Mayo de 1984.*
62. **Actividades peligrosas.** Orden de paralizar la explotación de recursos mineros. Necesidad de licencia municipal. Actividad contraria al Plan Provincial de Ordenación, que está vigente y es de aplicación subsidiaria respecto del planeamiento municipal. Desfiguración del paisaje. Ausencia de responsabilidad administrativa. *Sentencia de 5 de Mayo de 1984.*
63. **Recursos en vía administrativa y sentencia.** Depósito previo cuando lo exige una ley formal. Actas de la Inspección de trabajo. *Sentencia de 5 de Mayo de 1984.*
64. **Actas de la inspección de trabajo.** Presunción de certeza. Requisitos. *Sentencia de 7 de Mayo de 1984.*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Sr. Segura Gí-nard 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.

65. **Fondo de garantía salarial.** Indemnizaciones fijadas en conciliación judicial; procedencia de su abono. *Sentencia de 9 de Mayo de 1984.*
66. **Suspensión de acuerdos de las corporaciones locales.** Declaración del término municipal como "zona no nuclear" > Invasión de competencias estatales. *Sentencia de 10 de Mayo de 1984.*
67. **Licencia fiscal de actividades comerciales e industriales.** Hecho imponible: mero ejercicio de la actividad. Sujeto pasivo: persona física o jurídica que realiza la actividad. Explotación de salas de bingo: sujeto pasivo: empresa explotadora y no la entidad autorizada. **Infracción de omisión.** *Sentencia de 10 de mayo de 1984.*
68. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos.** No sujeción de los terrenos destinados a explotaciones agropecuarias: no basta la calificación de terreno rústico: necesidad de ejercicio real de la explotación con empleo de medios económicos, personales y materiales. *Sentencia de 14 de mayo de 1984.*
69. **Recursos en vía Administrativa o Contenciosa.** Depósito previo para recurrir: Exigencia de Ley formal que lo establezca. Salarios de tramitación: cotizan a la Seguridad Social. *Sentencia de 16 de Mayo de 1984.*
70. **Derecho Sancionador.** Principio de legalidad. Determinación de la gravedad; discrecionalidad de la Administración y revisión en vía contenciosa. *Sentencia de 17 de Mayo de 1984.*
71. **Funcionarios públicos, I.R.Y.D.A. Concurso de méritos.** En la convocatoria no se indica que la obtención de la plaza implica traslado de localidad. La actuación administrativa se ajusta al Estatuto del personal al servicio de los Organismos Autónomos. *Sentencia de 21 de Mayo de 1984.*
72. **Proceso especial de art. 118 de la Ley de Jurisdicción contencioso administrativa.** Suspensión decretada por el Alcalde de licencia urbanística otorgada por la Comisión Provincial de Urbanismo. Vigencia de esta facultad suspensiva. Autonomía municipal. Irrelevancia del otorgamiento de la licencia por subrogación. Condición de solar. Levantamiento de la suspensión. *Sentencia de 22 de Mayo de 1984*.*
73. **Informe preceptivo.** Aprobación del programa y presupuesto de las

- fiestas patronales, sin el debido informe del Secretario-Interventor. Nulidad procedimental. Han de retrotraerse las actuaciones al momento de la petición del informe. *Sentencia de 24 de Mayo de 1984.*
74. **Declaración de ruina.** Ruina técnica y ruina económica. Trascendencia de las condiciones de salubridad o habitabilidad. *Sentencia de 24 de Mayo de 1984.*
75. **Licencia de Obras.** Denegación por no estar de acuerdo el proyecto con el entorno. Aprobación de la Comisión del Patrimonio Artístico. El acto municipal no se ajusta a Derecho. *Sentencia de 26 de Mayo de 1984.*
76. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos.** Aplicación de índices trienales: irrelevancia de la modificación de la calificación urbanística derivada de la aprobación de un Plan de Ordenación. *Sentencia de 26 de mayo de 1984.*
77. **Sanciones Administrativas.** Funcionarios municipales. Desobediencia de la orden de pasar al despacho del superior. Falta leve. *Sentencia de 29 de Mayo de 1984.*
78. **Fondo de Garantía Salarial.** Límites de la indemnización. Cómputo del cuarenta por ciento en empresas de menos de veinticinco trabajadores. Procedencia. *Sentencia de 4 de Junio de 1984.*
79. **Acto consentido.** Administración corporativa. Suspensión del ejercicio de la profesión. Cómputo del plazo para recurrir según el Estatuto General de la Abogacía. Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. *Sentencia de 6 de Junio de 1984.*
80. **Fondo de Garantía Salarial.** Abono de indemnizaciones convenidas en conciliación judicial. Procedencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1984.*
81. **Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.** Recurso de reposición extemporáneo. *Sentencia de 8 de Junio de 1984.*
82. **Responsabilidad de la Administración.** Accidente en instalaciones para juegos infantiles. Tobogán situado en calle pública para uso público. Amputación de un dedo. Requisitos para que proceda la indemnización. La cantidad de quinientas mil pesetas (500.000,-)

es razonable. Daños físicos y psíquicos. *Sentencia de 11 de Junio de 1984**.

83. **Estudio de detalle.** La falta de notificación: no puede anular el acuerdo adoptado, ni produce indefensión. Vulnera las NN.SS. del término: nueva ordenación de usos y alineaciones, el sector tenía que ser desarrollado por un Plan Especial. *Sentencia de 12 de Junio de 1984.*
84. **Funcionarios de Administración Local. Amnistía.** Readmisión. Solicitud de categoría de Oficial Administrativo. Inadmisibilidad parcial del recurso por extemporaneidad. No hay agravio comparativo. Ingreso por oposición no puede equipararse a concurso u otra forma de ingreso. *Sentencia de 19 de Junio de 1984.*
85. **Personal al servicio de la Administración de Justicia.** Trienios. Nivel de titulación Auxiliar Diplomado: coeficiente 6. El actor no ha prestado sucesivamente sus servicios en distintos Cuerpos. *Sentencia de 22 de Junio de 1984.*
86. **Responsabilidad patrimonial de la Administración.** Destrucción tramo acera construido por particular ordenada por el Alcalde. Reclamación previa conforme con la demanda judicial. Es preceptivo denunciar la mora. Decreto dictado de plano. Organismo competente Corporación y no Alcalde. Necesidad apercibimiento interesado. Responsabilidad objetiva. Fijación daños ejecución de sentencia. *Sentencia de 25 de Junio de 1984.*
87. **Procedimiento de gestión tributaria:** disconformidad del sujeto pasivo a la rectificación de liquidación girada como consecuencia de actuaciones inspectoras: requiere la apertura de expediente en el que se dé audiencia al sujeto pasivo: el incumplimiento de este trámite conlleva la nulidad de los actos posteriores incluida la de la providencia de apremio. *Sentencia de 30 de Junio de 1984**.
88. **Fondo de Garantía Salarial.** Límites de la indemnización. Cómputo del cuarenta por ciento en empresas de menos de veinticinco trabajadores. Procedencia. *Sentencia 30 de Junio de 1984.*
89. **Sanción Administrativa.** Principio de legalidad: basta cobertura legal. Tres infracciones y una sola sanción: procede ya que hay mismo designio. Jurisdicción contencioso-administrativa puede revisar y reducir la sanción impuesta aplicando los conceptos jurídicos

indeterminados previstos en la norma a las circunstancias de hecho. *Sentencia de 4 de Julio de 1984.*

90. **Concesión línea de transporte público regular de viajeros.** Parada inicial y puesto terminal de la línea. Recursos acumulados. **Inadmisibilidad del recurso.** Acuerdo del Consell General Interinsular nulo de pleno derecho. El Ayuntamiento de Palma es competente para fijar el lugar de llegada y salida de los autobuses interurbanos. *Sentencia de 6 de Julio de 1984.*

91. **Caducidad del expediente paralizado por causa imputable al interesado. Notificación que no señala los recursos: solo nula si da lugar a la indefensión.** *Sentencia de 7 de Julio de 1984.*

92. **Concesión municipal de servicio de transporte.** Convenio suscrito entre el Ayuntamiento de Palma y S.A.L.M.A. para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. Incrementos coste de personal debidos al convenio colectivo: procedencia. *Sentencia de 11 de Julio de 1984.*

93. **Caducidad del expediente paralizado por causa imputable al interesado. La notificación que no señala los recursos: solo nula si da lugar a indefensión.** *Sentencia de 12 de Julio de 1984.*

94. **Presunción de legalidad de los actos de determinación de bases imponibles.** Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos. Naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa: improcedencia de cuestión nueva. *Sentencia de 14 de Julio de 1984.*

95. **Sanciones.** Principio de legalidad constitucional: rango de Ley formal no de Decreto-ley. Jueces y Tribunales están obligados a interpretar la Constitución. *Sentencia de 16 de Julio de 1984*.*

96. **Declaración de ruina.** Valor reparaciones 50% del valor del edificio. Naturaleza revisora de la Jurisdicción. Cuestión nueva. Ponderación apreciaciones peritos. Valor reparación: defectos seguridad y salubridad del edificio. *Sentencia de 17 de Julio de 1984.*

97. **Recurso contencioso-administrativo: actos de gestión tributaria.** Inadmisibilidad por no haber agotado la vía administrativa. *Sentencia de 19 de Julio de 1984.*

98. **Funcionarios públicos.** Profesores de educación Civio-Social y Política. Derechos económicos. *Sentencia de 23 de Julio de 1984.*
99. **Fondo de Garantía Salarial.** Límites en el tiempo de los salarios reconocidos. Facultades del FO.GA.SA.: no incluye la estimación de la cuantía de los salarios adecuados. *Sentencia de 24 de Julio de 1984.*
100. **Sanidad.** Funcionarios Públicos. **Veterinarios Municipales.** La competencia para su nombramiento corresponde a la Comunidad Autónoma. Defectos de forma en el procedimiento no invalidantes. *Sentencia de 27 de Julio de 1984.*
101. **Ordenes de ejecución.** Demolición de obras realizadas sin licencia. Principio de proporcionalidad. Legalización por transcurso del tiempo. *Sentencia de 31 de Julio de 1984.*
102. **Contratos administrativos.** Adjudicación por concurso-subasta de ampliación y conservación de rótulos luminosos en las vías públicas. Actuación objetiva en la selección del contratista. *Sentencia de 31 de Julio de 1984.*
103. **Sanciones de la administración.** Principio de legalidad. Aplicación de Ordenanzas Laborales. Horas extraordinarias. Límites a su realización. *Sentencia de 1 de Septiembre de 1984.*
104. **Aprovechamiento medio.** Aprobación definitiva de Proyecto de Urbanización. La cesión del diez por ciento del aprovechamiento medio de los terrenos es aplicable aunque no se haya producido la adaptación de los planes a la Ley del Suelo de 1976. Principio de igualdad de beneficios y cargas derivados del planeamiento. *Sentencia de 1 de Septiembre de 1984.*
105. **Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.** Licencia de funcionamiento de industria. **Motivación de los actos.** Silencio positivo. El percibo de arbitrios por parte del Ayuntamiento no implica que la actividad esté autorizada. *Sentencia de 1 de Septiembre de 1984.*
106. **Sanidad.** Reglamento del Servicio de Sanidad Veterinaria Municipal. Invasión de competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma. *Sentencia de 5 de Septiembre de 1984.*

107. **Licencia de obras.** Ausencia de informes y de motivación. Retroacción de las actuaciones. No procede entrar en el fondo del asunto. **Naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.** *Sentencia de 5 de Septiembre de 1984.*
108. **Actas de la inspección de trabajo.** Presunción de certeza. Requisitos. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1984.*
109. **Licencia de obras.** Indivisibilidad del solar. El principio de que no es necesario acreditar el derecho de propiedad para solicitar la licencia no es absoluto. Demolición de construcciones ajenas para proceder a la edificación proyectada. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1984.*
110. **Aguas.** Alumbramiento de aguas subterráneas. Recurso de alzada presentado a tiempo. Principio pro-actione. Retroacción del expediente. *Sentencia de 15 de Septiembre de 1984.*
111. **Funcionarios.** Haberes pasivos. La adjudicación de un coeficiente simplemente en razón al título es contraria al ordenamiento jurídico. Principio de igualdad. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1984.*
112. **Actividad Sancionadora.** Recursos en vía administrativa. Legitimación. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984.*
113. **Seguridad Social.** Régimen especial de trabajadores autónomos. Inclusión obligatoria de Gestores Administrativos. Improcedencia. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1984.*
114. **Impuesto de Radicación.** Potestad tributaria de las Corporaciones Locales sobre hechos imponible producidos en terrenos de dominio público sitios en el término municipal. Inaplicabilidad de exenciones previstas para el Estado y otros entes de Derecho Público a las Empresas Nacionales por ser de naturaleza jurídica-privada. *Sentencia de 26 de septiembre de 1984.*
115. **Recurso contencioso-administrativo.** Inadmisibilidad por extemporáneo: plazos. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos.** *Sentencia de 27 de Septiembre de 1984.*
116. **Sanciones administrativas. Juego.** Máquinas recreativas. No exhibición de la correspondiente documentación. Principio in dubio pro-reo. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1984.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

72

72. PROCESO ESPECIAL DEL ART. 118 DE LA LEY DE JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. Suspensión decretada por el Alcalde de licencia urbanística otorgada por la Comisión Provincial de Urbanismo. Vigencia de esta facultad suspensiva. Autonomía municipal. Irrelevancia del otorgamiento de la licencia por subrogación. Condición de solar. Levantamiento de la suspensión. *Sentencia de 22 de Julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo, tramitado conforme al procesado especial regulado en el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, por traslado de la suspensión decretada por la Alcaldía del Ayuntamiento de Ciudadela (Menorca) en 23 de Noviembre de 1983, de los efectos de la licencia otorgada a X. S.A. en 18 de Octubre anterior, en subrogación de la competencia municipal para la construcción de bloque aislado con 32 viviendas en Paseo San Nicolás nº 121 de aquél término municipal, tiene por objeto, conforme a lo establecido en el nº 5 del precepto citado, resolver si procede levantar la suspensión decretada por el Alcalde o, por el contrario, anular el acto a la que la misma se refiere, es decir, la licencia concedida por subrogación por la Comisión Provincial de Urbanismo.

CONSIDERANDO: Que, en primer lugar y por imperativos de orden procesal, se hace preciso examinar con carácter previo, las alegaciones del Abogado del Estado al amparo del nº 3 del citado artículo 118 y de las partes personadas —Comunidad Autónoma de Baleares y empresa titular de la licencia— al amparo de su número 4, referentes a la inadecuación del procedimiento de dicho artículo 118 y consiguiente nulidad de pleno derecho del Decreto suspensivo del Alcalde de Ciudadela, por entender, en primer lugar, que a partir de la promulgación de la Ley 40/1981 de 28 de Octubre es contraria a la Ley la suspensión dispuesta por el Alcalde por haberse derogado tácitamente por el artículo 4º del Real Decreto 3183/81 de 29 de Diciembre, el artículo 186 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana (texto Refundido promulgado por Real Decreto 1346/76 de 9 de abril) en el que se fundó la facultad suspensiva y, en segundo lugar, porque aunque se entendiera subsistente dicha facultad suspensiva ella no podría extenderse a otras licencias que las otorgadas por la propia Corporación municipal, pero no a las otorgadas por un órgano extraño a la Administración municipal que otorgó la licencia por subrogación.

CONSIDERANDO: Que sobre el primer aspecto de la cuestión procesal planteada

—pervivencia o no de las facultades de suspensión contenidas en el artículo 186 de la Ley del Suelo después de la promulgación de la Ley 40/1981— es preciso repetir lo ya dicho en otras sentencias de esta Sala como las de 24 de Octubre de 1983, 20 de Febrero y 13 de Marzo de 1984, es decir que hay que decidir por la pervivencia de las facultades suspensivas de fiscalización gubernativa de la legalidad de los actos municipales, cuando son sometidas, a su vez, el control jurisdiccional, en los casos, como los contemplados en el artículo 186 de la Ley del Suelo, en que la actividad municipal afecta a materias de la competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas a las que aquél ha transferido las suyas, puesto que, como razonábamos en la primera de las sentencias citadas, si bien es cierto que como decía el Preamble del Real Decreto-Ley 3/81, de 16 de Enero, que ha sido sustituido por la repetida Ley 40/81 (artículo 1º del Real Decreto 3.183/81, de 29 de Diciembre, de Tabla de preceptos vigentes y derogados como consecuencia de la publicación de aquella, dictada en virtud de la facultad otorgada al Gobierno por su Disposición Derogatoria), la Constitución Española consagra tres principios fundamentales en relación con el Régimen Local: la autonomía de las Corporaciones Locales en la gestión de sus intereses, el carácter democrático y representativo de sus órganos de Gobierno y la suficiencia de las Haciendas Locales y que todas las disposiciones legales sobre Corporaciones Locales que han culminado en la ya citada importante Ley 40/81 en espera de que se promulgue una definitiva Ley de Bases del Régimen Local que las integre a todas, han venido a afianzar ese triple postulado, no se puede sostener que se atente a esa constitucional autonomía municipal, no de manera general e indiscriminada de la actuación municipal en cualquier caso, como ocurría en el antiguo sistema con los artículos 362, 363, 364, 365, 366 y 368 de la Ley de Régimen Local y con el artículo 224 de la Ley del Suelo que por ello han sido derogados expresamente (artículo 3º del Decreto citado 3.183/81), sino sólo en aquellos casos en los que, como ocurre con el controvertido 186 y con el también controvertido 184 de la Ley del Suelo, se trata de fiscalizar la legalidad de actos de intervención en la edificación y uso del suelo en materias en las que la competencia no es exclusiva municipal, sino compartida con otros órganos dependientes del Estado o de las Comunidades Autónomas a los que aquél transfirió sus competencias, pues como expresa el artículo 5.4. de la Ley del Suelo de modo general para su desarrollo en sucesivos preceptos que sería prolijo enumerar, "los órganos urbanísticos fomentarán la acción de las Corporaciones Locales, *cooperarán* al ejercicio de la competencia que les confiere la Ley de Régimen Local y se *subrogarán* en ella cuando no la ejercieran adecuadamente, o su cometido exceda de sus posibilidades (los subrayados son nuestros).

CONSIDERANDO: Que por ello, no parecería correctamente jurídico al imputar a olvido, negligencia o ligereza del legislador el que éste no haya derogado expresamente los citados artículos 184 y 186 de la Ley del Suelo en el antes recordado Real Decreto 3.183/81 que no tiene otra función que la de fijar la tabla de preceptos vigentes o derogados como consecuencia de la publicación de la Ley 40/81 y pretender que aquellos preceptos fundamentales de la Ley del Suelo en materia de licencias urbanísticas, han de entenderse derogados tácitamente al amparo de la disposición derogatoria general del art. 4º del Real Decreto, pues esta imputación se contradice con que este Real Decreto en su Tabla, para salvar los principios de autonomía municipal en la gestión de sus intereses, carácter democrático y representativo de sus órganos, y suficiencia de sus haciendas, se ha preocupado de derogar expresamente otros artículos de la Ley del Suelo menos importantes, como los 49.2 y 3 y el 50, referentes a determinados quorum de las Corporaciones y aprobaciones por el Consejo de Ministros de determinados acuerdos, 192 y 194.3, referentes a sus ingresos urbanísticos y al antes citado 224.1 que contemplaba una suspensión gubernativa general, (Art. 3 del Real Decreto), como también se contradice con la interpretación Jurisprudencial tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional que, sobre este espinoso problema han aceptado el que la autonomía municipal no ha eliminado totalmente el control gubernativo de la legalidad, sino que —como dice la del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1983— lo ha limitado a los casos en que afecten competencias del Estado o invadan competencias ajenas (doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Junio, 7 de Julio, y 11 de Octubre de 1982 y la citada de 3 de Abril de 1983, así como la más reciente de 15 de Junio del mismo año, amén de las del Tribunal Constitucional de 2 de Febrero y 29 de Abril de 1981).

CONSIDERANDO: Que para terminar con las anteriores precisiones encaminadas a resaltar la pervivencia de la fiscalización de la legalidad de la actividad municipal en ciertos casos, por medio de la suspensión directa gubernativa, a pesar de que el art.º 8º de la Ley 40/81 establece otro medio de control de aquella legalidad mediante la suspensión "ope legis" o indirecta a través del órgano jurisdiccional, conviene recordar también que el propio Decreto 3.183/81 de Tabla de vigencias se encarga de destacar la posibilidad de que la autoridad gubernativa emplee una u otra forma de control, según sus posibilidades —pues no hay que olvidar que el ejercicio del segundo medio de control (el del art.º 8º de la Ley 40/81) está supeditado a que la Corporación Local cumpla con lo preceptuado en su número 2., remitiendo a la Administración del Estado (o de la Comunidad Autónoma en su sustitución), "un extracto de los actos y acuerdos adoptados por las mismas, dentro del plazo de las seis días siguientes a su adopción"— mediante la cita expresa de dos Reales Decretos que mantienen su vigencia: al Real Decreto 186/1981, de 5 de Febrero, "por el que se determinan los órganos de la Administración del Estado a los que deberán remitirse los acuerdos y actos de las Corporaciones Locales y a los que corresponderá, en su caso, el ejercicio de las facultades de impugnación a que se refiere el art.º 8º del Real Decreto 3/1981, de 16 de Enero, debiendo entender que la referencia que en el mismo se hace a preceptos del Real Decreto-Ley 3/1981 de 16 de Enero, debe serlo a los correspondientes preceptos de la Ley 40/81, de 28 de Octubre"; y el Real Decreto 1.262/1981 de 5 de Junio que en su art.º 5º conserva paralelamente la fiscalización gubernativa mediante la suspensión directa, al decir que "los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales *solo podrán suspenderse por la Administración del Estado*, cuando concurren simultáneamente las dos circunstancias previstas en el art.º 8º, del Real Decreto-Ley 3/1981, de 16 de Enero" (hoy las del art.º 8º de la Ley 40/1981 que lo ha sustituido), es decir, que constituyan infracción de las leyes y afecten directamente a materias de la competencia del Estado (el subrayado es nuestro); por lo que siendo la materia urbanística competencia del Estado al mismo tiempo que de las Corporaciones Locales, por cooperación y por subrogación con éstas, es evidente la pervivencia de la facultad suspensiva directa ejercitada en el presente proceso especial, como también es evidente que asimismo podría haberse ejercitado si concurrieran los requisitos necesarios para ello, la facultad impugnatoria o de fiscalización indirecta que ensagra al art.º 8º de las tantas veces citada Ley 40/1981.

CONSIDERANDO: Que sobre el segundo aspecto del problema procesal planteado —incompetencia de los Alcaldes para disponer conforme el art.º 186 de la Ley del Suelo— la suspensión de los efectos de una licencia, otorgada en subrogación por el órgano provincial urbanístico, cuando su contenido constituye manifiestamente una infracción urbanística grave es preciso decir que si bien esta propia Sala en la Sentencia nº 90/1982 de 11 de Octubre sostuvo esta tesis, hoy hay que estimarla errónea a la vista de la última doctrina jurisprudencial (Sentencia de 15 de Marzo de 1983 que confirma la doctrina de la de 20 de Octubre de 1980), como ya lo hizo esta propia Sala en la reciente sentencia de 3 de Mayo próximo pasado, pues dicha doctrina jurisprudencial de, al menos dos sentencias de la Sala 4ª, en base a que el término "recursos" que emplea el art.º 200 de la Ley del Suelo para determinar los efectos para los que se pueden considerar las decisiones que adoptasen el Ministro de Vivienda, las Comisiones Provinciales de urbanismo, las Diputaciones Provinciales o los Cabildos insulares mediante justificada subrogación en el ejercicio de la competencia municipal, *como actos de la Corporación titular* (el subrayado es nuestro), comprende toda acción dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo, cualquiera que sea su titular y por tanto, no sólo aquellas que puedan corresponder a los administrados, sino también a las que competen a la administración respecto a los actos de otras Administraciones o de los suyos propios y entre estas últimas todas las que le vienen atribuidas en defensa de la legalidad urbanística, incluida la suspensión de los efectos de las licencias que concede a los Alcaldes el art.º 186 de la Ley del Suelo, pues cualquier otra interpretación conduciría a contradecir el propósito y voluntad del legislador de potenciar los instrumentos de control y restablecimiento del orden urbanístico, manifestados en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 2 de Mayo de 1975, así como también limitar sin fundamento normativo alguno, la autonomía municipal en esta materia, convertida hoy en esencial principio rector de la organización territorial del Estado acogido y declarado en el art.º 137 de la Constitución; por lo que en virtud de ello, así como del usual significado jurídico del comentado término de recurso, aparece procedente declarar que

en aplicación conjunta de los mencionados arts. 186 y 220, los Alcaldes tienen facultades para suspender por razones de manifiesta infracción urbanística grave, los efectos de las licencias que, como la que nos ocupa, sean concedidas por la Comisión Provincial de Urbanismo al amparo del art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen de este problema de fondo planteado —si el contenido de la licencia otorgada por la Comisión Provincial constituye infracción de esta naturaleza que como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 1 de Diciembre de 1975, 20 de Junio de 1977, 24 de Mayo de 1978 y 11 de Diciembre de 1980), exige que resulte de manera patente, notoria o manifiesta, de tal forma que para apreciarla no haya que acudir a interpretaciones análogas, hay que decidir por la legalidad de la licencia concedida y levantar la suspensión acordada por el Alcalde de Ciudadela, pues si bien esta misma Sala anuló otra licencia semejante del mismo titular y sobre el mismo terreno otorgada por el propio Ayuntamiento de Ciudadela en Sentencia de 24 de Mayo de 1981, de tal forma que al recibir la comunicación de la suspensión entendió erróneamente que se pedía la ejecución de aquella sentencia firme, entre el caso contemplado en dicha resolución y el que hoy nos ocupa, existe la diferencia fundamental de que cuando el Ayuntamiento de Ciudadela otorgó la primitiva licencia, no se había promulgado aún el Real Decreto-Ley 16/1981 de 16 de Octubre, que no tiene otra finalidad que la de paliar los posibles efectos en la paralización de la construcción que podrían derivar del no cumplimiento por parte de los Municipios de lo dispuesto en la Disposición transitoria Primera de la Ley del Suelo, adaptando sus Planes Generales de Ordenación a lo dispuesto en la misma en el plazo previsto en dicha Disposición transitoria, por lo que, en tanto que entonces y en aplicación rigurosa de sus arts. 83 y 84 no era posible legalmente construir en aquel sector clasificado como "suelo urbano a desarrollar por el Plan Parcial nº 8", hasta que se aprobara el correspondiente Plan Parcial, lo que exigía, al mismo tiempo, la adaptación del Plan General a la reforma de la Ley del Suelo, el artículo 2.º del citado Decreto-Ley considera los terrenos clasificados como suelo urbano o de reserva urbana en Planes Generales aún no adaptados como suelo urbano, cuando se encuentran en alguno de los supuestos enumerados con las letras a) y b) y dispone en su número 4 que su régimen urbanístico sea el del artículo 83 de la Ley del Suelo; por lo que apareciendo de los informes técnicos que precedieron a la licencia, que la parcela cuenta con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales, suministro de energía eléctrica, así como bordillo y acera, (epígrafe a) del precepto), lo que no ha sido contradicho por el Alcalde que dispuso la suspensión, al no alegar nada en defensa de la anulación de la licencia, salvo la formulada en el Decreto de suspensión sobre inexistencia de Plan General adaptado y consiguientemente falta del Plan Parcial nº 8, aparece evidente la legalidad de la licencia, pues la parcela merece la consideración de solar como exige el artículo 83 de la ley del Suelo, al contar con los elementos necesarios para ello en los artículos 78 a) y 81.2 de la propia Ley.

CONSIDERANDO: Que no existen meritos para hacer declaración a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que en el procedimiento especial de esta Jurisdicción motivado por traslado de la suspensión decretada por la Alcaldía del Ayuntamiento de Ciudadela en 23 de Noviembre de 1983, de los efectos de la licencia otorgada a X. S. A., en 18 de Octubre anterior por la Comisión Provincial de Urbanismo para la construcción de bloque aislado de 32 viviendas en Paseo San Nicolás, 121 de aquella Ciudad, debemos levantar y levantamos tal suspensión, sin hacer declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

82. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION. Accidente en instalaciones para juegos infantiles. Tobogán instalado en calle pública para uso público. Amputación de un dedo. Requisitos para que proceda la indemnización. La cantidad de quinientas mil pesetas (500.000) es razonable. Daños físicos y psíquicos. *Sentencia de 11 de Junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso contencioso-administrativo en el que por los recurrentes D. M.J.G.F. y su esposa D^a. J.M.M.C. se pretende la declaración de no ser conformes a derecho y consiguiente anulación de los acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 24 de Marzo de 1983 que les denegó petición de indemnización en cuantía de 500.000 ptas. por accidente sufrido por el hijo menor de los peticionarios, A.G.M., en tobogán instalado por la Corporación Municipal de la Calle Médico José Darder de la ciudad y del acuerdo del mismo Ayuntamiento Pleno de 23 de Junio siguiente que les desestimó la reposición del anterior y además, como reconocimiento de situación jurídica individualizada, la declaración del derecho a percibir de la Corporación dicha indemnización, se opone, en primer lugar, por la Administración Local demandada, la falta de Jurisdicción de este Tribunal, que aunque la denomina excepción dilatoria del art. 533. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que entender referida a la causa de inadmisibilidad del recurso señalada con la letra a) del art. 82 de la Ley de esta Jurisdicción; y sobre esta cuestión de preferente examen por obvias razones procesales, hay que decidir por su desestimación para entrar en el fondo de la cuestión planteada en el recurso, pues si bien el problema relativo a la Jurisdicción competente para entender de las reclamaciones de indemnización contra la Administración no estaba claramente resuelto en nuestro Derecho anterior a 1954 por cuanto el principio general sobre la reclamación por daños que parecía desprenderse del art. 24 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1911, atribuía la competencia a los Tribunales ordinarios y así lo entendió la antigua Jurisprudencia en Sentencias como las de 30 de Octubre de 1900, 21 de Abril de 1914 y 25 de Marzo de 1947, la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954, alteró sustancialmente esta situación con la atribución a la Jurisdicción contencioso-administrativa de todos los casos en que con arreglo a aquella Ley, la Administración esté obligada a indemnizar, consolidándose escrito en leyes posteriores, como la de Régimen Local de 1955 que distinguía en su art. 406.2. el caso de que las Corporaciones Locales actúen como personas jurídicas de derechos privado en el que se aplicaran los arts. 1902 y siguientes del Código Civil y el caso de lesión de derechos administrativos de competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 407), la reguladora de esta Jurisdicción de 27 de Diciembre de 1956 que le atribuye en su art. 3º b) "las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública" y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de Julio de 1957, que distingue también entre los daños y lesiones como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, atribuidos a la Jurisdicción contenciosa (art. 40), de los casos en que el Estado actúe en relaciones de derecho privado en los que la responsabilidad por daños y perjuicios habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios (art. 41), de tal manera que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 8 de Abril de 1954, hasta las sentencias más modernas referentes a la Administración General o Local, como a título de ejemplo, las de 21 de Enero de 1961, 27 de Marzo de 1980, 25 de Febrero de 1981, 26 de Febrero y 15 de Marzo de 1982, la Jurisprudencia

distingue claramente entre las lesiones causadas como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de las que cause la Administración en el ámbito del derecho civil, exigiendo —como la sentencia de 26 de Febrero de 1982— para la competencia de la jurisdicción ordinaria por una reclamación de daños y perjuicios frente a la Administración, el requisito indispensable de que haya actuado “como persona jurídica privada, igual que cualquier particular sujeto a derechos y obligaciones, sin hallarse investido en el desarrollo de sus actividad de prerrogativas o atributo de poder”; por lo que en el presente caso en que se trata de los daños causados por el deficiente estado de unas instalaciones deportivas o de juegos infantiles construidas por el Ayuntamiento en una calle o plaza pública para el uso público de los niños que habitan el municipio, es incontestable la procedencia de atribuir su conocimiento a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa y no a la ordinaria como pretende la Corporación demandada.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen de la cuestión de fondo planteada en el recurso, es decir, el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por la lesión sufrida por su hijo menor, con la previa anulación de los actos municipales que se le denegaron, se hace preciso recordar que aun antes de la vigencia de la Constitución española de 1978, que consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados de cualquier lesión en bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106-2), la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía declarado que no era posible entonces, en nuestro sistema, exigir para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios, la concurrencia de los requisitos clásicos: realidad del daño, culpa o negligencia y relación de causa a efecto (S.S. de 23 de Enero y 22 de Mayo de 1970, 23 de Enero y 9 de Junio de 1976, etc.), sino que una exégesis razonable del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en armonía con lo preceptuado por el artículo 121 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa y doctrina jurisprudencial reiterada, solo impone, para configurar la responsabilidad, que se acredite: a) la efectiva realidad de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos, en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención extraña que pudiera influir, alterando, en el nexo causal; y c) que no se haya producido fuerza mayor; o sea que en la terminología usada por la Jurisprudencia (S.S. de 15 de Febrero de 1986, 14 de Octubre de 1969, 28 de Enero de 1972, 4 de Octubre de 1978, etc.), se exige una actuación administrativa, un resultado dañoso y relación de causa a efecto entre aquella y éste, correspondiendo su prueba al que la reclama e incumbiendo a la Administración la carga referente a la fuerza mayor cuando se alegue su existencia como causa de exoneración; doctrina ésta que inspiradora del precepto Constitucional, sigue siendo proclamada por el alto Tribunal en las posteriores sentencias (por ejemplo las de 2 de Febrero, 17 de Junio, 27 de Octubre y 4 de Diciembre de 1980, 25 de Febrero y 23 de Junio de 1981).

CONSIDERANDO: Que dicha doctrina es aplicable rigurosamente al presente caso en el que se trata de la lesión o daño sufrida por un niño de corta edad que, al usar unas instalaciones de juegos infantiles del dominio público de la Corporación demandada, en cuanto estaban destinadas en una calle o plaza pública, al recreo y esparcimiento de los menores habitantes del municipio, por el deficiente estado de conservación de las mismas, con peligrosas grietas, se produjo la amputación traumática de un dedo, con evidente relación de causa a efecto entre aquel deficiente estado y la lesión sufrida, lo que ha sido plenamente demostrado por los reclamantes, tanto en vía administrativa, como en esta Jurisdiccional mediante documental y testifical, sin que la Administración municipal, por su parte, haya alegado ni probado fuerza mayor, limitándose a certificar la existencia de un servicio municipal de mantenimiento y las revisiones que éste hacía, lo que no es causa de exoneración, sino simplemente prueba de la negligencia o descuido de los Agentes de la Administración encargados de tal servicio que debieran solicitar con anterioridad al accidente el cambio de tobogán que se realizó después; por cuyas razones hay que estimar ponderadamente razonable la cifra o “quantum” de la indemnización, pues aunque los solicitantes no han aportado facturas de daño emergente de gastos médicos ocasionados por ha-

berse hecho cargo de ellos, sin duda, la Seguridad Social, la pérdida de un dedo, produce, además de las deficiencias físicas consiguientes a la mutilación, daños psíquicos en la persona que la sufre, mayores habida cuenta de su edad, que no pueden marginarse, pues como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 1980 "si bien escapan al concepto preciso de daños patrimoniales, son derivados del dolor físico, de la disminución de facultades y de las perturbaciones anímicas, con origen directo en el hecho generador de la responsabilidad".

CONSIDERANDO: Que no existen méritos a los efectos del art. 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando en todas sus partes el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. M.J.G.F. y su esposa Dña. J.M.M.C. contra los Acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Palma den Mallorca de 24 de Marzo de 1983 que les denegó petición de indemnización por accidente sufrido por su hijo menor A. y contra el Acuerdo del mismo Ayuntamiento Pleno de 23 de Junio siguiente que les desestimó la reposición del anterior, debemos declarar y declaramos dichos actos municipales contrarios al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos, declarando el derecho de los recurrentes a percibir de la Administración municipal demandada en concepto de indemnización por lesión sufrida por aquel menor como consecuencia de funcionamiento anormal de los servicios públicos municipales, la suma de 500.000 ptas., sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el presente proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

87

87. PROCEDIMIENTO DE GESTION TRIBUTARIA. Disconformidad del sujeto pasivo a la rectificación de liquidación girada como consecuencia de actuaciones inspectoras. Requiere la apertura de expediente en el que se de audiencia al sujeto pasivo: El incumplimiento de este trámite conlleva la nulidad de los actos posteriores incluida la de la providencia de apremio. *Sentencia de 30 de Junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que hay que partir para la resolución del presente litigio, los siguientes: 1º) El 23 de julio de 1981 la Inspección de la Hacienda Pública extendió acta cifrando como cuota definitiva a satisfacer por el hoy recurrente por el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas relativo al ejercicio de 1976 la de 2.301.824 pesetas; 2º) El contribuyente prestó su conformidad a la referida acta y fue advertido por el Inspector de que a partir del décimo día hábil estaba obligado a ingresar en el Tesoro Público el total importe de la deuda tributaria; 3º) Esta no fue satisfecha, dando lugar a que se iniciara el correspondiente expediente ejecutivo; 4º) El 3 de agosto del mismo año la Administración rectificó la liquidación, declarando la existencia de una diferencia a favor del contribuyente de 329.849 pesetas; 5º) Notificada el acta rectificadora el 19 de octubre siguiente, el interesado formuló escrito el 4 de noviembre expo-

niendo las razones en que basa su disconformidad a aquélla y solicitando que, con arreglo a ellas, se practique una nueva liquidación; 6º) La Administración no se manifestó en torno a esta petición; 7º) El 28 de mayo de 1982 el contribuyente se dirige al Tribunal Económico-Administrativo solicitando que "le sea suspendido el procedimiento de apremio y que se considere la exposición de las razones que detalla en el escrito de 4 de noviembre de 1981"; 8º) El 7 de Julio de 1982 presentó escrito al Tribunal reiterando su petición de que sea suspendido el procedimiento de apremio y solicitando "que se dicte el acto administrativo correspondiente a la rectificación del acta A01-1883/81" —en la que consta la liquidación después rectificada—, "de fecha 17 de octubre de 1981"; 9º) El Tribunal Económico Administrativo de Baleares desestima la reclamación por acuerdo de 25 de febrero de 1983; y 10º) Se interpone contra éste el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que el apartado 2.4 de la Orden Ministerial de 28 de Noviembre de 1976 establece que "si la Administración, por su propia actuación o como consecuencia de los reparos formulados por la Intervención, apreciar error material o aplicación indebida de las disposiciones vigentes en la liquidación practicada en el acta de la Inspección, deberá modificar dicha liquidación y procederá, dentro del plazo de un mes, a partir de los diez días hábiles siguientes al de la fecha de instrucción del acta de que se trate, conforme a lo que dispone el artículo 3º.3 del Real Decreto 1920/1976, de 16 de julio, a notificar al sujeto pasivo su acuerdo para que en plazo de quince días exprese su conformidad con la nueva liquidación o bien formule su disconformidad, en cuyo último caso se iniciará el expediente a que se refiere el mencionado artículo 3º"; disposición incumplida por la Administración, que al verificar la rectificación por observar que en la liquidación no se había aplicado el límite del 44 por ciento sobre la base liquidable para la determinación de la cuota, y notificarla, aunque extemporáneamente, al contribuyente, debió, en estricto cumplimiento de los claros términos del precepto transcrito, ante la impugnación formulada el 4 de noviembre de 1981 mediante escrito "cuyas características", en palabras de la defensa de la Administración al contestar a la demanda, "sustanciales de impugnación de la liquidación rectificada girada a cargo del Sr. Z.S. son evidentes", iniciar el preceptivo expediente, en el que se daría audiencia al interesado, no ya por ordenarlo el referido Decreto de 16 de julio de 1976, sino por aplicación de las normas generales de procedimiento y aun de los principios y de la normatividad immanentes en la naturaleza y finalidad del mismo; y al no hacerlo así se produjo una nulidad de actuaciones a partir del referido escrito de 4 de noviembre de 1981, que conlleva la de la providencia de apremio de la liquidación girada al actor, lo que no implica ignorar los principios de ejecutividad de los actos administrativos y de separación de los procedimientos de gestión y cobro y de impugnación, ni la limitación de los motivos que permiten la impugnación de tal providencia, sino, simplemente, tener en cuenta: que la liquidación que dio lugar a la apertura de la vía de apremio no constituía al sujeto pasivo en la obligación de satisfacer la deuda tributaria, al haber sido sustituida por otra, y que ésta no fue legalmente constatada por infracción de normas procedimentales que produjeron indefensión; y no es admisible el afirmar que el contribuyente estaba obligado a ingresar en el Tesoro Público el total importe de la deuda tributaria liquidada en la propia acta y que al haber finalizado los plazos que previene el Reglamento General de Recaudación antes de que tuviera noticia de que la Administración había rectificado aquella liquidación, cabía la exacción forzosa, y no es admisible porque, en primer lugar, lo cierto es que, objetivamente, en la realidad, la liquidación era incorrecta, y no puede obligarse al contribuyente, so pena de incurrir en una flagrante contradicción, y en un notorio enriquecimiento injusto y desconocer el principio de los actos propios, a ingresar una cantidad que, según la propia Administración que obliga a ello, no es debida, y, en segundo término, porque si el sujeto pasivo no tuvo conocimiento de la rectificación antes de que finalizara el periodo voluntario —el 10 de septiembre (4º Considerando de la resolución recurrida)— fue porque aquélla —de 3 de agosto— no le fue notificada, por cierto, como, queda expresado, extemporáneamente, hasta el 19 de octubre, es decir, por culpa de la misma Administración, que en manera alguna puede pretender que se soporten unos perjuicios, con los recíprocos beneficios a su favor, argumentando el desconocimiento de un acto cuando el mismo se debe a su falta de notificación; y a lo expuesto no se opone el que el apartado 2.2 de la Resolución de 25 de noviembre de 1976 diga que "Cuando la Administración respectiva estime debe rectificar-

se la liquidación practicada por la Inspección, retendrá el acta para iniciar en su caso el expediente administrativo, sin perjuicio de que siga el proceso de recaudación normal de la liquidación contenida en el acta", porque si puede continuar éste mientras no se opera la rectificación, aunque la equidad de esta solución es, cuando menos, dudosa, lo que no es admisible, y es claro que dicha disposición no lo dice, es que continúe dicho proceso cuando la rectificación ha tenido lugar, lo cual llevaría a privar al interesado de la disponibilidad de una cierta cantidad durante un período de tiempo a sabiendas de que deberá ser devuelta, lo cual es a todas luces rechazable, aunque, ha de insistirse, lo que el precepto dice es que continúe el curso de la recaudación mientras se tramita el expediente, no, lógicamente, cuando la rectificación se ha realizado, en el caso que se contempla de forma procedimentalmente anómala en vista de la oposición del contribuyente.

CONSIDERANDO: Que el carácter revisor se presenta como fundamental en el sistema de control judicial de la actividad administrativa, aunque, dicho sea obiter dicta, su rigurosa aplicación ha provocado reacciones negativas en un sector doctrinal; pero su alegación en el caso de autos respecto a alguno de los pedimentos formulados en esta vía jurisdiccional, con la consecuencia de la inadmisibilidad parcial del recurso contencioso-administrativo, con base en lo dispuesto en los artículos 81 a) y 82 c) de la Ley Jurisdiccional, debe ser rechazada; y ello porque al postularse la nulidad de actuaciones y estimarse existente —de ahí su estudio previo y no el de la causa de inadmisibilidad, que, lógicamente, debe preceder en otros casos, dado que de estimarse quedaría imposibilitada la entrada en la cuestión de fondo—, puede y debe el Tribunal apreciarla de oficio, tratándose, como se trata, de una nulidad de pleno derecho como incluida en el inciso primero del apartado c) del epígrafe 1 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que no sólo es aplicable a los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, según su tenor literal, sino también a los supuestos en que se omiten trámites esenciales o en que, aunque se haya seguido un procedimiento, no ha sido el concreto previsto por la norma para el caso de que se trata, que es, en definitiva, lo que ha ocurrido en el que se enjuicia; y esto mismo —la existencia de nulidad— priva de soporte legal a la apreciación de extemporaneidad que contiene el acuerdo recurrido respecto a una de las cuestiones que se someten a su decisión, pues, por las mismas razones expuestas anteriormente, pudo decretarla al observar una infracción sustancial en el procedimiento, aparte de que, como establece el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento de la Jurisdicción Económico-Administrativa, en el fallo o parte dispositiva de las resoluciones se decidirán todas las cuestiones planteadas por los interesados y cuantas el expediente suscite, hayan sido o no promovidas por aquellos.

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 el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D.J.M.R., en nombre de D.I.Z.S., contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares de 25 de febrero de 1983, que desestima la reclamación contra acuerdo dictado por la Tesorería de Hacienda en providencia de aprecio de liquidación del Acta de Inspección A01-1883/81 por el concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del año 1976, debemos declarar y declaramos la nulidad de las actuaciones practicadas en el expediente dimanante de aquella liquidación a partir del día cuatro de noviembre de 1981, con la de la providencia de aprecio de la misma girada al hoy recurrente, debiendo continuar el procedimiento de acuerdo con lo establecido en la Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1976; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Ángel Reigosa Reigosa).

95

95. SANCIONES. Principio de legalidad constitucional: rango de Ley Formal, no de Decreto Ley. Jueces y tribunales están obligados a interpretar la Constitución. *Sentencia de 16 de Julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que al establecer el artículo 25.1 de la Constitución Española que "nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento", es evidente que extiende a la potestad sancionadora de la Administración el principio de legalidad que, tradicionalmente, ha regido el orden penal y si bien esta extensión había sido admitida anteriormente por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa a partir de las sentencias de 27 de Junio de 1950 y 12 de Febrero de 1959, seguidas por las magistrales de 25 de Marzo de 1972 y 21 de Junio de 1975; hasta las posteriores a la Constitución, como las de 29 de Septiembre y 10 de Noviembre de 1980, la consagración constitucional de este principio en su relación con otros preceptos del mismo texto fundamental, como el 53.1 sobre garantías de las libertades y derechos fundamentales y los 81,1 y 86 sobre elaboración de las leyes y el que del examen del artículo 163 y de su Disposición Derogatoria 3 aparece nitidamente que si bien el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución no es el único y los Jueces y Tribunales están obligados a interpretarla no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan e inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, hacen indispensable buscar la cobertura legal que ampara las disposiciones que declara infringidas y las que sustentan las sanciones impuestas por el acto administrativo impugnado, puesto que el principio de legalidad constitucional, tal como debe ser entendido en virtud de los preceptos citados anteriormente, impone no sólo el que exista una disposición normativa que prevea con anterioridad el hecho constitutivo de la infracción administrativa —tipicidad de la infracción— y que establezca la sanción correspondiente —legalidad de la sanción— sino que exige también que tanto uno como otro aspecto del principio sean determinados por norma con *rango de Ley formal*, sin que en garantía de los derechos fundamentales de libertades y seguridad, pueda quedar en manos del Ejecutivo, como no queda en las del Judicial, la potestad de definir las infracciones y concretar sus sanciones o, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Marzo de 1981 (recurso de amparo N° 220/80), el principio de legalidad constitucional "prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión, esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas", doctrina ésa que en todo lo que contiene de exigencia formalista, ha sido asumida, no sólo por esta Sala en numerosas sentencias, sino también por el Tribunal Supremo en otras muchas entre las que se pueden citar, por más recientes, las 11, 15 y 16 de Junio de 1982.

CONSIDERANDO: Que por consiguiente, en aplicación de esta doctrina, han de declararse contrarios al ordenamiento Jurídico los actos impugnados en el presente recurso, en cuanto sancionan conductas tipificadas y castigadas en un Reglamento promulgado por orden Ministerial, cual es el de 9 de Enero de 1979 sobre el Juego del Bingo (Capítulo VI artículo 38 al 44), y ello a pesar de la existencia del Real Decreto Ley 16/77 de 25 de Febrero de 1977 que regula aspectos penales, administrativos y fiscales del juego y que en su artículo 4º.1) autoriza al Gobierno para dictar, a propuesta del Ministerio de la Gobernación, las disposiciones complementarias que sean precisas para la consecución de las finalidades perseguidas por aquél Decreto-Ley, pues aunque la reserva legal debe permitir

que la Ley remita expresa o tácitamente la determinación concreta del precepto sancionador a una autoridad distinta y de rango inferior, constituyéndose así en "ley penal en blanco", en la terminología doctrinal, de cuya delegación usan incluso Leyes propiamente penales, tal conclusión en lo que respecta a que esta facultad pueda utilizarse en Decretos-Leyes, como el que nos ocupa, supondría conculcar la reserva de Ley formal contenida en los artículos 53.1 y 81.1 de la propia Constitución, antes citados y la consecuencia de esta reserva de Ley formal que impone limitaciones a la regulación de la materia punitiva o sancionadora por Decreto-Ley (artículo 86), pues, en efecto, siendo el establecimiento de delitos o infracciones y la determinación de sus penas y sanciones, parte esencial de la regulación de los derechos y libertades, en cuanto son delimitaciones de aquellos derechos —la definición del delito o infracción— y limitaciones o privaciones de otros derechos y libertades —las sanciones o penas— la expresión constitucional "según la legislación vigente" del artículo 25.1, no puede extenderse a los Decretos-Leyes, porque les está vedado regular aspectos relativos a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos; sin que, por otra parte, este Tribunal pueda hacer uso del artículo 163 de la Constitución en relación con los artículos 35 al 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dada la fecha del Decreto-Ley que nos ocupa, que lo somete a la Disposición Derogatoria 3 de la propia Constitución.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede servir de cobertura legal a los efectos impugnados en el presente recurso, en cuanto que, en contra de lo previsto en la Constitución, sancionan conductas tipificadas y castigadas en un Reglamento dictado por Orden Ministerial, la promulgación por el Gobierno entre el Real Decreto Ley 16/1977 citado y el Reglamento del Juego del Bingo de 9 de Enero de 1979, de dos Decretos de jerarquía reglamentaria: el número 444/77 de 11 de Marzo que por un lado expresaba en su artículo 4.3 el que las autorizaciones para la práctica de juegos "se otorgarán con sujeción a los requisitos que establezca el Reglamento que dicte el Ministerio de la Gobernación y por otro lado, en su disposición Transitoria 1ª, y con notoria contradicción, que "la Presidencia del Gobierno... dictará en el plazo más breve posible un reglamento provisional de ordenación de juego de bingo"; y el Nº 2.709/78 de 14 de Octubre, que en su artículo 1º, que modificaba el 4 del anterior, disponía que las "autorizaciones para instalación y funcionamiento de Salas de bingo se otorgaban con arreglo al Reglamento que dicte el Ministerio del Interior", en su Disposición Transitoria, prorrogaba, la vigencia de la Disposición Transitoria 4ª del Real-Decreto 444/1977 anterior, referida a los Reglamentos provisionales de su artículo 4 y de su Disposición Transitoria 1ª, "hasta la entrada en vigor del Reglamento definitivo del juego del Bingo" y en su Disposición final 1ª, derogaba la Disposición Transitoria 1ª del anterior Decreto, sobre reglamento a dictar por la Presidencia del Gobierno; pues si bien del conjunto de estas anárquicas disposiciones, se infiere que al promulgarse la Constitución, el Gobierno, detentador de la potestad originaria reglamentaria (artículo 97 de ella), la había delegado en lo referente al juego de bingo en el Ministro del Interior, despues de muchas vacilaciones, ello no significa en modo alguno, que esta potestad que el Gobierno delegó, pueda conculcar el principio de la legalidad formal en materia sancionadora a la que está subordinada constitucionalmente, dictando un reglamento que invade materias reservadas a la Ley formal sin expresa delegación de ésta.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede convalidar aquella originaria inconstitucionalidad de haberse atribuido el Gobierno facultades normativas en materia sancionadora, el que el Congreso de los Diputados en Resolución de su Presidencia de 12 de Mayo de 1982 y de conformidad con el artículo 86.2 de la Constitución, convalidara el Real Decreto-Ley 8/1982 de 30 de Abril por el que se modificaba parcialmente el Real Decreto-Ley 16/1977, pues las modificaciones introducidas por aquel Decreto-Ley convalidado en el cuestionado Real Decreto-Ley 16/1977 y en su anterior modificación por Real Decreto 9/1980, de 26 de Septiembre, se refieren exclusivamente a las cuotas fijas y devengos de las tasas sobre autorización de máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de juegos de azar, materias éstas constitucionalmente convalidables con arreglo al artículo 86.2 del texto Fundamental, aunque hayan sido regulados con carácter de urgencia por Decretos-Leyes, al no estar excluidas en su número 1, puesto que no se refieren al título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general, por lo que su convalidación no puede extenderse arbitrariamente a materias

excluidas que también contiene el Decreto-Ley original que no han sido objeto de convalidación del Poder Legislativo.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación D.P.A. contra la resolución del Gobierno Civil de Baleares de 3 de Febrero de 1983 que le imponía la multa de 100.000 pesetas como sanción en materia de juego de Bingo y contra la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio del Interior de 4 de Junio del mismo año, que le desestimo recurso de alzada interpuesto contra la anterior, debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos contrarios al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los anulamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

C. INDICE ANALITICO

- Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y peligrosas, 62 y 105.
- Actas de la Inspección de Trabajo, 63, 64 y 108.
- Actos
 - Consentido, 79.
 - Informe preceptivo, 73.
 - Motivación 105.
- Administración Corporativa, 79.
- Aguas, 110.
- Base imponible
 - Presunción de legalidad, 94.
- Caducidad del expediente, 91 y 93.
- Concesiones
 - Transportes, 90 y 92.
- Contrato Administrativo, 102.
- Exenciones tributarias
 - Empresa nacional, 114.
- Fondo de Garantía Salarial, 65, 78, 80, 88 y 99.
- Funcionarios Públicos, 98 y 111.
 - Administración Local, 77, 84, 100.
 - Organismos Autónomos, 71.
- Gestión tributaria, 87, 97.
- Hecho imponible
 - Impuesto Industrial (Licencia Fiscal), 67.
- Impuestos
 - Municipales sobre el incremento de Valor de Terrenos, 68, 76, 94.
 - Radicación, 114.
 - Industrial (Licencia Fiscal), 67.
 - Incremento Valor Terrenos, 68, 76, 94, 115.
 - Radicación, 114.

Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales, 67.

Naturaleza revisora, 89, 94, 96 y 107.

Personal al servicio de la Administración de Justicia, 85.

Potestad tributaria

Corporaciones Locales, 114.

Presunción de legalidad de los actos de determinación bases im-
ponibles, 94.

Principio de igualdad, 111.

Principio de legalidad, 70, 89,
103.

Principio de Legalidad Constitu-
cional, 95.

Principio pro-actone, 110.

Principio de proporcionalidad,
101.

Procedimiento de gestión Tribu-
taria, 87.

Providencia de apremio

Nulidad, 87.

Recursos, 63 y 69.

Inadmisibilidad, 79, 81, 90,
97 y 115.

Inadmisibilidad parcial, 84.

Recurso contencioso-administra-
tivo, 97, 115.

Responsabilidad patrimonial de
la Administración, 82 y 86.

Sanciones, 70, 77, 89, 95, 103,
112 y 116.

Sanidad, 100 y 106.

Seguridad Social, 113.

“Solve et repete”, 63 y 69.

Sujeto pasivo

Impuesto Industrial (Licencia
Fiscal), 67.

Suspensión de acuerdos

De las Corporaciones Loca-
les, 66.

De licencia urbanística por el
Alcalde, 72.

Urbanismo.

Aprovechamiento medio,
104.

Demolición obras sin licencia,
101.

Estudio de detalle, 83, 107 y
109.

Licencia de obras, 61, 75,
107, 109.

Proyecto de urbanización.

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGIO

126. **Culpa extracontractual.** Indemnización de daños y perjuicios. Requisitos para el éxito de la acción. Reparación defectuosa de un vehículo a motor. Cuantías indemnizables: lo es la custodia del vehículo y la necesidad de usar otros medios de transporte. Normativa aplicable a las reparaciones de automóviles. *Sentencia de 9 de mayo de 1984**.
127. **Consentimiento contractual.** Error. Inexistencia. Requisitos del mismo para que pueda tener trascendencia anulatoria del negocio. Doctrina del Tribunal Supremo. Obligaciones cuasi contractuales: notas características de los mismos. *Sentencia de 11 de mayo de 1984.*
128. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por traspaso: lo implica la jubilación del arrendatario y la consiguiente puesta al frente del negocio explotado en el local de una hija del mismo. Régimen fiscal y derechos civiles. *Sentencia de 11 de mayo de 1984**.
129. **Diligencias preliminares.** Presentación de las cuentas de una sociedad. Requisitos objetivos y subjetivos: falta de los mismos. Ausencia de condición de socio que no la tiene el usufructuario de las acciones. Artículo 41 de la L.S.S. *Sentencia de 12 de mayo de 1984.*
130. **Embargo preventivo.** Motivos racionales para creer la ocultación o malbarate de los bienes. Conveniencia de exponer, en la solicitud, las causas de tal creencia. Análisis de la prueba: impago de obligaciones que superan el capital social de la compañía demandada, solicitud de créditos hipotecarios sobre los bienes de la misma y negación de la autenticidad de la firma puesta en el talón base de la

(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.

solicitud de embargo. Procedencia del embargo. *Sentencia de 14 de mayo de 1984.*

131. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de la cláusula de valor en el momento de ser protestada: determina la nulidad del juicio a la que se opone la ulterior inserción de tal cláusula en el efecto que debe reputarse extemporánea. Protesto: su función. *Sentencia de 14 de mayo de 1984.*
132. **Juicio ejecutivo.** Póliza de "leasing". Demanda dirigida contra el titular de un negocio, nominado en la póliza, que gira bajo un nombre comercial. Ejecución bien despachada. *Sentencia de 14 de mayo de 1984.*
133. **Ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Requisitos jurisprudenciales para el éxito de una excepción. Sentencia penal absolutoria: no supone la ausencia de culpa civil y de la consiguiente obligación indemnizatoria. *Sentencia de 14 de mayo de 1984*.*
134. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre. Traspaso posterior a la eficacia resolutoria de tal cierre. Carga de la prueba en los procesos por tal causa. No impide el éxito de la acción el que el arrendador siga percibiendo las rentas lo que se concibe como un derecho del mismo hasta tanto se declare resuelto el contrato. La alegación de conversión del local de almacén presume un reconocimiento del hecho del cierre: Doctrina del T.S. *Sentencia de 14 de mayo de 1984*.*
135. **Contratos.** Nulidad. Derechos legitimarios expectantes del cónyuge supérstite. Supuestos en que corresponde al mismo la administración y la herencia. Falta de apoderamiento en el arrendador para concertar el contrato cuya nulidad se postula; y de ratificación del mismo por la actora. *Sentencia de 16 de mayo de 1984.*
136. **Contrato de obra.** Convenio por administración y no por precio alzado: daños y perjuicios por construcción deficiente: determinación de los mismos en ejecución de sentencias. *Sentencia de 16 de mayo de 1984.*
137. **Contratos. Resolución por incumplimiento.** Aspectos indemnizatorios consistente en solicitar la rentabilidad que hubiera podido obtenerse en la vivienda objeto del contrato resuelto y, a la vez, un tanto por ciento de su valor. Supone el ejercicio conjunto de una

- acción resolutoria y de cumplimiento. *Sentencia de 17 de mayo de 1984.*
138. **Culpa contractual.** Indemnización de daños y perjuicios. Necesidad de probar su existencia. Licitud de la determinación de su importe para la fase de ejecución de sentencia sobre el fundamento de que el perjudicado pruebe su cuantía y las bases de liquidación presentadas contradichas. *Sentencia de 17 de mayo de 1984*.*
 139. **Solidaridad.** La supone la existencia de una sociedad irregular entre los demandados. *Sentencia de 17 de mayo de 1984.*
 140. **Legitimación activa para poder recurrir.** Es necesario que la resolución impugnada produzca agravio en el recurrente. Doctrina del T.S. La firma de un contrato supone consentimiento. Carga de la prueba: implica la de los hechos negativos y la de aquéllos que por su especial dificultad no podría asumir el litigante contrario (st. de 17 de octubre de 1983). Costas: es contrario a derecho condenar a su pago al litigante que se vio precisado de acudir a juicio y que vio parcialmente acogida su pretensión. *Sentencia de 18 de mayo de 1984*.*
 141. **Compraventa.** Entrega de mercancías defectuosas. La acción de saneamiento constituye el único medio de evitar el pago. *Sentencia de 21 de mayo de 1984.*
 142. **Título ejecutivo cambiario.** Falta de invocación de una concreta excepción. Ello, unido a la no apreciación de causa de nulidad del juicio, impone la desestimación de la oposición. *Sentencia de 21 de mayo de 1984.*
 143. **Responsabilidad decenal.** Concepto de ruina. *Sentencia de 22 de mayo de 1984.*
 144. **Liticonsorcio pasivo necesario.** Distintos fundamentos del instituto en la doctrina del T.S. Necesidad de demandar a los arrendatarios poseedores de los terrenos objeto de reivindicación. Acción reivindicatoria: existencia de título a favor del actor. *Sentencia de 22 de mayo de 1984*.*
 145. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Ambito de su oponibilidad. Contrato subyacente deficientemente cumplido o “*exceptio non rite adimpleti contractus*” como

- fundamento de la excepción. No tiene cabida en este tipo de procedimientos. *Sentencia de 23 de mayo de 1984**.
146. **Juicio de desahucio.** Calificación del contrato como arrendamiento de industria. Preexistencia del objeto arrendado como conjunto patrimonial de lo que se infiere tal calificación. Inventario de elementos patrimoniales no traído a los autos: es intrascendente. No desvirtúa tal carácter las reparaciones y modificaciones efectuadas en el inmueble por los arrendatarios. Doctrina del T.S. Duración del contrato: el pacto de modificar la renta una vez finalizado el término de duración no supone una prórroga indefinida paccionada. *Sentencia de 25 de mayo de 1984**.
147. **Costas procesales.** Temeridad. *Sentencia de 25 de mayo de 1984.*
148. **Prescripción.** Es de interpretación restrictiva. Doctrina del T.S. Responsabilidad extracontractual: presunción de culpa en el causante del daño. *Sentencia de 25 de mayo de 1984.*
149. **Contratos. Resolución por incumplimiento.** Voluntad rebelde. Defecto legal en la forma de proponer la demanda: no lo constituye la equivocada consignación del segundo apellido del demandado. *Sentencia de 25 de mayo de 1984.*
150. **Congruencia.** Se debe poner en relación con el principio dispositivo por lo que no afectan a la misma las declaraciones que hagan los tribunales en puntos de orden público o de libre apreciación, cuales son las cuestiones relativas a las costas procesales. *Sentencia de 26 de mayo de 1984.*
151. **Principio de preclusión.** Impide el acogimiento de pretensiones no aducidas oportunamente en la fase expositiva lo cual delimita, además, lo que debe ser objeto de prueba. El pretender, consumada aquella fase, que determinado pago, concretamente imputado en la misma, se hizo a cuenta de obligaciones distintas, supone infracción del principio. *Sentencia de 26 de mayo de 1984.*
152. **Pago.** La tenencia por el deudor de una cambial, coincidente en su importe con el de la deuda reclamada, no acredita el pago al constar la renovación de tal efecto. *Sentencia de 28 de mayo de 1984.*
153. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Fundamentos del mismo. No existe razón para vocar al pleito a socios del demandado que no inter-

- vinieron en el contrato base; ni puede, quien opone la excepción, “alterar los elementos subjetivos intervinientes en el proceso mediante la utilización de sus medios de defensa” (st. del T.S. de 1 de febrero de 1975). Confesión en juicio: su valor y ponderación dentro del conjunto de la prueba. *Sentencia de 29 de mayo de 1984.*
154. **Arquitectos.** Calificación del contrato que les une con el cliente y vacilaciones de la jurisprudencia acerca de su inserción entre los de arrendamientos de servicio o de obra: tendencia reciente a esta última calificación. Proyecto incompleto por falta de planos de detalle; y defectuoso por incumplimiento de la normativa administrativa vigente. Lo primero obliga a una reducción del precio; lo segundo supone incumplimiento que obsta a la percepción de los honorarios correspondientes. *Sentencia de 29 de mayo de 1984*.*
155. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: presupuestos. Inexistencia de desequilibrio económico. *Sentencia de 30 de mayo de 1984.*
156. **Acción declarativa cambiaria.** Falta de prueba por el actor de la provisión de fondos de las cambiarias. *Sentencia de 31 de mayo de 1984.*
157. **Responsabilidad subsidiaria.** No alcanza responsabilidad al comitente cuando encarga la obra a empresa organizada, salvo que se injiera o participe en sus trabajos. La absolución del comitente y el aquietamiento del actor impide la remisión del fallo en este aspecto por el tribunal de apelación. Previsibilidad del daño. Doctrina del T.S. *Sentencia de 31 de mayo de 1984*.*
158. **Contrato de distribución en exclusiva.** Supuesto incumplimiento de la entidad suministradora y consecuente indemnización de daños y perjuicios. Análisis de los hechos de los que resulta incumplimiento contractual de la compañía distribuidora. Desestimación de la demanda. Contratos de duración indefinida: su denunciabilidad unilateral acorde con la doctrina contraria al mantenimiento “*sine die*” de tales estipulaciones. *Sentencia de 2 de junio de 1984*.*
159. **Indemnización de daños y perjuicios.** Es preciso acreditar la realidad de los mismos que no los supone forzosamente el incumplimiento contractual. Falta de personalidad de la actora: supone reconocimiento de la misma, lo que obsta a la excepción, manifestado por el hecho de dirigir contra la misma demanda reconvenzional. *Sentencia de 2 de junio de 1984.*

160. **Transporte aéreo.** Acción indemnizatoria por extravío de las mercaderías transportadas. Desestimación de la excepción de prescripción invocada al amparo del art. 124 de la Ley de navegación aérea que contempla supuestos distintos del enjuiciado. Intervención procesal: sus distintas clases y tratamiento. *Sentencia de 2 de junio de 1984**.
161. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cesión, subarriendo o traspaso. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 2 de junio de 1984.*
162. **Prueba.** Hechos que han de ser objeto de la misma. Están exceptuados de ella los reconocidos. *Sentencia de 5 de junio de 1984.*
163. **Acción cambiaria declarativa.** Excepción de falta de legitimación activa sustentada en base a no figurar la entidad actora mencionada en la cambial. Transmisión de la letra de cambio: no es preciso que se opere por endoso ya que la misma puede tener lugar por cualquier medio reconocido en derecho civil o en derecho mercantil. La absorción de la entidad tenedora por la actora es un sistema de transmisión que legitima a ésta. *Sentencia de 5 de junio de 1984**.
164. **Excepción de falta de legitimación pasiva.** En materia de arrendamientos está pasivamente legitimado el arrendatario aunque, como consecuencia de divergencias conyugales, ocupe el objeto arrendado la esposa del mismo que es ajena al contrato. *Sentencia de 6 de junio de 1984.*
165. **Divorcio.** Alimentos para un hijo común. Cuantificación de los mismos atendidas las circunstancias concurrentes. *Sentencia de 6 de junio de 1984.*
166. **Congruencia.** Responsabilidad decenal: es posible el resarcimiento "in natura" o por equivalencia. Solidaridad de los que intervienen en el hecho constructivo salvo que pueda individualizarse la responsabilidad de cada uno de ellos. Concepto de ruina. *Sentencia de 1984.*
167. **Arrendamiento de obras.** Modalidades. Ejecución por administración: notas características y obligaciones que impone a las partes. *Sentencia de 8 de junio de 1984.*
168. **Compensación.** Análisis de la prueba de la que se desprende que quien la opone no es acreedor del litigante contrario. *Sentencia de 8 de junio de 1984.*

169. **Abogados.** Honorarios por asesoramiento. Desistimiento del contrato por la entidad asesorada y, a partir del mismo, dejación por el letrado de prestar aquellos servicios. El carácter unilateral de aquel desistimiento no es óbice a su validez atendida la naturaleza de las relaciones abogado-cliente. *Sentencia de 9 de junio de 1984.*
170. **Contrato de seguro.** Gastos de salvamento marítimo. Falta de prueba. *Sentencia de 11 de junio de 1984.*
171. **Diligencias para mejor proveer.** Objeto y finalidad de las mismas que no alcanza a suplir las omisiones probatorias de las partes. *Sentencia de 11 de junio de 1984.*
172. **Seguridad social.** Convenio suscrito con la Agrupación Nacional de entidades aseguradoras. Reclamación de cantidad: procede rechazarla en cuanto a las facturas no debidamente documentadas según el convenio, y dar lugar a la misma respecto de aquéllas relativas a aspectos cubiertos aunque fueran presentadas fuera del plazo que marca tal convenio. *Sentencia de 11 de junio de 1984.*
173. **Cosa juzgada.** Identidades precisas para que se dé y necesidad de que, sobre el asunto, haya caído pronunciamiento decisivo en el primer pleito. Fijación del importe de la renta. El juicio de desahucio anterior no produce cosa juzgada respecto del segundo pleito que tiene aquella finalidad. *Sentencia de 13 de junio de 1984.*
174. **Contrato de compraventa.** Reclamación del precio. *Sentencia de 13 de junio de 1984.*
175. **Divorcio.** La emancipación del hijo hace inviable cualquier pronunciamiento sobre la patria potestad. Pensión compensatoria. Falta de prueba de los supuestos sobre los que descansa su concesión. *Sentencia de 13 de junio de 1984.*
176. **Reclamación de cantidad.** Estimación de la demanda. *Sentencia de 14 de junio de 1984.*
177. **Responsabilidad civil.** Daños y perjuicios. Falta de cuantificación de su importe. Determinación del mismo en trámite de ejecución de sentencias. *Sentencia de 14 de junio de 1984.*
178. **Acción cambiaria declarativa.** La falta de requisitos esenciales de

la letra no es apreciable de oficio. Congruencia. *Sentencia de 15 de junio de 1984**.

179. **Responsabilidad civil.** Daños a vehículos: examen de la conducta de ambos conductores. Responsabilidad del que, estando aparcado, se incorpora a la circulación. *Sentencia de 15 de junio de 1984.*
180. **Reclamación de cantidad.** Prueba de los hechos. *Sentencia de 15 de junio de 1984.*
181. **Reclamación de cantidad. Prescripción.** Inexistencia. Es inválido el convenio destinado a abreviar los plazos legales de prescripción con respecto al ejercicio de acciones destinadas a reclamar los perjuicios producidos por el cumplimiento irregular de las obligaciones contractuales. *Sentencia de 15 de junio de 1984.*
182. **Costas.** Inexistencia de temeridad. Justificación en fase probatoria de algún tipo de discrepancia entre las partes en el modo de cumplir la relación contractual. No se aprecia mala fe. *Sentencia de 18 de junio de 1984.*
183. **Reclamación de cantidad.** Lesiones producidas por accidente. Inexistencia de obras no notificadas a la entidad aseguradora. *Sentencia de 18 de junio de 1984.*
184. **Arrendamientos urbanos. Juicio de desahucio.** Finalidad del juicio de desahucio. La relación de condominio no obsta para que cualquiera de los partícipes pueda adquirir el carácter de arrendatario. **Costas.** La validez de los pactos sobre costas no debe ser proclamado en este caso por cuanto la penalidad que implica está sometida al prudente arbitrio de los tribunales. Doctrina del T.S. *Sentencia de 19 de junio de 1984.*
185. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del contrato por obras incontestadas. Calificación de las obras. El mero conocimiento por el propietario no significa el consentimiento —ni siquiera tácito— del mismo. *Sentencia de 19 de junio de 1984.*
186. **Reclamación de cantidad.** El pacto de delegación de deudor y, en consecuencia, el cambio de deudor surte plenos efectos previo el consentimiento del acreedor. La interposición de la demanda frente al deudor subrogado implica consentimiento de tal subrogación. *Sentencia de 19 de junio de 1984*.*

187. **Prescripción.** Supone su interrupción las conversaciones entre la entidad aseguradora y el lesionado dirigidas a obtener un acuerdo indemnizatorio. Criterio de interpretación restrictivo. *Sentencia de 19 de junio de 1984.*
188. **Alimentos.** No se incluyen los gastos de educación en la pensión alimenticia señalada. Concepto de alimentos no coincidente con el normativo del art. 142 Cc. *Sentencia de 20 de junio de 1984.*
189. **Pobreza.** Beneficio total por aconsejarlo así las circunstancias personales del solicitante. Discrecionalidad en su apreciación. Criterio de interpretación de las normas sobre pobreza en adecuación al mandato constitucional (art. 199 CE). *Sentencia de 22 de junio de 1984.*
190. **Acción cambiaria ordinaria.** Excepción del litisconsorcio pasivo necesario. No se da en este supuesto ya que todos los deudores cambiarios están obligados a pagar íntegramente el importe de la deuda. "Solidaridad imperfecta": la relación interna de los deudores solidarios se ve modificada, respecto de la solidaridad común, por el principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias. Excepción de falta de provisión de fondos. No puede oponerse con éxito al haber transcendido la cambial de quienes la negociaron y no concurrir el único supuesto que hace viable la oposición de tal excepción: la adquisición de la letra por el portador con mala fe en detrimento del deudor. Costas: expresa condena. *Sentencia de 22 de junio de 1984*.*
191. **Quiebra.** Eficacia privilegiada de las certificaciones de descubierto acreditativas del débito a la Seguridad Social, lo que hace que estén dotadas de un implícito valor probatorio de la realidad del crédito y su cuantía. *Sentencia de 22 de junio de 1984.*
192. **Acción negatoria de servidumbre.** El arrendatario, como poseedor del inmueble y perturbador efectivo de la propiedad, viene obligado a respetar el íntegro contenido dominical de los actores, sin que pueda alegar su condición arrendaticia que sustente una falta de legitimación para soportar el pronunciamiento estimatorio de la demanda. Condena en costas. *Sentencia de 23 de junio de 1984.*
193. **Indemnización de daños y perjuicios.** Requisitos. Falta de nexo causal, por lo que debe desestimarse la demanda. *Sentencia de 25 de junio de 1984.*

194. **Juicio ejecutivo.** Nulidad del mismo. Representación cambiaria: requisitos. *Sentencia de 26 de junio de 1984.*
195. **Contratos. Interpretación.** Criterio sistemático. Hermeneútica conjunta del clausulado y no aislada. Doctrina del T.S. Intereses y capital: reglas de interpretación. *Sentencia de 26 de junio de 1984.*
196. **Juicio ejecutivo cambiario.** Nulidad del mismo por haberse acogido el ejecutado a los beneficios de la suspensión de pagos. La providencia de admisión de tal expediente determina la inadmisión de procedimientos no especialmente inocables, según la Ley especial, como no lo es el ejecutivo ordinario. Nulidad de juicio. *Sentencia de 26 de junio de 1984*.*
197. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia. Efectos subsiguientes a la declaración judicial de separación. Falta de prueba de los elementos objetivos: dejación de su determinación para el período de ejecución de sentencias. *Sentencia de 29 de junio de 1984.*
198. **Contratos. Interpretación.** Primacía del tenor literal. *Sentencia de 2 de julio de 1984.*
199. **Arrendamientos rústicos.** Legitimación activa: no puede oponer su falta quien la tiene reconocida en juicio o fuera de él. Estudio del supuesto de hecho. **Aparcería.** Venta por el aparcerero de productos de la finca sin conocimiento ni consentimiento de la propiedad y abandono de la finca: ambas son causas determinantes de la resolución del contrato. Inaplicabilidad, en este especial ámbito jurídico, de la doctrina de la compensación de culpas. *Sentencia de 2 de julio de 1984.*
200. **Tercería de dominio.** Falta de litisconsorcio pasivo necesario: desestimación de la excepción por ser innecesario demandar a quienes ocupan el inmueble sobre el que la acción se proyecta. Ambito del litisconsorcio en la doctrina del T.S. Litisconsorcio e intervención. El excepcionante, en cuanto arrendador, podía intervenir mas no oponer la excepción indicada. Embargo por la Magistratura del trabajo anotado con anterioridad a ser otorgada la escritura a favor del tercerista: subordinación de la misma a los actos dispositivos anteriores. *Sentencia de 4 de julio de 1984*.*
201. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria: la supone el ataque

- contra la íntegra personalidad de uno de los cónyuges. *Sentencia de 4 de julio de 1984.*
202. **Actos propios.** Va contra los mismos quien reclama derechos hereditarios contra una empresa habiendo sostenido antes pleito laboral por despido como empleado de la misma. *Sentencia de 6 de julio de 1984.*
203. **Arrendamientos urbanos.** Viviendas de protección oficial: es contrario a derecho el percibo de rentas superiores a las reglamentariamente establecidas para esta clase de viviendas, sea el arriendo con o sin muebles. *Sentencia de 6 de julio de 1984*.*
204. **Juicio de desahucio.** Calificación del contrato. Arrendamiento de temporada: notas características. Doctrina del T.S. Intranscendencia de la ubicación de local y de la vivienda. *Sentencia de 6 de julio de 1984*.*
205. **Contrato de compraventa condicional.** El incumplimiento de la condición futura, en este caso, e independiente de la voluntad de los contratantes, invalida la estipulación. Devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio: arras. *Sentencia de 6 de julio de 1984.*
206. **Contrato de compraventa.** Entrega de su objeto y reclamación del precio. *Sentencia de 6 de julio de 1984.*
207. **Culpa contractual.** Daños causados intencionadamente por el arrendatario a la cosa arrendada. Análisis de la prueba. Estimación de la demanda. *Sentencia de 9 de julio de 1984.*
208. **Legitimación pasiva.** Carece de ella el contratante que intervino como mandatario del titular del derecho. Simulación absoluta. Invalidez del contrato por carecer el mandatario de facultades representativas y por falta de ratificación del negocio por la supuestamente representada. *Sentencia de 9 de julio de 1984.*
209. **Acción cambiaria declarativa.** *Sentencia de 10 de julio de 1984.*
210. **Servidumbre de paso.** Determinación del trazado de la misma. Preferencia de que lo haga por vías preexistentes. *Sentencia de 10 de julio de 1984.*

211. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas: análisis de la prueba de la que se deduce consentimiento tácito que impide el éxito de la acción resolutoria, consentimiento que especialmente se deduce del hecho que el arrendador otorgara nuevo contrato después de terminadas las reformas. *Sentencia de 10 de julio de 1984.*
212. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos al amparo de existencia de dificultades administrativas que impidieron la circulación del vehículo que constituye la causa de la cambial. Tal alegación implica oponer la “**exceptio non rite adimpleti contractus**”, no alegable en esta clase de procesos. Contrato base concertado como vendedor, por persona distinta del librador ejecutante: no implica falta de personalidad y sí, en cambio, puede suponer falta de provisión de fondos: quien entrega aceptada una letra en blanco se entiende que admite lo que sucesivamente se incorpore a la misma, incluso que la libre persona distinta de la dadora de la provisión. *Sentencia de 11 de julio de 1984*.*
213. **Emplazamiento.** Intentado sin efecto en el domicilio del demandado. Manifestaciones de los vecinos en el sentido de ignorar el paradero del interpelado: procedencia de su vocación al pleito por medio de anuncios. *Sentencia de 11 de julio de 1984.*
214. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo simulado que encubre un verdadero arrendamiento. Análisis de la prueba de que se deduce la simulación. *Sentencia de 11 de julio de 1984.*
215. **Arrendamientos urbanos.** Convenio transaccional de desalojo: despliega plena eficacia aunque fuera estipulado en forma verbal. Doctrina del T.S. Prueba de dicha transacción. Renuncia a la prórroga: está proscrita la anticipada, mas no la operada con posterioridad al contrato. Indeterminación del tiempo en que debía operarse el desalojo: fijación del plazo por los tribunales. *Sentencia de 13 de julio de 1984.*
216. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del concertado por el usufructuario por ser supuestamente gravoso para la propiedad. Estudio del supuesto de hecho y desestimación de la demanda. *Sentencia de 16 de julio de 1984.*
217. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas. Readaptación del local emprendida antes de ser suscrito el contrato de inquilinato. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 17 de julio de 1984.*

218. **Separación matrimonial.** Cónyuges extranjeros de distinta nacionalidad. Ley aplicable: la nacional común durante el matrimonio y, en defecto, la del esposo. Necesidad de probarla cuya falta obsta al pronunciamiento disolutorio del régimen conyugal. *Sentencia de 17 de julio de 1984**.
219. **Contrato de sociedad.** Elementos definidores. Asunción de deuda. Pacto sobre costas: carece de fuerza de obligar. *Sentencia de 18 de julio de 1984.*
220. **Contrato de sociedad.** Disolución de la misma y asunción, por uno de los socios, de una concreta deuda por suministros a la misma: carece de eficacia frente al deudor. Condena solidaria de ambos socios. *Sentencia de 20 de julio de 1984.*
221. **Juicio ejecutivo cambiario.** Pluralidad de librados aceptantes con designación de un único domicilio: es innecesario notificar a cada uno de ellos el protesto. Falta de provisión de fondos y renovación cambiaria: ésta supone aquélla. *Sentencia de 20 de julio de 1984.*
222. **Contratos.** Ratificación: hechos de inequívoco significado de los que se deduce y que impiden la ineficacia del contrato. Indemnización de daños y perjuicios: está precisada de una existencia real de los mismos que deben ser alegados y probados por lo que obsta a tal pretensión una base especulativa de supuestos futuros quebrantos. *Sentencia de 20 de julio de 1984.*
223. **Contrato de compraventa.** Nulidad por falta de precio cierto y determinado, además por figurar el vendedor el cónyuge de la propietaria, aforado de Mallorca, que no ratificó este concreto contrato. *Sentencia de 24 de julio de 1984.*
224. **Tercería de dominio.** Requisitos para su éxito. La propiedad por los terceristas debe ser anterior al embargo. Pacto de reserva de dominio no inscrito: es inoponible a terceros. Reivindicación de muebles, juntamente con el inmueble en que estaban instalados, llevada a cabo por su antiguo dueño que había readquirido tal inmueble del comprador de los bienes objeto de reivindicación. Estimación de la demanda. *Sentencia de 26 de julio de 1984**.
225. **Indemnización de daños y perjuicios.** Carga de la prueba. Indemonstración de la relación de causalidad. *Sentencia de 27 de julio de 1984.*

226. **Rendición de cuentas.** Presupone una gestión colectiva. *Sentencia de 30 de julio de 1984.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

126

126. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Indemnización de daños y perjuicios. Requisitos para el éxito de la acción. Reparación defectuosa de un vehículo a motor. Cuantías indemnizables: lo es la custodia del vehículo y la necesidad de usar otros medios de transporte. Normativa aplicable a las reparaciones de automóviles. *Sentencia de 9 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que contra la sentencia que estimó sólo en parte la demanda iniciadora de estos autos, en cuanto que se limitó a condenar al demandado a la devolución de las 100.000 ptas. recibidas en concepto de precio por el arreglo del turismo matrícula M-0014-Z, propiedad del accionante, apreciando incumplimiento total del contrato de obra concertado, pero le absolvió de las restantes peticiones deducidas, se interpone recurso de apelación por la parte actora en súplica de que se amplie la condena a los otros pedimentos formulados, a saber, el pago del valor que tenía el vehículo, al de los daños y perjuicios ocasionados por no haber podido utilizar el móvil desde la fecha de la reparación y tenerlo en custodia dentro de un garage, los que el apelante ha evaluado "in voce" en cifra superior a las 200.000 ptas., y, por último, al de las costas producidas en el pleito, como "único responsable de la interposición de la presente demanda, debido a su dolo y mala fé".

CONSIDERANDO: Que, habiendo ganado firmeza, por no combatida, la afirmación de la sentencia apelada de que el demandado incumplió por completo lo contractualmente convenido con el actor, es menester recordar, para decidir acerca de los dos primeros temas suscitados, que el artículo 1.101 del Código Civil prescribe, con carácter general, que "quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella", y que es uniforme y reiterada doctrina del Tribunal Supremo, recogida, entre otras muchas, en sentencias de 3 de mayo de 1966, 12 de febrero de 1976, 1 de diciembre de 1977, 14 de junio de 1978, 16 de junio de 1979 y 6 de julio de 1983, la de que ese resarcimiento pecuniario no surge necesariamente de todo incumplimiento contractual, cumplimiento inadecuado o de la necesidad con que el obligado se haya producido, sino que "es del todo punto indispensable, para que tal obligación de indemnizar exista y sea exigible, que esté acreditada la real existencia de los daños y perjuicios y que los mismos fueren originados por el acto ejecutado u omitido" (sentencia de 14 de junio de 1978); ahora bien, probada la realidad de las consecuencias dañosas, declara el mismo Alto Tribunal en sentencia de 10 de enero de 1979 que la entidad del resarcimiento, "abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agra-

vio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (restitutivo in integrum)".

CONSIDERANDO: Que, a tales fines, son hechos, cuya realidad se evidencia por medio de las pruebas practicadas en la "litis" en torno a ellos, los siguientes: a) una vez finalizada la reparación, el turismo Simca-1200 quedó en situación de inaptitud para circular, según muestran las fotografías unidas a los folios 10 a 12 y, sobre todo, el dictamen pericial emitido por el Sr. E. (folios 95 y 98), cuyo carácter metódico, detalle y profundidad, le confieren una credibilidad y eficacia probatorias, con arreglo a la sana crítica (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); muy superiores a las del otro dictamen (folios 94, 99 y 101), difuso, impreciso y de superficialidad inexplicable; inaptitud material, de una parte, pues la carrocería instalada en sustitución de la antigua presentaba un estado ruinoso, con numerosos orificios y perforaciones, herrumbre y erosión, apenas disimulados bajo la capa de pintura, junto a otras deficiencias en los sistemas de cambio de marchas y frenado, hasta el punto de afirmar el Sr. E. que "en este estado el vehículo resulta peligroso en caso de ser utilizado", e inaptitud jurídica, de otra, en tanto que, al haberse practicado en el automóvil una "reparación de importancia", según la terminología del artículo 252 del Código de la Circulación y la Orden Ministerial de 5 de Noviembre de 1975, consistente en la sustitución parcial de la estructura autoportante (artículo 1º, nºs. 2 y 4.8 de la Orden Ministerial) con piezas de desguace en condiciones pésimas y prácticamente inservibles, —infringiendo con tal proceder la prohibición formulada por el artículo 10 del Decreto 809/1972, de 6 de abril—, a las que se adosó, al margen de toda la normativa preceptuada en el artículo 237 del Código Viario y disposiciones que lo complementan, el número de bastidor propio e identificador de la estructura sustituida, sin conocimiento ni autorización de las autoridades administrativas competentes, el turismo así manipulado no puede transitar por las vías públicas, cual es su natural destino, y ha devenido inservible para su dueño, por lo que es obvio que, éste, por efecto de aquella actuación lastimosa, sufrió un perjuicio real, para cuya cuantificación ha de partirse del valor que quepa asignar al coche, ahora inútil, que debe ser resarcido por el demandado como causante del mismo; b) privado de medio de transporte propio, el actor lógicamente hubo de acudir a otros medios alternativos para sus desplazamientos, entre ellos los motivados por su trabajo, con unos gastos que también entrañan perjuicio resarcible; y c) aún prescindiendo del sedicente certificado que obra al folio 101 de los autos, el cual no debió ser solicitado por el Juzgado, pues convierte en objeto de irregular prueba documental, lo que debió serlo de testifical, mediante la prestación de testimonio por el gerente del taller, firmante del mismo, a presencia judicial y de las partes y con todas las garantías y formalidades prescritas en los artículos 638 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, el contenido de los dictámenes periciales y los recibos aportados en diferentes fases (folios 13 a 19, 43, 44, 59 a 61) bastan para acreditar que el turismo hubo de ser depositado para su custodia en un garaje, a cambio del correspondiente abono periódico de precio, cuyo importe constituye asimismo desembolso indemnizable, como derivado del incumplimiento contractual, porque, habida cuenta de que el coche no podía circular, la medida era necesaria para evitar que su permanencia indefinida a la intemperie sin desplazamiento ninguno, acrecentara el deterioro de sus elementos y piezas o que, inclusive, pudieran las mismas ser sustraídas, juzgándosele abandonado en la calle.

CONSIDERANDO: Que acreditada la realidad de los daños y perjuicios citados, la fijación de su concreta entidad pecuniaria y, en definitiva, de la suma que, en concepto de indemnización por responsabilidad contractual, habrá de satisfacer el demandado por reflejar la totalidad del demérito patrimonial experimentado por el actor, ha de partir de la cifra que el perito Sr. E. facilita, como expresiva del valor real del automóvil, al folio 97 de los autos, para descontar seguidamente de ella, a fin de calibrar el que tenía el coche después del accidente, pero antes de la reparación y de que pusiera manos sobre él el demandado, el importe de los desperfectos de que adolecía, y que, de modo indicativo, puede estimarse sobre el presupuesto unido al folio 8 y los precios de los materiales deteriorados que detallan los peritos a los folios 97 vto. y 99; teniendo, asimismo, presente, de una

parte, que el tiempo transcurrido desde el 22 de Mayo de 1981, fecha en que el automóvil fue devuelto a su propietario, obliga a la actualización de esas cifras, y, de otro, el presumible, pero cierto, valor de las piezas y elementos aún aprovechables, esta Sala entiende adecuado cuantificar el perjuicio dimanante de la causada inutilidad del vehículo en la suma de 110.000 ptas.; adicionados a ella el importe total de los únicos gastos por empleo de otros medios de transporte acreditados en el pleito a través de los pertinentes billetes y justificantes (folios 21 a 23, 45 a 49, 51, 62 a 67), que asciende a 11.705 ptas., y el de los demostrados abonos para guardar el Simca, que se eleva a 36.000 pts. (folios 13 a 19, 43, 44, 59 a 61), la cantidad a cuyo pago debe ser condenado el demandado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, se fija en 157.705 ptas., sentido en el que procede acoger el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y revocar la sentencia dictada en primera instancia.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé, en la conducta procesal del demandado, según es de ver por el desarrollo del litigio, por lo que debe rechazarse la petición de que se le impongan las costas de la primera instancia, sin que tampoco haya lugar a imponer de manera especial las causadas en esta alzada, dado que la única parte comparecida en ella ha sido la recurrente.

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

FALLAMOS: Que con estimación parcial del recurso de apelación que interpone el Procurador Don A. C. F., en nombre y representación de Don J. S. S., contra la sentencia dictada el cinco de octubre de mil novecientos ochenta y tres por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha sentencia a los fines de condenar, como condenamos, al demandado Don G. M. G. J. a que satisfaga al actor-recurrente, la cantidad de ciento cincuenta y siete mil setecientos cinco pesetas en concepto de indemnización por daños y perjuicios con los intereses prescritos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta segunda sentencia hasta su completo pago, confirmando en todo lo demás los restantes pronunciamientos de la sentencia apelada y sin hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada. Notifíquese al demandado Don G. M. G. J. esta resolución en la forma preceptuada por los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si no se solicita la personal en el término de tercero día. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

128

128. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución por traspaso: lo implica la jubilación del arrendatario y la consiguiente puesta al frente del negocio explotado en el local de una hija del mismo. Régimen fiscal y derechos civiles. *Sentencia de 11 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, por sentencias de 2 de Diciembre de 1960, 26 de enero de 1966 y 10 de marzo de 1971, la de que

en materia de arrendamientos urbanos, para decidir el procedimiento aplicable hay que atender, única y exclusivamente, a la acción que se ejercita en la demanda 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 comunes, en el segundo, por lo que es claro que, ejercitando la actora de manera inequívoca una simple acción resolutoria de contrato de arrendamiento sobre local de negocio, con invocación expresa de la causa 5ª del artículo 114 de la Ley especial arrendaticia, el procedimiento a seguir, con independencia de que aquella no alcance éxito final por cualesquiera motivos, ha de ser el preceptuado en el número 1 del artículo 126, que se remite al de incidentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la única modificación de que el plazo de prueba será de 30 días, y que será el Juez de primera instancia el llamado a conocer del litigio (artículo 123 nº 1); pero es que, además aunque en el edificio existen algunas dependencias destinadas a habitación por los demandados, la prueba practicada en autos acredita que la finalidad para la que, en su día, se cedió el inmueble en arrendamiento, no fue la de su empleo como vivienda, sino la de explotar en él un negocio de tienda de ultramarinos, como ya sostuvo, frente a la misma parte adversaria, el demandado Don J. G. en los autos de juicio de desahucio por precario número 107/60 seguidos en el Juzgado de Manacor, y que, en la actualidad y en perfecta consonancia con ese demostrado propósito, el uso a que se dedica el inmueble evidencia que su fin primordial "es el de local de negocio, ya que las habitaciones destinadas a vivienda son puramente secundarias o auxiliares", según observó el Juzgado de Primera instancia en el reconocimiento judicial que llevó a efecto el pasado 15 de diciembre (folio 105); por lo tanto, puesto que el número 1 del artículo 5º de la Ley de Arrendamientos Urbanos determina que "el contrato de arrendamiento de local de negocio no perderá su carácter por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio, tengan en él su vivienda", procede, por tales argumentos y por los de la sentencia apelada, el rechazo de las excepciones de procedimiento inadecuado e incompetencia de jurisdicción que, desestimadas por dicha sentencia, han sido reproducidas en esta alzada.

CONSIDERANDO: Que el contrato de arrendamiento de local de negocio es un contrato traslativo del uso de una edificación habitable no destinada primordialmente a vivienda, con el preciso objeto de que el arrendatario desarrolle en la misma, mediante la apertura de establecimiento, una actividad industrial, comercial o docente con ánimo de obtener ganancias, de modo estable y organizado, constituyendo uno de sus medios de vida, aunque no sea el fundamental, sin que, descendiendo al estricto supuesto de que en este litigio se trata, —pequeña tienda de ultramarinos en localidad de unos 2.000 habitantes escasos—, nada impida que el arrendatario, titular de los derechos y deberes contractuales, en el ejercicio de la actividad lucrativa, exteriorizada a través de su dedicación personal y esfuerzo, sea auxiliado o cuente con la colaboración gratuita de los parientes que de él dependen y con él integran un mismo núcleo de familia, pues la actividad de éstos es meramente accesoria, complementaria y subordinada a la suya principal, sin sustituirla.

CONSIDERANDO: Que, sin embargo, el conjunto de las pruebas obrantes en autos pone de manifiesto que con fecha de 31 de Agosto de 1981 el arrendatario D. J. G. B. causó baja a petición propia por jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al que estaba afiliado desde el 1 de Enero de 1964, consignando como sucesora en el negocio "tienda de ultramarinos" a su hija M., la cual, por su parte, se dio de alta en dicho Régimen con efectos de 1 de Marzo de 1983 "para poder despachar" (posición 12ª), todo ello según certificado expedido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social obrante al folio 16, y que, asimismo, desde tal jubilación, cuando menos, el Sr. G. no acude al negocio, ni ejerce en él actividad ninguna, sino que se dedica al cuidado de las fincas de su propiedad, siendo la hija la que se halla al frente de la tienda, despacha a los clientes y efectúa los pedidos, según son hechos admitidos en el escrito de contestación a la demanda (apartado 10) y corroborados por la confesión de los propios demandados (posiciones 20, 21 y 24 del Sr. G. —folio 61— y 13, 16 y 18 de la hija —folio 64—), y por el testimonio de diversos testigos, proveedores y clientes, propuestos por ellos al responder a las repreguntas 4ª (Sres. S., R. y S.) y 5ª (F., E., S., R., A. y J.), a lo que se añade que la hija ha contraído matrimonio en fecha reciente.

CONSIDERANDO: Que pese a las respetables razones que aducen los recurrentes, lo cierto es que esta jubilación del arrendatario, unida al efectivo y total cese de su actividad comercial con pleno apartamiento del negocio instalado en el local arrendado, que continúa, empero, siendo ejercitada por un tercero ajeno a la relación contractual locativa, por más que se trata de la hija que anteriormente prestaba su colaboración en el dicho negocio, pero que, ahora forma grupo familiar independiente, esconde la transmisión del uso del local, que, en la medida en que ha sido realizada de manera distinta a la preceptuada en los artículos 29 a 42 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, los cuales conceden al arrendador unos derechos, como son los de tanteo y retracto, participación en el precio de traspaso y elevación de la renta, tan dignos de protección y merecedores de tutela como los del arrendatario, incide en la causa de resolución del arriendo establecido en el número 5 del artículo 114, que la parte demandante invoca; a tal efecto la no desvirtuada por los apelantes doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias de 2 de junio de 1973, 22 de febrero de 1974 y 12 de marzo de 1975 y las demás que en ellas se citan, establece que el disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena y con todo trabajo lucrativo por cuenta propia, por lo que "la jubilación del titular del arriendo no le permite seguir actuando al frente del negocio y cobrar la pensión de jubilación, pues no es posible estimar dos situaciones distintas, una a efectos laborales y otra a efectos civiles, y si a los primeros para su situación de jubilado no puede actuar por sí, ni trabajar por cuenta ajena, la situación por él creada tiene que producir todos los efectos civiles inherentes a la cesión del negocio; lo contrario conduciría al absurdo de estimar que los Tribunales pueden proteger situaciones que se apartan de lo legal y hasta de fundamentales deberes de sinceridad, indispensables en la convivencia social" (12 de mayo de 1975), máxime cuando esta conducta lesiona concretos intereses, jurídicamente protegidos, de otro, lo que ha llevado a esta Sala a declarar en sentencia de 31 de Mayo de 1983, recaída en supuesto similar al de los presentes autos, que "la situación de pensionista es incompatible en términos absolutos con cualquier otra actividad lucrativa al servicio propio o ajeno y hace presumir que si el negocio continúa en el mismo local es en beneficio de tercero"; el cese de la actividad comercial del arrendatario por causa de su jubilación como empresario autónomo, no autoriza otra forma de transmisión "inter vivos" del uso del local arrendado, salvo consentimiento del arrendador, que la regulada en los artículos de la Ley de Arrendamientos urbanos referentes al traspaso, la percepción de cuyo precio permite al arrendatario resarcirse del aumento del valor experimentado por el local merced a la actividad en él desenvuelta, y da ocasión al arrendador, en adecuada armonización de sus intereses contrapuestos, para el ejercicio de los derechos antes citados, que la Ley le confiere, vía aquélla a la que debieron acudir los demandados para no incurrir en la causa de resolución alegada.

CONSIDERANDO: Que, por otra parte, y frente a la afirmación de los demandados de que el alta en la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial es lo que determina la vinculación de la industria a un sujeto determinado, debe recordarse que el Tribunal Supremo declara con reiteración que el régimen fiscal no atribuye por sí facultades dominicales y no define, ni afecta en esencia, a los derechos civiles (sentencias de 18 de febrero de 1963, y 5 de febrero de 1964, por todas) y aunque puede constituir valioso indicio para descubrir la realidad jurídico-privada, nada impide que quede desvirtuada por otras pruebas, como en el presente caso lo ha sido.

CONSIDERANDO: Que por todo ello la sentencia apelada es ajustada a derecho y procede su confirmación, sin que, a los fines previstos en el n° 2 del artículo 149 de la Ley especial arrendaticia, se aprecie temeridad en los recurrentes que aconseje la especial imposición de las costas causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación que interpone el Procurador Don J. M. S., en nombre y representación de D. J. G. B. y Dña. M. G. F., contra la sentencia dictada por el Juez de Primera instancia de Manacor el doce de enero de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, sin hacer especial imposición de las costas producidas en esta alzada. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

133. EJECUTIVO DE TRAFICO. Culpa exclusiva de la víctima. Requisitos jurisprudenciales para el éxito de una excepción. Sentencia penal absolutoria: no supone la ausencia de culpa civil y de la consiguiente obligación indemnizatoria. *Sentencia de 14 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que aquietada la demandada entidad aseguradora ante la desestimación de las invocadas nulidad del título que se ejecuta y falta de personalidad del ejecutante, la temática de esta alzada está constituida por la peculiar excepción de culpa única o exclusiva de la víctima recogida como motivo defensivo en los artículos 1 y 17 del Texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de Marzo. Excepción para cuya apreciación se exige justificar, dada la inversión de la carga de la prueba que consagra multitud de sentencias, de las que son exponente la de 10 de julio de 1943 y la de 27 de abril de 1981, que la conductora del vehículo asegurado obró con toda prudencia y diligencia precisa para evitar las lesiones de la perjudicada, lo que tiene su fundamento, como proclama la sentencia de 10 de mayo de 1982 "en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de este se presume iuris tantum y hasta tanto no se demuestre frente a la víctima que el autor de los daños obró en el ejercicio de actos lícitos con tal prudencia y diligencia para evitarlos".

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la cuestión enunciada es preciso fijar los siguientes hechos de entidad resolutoria: UNO.- La conductora del vehículo asegurado en la entidad apelada se apercibió de que a una distancia aproximada de 150 metros, dos niños de 14 años de edad corrían uno tras el otro y en dirección opuesta a la que ella seguía por la acera, de 0,60 metros de ancho, situada a su derecha; DOS.- Dicha conductora, pese a apercibirse de dicha situación, no modificó su modo de conducir que no ha quedado acreditado resultara hasta entonces contrario a disposición circulatoria alguna, y TRES.- Cuando uno de los menores, la hija del recurrente, bajó corriendo a la calzada, la conductora, si bien hizo uso del sistema de frenado dejando una huella de 4 metros de largo en cuyo inicio se separaba del bordillo de la acera derecha 1,10 metros y en su final 0,70 metros, no evitó el atropello que constituye la causa mediata de esta litis.

CONSIDERANDO: Que lo precitado conduce a estimar que la acción culposa de la perjudicada no fue la exclusiva causa de sus lesiones, por cuanto la situación apercibida por la conductora del vehículo asegurado —dos niños de la edad mencionada corriendo en una acera de escasa anchura— imponía sobre el principio de confianza la previsión de un comportamiento inadecuado de cualquiera de ellos, lo que, a su vez y con finalidad preventiva, exigía una disminución de velocidad y una conducción alertada en grado extremo. Exigencias cuyo cumplimiento —fácil cumplimiento— no se deduce de la forma en que se produjo el suceso, obstaculizándose con ello la exclusión en la agente de cualquier grado de negligencia como sería necesario para posibilitar la estimación de la excepción invocada.

CONSIDERANDO: Que frente a la conclusión expuesta no puede alzarse con eficacia la apreciación que de los hechos tuvo la jurisdicción penal, dado que es declaración reiterada del Tribunal Supremo (sentencias de 23 de Noviembre de 1935, 19 de febrero de 1945, 20 de enero de 1970, 4 de octubre de 1980 y 30 de mayo de 1983) que la responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones

culposos o negligentes son especies jurídicas que aunque expresivas ambas de un principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo cual 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 mismo se deriven.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de los dispuesto en el artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la Compañía Aseguradora demandada las costas de la primera instancia, sin que dado el contenido de esta resolución proceda hacer declaración especial sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. L. G. R. contra C. A. I., S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma en diez de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y desestimando la oposición formulada por la entidad C. A. I., S.A. y estimando la demanda interpuesta por el recurrente mencionado, debemos acordar y acordamos seguir adelante la ejecución despachada contra los bienes y derechos de la entidad demandada y con su producto hacer entero pago al actor de la suma de doscientas mil pesetas de principal, más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y los establecidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, así como las costas de la primera instancia, sin que se haga declaración especial sobre las de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

134

134. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución por cierre. Traspaso posterior a la eficacia resolutoria de tal cierre. Carga de la prueba en los procesos por tal causa. No impide el éxito de la acción el que el arrendador siga percibiendo las rentas lo que se concibe como un derecho del mismo hasta tanto se declare resuelto el contrato. La alegación de conversación del local de almacén presume un reconocimiento del hecho del cierre: Doctrina del T.S. *Sentencia de 14 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la resolución contractual pretendida al amparo de la causa establecida en el ordinal undécimo del artículo 114 en relación con el caso tercero del artículo 62, ambos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ha sido estimada por el Juzgador a quo en base, en primer término, a una argumentación que de modo preciso desvirtúa la defensa básica (en realidad la única defensa) del arrendatario constituida por el hecho de haber traspasado el local arrendado y, en segundo lugar, a una ajustada valoración del resultado de unos medios probatorios que han permitido verificar, con elocuencia no habitual en el ámbito de los hechos negativos, el cierre invocado en la demanda

instauradora de esta litis. Razonamiento argumentativo y valoración probatoria que se incorporan a esta resolución como propios y constituyen suficiente causa desestimatoria de una impugnación cuyos motivos expuestos in voce en el acto de su vista obligan a realizar, sin más finalidad que la corroborativa, las siguientes consideraciones: *Primera.* - Las alegaciones de carácter sustantivo no pueden lograr la modificación del pronunciamiento resolutorio, tanto porque, en un orden conductual y normativo, *el acto de traspaso no priva al anterior acto de cierre del local arrendado de su posible eficacia resolutoria*, como porque, tras analizar el traspaso invocado, forzoso es concluir que éste ni preexistía al ejercicio de la estimada acción resolutoria pues la escritura pública correspondiente se otorgó después de ser presentada la demanda rectora del proceso, ni su realización se adecuaba a las prescripciones legales, por cuanto la comunicación realizada el uno de agosto de mil novecientos ochenta y tres no fue notificación fehaciente al modo exigido por el número 3 del artículo 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y el plazo transcurrido desde la notificación ajustada a derecho que se realizó el día dos de septiembre del mismo año basta el otorgamiento de la escritura pública fué inferior al exigido por el segundo párrafo del artículo 35 de la Ley citada; *Segunda.* - El alegato sobre la actividad probatoria de la actora es erróneo en cuanto olvida a) que la propia naturaleza del "cierre" como evento negativo no arroja sobre el actor/arrendador otra carga probatoria que la simplemente inicial de la abstención en el uso pactado, arrastrando hacia el demandado la de acreditar la producción del evento contrario y b) que, no obstante ello, la actividad probatoria del actor ha logrado acreditar mediante no sólo, como entiende el recurrente, una acta notarial de requerimiento —medio probatorio de notable significación resolutoria, como afirma el juzgador a quo— sino también a través de dos documentales, una fotográfica y otra acreditativa del consumo de agua y luz y del uso del servicio telefónico, y de varias declaraciones testificales, la existencia de una serie de hechos básicos que concurrentes en una misma dirección forman un conjunto indiciario del que se infiere, sin duda alguna, la certeza del cierre del local arrendado; *Tercera.* La percepción de rentas es un derecho cuyo contenido económico constituye la contraprestación conmutativa del uso del local de negocio arrendado y cuya realización persiste válidamente en tanto no se resuelva la relación arrendaticia que sobre éste se concertó, mientras que la resolución contractual, en cuanto pretensión del arrendador, es facultad legal cuyo ejercicio se vincula a la existencia de alguna de las causas específicamente establecidas por la normativa arrendaticia urbana. Distinción de naturaleza y fundamento que permite la compatibilidad de ambos derechos, de suerte que la percepción de rentas no revela una voluntad conservadora de la relación arrendaticia ni convierte en contradictoria una posterior pretensión resolutoria pues, caso contrario, se concluiría absurdamente que en tanto el pago de las rentas fuera aceptado por el arrendador la aplicación de la normativa establecida en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos quedará suspendida, y *Cuarta.* - Afirmar que el local arrendado ha dejado de ser un establecimiento mercantil dedicado al comercio de representaciones para ser utilizado como almacén de ventas de envases —afirmación realizada en el acto de la vista— supone admitir la causa resolutoria invocada por el actor, pues valorado el concepto de "cierre" de local desde la pauta aplicativa de derecho indicada por el Tribunal Supremo cuando en sentencia de 8 de febrero de 1974 manifiesta que "la aplicación del derecho no es un proceso matemático o nemotécnico, sino racional y reflexivo que necesariamente se ha de fundar en la interpretación", resulta inteligible la reiterada jurisprudencia que recogida por la sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1982 proclama: a) La no sinonimia de dicho concepto con el cierre físico del local, sino su entendimiento como interrupción de la actividad de comunicación con el público, que es consustancial a la actividad mercantil y que ya se tiene presente en el artículo 1º de la Ley de Arrendamientos Urbanos al definir el local de negocio como establecimiento abierto en el que se ejerce una actividad de comercio, industria o enseñanza con fin lucrativo (sentencias, entre varias, de 12 de mayo de 1969, 3 de marzo de 1970, 30 de marzo de 1973, 14 de diciembre de 1974 y 30 de septiembre de 1975) y b) su no neutralización por un uso anómalo (sentencias de 25 de mayo de 1966 y 25 de junio de 1971), que puede estar representado por la realización de actividades accesorias o esporádicas con el público, en tanto el acceso de éste al local no constituya la base de utilización o actividad habitual tenidas en cuenta como fin de la locación (sentencias de 3 de marzo de 1970, 16 de junio de 1971, 4 de noviembre de 1974 y 3 de febrero de 1975, entre varias).

CONSIDERANDO: Que no se aprecian motivos para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por C.A. S.A. contra la sentencia dictada el trece de diciembre 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 sobre resolución de contrato de local de negocio, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

138

138. CULPA CONTRACTUAL. Indemnización de daños y perjuicios. Necesidad de probar su existencia. Licitud de la determinación de su importe para la fase de ejecución de sentencia sobre el fundamento de que el perjudicado pruebe su cuantía y las bases de liquidación presentadas contradichas. *Sentencia de 17 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída que, estimando en parte la demanda, condena al demandado a la reparación, reembolso de material, subsanación y puesta a punto de la instalación de riego por aspersión que llevó cabo en la finca Biniagual, propiedad de la entidad actora, con el apercibimiento de que se ejecutará a su costa, caso de que no lo hiciera, y a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados en la cantidad que se fije en período de ejecución de Sentencia, es apelada por la parte demandada por los siguientes motivos: 1º) por la amplitud de la reparación que se le impone, y 2º) por la condena de indemnización por perjuicios impuesta, dado que no se han probado los daños aducidos.

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente si bien reconoció en el acto de la vista de esta alzada el no perfecto funcionamiento del sistema de riego por aspersión que instaló en la finca de la entidad demandante y manifestó su propósito de repararlo, mostró su disconformidad —motivo primero de apelación— con la amplitud de la reparación que le impone el fallo recaído, aduciendo que se limitó a colocar los materiales que le indicó la contraparte, aserto éste sin apoyatura fáctica alguna en las actuaciones, con olvido, por un lado, de que el contrato de arrendamiento de obras, con suministro de materiales, modalidad prevista en el artículo 1588 en relación con el 1544, ambos del Código Civil, suscrito por él con la entidad hoy actora-apelada el 23 de Octubre de 1979 (folios 13 al 15), —el precio que se fijó fué de 6.624.737 pesetas, hoy totalmente pagado—, le obliga a ejecutar, con la debida técnica, la obra convenida —sistema de riego por aspersión—, o sea con todos los elementos, piezas, instalaciones y montajes necesarios y adecuados para que dicho sistema de riego funcione perfectamente y satisfaga las necesidades de riego que precisen los cultivos de dicha heredad; y por otro lado, que dicho contrato contiene una cláusula de garantía (folio 15) que literalmente dice lo siguiente: “El Sr. S. —el hoy demandado—

apelante— garantiza la instalación contra defectos de montaje y defectos de los materiales durante el período de 18 meses a partir de la fecha de entrega, comprometiéndose a subsanar las deficiencias que se produzcan” —la fecha de entrega de la instalación tuvo lugar el 5 de Marzo de 1980 y el acto de conciliación previo a la interposición de la demanda instauradora de esta litis, el 19 de Febrero de 1981—; y como las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos (artículo 1091 del Código civil), y los contratos obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 del repetido Cuerpo legal), es por lo que procede desestimar el motivo primero de esta apelación.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1106 del Código Civil, complemento del 1101 del mismo Código, fuente de la responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios derivadas del cumplimiento imperfecto o incumplimiento de las obligaciones, fija el concepto de lo que es daño y perjuicio, consagrando el principio de nuestro Derecho histórico de empeoramiento, menoscabo o destrucción que se sufre en la cosa, y del valor o importe de la ganancia, utilidad o interés que se ha dejado de obtener. El Tribunal Supremo tiene declarado que la base de la indemnización que conceden los artículos 1101 del Código Civil y el 925 de la Ley de Enjuiciamiento del mismo orden, es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales tienen que probarse en autos, pues no basta que haya existido ese incumplimiento, ya que no siempre éste ocasiona perjuicios (Sentencias de 1 de Febrero de 1951 y 24 de Octubre de 1953, entre otras), correspondiendo la apreciación de su existencia —la de perjuicios— al Tribunal sentenciador (Sentencias de 13 de Julio 1945, 20 Diciembre 1960 y 5 Octubre y 30 Noviembre 1960), y que la aplicación de los artículos 1101, 1106 y 1107 del Código Civil requiere la base fáctica de los daños y perjuicios, cuya indemnización se pide (Sentencia de 1 de Diciembre 1977).

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada y coincidiendo con la apreciación de la juez “a quo”, este Tribunal estima la existencia de unos daños en las cosechas de la finca Biniagual, de la entidad demandante, causados por el deficiente funcionamiento del riego por aspersión instalado en dicha heredad por el demandado, cuyo pago, por los razonamientos antes expuestos, corresponde satisfacer a la parte hoy apelante-demandada a la apelada-actora, siendo lícito, como lo hace el fallo recurrido, diferir el “quantum” indemnizatorio al período de ejecución de sentencia, según declara la sentencia de 21 de Octubre de 1981, por ser admisible, a tenor del artículo 928 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condena de daños y perjuicios a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia, háyanse o no establecido las bases de la liquidación (Sentencia de 24 Enero 1975); habiendo declarado igualmente el citado Alto Tribunal (Sentencia 29 de Octubre 1981) que, “acreditada la existencia de los daños y perjuicios en la instancia, puede séguirse el juicio de cognición abreviado que para averiguar la cuantía establece la Ley Procesal Civil en sus artículos 928 a 950, cuyo objetivo es fijar la cantidad debida como indemnización, pero puede no obstante ocurrir que el Juez, apreciando libremente las pruebas practicadas en el incidente de ejecución, declare que el ejecutante no ha probado la cuantía de los daños o las bases de liquidación presentadas y contrarias por el ejecutado —Sentencias de 29 Noviembre 1905 y 13 Octubre 1909, entre otras—”.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y al rechazarse los dos motivos de impugnación y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia recaída, procede, previa desestimación de la apelación formulada, confirmar el fallo recurrido, con la concreción que se señalará en la parte dispositiva de esta resolución, en aras del principio de congruencia —artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, en cuanto al límite de la cuantía de la indemnización concedida en primera instancia.

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 interpuesto en nombre y re-

presentación de don J. S. P., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha siete de Febrero de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Juez de Primera instancia de Inca en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, si bien se fija en un millón de pesetas el límite de la indemnización que se ratifica; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio Llovera Alabau).

140

140. LEGITIMACION ACTIVA PARA PODER RECURRIR. Es necesario que la resolución impugnada produzca agravio en el recurrente. Doctrina del T.S. La firma de un contrato supone consentimiento. Carga de la prueba: implica la de los hechos negativos y la de aquéllos que por su especial dificultad no podría asumir el litigante contrario *Sentencia de 17 de octubre de 1983*. Costas: es contrario a derecho condenar a su pago al litigante que se vió precisado de acudir a juicio y que vió parcialmente acogida su pretensión. *Sentencia de 18 de mayo de 1984*.

CONSIDERANDO: Que combate el actor la sentencia de primera instancia —y dejando de momento el pronunciamiento relativo al pago de las costas—, en los tres extremos siguientes: a) en cuanto no condena al demandado al abonode 15.584 ptas. en concepto de precio de los aparatos accesorios y gastos de instalación del televisor marca Zenith en el domicilio del Puerto de Pollensa; b) en cuanto que tampoco incluye las 14.415 ptas. que median de diferencia entre el precio de venta del televisor marca Grundig que alega en la demanda y la cifra que admite el demandado como fijada para la operación; y c) en cuanto que, por último, condena al Sr. B. A. al pago de intereses legales desde la fecha de su emplazamiento, pese a que la cantidad en definitiva reconocida resulta inferior a la inicialmente reclamada.

CONSIDERANDO: Que en el primero de tales extremos el recurso ha de ser rechazado, toda vez que, habiendo alegado el Sr. B. al contestar, que el importe de aquellos aparatos accesorios y los gastos de instalación se hallaban comprendidos dentro del precio único de 130.000 ptas. convenido para la adquisición del televisor Zenith, no aporta el demandante prueba alguna eficaz que demuestre que los hechos importe y gastos deban ser satisfechos aparte, pues el albarán obrante al folio 7, redactado y suscrito por una misma persona que, en todo caso, no es el Sr. B., acredita, a lo máximo, el hecho, no controvertido, del montaje del televisor y los materiales empleados para ello, pero en absoluto que corriesen a cargo del demandado, y de la nota unida al folio 8 no es posible obtener conclusión ninguna al respecto; idéntico rechazo merece el recurso en cuanto al extremo c), ya que el pronunciamiento atacado es conforme con el suplico de la demanda y favorece al apelante, quien por tanto, carece de interés en su revocación y no puede impugnarlo con arreglo a la doctrina jurisprudencial de que "solo la parte a la que resulta desfavorable la resolución jurisdiccional puede, como perjudicado o gravado por ella, acudir a los medios de

impugnación que el ordenamiento concede", pues "sin gravamen no existe legitimación para recurrir y tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trata" (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Noviembre de 1981), habiendo declarado la mas reciente sentencia de 7 de julio de 1983 que "siendo el recurso un medio que el ordenamiento concede para impugnar, una resolución judicial a la parte que se estime por ella perjudicada, claro está que constituyendo el interés jurídico el móvil de la acción procesal, carece de legitimación para interponerlo la parte a quien la decisión no le haya ocasionado perjuicio alguno", cual en el presente supuesto sucede.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario el recurso del actor merece acogida en lo referente al reseñado como punto b), pues el albarán del folio 13, justificativo de la entrega del televisor marca Grundig, consigna el precio de venta en 74.415 ptas. y se halla firmado por el propio demandado, según se admite de manera expresa en el apartado tercero del expositivo fáctico de la demanda reconvenional, y, por lo tanto, la sentencia apelada, al no reconocer eficacia probatoria a dicho documento, desconoce que la función específica de la firma es la gráfica exteriorización del asentimiento a un contenido documental (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1980) y que aquella adveración presupone "iuris tantum" la autenticidad del texto escriturado" a no demostrar lo contrario mediante prueba que, como elemento obstativo al nacimiento de la obligación, corresponde al demandado a tenor del artículo 1214 del Código Civil, presunción de conformidad que alcanza a la totalidad de lo figurado en el escrito de que se trata" (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 1980) sin que en este último sentido desvirtuador se halle desarrollado actividad probatoria alguna; procede, en consecuencia la revocación de la sentencia impugnada y fijar en 211.625 ptas., al adicionar 14.415 a las 197.210 ya concedidas, la cantidad que el demandado J. B. adeuda al actor por razón de la compra-venta de los aparatos y objetos a que se alude en la demanda.

CONSIDERANDO: Que entrando en el examen del recurso que deduce, por vía de adhesión, el demandado-reconveniente al exclusivo objeto de que la acción reconvenional sea plenamente estimada con el resultado de concretar en 177.490 ptas. y no sólo en 71.185 ptas. la suma que le adeuda el Sr. B. y respecto de la que ha de operar la correspondiente compensación, cierto es que las reglas que establece el artículo 1214 del Código Civil sobre carga de la prueba no son absolutamente rígidas y que, si bien por modo general incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de aquella, en determinados casos, teniendo en cuenta los criterios de normalidad y facilidad probatorias cabe que haya de acreditarse también "aquellos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades" (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1983), pero ello en modo alguno autoriza, cual aquí se pretende para remedio de la propia insuficiencia probatoria, a sostener que, afirmado al comprador, demandado en reconvención, que el precio de compra de determinados objetos de joyería es inferior al que señala el vendedor demandante, deba ser aquél quien acredite ese menor precio o sufrir, en caso contrario, las consecuencias, pues la cuantía de la prestación pecuniaria en que la obligación consiste, es elemento constitutivo, a no dudar, y es obvio que no puede pretextar dificultad para probar tal extremo, y que existe correlativa y presunta mayor facilidad para la otra parte litigante, quien es titular de un establecimiento abierto al público, en el que ejerce profesionalmente una actividad comercial concerniente al ramo de joyería, y pudo por ello aportar cuantos justificantes acrediten el precio de venta de los objetos con que trafica, además de que, en todo caso, nada le impedía proponer prueba pericial acerca del debatido extremo, por lo que es vano su intento de arrojar la carga de la prueba sobre el contendiente y de desvirtuar los ajustados y precisos razonamientos de la sentencia apelada que, con fundamento en aquella insuficiencia probatoria, sólo en parte estimó la demanda reconvenional.

CONSIDERANDO: Que ascendiendo, en consecuencia, el importe de los créditos que respectivamente, ostentan el uno contra el otro por derecho propio los litigantes a las sumas de 211.625 y 71.185 ptas., procede, de conformidad a los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, extinguirles en la cantidad concurrente y condenar, por lo tanto, al demandado Sr. B. A. a que satisfaga a la contraparte en el exceso de 140.440 ptas., en cuyo

sentido procede la revocación de la sentencia de primera instancia.

CONSIDERANDO: Que entraña contradicción sancionar con la imposición de las costas causadas en un litigio a la parte que se ha visto precisada de acudir a él como único medio de obtener la satisfacción de su derecho, que, en efecto, le es reconocido jurisdiccionalmente, por lo que asimismo en este punto procede la revocación de la sentencia apelada, en tanto que condenó al pago de las producidas en primera instancia al actor, pese a que parcialmente estimó su pretensión, para, en lugar de tal pronunciamiento, no efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas de esa instancia, mientras que las de esta alzada habrán de imponerse al apelante, cuyo recurso ha sido totalmente rechazado, en virtud del imperativo mandato que formula el párrafo último del artículo 710 de la Ley Procesal.

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

FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación que interpone el Procurador Don A. S. Ll. en nombre y representación de D. J. B. B., y desestimando integralmente el que deduce el Procurador Don P. D. P., obrando en nombre y representación de D. J. B. A., contra la sentencia dictada el veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y tres por el Juzgado de Primera instancia de Inca en los autos de juicio de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y declarar que el demandado D. J. B. A. adeuda al actor la cantidad de doscientas once mil seiscientos veinticinco pesetas, condenando al referido demandado, practicada la correspondiente compensación de los créditos que respectivamente ostentan el uno contra el otro, a que satisfaga a Don J. B. B. la suma de ciento cuarenta mil cuatrocientas cuarenta pesetas, con confirmación del resto de los pronunciamientos que contiene la sentencia apelada, salvo el relativo a las costas de la primera instancia, de las que no se hace especial imposición a ninguna de las partes, condenando al recurrente D. J. B. A. al pago de las producidas en esta alzada. (Ponente: Javier Muñoz Gimenez).

144

144. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. Distintos fundamentos del instituto en la doctrina del T.S. Necesidad de demandar a los arrendatarios poseedores de los terrenos objeto de reivindicación. Acción reivindicatoria: existencia de título a favor del actor. *Sentencia de 22 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que para encuadrar debidamente las cuestiones que deben resolverse en esta alzada conviene exponer que: *Primero.* - El actor, titular de la parte determinada número uno de orden general del Edificio P. —planta semisótano— ejercita acción reivindicatoria contra los propietarios de las partes determinadas seis, siete, ocho, nueve, diez, once, doce, trece, catorce, quince y dieciséis del orden general del mismo Edificio

—todas, excepto la última, locales de negocio— al objeto de recuperar, por entender es aneja a la planta semisótana, la zona de terreno situada entre la línea de fachadas de estos locales y la calle París; *Segundo*.- D. M. C. C. demandado titular de las cinco primeras partes determinadas, se opone a tal pretensión afirmando ser propietario de la zona de terreno litigiosa; *Tercero*.- Los demandados propietarios de las restantes partes enumeradas tras invocar la *exceptio plurium litisconsortium* y afirmar que la zona de terreno litigiosa pertenece a la Comunidad de Propietarios, solicitan mediante demanda reconvenicional se declare, caso de ser estimada la demanda principal, que los locales de su propiedad tienen acceso directo desde la calle París —acceso, por tanto, a través de la franja de terreno reivindicada—; *Cuarto*.- La sentencia de primera instancia contiene los pronunciamientos siguientes: a) Estimatorio de la pretensión actora en cuanto se refiere al demandado D. M. C. C.; b) Estimatorio de la *exceptio plurium litisconsortium*; y c) Consiguientemente, no ha lugar a conocer ni el fondo del asunto en cuanto relacionado con los demandados restantes, ni la reconvenición por éstos formulada.

CONSIDERANDO: Que las citadas posiciones adoptadas por los litigantes y el contenido de las impugnaciones deducidas por el actor y por el demandado condenado motivan que las cuestiones objeto de resolución en esta alzada sean las siguientes: *Primera*.- Analizar si existe defecto en la constitución de la relación jurídico procesal y, en su caso, determinar su alcance, y *Segunda*.- Examinar la procedencia de la acción reivindicatoria ejercitada mediante la demanda rectora de la litis en cuanto dirigida contra el demandado D. M. C. C.

CONSIDERANDO: Que cualquiera que sea el designio que rijan la figura del litisconsorcio necesario —principio de contradicción (Sentencias del Tribunal Supremo 10-1-1945, 4-1-1947, 21-11-1959, 31-3-1960, 16-5-1960), extensión de efectos de cosa juzgada a terceros (22-6-1965, 13-4, 23-6 y 27-10-1966 y 10-10-1967), necesidad de evitar fallos contradictorios (22-5-1960, 26-11-1964), imposibilidad de la ejecución (4-2-1966)— lo cierto es que si a través de las declaraciones jurisprudenciales se ahonda en su estructura se descubre, como enseña la sentencia de 9-3-82, “que si la pretensión objeto del proceso solo puede proponerse válidamente contra varios a fin de obtener una única resolución para todos, es porque existe una situación jurídica extraprocesal o de naturaleza material, en la cual, según el Derecho sustantivo, la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exige la concurrencia de todas las personas que, merced a su interés, atraen la conceptualización de litis-consortes y deben integrarse en la relación procesal”, sin que, por tanto, la circunstancia de que el actor pueda traer al procedimiento a las personas individuales o jurídicas que crea conveniente, le releve, como indican las Sentencias del Tribunal Supremo de 15-4 y 5-12-82 “de convocar a aquéllas que tengan un evidente y legítimo interés en impugnarlas y puedan estar afectadas por el fallo a dictar, y es por ello por lo que los Tribunales no deben pronunciarse sobre cuestiones afectantes a quienes, no obstante no haber sido llamados a juicio, sean extensivos a ellos los efectos de la cosa juzgada en virtud del nexo que les une a las partes, o porque figuren como sujetos de la relación jurídico material deducida en el proceso”.

CONSIDERANDO: Que desde tal óptica la relación jurídica procesal aparece constituida de forma incompleta, por cuanto concordado que la posesión inmediata del terreno objeto de la reivindicación es ejercida no por los demandados titulares de los locales de negocio —excepción hecha del demandado frente al que se estima la acción reivindicatoria— sino por quienes son arrendatarios de estos inmuebles, es claro que si se entiende válida la formación de esta litis sin haber vocado a la misma a tales poseedores se está: a) estableciendo como presupuesto irrefutable que la posesión de tales ausentes no puede traer causa sino del contrato de arrendamiento celebrado con los demandados propietarios de los locales, es decir, que éstos les cedieron el uso no solo del inmueble de su indiscutida propiedad sino también del ahora debatido, y b) ignorando que frente a la recuperación del terreno, consiguiente al éxito de la acción reivindicatoria, quienes tienen la posesión inmediata del terreno —los poseedores ausentes del proceso— podrían oponer la existencia de un negocio jurídico que siendo distinto al de naturaleza arrendaticia celebrado con los demandados dueños de los locales, autorizara el uso y disfrute del terreno reivindicado. Conclusión estimatoria de la excepción que imposibilita el análisis tanto de la pretensión prin-

cipal deducida contra quienes no son poseedores inmediatos de la cosa como de la que éstos dedujeron con carácter subsidiario mediante su demanda reconventional.

CONSIDERANDO: Que tal obstáculo no impide analizar la cuestión de fondo en cuanto la demanda principal ha sido dirigida no sólo contra quienes no ejercían de forma inmediata la posesión sino también contra quien, como el condenado recurrente, poseía de tal modo y a título de dueño la zona de terreno objeto de reivindicación. Posesión que junto con la admitida inequívoca identidad de tal zona reduce el *thema decidendum* a determinar si el actor ha acreditado su propiedad en virtud de causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el invocado derecho real consiste, y examinados los actos instrumentales escritos mediante los que el demandante intenta cumplir su carga probatoria, esta Sala, al igual que hizo el juzgador a quo, estima acreditado el exigible título adquisitivo dado que: a) El Edificio P., construido sobre un solar de 5.120 metros cuadrados, está rodeado por todas partes por jardín, según consta en la estipulación primera de la escritura de declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal; b) El local de planta semisótano tiene anejo el jardín que rodea al edificio, como consta en la estipulación segunda de la misma escritura y c) El actor es dueño de la planta semisótano en virtud de compra cuya escritura pública ha sido aportada al proceso. Conclusión estimatoria frente a la que no cabe argumentar que la zona reivindicada pertenece a los titulares de los locales de negocio, pues a ello se opone la extensión de estos —20'50 metros cuadrados más 8'50 metros cuadrados de terraza frontal— y su cuota de participación en cuanto es idéntica a la que corresponde a los apartamentos situados en las restantes ocho plantas del edificio, ni que dicha zona es elemento común pues el acceso directo que los locales de negocio tienen desde la calle París —acceso sobre el que se fundamenta la afirmación que ahora se analiza— no denota otra propiedad que la privativa del jardín sobre el que se constituye lo que no es sino una servidumbre de paso.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia motivo para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por D. P. C. M. y D. M. C. C. y el adhesivo de los demandados, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de los de Palma, en veinte de Septiembre de mil novecientos ochenta y tres, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

145

145. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de falta de provisión de fondos. Ambito de su oponibilidad. Contrato subyacente deficientemente cumplido o "**EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS**" como fundamento de la excepción. No tiene cabida en este tipo de procedimientos. *Sentencia de 23 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que pese a la naturaleza sumaria y de cognición judicial limitada que el juicio ejecutivo ostenta en nuestro sistema procesal, manifestada en la limitación de motivos de oposición distintos a los expresamente regulados en la Ley Procesal (artículos 1.464, 1.465 y 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en la estructura tasada del contenido posible del fallo (artículo 1.473 de la misma Ley) y en la no producción en principio de los efectos de cosa juzgada de la decisión (artículo 1.479 de la Ley citada), una nutrida doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de la que se citan como exponente, las sentencias de 9 de julio de 1980 y 7 de julio de 1981, viene proclamando que la obligación cambiaria sólo se independiza de la causa y es, por tanto, abstracta respecto a las personas no ligadas al deudor por el contrato causal, es decir, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 13 de Octubre de 1982, "que la abstracción se manifiesta sólo respecto a las relaciones entre aceptantes y terceras personas, pudiendo contrariamente oponerse la falta de provisión de fondos —ya como motivo de nulidad o bien como excepción propia del juicio basado en cambiales— cuando la relación se desenvuelve procesalmente entre los mismos intervinientes en el contrato subyacente o causal o, en su caso, de los terceros que sólo formalmente, y "animus nocendi", ingresan en el circuito cambiario pero al único efecto de conseguir, a través de esta interposición ficticia, una protección jurisdiccional más eficaz al eliminarse y casi obturarse radicalmente las posibilidades defensivas del deudor cambiario".

CONSIDERANDO: Que con base en esta doctrina general de oponibilidad —doctrina necesariamente limitada ya que de lo contrario se esterilizaría la finalidad sumaria del proceso ejecutivo— el demandado, ahora recurrente, opuso en primera instancia y, por desestimada, reitera en ésta, la falta de provisión de fondos que al sustentarse en un incumplimiento parcial del contrato subyacente de venta no fue acogida por la resolución impugnada por cuanto, con independencia del resultado que la verificación de las causas del incumplimiento ofreciere, lo cierto es que, como reiteradamente tiene declarado esta Sala en sentencia, entre otras, de 19 de enero de 1981 que a su vez recoge lo expresado en las de 27 de febrero de 1979 y 29 de septiembre del mismo año, "la exceptio non rite adimpleti contractus" no puede prosperar, por la vía de invocar falta de provisión de fondos, dentro del juicio ejecutivo seguido contra el aceptante de una letra de cambio. Y la razón de que esto sea así estriba en la naturaleza sumaria del juicio ejecutivo dimanante de los artículos 1.464, 1.466 y 1.473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reforzada en los supuestos de ejecución basada en título constituido por letra de cambio, por el artículo 1.465 del mismo texto rituario, y que, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1972 recuerda que se trata de un juicio especial, expeditivo, abreviado y con características propias, y declara que la alegación de cumplimiento tardío, irregular o defectuoso (estos dos últimos constitutivos de la llamada "exceptio non rite adimpleti contractus") es materia ajena al juicio ejecutivo (cambiario o no)".

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. R. J. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma en diez de octubre de mil novecientos ochenta y tres, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta segunda instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

146

146. JUICIO DE DESAHUCIO. Calificación del contrato como arrendamiento de industria. Preexistencia del objeto arrendado como conjunto patrimonial de lo que se infiere tal calificación. Inventario de elementos patrimoniales no traído a los autos: es intrascendente. No desvirtua tal carácter las reparaciones y modificaciones efectuadas en el inmueble por los arrendatarios. Doctrina del T.S. Duración del contrato: el pacto de modificar la renta una vez finalizado el término de duración no supone una prórroga indefinida paccionada. *Sentencia de 25 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que abandonada por los apelantes la excepción de inadecuación de procedimiento que, con carácter previo, habían articulado en la primera instancia, y que, por demás, la sentencia recurrida rechazó con acertadas razones que esta Sala hace suyas, se ataca dicha resolución de primer grado, que, con estimación de la demanda, declaró resuelto por causa de expiración del plazo el contrato de arrendamiento de la industria denominada "Pensión las M.", alegando de nuevo en esta alzada que: a) el objeto arrendado por las partes no fue una industria, sino un local de negocio, por lo que el contrato se halla sometido a la normativa especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos; y b) en todo caso, aun tratándose de arrendamiento de empresa, el contrato es por tiempo indefinido, por lo que, en su sentir, no concurre la causa de desahucio, 1.º del artículo 1.569 del Código Civil, apreciada en la sentencia.

CONSIDERANDO: Que el primer tema a dilucidar en este recurso radica, por lo tanto, en determinar la adecuada calificación y verdadera naturaleza del contrato de arrendamiento concertado entre las partes litigantes el 1 de abril de 1977 en atención a su objeto, que los demandados afirman en un simple local de negocio, y que, en tesis de la demanda y que la sentencia apelada acoge, sería una auténtica industria de hospedaje, regida, en cuanto a su arriendo, por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral (artículo 3º n.º 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); a tal fin debe partirse de que, como pone de manifiesto el material probatorio reunido en los autos, D. J. S. procedió durante los años 1966 y 1967 a levantar en terreno de su propiedad y a sus expensas, un edificio "destinado a habitaciones para viajeros", según reza la solicitud de licencia municipal para la realización de las obras (folio 1) y los planos del arquitecto proyectista (folio 2), en el que, en efecto, abrió una casa de huéspedes, pensión, hostel o fonda, (que por todos estos nombres se la designa en diferentes documentos administrativos), a la que dio de alta ante las correspondientes autoridades administrativas, gubernativas y fiscales, con la denominación de "casa de huéspedes o pensión Las M." (folios 3 a 25, 45, 48 a 53), bajo el que es conocida desde el 8 de julio de 1967 a la actualidad (folio 132), después de dotarla de los pertinentes suministros (folios 29 a 31) y los diversos elementos precisos para que funcionara, tales como sábanas, mantas, toallas, cubertería, menaje, cocina, etc. (folios 36 a 41) y que, experimentando varias reformas y modificaciones en los 1970, 1971 y 1972 (folios 42 a 47), fue regida y explotada de manera prácticamente ininterrumpida desde entonces, unas veces por el propio Sr. S. y otras por diferentes arrendatarios (folios 32, 54 a 56, y testifical de los Sres. F., M., F. y F. al responder a las posiciones 1º a 8º y 11º —folios 100 y 102 al 105—), de donde se infiere que, al tiempo de celebración del contrato de arrendamiento debatido, existía una industria de hospedaje, entendiéndose por

tal un conjunto de elementos patrimoniales debidamente organizados y estructurados entre sí, uno de los cuales es el edificio que sirve de soporte físico a los demás, en orden al desarrollo de una actividad lucrativa consistente en la prestación de determinados servicios, que se halla dotado de unidad y vida propia, en cuanto que su ser y funcionamiento no depende de la persona que, en cada momento concreto, ostenta su titularidad.

CONSIDERANDO: Que desde la perspectiva de esa realidad, perfectamente conocida por los demandados recurrentes, ya que uno de ellos, D. A. A. venía trabajando en la pensión como guardián o conserje de noche (posición 1ª a 6ª de su confesión —folio 107—), el contrato de arrendamiento concertado el 1 de abril de 1977 (folio 57), y que, inclusive, fue redactado por el propio Sr. A. (posición 15ª), adquiere un sentido y significado inequívocos, pues, tras afirmarse en su parte positiva que "D. J. S. V. es el propietario de la finca, sita en la calle Dido nº 28 de El Arenal, actualmente dedicada a su explotación como pensión con el nombre de las M. y que los hoy demandados "desean concertar arrendamiento de la finca anteriormente citada", se estipula que "los inquilinos se hacen cargo de todos los gastos que ocasione la explotación de la expresada finca, nombre Pensión M., durante el periodo de alquiler, comprometiéndose a entregar el mobiliario y servicios en las mismas condiciones que lo reciben", expresiones que, aun carentes de rigor y técnica jurídicos, no permiten dudar acerca de que la verdadera intención y común voluntad de las partes (artículo 1281 del Código Civil) fue la de ceder y adquirir, respectivamente, el uso y disfrute, no de una mera edificación habitable junto con unos elementos materiales desarticulados e inertes, sino de la industria de hospedaje conocida como "P. M.", que ya existía anteriormente, y con el preciso designio de continuar con el ejercicio de ella, notas ambas características del arrendamiento de empresa, según señala la doctrina jurisprudencial en las sentencias de 14 de Noviembre de 1980 y 8 de Noviembre de 1982, máxime cuando: a) nada autoriza en el contrato, ni en la conducta reveladora de las partes, a entender que fue su voluntad disociar los elementos constitutivos de la unidad patrimonial preexistente par alimitar el arriendo a sólo alguno o algunos de ellos; b) aunque no se haya traído a la "litis", parece ser que se confeccionó inventario de los objetos arrendados, según confiera el Sr. A. al responder la posición 17ª, y que tenían que devolverse a tenor de la estipulación 2ª antes transcrita, lo que también es característico del arrendamiento de empresa y c) si, como indica el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 1963, textualmente reproducida en la de 4 de mayo de 1983, "habrá que atender a la eficacia de los medios transmitidos junto con el local para la inmediata puesta en marcha de la industria, sin que el arrendatario le sea preciso aportar otros por su cuenta como necesarios a tal fin", no han demostrado los demandados recurrentes que, a falta de los mismos, hubieran de incorporar elementos que, del tipo de los adquiridos en su día por el Sr. S. (folios 36 a 41), lógicamente renovados de manera paulatina con el paso del tiempo, son indispensables para el funcionamiento de una casa de huéspedes.

CONSIDERANDO: Que tampoco desvirtua la calificación del contrato como de arrendamiento de industria que: 1º) los arrendatarios efectuaron diversas reparaciones en puertas y sanitarios e, inclusive, hicieron un bar completamente nuevo, en sustitución del primitivo, (testifical de los Sres. B. P. y P. —folios 121 y 122— y confesión del Sr. S.— posición 5ª), adquiriendo material para el mismo, (cafetera, molino, botellero, picadora y plancha —folio 89—), pues reiteradamente declara el Tribunal Supremo que el simple cambio o reemplazo de menaje o mobiliario de una industria arrendada por otros análogos o las aportaciones y mejoras que con relación a ellos haya realizado el arrendatario no altera la naturaleza del contrato, siempre que queden subsistentes los demás elementos esenciales que la integran (sentencias de 23 de Diciembre de 1978 y 9 de julio de 1979), ni tampoco porque el arrendatario amplíe, por su conveniencia, la explotación, añadiéndole un negocio nuevo, o introduzca sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada (sentencias de 14 de noviembre de 1980 y 8 de Noviembre de 1982); y 2º) que durante la realización de aquellas obras de reforma y reparación, la casa de huéspedes permaneciera momentáneamente cerrada, pues, aparte de ser mera consecuencia obligada de ellas, de cuya consideración y valor jurídicos no puede separarse, declara igualmente la doctrina jurisprudencial que el arrendamiento de industria o negocio no pierde su carac-

ter por el hecho de que la actividad industrial se halle inactiva y pendiente de que el arrendamiento la ponga en funcionamiento con los elementos recibidos del arrendador (sentencias de 8 de febrero de 1960, 14 de marzo de 1961, 17 de marzo de 1970 y 4 de mayo de 1983).

CONSIDERANDO: Que en relación al segundo de los temas suscitados por el recurso acerca de la duración del arriendo, que los apelantes pretenden indefinida, debe notarse, ante todo, que en la cláusula final del contrato se estipula con absoluta claridad que el mismo "tien una vigencia de 4 años" y que la fijación de este período para el despliegue de efectos de lo acordado no queda empañada por la circunstancia de que acto seguido se exprese que "a partir de los cuales los interesados renovarán el precio del alquiler a tenor de las variaciones, es decir, aumentos o disminuciones que experimente el coste de la vida en Palma de Mallorca, capital a tenor de los datos que experimente y publique el Instituto Nacional de Estadística", pues esta adición no tiene otro alcance que el de prevenir la modificación de la renta para el hipotético supuesto de prolongación temporal del contrato, mediante su prórroga voluntaria, cual en efecto acaeció en dos períodos sucesivos, habiéndose elevado la renta al inicio del primero de ellos, en virtud de nuevo acuerdo expreso, a la cantidad de 250.000 ptas. anuales, pero no suministra base para interpretar que lo realmente querido fue la concesión de una prórroga obligatoria en beneficio de los arrendatarios o, simplemente, una duración indefinida; pero es que, en todo caso, y aunque se llegara a admitir, a exclusivos fines argumentativos, la interpretación de la cláusula en el sentido que propugnan los recurrentes, sería la misma contraria al artículo 1543 del Código Civil, para el que es de esencia que en el contrato de arrendamiento de cosas el goce o uso de ellas se ceda por tiempo determinado, razón por la que el Tribunal Supremo señala que, cuando no se ha fijado plazo para la duración del arriendo o se pacte que su vigencia será indefinida, ha de entrar en juego la normativa de los artículos 1.577, tratándose de predio rústico, y 1.581, si es predio urbano, (sentencia de 9 de Julio de 1979), por lo que, en aplicación de este último precepto al caso debatido, el contrato tendría una duración anual por haberse fijado la renta en atención a dicho período de tiempo, por donde vendría a obtenerse idéntico resultado al que llegó la sentencia recurrida, apreciando que el plazo convencional era de 4 años y que después se operó en dos ocasiones tácita reconducción al amparo del artículo 1.566 del Código, que, asimismo, se remite en cuanto a la duración del nuevo contrato a los citados artículos 1.577 y 1.581 (sentencia de 30 de diciembre de 1981).

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por la propia fundamentación jurídica de la sentencia apelada procede, con desestimación del recurso de apelación que se interpone, la íntegra confirmación de la misma en todos sus pronunciamientos, sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en las partes a fines de imponer a cualquiera de ellas el pago de las costas causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación que interpone el Procurador D. A. F. C. en nombre y representación de D^a J. B. A., D. A. A. B. y D. M. A. B. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca en los autos de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia en todos sus pronunciamientos, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas producidas en esta alzada. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

154. ARQUITECTOS. Calificación del contrato que les une con el cliente y vacilaciones de la jurisprudencia acerca de su inserción entre los de arrendamientos de servicio o de obra: tendencia reciente a esta última calificación. Proyecto incompleto por falta de planos de detalle; y defectuoso por incumplimiento de la normativa administrativa vigente. Lo primero obliga a una reducción del precio; lo segundo supone incumplimiento que obsta a la percepción de los honorarios correspondientes. *Sentencia de 29 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que contra la sentencia que, poniendo término a la primera instancia del proceso, condenó a la Junta de Compensación de la Urbanización Son Moix-Blanch a pagar al arquitecto actor los honorarios correspondientes a la redacción de un Proyecto básico y de ejecución de un edificio compuesto de sótano (almacén), planta baja (comercial) y planta piso (oficinas) —1.235.694 pts.— y de otro igualmente básico y de ejecución de un edificio de ocho viviendas y sótano para aparcamientos —1.927.164 pts.—, dicha litigante interpuso recurso de apelación en base a los motivos siguientes: UNO.- Las hojas de encargo correspondientes a los dos proyectos no fueron firmadas por todos quienes estatutariamente debían hacerlo en nombre de la Junta de Compensación demandada; DOS.- La realización de los Proyectos por un solo arquitecto —el actor— incumple el sistema de colaboración convenido pues junto con dicho técnico, que participaba en un 62'25% debía intervenir también el arquitecto D. A. M. B. con una participación de un 33'75%. TRES.- Los dos Proyectos han sido cumplidos de forma inexacta en cuanto en ellos se aprecia: a) Incumplimiento de las instrucciones recibidas; b) Falta de determinados documentos y c) Realización defectuosa.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo impugnativo es claramente desestimable, por cuanto la no intervención en las hojas de encargo de todos quienes estatutariamente debían hacerlo en nombre de la Junta recurrente es cuestión que no incide sobre la existencia de unas contrataciones cuya realidad fue asumida extraprocesalmente por dicha litigante, como se infiere del examen que realizó de los dos proyectos cuyos honorarios se reclaman (folios 23 al 32), y es aceptada en el proceso al denunciar haber incumplido el arquitecto actor las instrucciones recibidas de la Junta de Compensación demandada.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria corresponde al segundo motivo de impugnación, pues si bien es cierto que en la hoja de encargo correspondiente al Proyecto y Dirección de un edificio de sótano, planta baja y planta piso se expresa un sistema de colaboración entre dos arquitectos, sin embargo la infracción alegada —el Proyecto ha sido redactado únicamente por el actor— carece de virtualidad por las razones siguientes: a) La intervención personal de dos arquitectos no determinó la voluntad contractual del comitente pues concedida a tales técnicos la facultad de modificar de común acuerdo su grado de participación, es claro que podía reducirse a mera intervención simbólica la que efectuase alguno de ellos; b) Al ser objeto de la contratación pretendidamente incumplida no sólo el proyecto del edificio sino también la Dirección de la obra, el defecto denunciado sería invocable únicamente cuando uno y otra fueran llevados a cabo por un solo arquitecto y c) Tal denuncia no es oponible cuando los técnicos contratantes, ejercitando la facultad concedida, acuerdan, y así lo comunican al Colegio Oficial de Arquitectos, que uno

de ellos, el actor, redactaría el Proyecto básico y de ejecución y otro, ausente en el proceso, llevaría a cabo la Dirección de las obras.

CONSIDERANDO: Que si bien una reciente doctrina jurisprudencial (sentencias de 18 de Noviembre de 1980 y 7 de enero de 1981) ha declarado que "lo que importa no es el 'nomen juris', sino la licitud, validez y eficacia del contrato, sea más o menos típico, atípico, simple o complejo", sin embargo la naturaleza del contrato debe determinarse en supuestos como el litigioso a fin de establecer consecuentemente la normativa complementaria adecuada y en tal sentido debe exponerse que la tradicional y reiterada conceptualización del contrato cliente-arquitecto como un contrato de arrendamiento de servicios (sentencias, entre otras, 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) ha sido objeto de oportunas precisiones tanto en la sentencia de 4 de junio de 1968 que postulaba la calificación de contrato de obra 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, y en el presente caso se pone de manifiesto que el cumplimiento ha sido parcial", como en la reciente de 3 de noviembre de 1983 al decir "por que cuando una persona, en su calidad de Arquitecto, se obligó a la realización de un proyecto de edificio plurifamiliar el contrato ha de ser calificado como de arrendamiento de obra o de empresa, que no consiste pura y simplemente en la ejecución de un encargo con abstracción absoluta de la finalidad deseada por los estipulantes, sino que, por el contrario, es aquél por el cual una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente), mediante precio a la obtención de un resultado (opus)".

CONSIDERANDO: Que analizado en esta instancia el material litisdecisorio al objeto de determinar la admisibilidad del tercer motivo impugnativo resulta que: A) El incumplimiento por el actor de las instrucciones recibidas de la recurrente es de imposible constatación por no haberse acreditado, como era necesario al objeto de realizar el obligado análisis comparativo, cuales fueran aquellas; B) La redacción de los dos Proyectos es incompleta, dado que ha sido técnicamente acreditada la falta de los correspondientes planos de detalle y estos documentos, a tenor de lo dispuesto en el epígrafe "Proyecto de ejecución" del apartado 1.5 del Real Decreto 2512/1977, de 17 de junio, sobre tarifas de honorarios de arquitectos, deben formar parte de Proyectos como los encargados y C) El Proyecto de edificio de ocho viviendas y sótano para aparcamientos es defectuoso en cuanto ha quedado probado mediante adecuados dictámenes periciales que "los espacios destinados a la maniobra de los vehículos no cumplen los 5 metros reglamentarios, así como tampoco, las zonas destinadas a circulación, no cumplen, en cuanto a anchura y radios de giro" (informe de los arquitectos D. J. B. S. y D. J. L. J. C.) y "si se destina a aparcamientos la planta sótano la distribución de los mismos incumple alguna de las disposiciones del mismo (sic), sobre todo en lo que se refiere a la anchura de zona destinada a circulación y accesos" (informe del arquitecto D. J. C. M.).

CONSIDERANDO: Que la forma en que el actor ha cumplido su obligación específica debe repercutir, por imposición natural de la estructura de las obligaciones recíprocas, en la contraprestación que este contratante reclama, y así: A) La acreditada redacción incompleta, por falta de planos de detalle, del Proyecto de sótano, planta baja y planta piso, si bien no hace a este inútil para el fin pactado, si obliga a reducir su precio/contraprestación reclamada al objeto de adecuarlo al valor de la contraprestación efectivamente llevada a cabo. Redacción que, sopesada la importancia que los omitidos estudios de detalle tienen en el conjunto documental que compone el Proyecto de ejecución, esta Sala cifra en un quince por ciento de los honorarios tarifados quedando así fijado el quantum de la obligación que deberá cumplir la Junta recurrente en la cantidad de 1.050.340 pts., y B) Sin embargo, la solución precitada no se ofrece como satisfactoria en el caso del Proyecto de edificio de ocho viviendas y sótano para aparcamientos, pues lo inexacto de su redacción se debe no sólo a la omisión de los estudios de detalle sino también al defecto que supone aceptar el encargo de proyectar un sótano para aparcamientos —destino específicamente querido por la propietaria— y redactar un proyecto que incumple la normati-

va administrativa vigente en orden a accesos, espacios para maniobrar y anchura de zonas para circular, y este grave defecto, causado por negligencia profesional, es determinante, por inhabilidad del Proyecto, de un incumplimiento contractual que obstaculiza la estimación de la pretensión actora, pues lo contrario produciría la injusta situación de que una parte habría de entregar su contraprestación a cambio de recibir otra que no le serviría para el fin pactado.

CONSIDERANDO: Que la determinación judicial del quantum reclamado constituye, como constantemente proclama la doctrina del Tribunal Supremo, de la que son reciente exponente las sentencias de 30 de marzo y 8 de junio de 1981 y 15 de Febrero, 22 de abril y 18 de octubre de 1982, un abierto obstáculo para condenar a la demandada deudora al pago de intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, no así al de los establecidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberá satisfacer la Junta demandada desde la fecha de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que no existen motivos para hacer especial declaración sobre las costas de primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución sobre las del recurso que se resuelve.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la J. C. U. S. M. B. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma en diez de octubre de mil novecientos ochenta y tres debemos revocar y revocamos ésta en cuanto se opone a la que sigue "Que estimando en parte la demanda formulada por D. F. O. C. contra la J. C. U. S. M. B., debemos condenar y condenamos a esta demandada a que abone al actor la suma de un millón cincuenta mil trescientas cuarenta peseta (1.050.340 pts.) de principal más la correspondiente a los intereses del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, quedando absuelta del resto de los pedimentos formulados en su contra, sin hacer expresa declaración en cuanto a costas causadas en la instancia". No se hace expresa declaración sobre las costas de esta segunda instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

157

157. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. No alcanza responsabilidad al comitente cuando encarga la obra a empresa organizada, salvo que se injiera o participe en sus trabajos. La absolución del comitente y el aquietamiento del actor impide la remisión del fallo en este aspecto por el tribunal de apelación. Previsibilidad del daño. Doctrina del T.S. *Sentencia del 31 de mayo de 1984.*

CONSIDERANDO: Que contra la sentencia dictada por el Juzgado "a quo", que, estimando en parte la demanda deducida por la C. T. N. E., condenó a la entidad mercan-

til "I." a satisfacer la reclamada suma de 304.605 ptas. en concepto de indemnización por los daños y perjuicios producidos al taladrar sus operarios unos cables telefónicos en ocasión de instalar un letrero en la fachada de la Sucursal de la B. M., también demandada, pero que resultó absuelta por dicha sentencia, en el Puerto de Andratx, recurre aquella entidad, alegando, tras reconocer la autoría material de los desperfectos, falta de responsabilidad, que fundamenta en la imprevisibilidad del resultado dañoso y en haber actuado bajo el control y dirección de la Banca comitente, por lo que solicita su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que, ciertamente, el Tribunal Supremo tiene declarado en sus sentencias de 18 de junio de 1979 y 4 de enero de 1982 que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa, autónoma en su organización y medios y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, "a menos que el comitente se hubiera reservado la ingerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometién-dolos a su vigilancia o dirección", y en la de 17 de Noviembre de 1980 que nada se opone a que una empresa responda de los empleados de otra, cuando se reservó la dirección, control y vigilancia del trabajo de los mismos; esta doctrina jurisprudencial, sin embargo, que acaso podría haber suministrado base a una eventual declaración de responsabilidad al resarcimiento por la codemandada en primera instancia B. M., S.A., extremo sobre el que este Tribunal no debe pronunciarse al haberse aquietado a su absolución la parte actora, no exculpa, en el presente caso, a la recurrente de su propia responsabilidad a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación de empleados en el desempeño de sus funciones como tales, a tenor de lo que prescribe el párrafo 4º del artículo 1903 del Código Civil, pues, si bien es verdad que, frente a lo que entiende la sentencia apelada, hay prueba suficiente en autos (folios 108 y 123) para afirmar que, en la colocación del letrero sobre la fachada de marmol del edificio, siguieron sus operarios las indicaciones que proporcionaban los representantes de la Banca acerca del lugar donde deseaban se fijara el cartel, indicaciones, por otra parte, completamente naturales en un trabajo de esta índole, en el que se persiguen efectos de publicidad y estética sujetos a apreciaciones sumamente subjetivas, también lo es que, según ponen de relieve los medios de prueba (folios 5, 14, 16, 74, 75, 91, 94 vto.), la existencia de cables telefónicos detrás de la fachada de marmol sobre la que había de fijarse el letrero, era fácilmente adivinable aún a falta de advertencia expresa, toda vez que el tendido discurre a la vista por todas las fachadas de la avenida, salvo por la de la B. M., que mide unos 5 metros de anchura, en que lo hace por debajo del revestimiento y dentro de un tubo o regata, cuya entrada y salida se hallan a similar altura del suelo, lo que permite, inclusive, inducir su trazado, de suerte que, si los empleados de "I." hubieran aplicado, no ya la específica y más rigurosa diligencia a que estaban obligados en razón de su cualidad profesional y consiguiente conocimiento de los peligros de dañar que entraña la perforación de muros y paredes para tuberías y conducciones de todo género y que es inherente a la realización de su tarea habitual (artículo 1.104 párrafo 1º del Código Civil), sino la exigible a cualquier persona media, hubieran previsto por sí mismos la posibilidad de producir el resultado dañoso, en efecto causado, más aún, si cabe, al hallarse los puntos de rotura a escasos centímetros del lugar donde los cables se empotran, por lo que su omisión de cuidado y su negligencia, y por ende la responsabilidad civil de su empresario, deviene inexcusable, según acertadamente apreció la sentencia recurrida, y ello pese a que el letrero se colocara conforme a las indicaciones de los representantes de la B. M., pues la ejecución de las mismas debió quedar subordinada a la viabilidad material y razonables exigencias técnicas del trabajo, aspectos ambos de la sola incumbencia de la apelante, y pese, asimismo, a que tales representantes no hicieran referencia alguna al tendido telefónico, pues el peligro, como se ha indicado, era evidente y su conversión en daño perfectamente evitable, debiendo notarse que la previsibilidad del daño sigue siendo, de esencia a la ordinaria culpa extracontractual (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1981, 6 de mayo de 1983, etc.), y que fue en la ausencia de este requisito, y no por otra causa, en la que se apoyó el Tribunal Supremo para absolver a la empresa codemandada en el pleito definitivamente resuelto por la sentencia del Alto Tribunal de 16 de Junio de 1983, que la recurrente invoca.

CONSIDERANDO: Que por tales argumentos procede desestimar el recurso que se interpone contra la sentencia de primera instancia, cuyos pronunciamientos deben confirmarse.

CONSIDERANDO: Que no obstante lo dispuesto en el párrafo último del artículo 710 de la Ley Procesal Civil, procede en el presente litigio, atendiendo las especiales circunstancias concurrentes en él, hacer uso de la facultad que concede la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio, para no imponer las costas de esta alzada a la apelante.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación que interpone el Procurador D. J. P. F. en nombre y representación de la entidad mercantil "I. F. R. L., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca el quince de Noviembre de 1983 en los autos de juicio declarativo de menor cuantía de que este rollo dimana debemos confirmar y confirmamos la misma en todos sus pronunciamientos, sin hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada. Dada la incomparecencia en esta instancia de la B. M., S.A., notifíquesele esta sentencia en la forma determinada 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: Javier Muñoz Jiménez).

158

158. CONTRATO DE DISTRIBUCION EN EXCLUSIVA. Supuesto incumplimiento de la entidad suministradora y consecuente indemnización de daños y perjuicios. Análisis de los hechos de los que resulta incumplimiento contractual de la compañía distribuidora. Desestimación de la demanda. Contratos de duración indefinida: su denunciabilidad unilateral acorde con la doctrina contraria al mantenimiento "sine die" de tales estipulaciones. *Sentencia de 2 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la cuestión litigiosa —indemnización de perjuicios a la entidad distribuidora, actora y ahora recurrente, por haber incumplido la vendedora el contrato de distribución en exclusiva concertado entre tales litigantes— es necesario exponer los supuestos fácticos acreditados que siguen: UNO.- Los hoy litigantes convinieron en 1974 un contrato de concesión o distribución en exclusiva por el que la sociedad demandada se comprometía, sin fijación de plazo, a no vender sus productos (vinos y "champagnes") en la Isla de Mallorca a persona distinta de la sociedad actora que no se obligaba, a su vez, a comercializar únicamente tales: DOS.- El 13 de octubre de 1981, ante las dificultades de la entidad recurrente para atender a su vencimiento las cambiales que por importe de 15.284.257 pts. había aceptado como medio de pago de anteriores suministros, se pactó el aplazamiento de las mismas siempre que, como así se hizo, fueran avaladas personalmente por el presidente de la deudora y se convino que todas las nuevas remesas fueran pagadas en la fecha de vencimiento de las letras de cambio respectivas: TRES.- La entidad demandada remitió a la actora, con posteriori-

dad a pacto precitado, nuevas partidas por importe de 12.988.540 pts. para cuyo pago se giraron nueve cambiales de las que seis fueron aceptadas por la recurrente: CUATRO.- Las dos primeras de estas letras, por importe conjunto de 3.532.623 pts. resultaron impagadas en las fechas de sus vencimientos —1 y 2 de febrero de 1982— lo que motivó que la vendedora anunciara la resolución contractual si en el plazo de ocho días no se abonaba la deuda: QUINTO.- El 15 del mismo mes y año se produjo el vencimiento e impago de otra cambial —la tercera de la última serie— por importe de 1.840.000 pts.: SEIS.- En esta misma fecha la sociedad demandante anunció a la demandada, mediante carta remitida por conducto notarial, su intención de no pagar los efectos cambiarios pretextando que "vienen realizando operaciones de remesa de mercancías a otras empresas consumidoras con pretención de nuestra postura de exclusiva a partir del mes de enero": SIETE.- A finales de febrero de 1982 la apelada ordenó desviar hacia una tercera sociedad los dos contenedores con nueva mercancía que originariamente se dirigían a la recurrente y OCHO.- El 12 de marzo de 1982 la sociedad demandada concertó un nuevo contrato de distribución en exclusiva con otra sociedad, M., mediante formalización escrita aportada al proceso.

CONSIDERANDO: Que valorados tales hechos a la luz del ordenamiento jurídico y de las precisiones jurisprudenciales sobre el contrato de distribución en exclusiva, la repulsa inmediata de la pretensión impugnativa es conclusión necesaria por las razones que seguidamente se exponen: *Primera.* - Porque lo acreditado no es que la entidad demandada se apartara antes del 15 de febrero de 1982 —fecha invocada por la sociedad actora— del contrato de distribución en exclusiva mediante remesas de sus productos a otros compradores, sino que, al contrario: a) Fue la entidad recurrente quien, mediante la carta remitida a la demandada el quince de febrero de mil novecientos ochenta y dos, exteriorizó una decidida voluntad contraria a la continuidad contractual pues no cabe calificar de distinto modo el anuncio de no pagar efecto cambiario alguno al amparo de una afirmación —envío de productos a otras entidades— que ni ha quedado verificada ni, ello supuesto, supondría incumplimiento de la obligación de no vender dado que la distribución concedida admitía desde su inicio, como así lo reconoce el Presidente de la Sociedad actora, la venta directa por la entidad demandada abonando a la distribuidora comisiones indirectas y b) Únicamente después de la precitada manifestación de la compradora fué cuando la vendedora entregó a tercera entidad, con la que más tarde perfeccionaría contrato de exclusiva, dos remesas de productos inicialmente remitidas a aquella; *Segunda.* - Porque, supuesto a nivel argumentativo que la entidad demandada se hubiera apartado de la exclusiva concedida, tal desistimiento unilateral no constituiría causa indemnizatoria, pues sin necesidad de acudir a la radical sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1973 en la que tras afirmarse "que si no se pacta la fecha en que el contrato deba producir sus efectos, no podrá exigirse la indemnización; mucho menos en el caso de haber estado vigente durante un largo lapso de tiempo, como es el de 17 años, que mantuvo su validez y eficacia, el contrato celebrado, como reconoce el mismo demandado, pues podrá darse por concluido en la fecha que convenga al interés de una u otra de las partes" se dice que omitido el plazo de duración "el firmante del pacto puede libremente dar el contrato por terminado, bien transfiriendo su derecho a otra entidad o era (sic) suspendiendo el suministro de artículos a la otra parte, sin derecho por la contraria a pedir y obtener la indemnización", tal modo de actuar precedido de un aviso, como ocurrió en el supuesto litigioso, es uno de los mecanismos de seguridad previstos por los ordenamientos jurídicos para evitar la prolongación "sine die" de los pactos de exclusiva dado, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1979 "el intuitu personae" que juega en los contratos de distribución de productos con tal cláusula y la repercusión que en el patrimonio de cada contratante pueda ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, tesis defendida también por la doctrina científica acudiendo por la vía análogica a la denunciabilidad de las relaciones contractuales indefinidas en su duración (artículos 224 y 302 del Código de Comercio) y *Tercera.* - Porque ante una situación como la litigiosa en que la entidad distribuidora, en situación económica que habría de producir a finales del año 1981 un pasivo superior al activo en 25.427.000 pts., no sólo incumple, a los pocos días de su celebración, el pacto renovador de la relación comercial, sino que vulnera el esencial principio de la buena fe intentando amparar burdamente una conducta reiteradamente incumplidora que había producido un débito cercano a los treinta millones de pesetas, el juzgador no encuentra posición normativa o moral desde la que exigir a la vendedora conducta

distinta a la llevada a cabo que, obviamente, no contraría la equidad ni la buena fe.

CONSIDERANDO: Que los razonamientos impugnativos evidencian en el mantenimiento del recurso presente una temeridad que fundamenta la expresa condena de la entidad que lo interpuso al pago de las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad "D. C. B., S.A." contra la sentencia citada por el ltimo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, el diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y tres en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con expresa condena de la entidad recurrente al pago de las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

160

160. TRANSPORTE AEREO. Acción indemnizatoria por extravío de las mercaderías trasportadas. Desestimación de la excepción de prescripción invocada al amparo del art. 124 de la Ley de navegación aérea que contempla supuestos distintos del enjuiciado. Intervención procesal: sus distintas clases y tratamiento. *Sentencia de 2 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que, abandonada expresamente en el acto de la vista de esta alzada la excepción de incompetencia de jurisdicción, no impugnada en dicho acto la resolución judicial recaída en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, la presente apelación queda circunscrita al examen de las otras dos excepciones previas esgrimidas en primera instancia y ahora reiteradas en este segundo grado jurisdiccional, a saber: 1º) prescripción de la acción y 2º) pretensión de llamada al proceso, en garantía, de una tercera persona.

CONSIDERANDO: Que la prescripción formulada se fundamenta en que la mercancía que se entregó a la entidad actora, hoy apelante, I. C.A.E. S.A. —20 bultos de material deportivo, con un peso de 355 kilos—, fue transportada a Granada, por vía aérea, el día 22 de febrero de 1982 y la reclamación del aquí actor-apelado no se produjo hasta el día 28 de Agosto del mismo año, y haber transcurrido, por tanto, mas de seis meses, y disponer el párrafo primero del artículo 124 de la Ley de Navegación Aérea de 21 de Julio de 1960 que "la acción para exigir el pago de las indemnizaciones a que se refiere este capítulo prescribirá a los seis meses a contar desde la fecha en que se produjo el daño". Hay que señalar previamente que, en el presente caso, la indemnización que se reclama de 1.178.000 pesetas —valor declarado y asegurado de dicha mercancía— es por no haber sido entregada esta a la entidad a que iba consignada: el B. B., de Guadix.

CONSIDERANDO: Que la prescripción reiterada en esta segunda instancia, se ha de rechazar por las siguientes razones: a) Por cuanto el citado plazo de prescripción de seis meses se refiere unicamente, como se expresa en el transcrito precepto, a las indemnizacio-

nes del Capítulo XIII de la mencionada Ley de 21 de Julio de 1960, capítulo que lleva por título "De la responsabilidad en caso de accidente", que no es el presente caso, ya que la acción ejercitada se basa en el incumplimiento del contrato de transporte celebrado por las hoy litigantes, concretamente por la no entrega de las mercaderías transportadas al consignatario de las mismas, como ya quedó expuesto y se invocan a tal efecto, en los Fundamentos de la demanda, el artículo 1101 del Código Civil y el 107 de la repetida Ley Especial que preceptúa: "El transportista está obligado a entregar la cosa transportada inmediatamente despues de la llegada de esta a su destino, previo cumplimiento, en su caso, de los requisitos que exijan los Reglamentos; y b) que aun admitiendo hipotéticamente, a efectos puramente dialécticos, que fuere de aplicación al supuesto que ahora se contempla, el citado plazo de prescripción, tampoco podría ser acogida la excepción expresada al no haber transcurrido el plazo de seis meses, pues este se ha de contar, no desde la fecha en que la remitente —la hoy actora-apelada— entregó a I., la mercancía para su transporte de Palma de Mallorca a Granada y se suscribió el conocimiento aéreo 075-83775171 (folio 13) —22 de febrero de 1982—, sino desde que se produjo el "daño", según puntualiza el párrafo primero "in fine", del mencionado artículo 124, que debe ser en el presente caso, cuando I. entregó en Granada la mercancía a Don J.L. S. A., si tal hecho puede reputarse "daño", y que tuvo lugar, según se expresa en carta de la hoy apelante obrante al folio 15, el 1 de marzo de 1982 y hasta el día 28 de Agosto de 1982, en que se reconoce por la sociedad aquí apelante, que se le formuló reclamación por escrito, no han transcurrido 6 meses.

CONSIDERANDO: Que, con apoyo en que el mencionado conocimiento aéreo (folio 13) se estipula que la llegada de las mercaderías debía notificarse a D. J.L. S. A., y que a éste se le entregaron las mercancías transportadas a su llegada a Granada y con el fin de eludir un posible fraude y perjuicio que pudiera derivarse para la Compañía trasportista, se solicitó expresamente, en la contestación a la demanda, y se configuró como excepción previa, la llamada al proceso, en garantía, de don J.L. S. A.

CONSIDERANDO: Que se estima conveniente exponer para el estudio y resolución de este último motivo de impugnación, que la "intervención procesal", que tiene lugar cuando un tercero, hasta entonces ajeno al proceso ya pendiente, entra a participar en él, junto a las partes principales, ocupando una posición secundaria o derivada, puede revestir dos modalidades: a) cuando el tercero interviene espontáneamente (intervención voluntaria o adhesiva), y b) cuando se lleva a cabo en virtud de la llamada de una de las partes (intervención obligada). Aquella, o sea la voluntaria o adhesiva, es la participación de un tercero en el proceso, en nombre propio y por un interés suyo, por un derecho ajeno, el de la parte principal, con la cual "coadyuva", pidiendo, alegando y probando junto a ella o por ella. Es la figura, expresamente delineada en el proceso contencioso-administrativo —pero no en el civil—, del coadyuvante de la Administración; no obstante la jurisprudencia ha sancionado en ocasiones esta figura procesal, y así la Sala Primera del Tribunal Supremo "tiene declarado que cuando los terceros no demandados tienen interés legítimo en la cuestión litigiosa es admisible su intervención en el proceso" (Sentencia, entre otras, de 28 de Diciembre de 1906, 21 de Marzo de 1911, 6 de Marzo de 1946, 17 de Febrero de 1951 y 17 de Octubre de 1961). Mientras la intervención obligada a coactiva consiste en el hecho de que una de las partes se dirija a un tercero para envolverlo —en mayor o menor medida, con una u otra figura— en el proceso pendiente. Ello se lleva a cabo mediante la "litis denunciatio", o sea la notificación formal del proceso pendiente por una de las partes al tercero para darle ocasión de intervenir; consiste pues, en una "llamada en causa", e intervenga o no el citado, el acto formal produce sus efectos civiles, y, procesalmente, la extensión respecto al citado del efecto de la sentencia del proceso principal. Requisito de la "litis denunciatio" no es meramente un interés, sino que la cuestión en litigio sea o esté "conexa" con la relación jurídica en que la parte participe con el tercero. El mas típico y conocido de los casos de intervención obligada es la "llamada en garantía" que se plasma en la evicción, tanto en los casos de compraventa (artículos 1475, 1481 y 1482), como en los arrendamientos (artículo 1553) y en la partición de la herencia (artículo 1069, como los anteriores, del Código Civil). Ninguna de los citados supuestos es el que ahora se contempla, ni tampoco en él concurre el requisito expresado de la "litis denunciatio" —la conexidad—, sino que se fundamenta la petición de intervención, en ga-

ranía, en este proceso, del señor S. A., en "el posible fraude y perjuicio económico que pudiera derivarse para la Compañía transportista". Olvida la hoy recurrente que la acción que contra ella se ejercita no se basa en haber entregado a don J.L. S. A. la mercancía transportada, sino de no haberla entregado a la entidad a la que iba consignada, incumpliendo así el contrato suscrito con la sociedad actora y lo prescrito en el artículo 103 de la mencionada Ley de 21 de julio de 1960.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto y por lo aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia recaída, procede la confirmación de esta, previa desestimación del recurso formulado.

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 demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de I. L. A. E. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha once de Noviembre 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 Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

163

163. ACCION CAMBIARIA DECLARATIVA. Excepción de falta de legitimación activa sustentada en base a no figurar la entidad actora mencionada en la cambial. Trasmisión de la letra de cambio: no es preciso que se opere por endoso ya que la misma puede tener lugar por cualquier medio reconocido en derecho civil o en derecho mercantil. La absorción de la entidad tenedora por la actora es un sistema de transmisión que legitima a ésta. *Sentencia de 5 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada, que estimando la demanda condena al demandado —D. J. I. U.— a que abone a la entidad actora —B. E. S.A.— la cantidad de 91.206 pesetas, importe conjunto del nominal de la letra y de sus gastos de protesto, con intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda y pago de las costas procesales, es apelada por el demandado por los siguientes motivos: a) por falta de legitimación activa; y b) por la condena de costas impuesta.

CONSIDERANDO: Que son hechos y antecedentes fundamentales, admitidos o firmemente acreditados, de los que hay que partir para el examen y resolución del presente

recurso, los que siguen: Primero.- Don J. I. U., hoy recurrente, aceptó la letra de cambio 0C5189377, de un importe de 90.000 pesetas, con fecha de expedición 11 de Diciembre de 1980 y de vencimiento 27 de Febrero de 1981, a la orden de B. R. M. S.A. (folio 5). Segundo.- Al siguiente día de su vencimiento, la referida cambial fué protestada por falta de pago, sin que se opusiera en dicho acto tacha de falsedad de la firma, ascendiendo los gastos notariales a 1.206 pesetas (folio 6). Tercero.- El 3 de Diciembre de 1981, se celebró acto de conciliación instado por el B. R. M. S.A. contra el hoy apelante, dándose por terminado el acto como inconcluido (folio 7). Cuarto.- El día 15 de Abril de 1983, el B. E. E. S.A. como subrogado en los derechos del B. R. M. S.A., por haberlo absorbido, mediante el traspaso de su patrimonio en bloque, con su activo y pasivo, interpuso demanda, instauradora de este juicio declarativo de menor cuantía, ahora en segundo grado jurisdiccional, contra Don J. I. U., como aceptante de la expresada letra de cambio impagada y protestada, postulando la condena del demandado a que le pagase la suma de 91.206 pesetas, intereses legales y costas procesales. Quinto.- El demandado se opuso a la pretensión de adverso alegando la excepción de falta de legitimación activa; y Sexto.- Con fecha 27 de Diciembre de 1983, recayó en esta litis sentencia en los términos expuestos en el primer considerando de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que la falta de legitimación activa, formulada en primera instancia como excepción y reiterada en esta alzada como motivo de apelación, se funda en que la acción cambiaria que se ejercita en la demanda no la ostenta el B. E. E. S.A. ya que dicha entidad bancaria no figura ni puede figurar en la letra de cambio cuyo importe se reclama en este juicio declarativo, siendo así que las letras de cambio solo se transmiten, según la parte recurrente, por endoso con los requisitos que exige el Código de Comercio.

CONSIDERANDO: Que la expresada excepción no puede prosperar ya que su formulación tiene como apoyatura una premisa inexacta, cual es que las letras de cambio solo pueden transmitirse por endoso. La letra de cambio, y con ella el crédito cambiario, puede ser transmitida conforme a las reglas generales del Derecho civil o de las especiales del Derecho mercantil. Entre estas últimas, cabe mencionar, por interesar a la cuestión que ahora se debate, la fusión por absorción de la entidad acreedora cambiaria por otra compañía mercantil, la absorbente. Consta en las presentes actuaciones, por testimonio debidamente legalizado, de la escritura pública n° 2663, de fecha 31 de Diciembre de 1981, autorizada por el notario de Madrid, don José Luis Crespo Romeu —testimonio que se acompañó a la demanda iniciadora de esta litis—, que en la expresada escritura pública se llevó a cabo “la fusión de las Sociedades Mercantiles anónimas denominadas “B. R. M. S.A.” y “B. E. E. S.A.”, mediante absorción que éste ha hecho de aquel y transmitiendo el B. R. M. S.A. al B. E. E. S.A. su patrimonio en bloque, con su activo y pasivo, quedando disuelta la sociedad absorbida sin liquidación” (folios 3 y 4); por lo que, desde el mismo acto del referido documento público, momento en que se produjeron los efectos de dicha fusión, según se expresa en la escritura, la letra de cambio acompañada a la demanda instauradora de esta litis, y de la que era poseedora, como tomadora la entidad absorbida, se transmitió, conjuntamente con todos los otros activos que integraban su patrimonio —transmisión en bloque— a la entidad absorbente: el B. E. E., que devino por ello legítimo poseedor de la supradicha cambial.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir el motivo segundo de este recurso, al apreciar este Tribunal “ad quem”, coincidiendo sobre este particular con el juez “a quo”, temeridad en la parte demandada a efectos de imposición de las costas procesales.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo anteriormente expuesto y al constar acreditado que la entidad actora, el B. E. E. es legítimo poseedor de la letra de cambio acompañada al escrito inicial de este juicio, y al reconocer el artículo 516 del Código de Comercio al portador de toda letra de cambio, presentada y protestada en tiempo y forma por falta de pago —circunstancias que se dan en el presente caso— el derecho a exigir, entre otros obligados cambiarios, al aceptante de la cambial, su reembolso con los gastos de protesto, y al ser también de aplicación al actual supuesto la rigurosa norma del artículo 480 del mismo Cuerpo legal que proclama la obligación del aceptante de pagar la letra a su veni-

miento, sin otra excepción que la de falsedad de la acepción —excepción no esgrimida—, es por lo que procede la confirmación del fallo impugnado.

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

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don J. I. U., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintisiete de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Illmo. 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 expresa imposición de las costas de esta alzada al apelante. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

178

178. ACCION CAMBIARIA DECLARATIVA. La falta de requisitos esenciales de la letra no es apreciable de oficio. Congruencia. *Sentencia de 15 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el tema objeto de resolución en esta alzada ha quedado circunscrito, dado el aquietamiento de los codemandados ante la sentencia de instancia, a determinar si el Juzgador tiene facultades para apreciar de oficio la existencia de la letra de cambio cuando la acción cambiaria se ejercita en juicio declarativo. Temática ésta de carácter preferente, pues al sentido de su resolución queda condicionada la necesidad de establecer si la falta de alguno de los requisitos esenciales de la cambial priva a ésta de eficacia en juicio de naturaleza como el presente.

CONSIDERANDO: Que la resolución de la cuestión expositivamente principal debe dictarse desde las siguientes premisas: A) La falta de requisitos de la letra de cambio es apreciable de oficio, a tenor de la normativa contenida en el artículo 1.440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la acción ejercitada es la cambiaria ejecutiva, pero no cuando la acción cambiaria se ejercita en juicio declarativo, pues en tal supuesto y como ya declaró esta Sala en sentencia de veintiuno de junio de mil novecientos setenta y cuatro, tal acción se rige por el normal y básico principio dispositivo y B) Si, no obstante ello, el Juzgador estimara de oficio una excepción no sometida por los litigantes a su jurisdicción, se produciría una cuestión nueva, en cuanto no habría sido debidamente planteada y debatida en la litis, y sería imputable al fallo notoria incongruencia, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras de 23 de junio de 1965 y 11 de febrero de 1966.

CONSIDERANDO: Que relacionada la doctrina legal sucintamente expuesta con los razonamientos y fallo de la sentencia recurrida, es evidente que ésta incurre en el defecto de incongruencia denunciado por la entidad recurrente, pues comparada tal resolución con los motivos de oposición oportunamente deducidos por los demandados, es claro que aquélla contiene pronunciamiento sobre excepción no invocada, lo cual, al estar limitado el ejercicio jurisdiccional al análisis y resolución de la opuesta falta de provisión de fondos y al haber sido rechazada ésta mediante un correcto pronunciamiento consentido por los demandados, motiva, en definitiva, la estimación íntegra de la demanda instauradora de esta litis.

CONSIDERANDO: Que lo anterior conduce a modificar también la sentencia impugnada en el particular relativo al pago de las costas causadas en la instancia a la que puso término, por cuanto no opuesta más defensa que una falta de provisión de fondos sustentada sobre afirmaciones causales no coincidentes con la realidad procesal, se estima temeraria la oposición así articulada y procedente imponer a los demandados las costas de primera instancia, sin que, dado el tenor de esta resolución, proceda hacer especial pronunciamiento sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad T. LL., S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma, el dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando íntegramente la demanda formulada por dicha recurrente contra D. A. C. P. y D. J. S. B. debemos condenar y condenamos a estos codeemandados a que abonen solidariamente a la entidad actora la cantidad de cuatrocientas siete mil trescientas veintitrés pesetas de principal y gastos de protesto de las letras de cambio aportadas con la demanda, más los intereses legales correspondientes al importe de cada una de ellas computados desde la fecha de sus protestos respectivos, así como los prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, y al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las de esta alzada. Dada la incomparecencia en esta alzada de D. J. S. B., 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).

186

186. RECLAMACION DE CANTIDAD. El pacto de delegación de deudor y, en consecuencia, el cambio de deudor surte plenos efectos previo el consentimiento del acreedor. La interposición de la demanda frente al deudor subrogado implica consentimiento de tal subrogación. *Sentencia de 19 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que para resolver las cuestiones suscitadas en esta alzada por los

recurrentes al impugnar la sentencia de primera instancia, que, absolviendo al demandado D. M. A., condenó al otro demandado al pago de la cantidad reclamada en la demanda, son de tener en cuenta los siguientes hechos, según se desprenden del conjunto de lo alegado y probado en autos: 1º) la actora-recurrente "Instalaciones F.M. S.A.," llevó a efecto diversos trabajos de reparación con suministro de materiales entre los días 28 de enero y 9 de febrero de 1982 en determinadas instalaciones pertenecientes al Hotel "N. B.," con sede en Palma Nova, del que, por aquel entonces, era dueño el demandado-recurrido Sr. A., mientras que el también demandado y hoy apelante Sr. C. S. desempeñaba las funciones de Director Gerente, siendo éste quien con tal calidad, contrató la realización de aquellos trabajos; 2º) por medio de convino plasmado en documento privado que lleva fecha de 24 de febrero de 1982 acordaron los Sres. C. y A. dejar sin efecto el sedicente contrato de gerencia del Hotel que tenían firmado para la temporada, estipulándose en su cláusula tercera que el Sr. A., se hacía cargo "de los gastos ocasionados por las obras de reparación realizadas hasta la fecha" (fs. 19 y 55); y 3º) la entidad actora, tras afirmar en el apartado 4º del expositivo fáctico del escrito de demanda, que es práctica reproducción del punto cuarto del contenido de la conciliación que trató de alcanzar infructuosamente con el Sr. C., (f. 21), que "el importe de los trabajos referidos... viene obligado a satisfacerlos el Sr. A. M., no sólo en su calidad de dueño del Hotel Naves Blancas, sino además porque así lo convenio con don V. C. en documento de 24 de febrero de 1982", y añadir acto seguido que "no obstante en el supuesto que resultara no venir obligado D. M. A. a pagar el importe de la factura citada en el hecho segundo, es indiscutible que de dicho pago debería responder el Sr. C. S.," termina solicitando se dicte sentencia "en la que se condena a D. M. A. M., y subsidiariamente a D. V. C. S. a satisfacer a F. M. S. S.A. "la suma de 169.551 ptas., más los intereses de dicha cantidad a contar desde el emplazamiento".

CONSIDERANDO: Que cualquiera que fuere la auténtica naturaleza de la relación jurídica que ligaba a los Sres. A. y C. al tiempo de nacer la obligación de pago, cuya efectividad pretende lograrse a través de este litigio, bien sea la de mandato, como sostiene el Sr. C., bien la de arrendamiento de industria, como quiere el Sr. A., bien en fin, la de sociedad, como parece desprenderse del contenido de las estipulaciones fijadas el 1 de Enero de 1981 (fs. 52 a 58), es lo cierto que, con posterioridad a dicho nacimiento, el Sr. A. se comprometió frente al codemandado a asumir los gastos ocasionados por las obras de reparación realizadas hasta entonces y que este pacto de delegación de deuda surte plena eficacia "inter partes", toda vez que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, conforme dispone el artículo 1091 del Código Civil, y la posibilidad y licitud de un pacto de tal clase se hallan expresamente amparadas en los artículos 1203 nº 2 y 1205 del citado Código dentro de las normas relativas a la novación de las obligaciones y en último extremo, en la amplitud del artículo 1255, que consagra el principio de autonomía de la voluntad de las partes para la composición de sus intereses.

CONSIDERANDO: Que, por otro lado, y en contra de lo que aprecia el Juez de 1ª Instancia, también concurre en el presente caso el requisito de consentimiento del acreedor, que exige el citado artículo 1205, pues desde la perspectiva de que el mismo lo exige el Código Civil sólo en beneficio del acreedor y para ampararle contra posibles maquinaciones de los deudores de mala fé (sentencias de 13 de abril de 1918 y 22 de febrero de 1946), es doctrina jurisprudencial sentada, en unos u otros términos, por las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1908, 29 de diciembre de 1919, 18 de enero de 1934, 22 de febrero de 1946, 24 de marzo de 1956 y 29 de diciembre de 1956 y 21 de febrero de 1962, que no es menester que el consentimiento del acreedor en el cambio del deudor se haya de prestar precisamente en el acto mismo en que los deudores acuerdan la subrogación, sino que basta con que la manifestación se produzca en cualquier forma o momento, inclusive de manera tácita, con tal que los actos del acreedor impliquen necesariamente su conformidad en la sustitución del primitivo deudor por otro diferente, declarando así, en concreto, el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de enero de 1949 que ese consentimiento se halla implícito en el hecho de reclamar el pago al nuevo deudor, por lo que, siendo la voluntad de asentir por parte del sujeto activo de la obligación el dato relevante para que el pacto de delegación llegue a tener eficacia frente a él, sin perjuicio, en todo caso, de los efectos que pueda producir a nivel interno de sus autores, no cabe negar que

esa voluntad existe en la sociedad actora-recurrente, por cuanto que repetidamente ha invocado dicho pacto, tanto en las reclamaciones extrajudiciales, como al formular su demanda y ahora de nuevo en trámite de apelación, para conseguir que el Sr. A., efectúe el pago de la suma adeudada, sin que constituya decisivo obstáculo la circunstancia de que también haya dirigido su pretensión de cobro contra el Sr. C. —lo que, aparentemente, contradice la necesidad de consentir que el primer deudor quede liberado por virtud de la novación—, toda vez que lo hace con carácter subsidiario y, por ello, para la sola hipótesis de que resulte absuelto el demandado con carácter principal, en natural precaución de quien desconoce el auténtico fondo de las relaciones que median entre los demandados y busca, ante todo, la salvaguarda y más segura efectividad de su derecho de crédito.

CONSIDERANDO: Que por estos argumentos y porque a los fines de este pleito resulta indiferente que, más tarde, el Sr. A. haya vendido la propiedad del Hotel á terceros que no intervienen en el mismo, con arreglo a cláusulas y estipulaciones, que no vinculan a la entidad acreedora en lo que puedan entrañar de transmisión de la deuda a dichos terceros, pues no ha prestado el imprescindible consentimiento a ella a tenor del repetido artículo 1205 del Código Civil, para lo que goza de plena libertad, procede, estimando los recursos deducidos, revocar la sentencia apelada y condenar a D. M. A. al pago de la cantidad reclamada en la demanda, absolviendo, al propio tiempo de dicha obligación a D. V. C. S., que había sido condenado en la primera instancia.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en ninguno de los litigantes a los fines de imponer a ninguno de ellos el pago de las costas causadas en las dos instancias.

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

FALLAMOS: Que estimando los recursos de apelación interpuestos por el Procurador Don L. S. P. A. en nombre y representación de D. V. C. S. y por el Procurador D. A. O. V. en nombre y representación de "I. F. M. S. S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca el veintinueve de Noviembre de mil novecientos ochenta y tres en los autos de juicio declarativo de menor cuantía, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, a la que dejamos sin efecto; y con estimación de la pretensión principal deducida por la demandante "I. F. M. S. S.A.", debemos condenar y condenamos a D. M. A. M. a que satisfaga a la actora la suma de ciento sesenta y nueve mil quinientas cincuenta y una pesetas, con mas los intereses legales pertinentes desde la fecha de su emplazamiento, absolviendo a D. V. C. S. del pago de dicha cantidad, que le era reclamada con carácter subsidiario, todo ello sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas producidas en ambas instancias. (Ponente: Javier Muñoz Jimenez).

190

190. ACCION CAMBIARIA ORDINARIA. Excepción del litisconsorcio pasivo necesario. No se da en este supuesto ya que todos los deudores cambiarios están obligados a pagar íntegramente el importe de la deuda. "Solidaridad imperfecta": la relación interna de los deudores so-

lidarios se ve modificada, respecto de la solidaridad común, por el principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias. Excepción de falta de provisión de fondos. No puede oponerse con éxito al haber transcendido la cambial de quienes la negociaron y no concurrir el único supuesto que hace viable la oposición de tal excepción: la adquisición de la letra por el portador con mala fe en detrimento del deudor. Costas: expresa condena. *Sentencia de 22 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que frente a las dos acciones cambiarias ordinarias dimanantes de sendas letras de cambio de un importe de un millón de pesetas, ejercitadas cada una de ellas en un juicio declarativo de mayor cuantía que fueron acumulados, y promovidos por la entidad endosataria —el B. del C. S.A.— contra la aceptante de dichas cambiales —D^a. I. R. M.—, ésta opuso en primera instancia y reiteró en esta alzada como motivos de apelación, las siguientes causas: a) falta de litis consorcio pasivo necesario, ya que también debían haber sido demandados en estos juicios acumulados don A. V. A. y la entidad R.-P. S.A., librador y tomadora, respectivamente, de dichas dos cambiales; y b) falta de provisión de fondos, ya que las aceptaciones de las supradichas letras de cambio, estaban condicionadas al cumplimiento del contrato subyacente, y éste fue incumplido. La entidad actora apeló la sentencia en el extremo que no impone las costas a la demandada.

CONSIDERANDO: Que, ciertamente para que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida, y no sea aplicable, incluso de oficio, la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, es preciso, según tiene declarado la jurisprudencia —sentencias, entre otras, de 20 de Enero y 18 de Febrero de 1972 y de 13 de Febrero de 1975—, que se haya convocado al juicio a cuantas personas puedan tener un interés legítimo en el derecho material puesto en controversia o resultaren afectadas por la resolución judicial que en su día se pronuncie, mas tal requisito no es indispensable cuando, como ocurre aquí, el portador de dos letras de cambio ejercita frente a la aceptante de las mismas, la acción de reembolso que le confiere el artículo 516 del Código de Comercio, aunque lo realice a través de un proceso ordinario declarativo, por no haber sido reconocidas por la demandada, en el acto de protesto, las firmas estampadas por ella en las cambiales indicadas. En efecto, la suscripción de una letra de cambio como aceptante, así como también como librador, endosante, o avalista, representa una declaración de voluntad en sentido técnico —exteriorización de una voluntad privada dirigida a la producción de efectos jurídicos—; es la Ley la que determina la forma de la declaración cambiaria y fija, inderogablemente, su contenido: todos los deudores cambiarios, y la demandada-apelante lo es como aceptante de las referidas dos letras de cambio, están obligados a pagar íntegramente el importe de la deuda cambiaria. Se trata de una solidaridad especial, calificada por la doctrina de imperfecta, ya que sólo ofrece las características de la solidaridad en el aspecto externo: cada uno de los obligados debe pagar íntegramente la suma objeto de la letra —artículo 1137 del Código Civil—, mientras que en el aspecto interno (relación que liga a los deudores solidarios entre sí) las reglas de la solidaridad común quedan modificadas por el principio de la autonomía de las obligaciones cambiarias en relación con el de la diversidad de grado.

CONSIDERANDO: Que entrando en el examen del segundo motivo de apelación, al ser desestimado el primero, hay que señalar que el Tribunal Supremo mantiene una posición ecléctica respecto a la naturaleza jurídica de la letra de cambio, ya que considera que la obligación cambiaria está ligada a causa mientras se trate de relaciones entre los que negociaron la letra, pero las relaciones entre deudor y el poseedor que no obtuvo de aquél la letra, la obligación debe considerarse como obligación literal que vale por lo que dice, o sea que en el primer supuesto se configura como negocio causal y en los demás, como negocio abstracto. Consecuencia de esta calificación del negocio cambiario es la cues-

ción de las excepciones que se pueden ejercitar. Si se considera la letra de cambio negocio abstracto, solamente se pueden interponer excepciones de derecho cambiario estricto, tales como fecha incierta, defecto en la forma, etcétera y se ha de aplicar con todo rigor, el artículo 480 del Código de Comercio; mas si se considera como negocio causal se pueden aducir además, las excepciones derivadas del negocio subyacente que ha motivado la creación de la letra de cambio, y entre ellas, la excepción de falta de provisión de fondos, con base en el artículo 456 del citado Código; pero aún en el supuesto de que la letra de cambio sea reclamada a persona distinta de la que la negoció al portador, y debe configurarse, según lo anteriormente expuesto, como negocio abstracto, cabe, no obstante ello, oponer excepciones causales, cuando el demandante adquirió la cambial de mala fe, ya que la buena fe es principio fundamental que debe prevalecer en el ámbito mercantil (artículo 57 del Código de Comercio). En ese sentido se manifiesta la moderna jurisprudencia, que sigue el criterio del artículo 17 de la Ley Uniforme de Ginebra que determina que la prohibición de oponer excepciones causales fuera del círculo personal de los contratantes, no vale en un caso: cuando el portador, al adquirir la letra, haya obrado a sabiendas, en detrimento del deudor. Como en el presente caso, no consta ni se deduce de las actuaciones que la entidad actora —el B. C. S.A.—, endosataria de ambas cambiiales, haya actuado en ningún momento de mala fe— la buena fe se presume siempre (artículo 434 del Código Civil)— es por lo que al ejercicio de la acción entablada para obtener el reembolso de las citadas dos letras de cambio, con los gastos de protesto, no puede oponerse con éxito, como se pretende, el incumplimiento del contrato subyacente concertado por la aceptante-demandada (D^a. I. R. M.) con el librador de dichos efectos (D. A. V. A.).

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto, por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada y al disponer el Código de Comercio en su artículo 516, ya invocado, que en defecto de pago de una letra de cambio presentada y protestada en tiempo y forma —requisitos observados en el presente caso—, el portador tendrá derecho a exigir del aceptante, el reembolso con los gastos de protesto, y en el artículo 480 —precepto de aplicación al presente caso— que, la aceptación de la letra constituirá al aceptante en la obligación de pagarla a su vencimiento, sin que pueda relevarle del pago la excepción de no haberle hecho provisión de fondos el librador, ni otra alguna, salvo la de falsedad de la aceptación —excepción no formulada en la esfera jurisdiccional—, es por lo que procede desestimar la apelación formulada por la parte demandada.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen del recurso promovido por la entidad actora, hay que señalar que la falta en la Ley de Enjuiciamiento Civil de un criterio general determinador de la imposición de costas, fue suplida por la jurisprudencia con base en el artículo 1902 del Código Civil, con lo que la teoría del resarcimiento por culpa, sustentada por las pertinentes disposiciones de las Partidas y de la Novísima Recopilación, siguió teniendo aplicación en nuestro Derecho positivo. El Tribunal Supremo tiene declarado, sobre esta materia que “la apreciación de temeridad a los efectos de imposición de costas, es facultad discrecional atribuida al Juzgador” (Sentencia de 26 de Mayo de 1980, entre otras muchas), y que “es pronunciamiento en que juega el libre criterio del órgano jurisdiccional de instancia, con base en la apreciación sobre temeridad o mala fe jurídica de los litigantes, la facultad que al efecto viene conferida a la Sala sentenciadora “a quo”, por su carácter discrecional” (Sentencia, entre otras, de 25 de Noviembre de 1978).

CONSIDERANDO: Que al haber reconocido la propia demandada D^a. I. R. M. en sus escritos de contestación a las demandas, el haber negado en su momento —en el protesto de la letra— la autenticidad de su firma obrante en las expresadas cambiiales y que ello lo realizó con fin de defensa, se privó con ello a la contraparte la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria ejecutiva, con todas sus ventajas de rapidez y efectividad que ello conlleva y obligó a promover para el cobro de las cambiiales por ella aceptadas, los presentes juicios declarativos de mayor cuantía, ahora acumulados, y por ello se aprecia una patente mala fe procesal en dicha demandada que aboca en su condena de las costas devengadas de primera instancia.

CONSIDERANDO: Que respecto a las de esta alzada, igualmente se imponen a la demandada señora R. M. por su temeridad procesal, como resulta de apelar una sentencia

que es agravada para dicha parte en 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 doña I. R. M., y estimando el recurso interpuesto en nombre y representación del B. C. S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha dieciséis de Noviembre 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 los juicios declarativos de mayor cuantía acumulados, de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto dispone "in fine": "todo ello sin hacer expresa declaración sobre las costas de este juicio" que se sustituye por las siguientes palabras "todo ello con expresa condena de las costas de este juicio a la parte demandada", confirmando el resto del fallo impugnado; con expresa imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia a D. I. R. M. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

195

195. CONTRATOS. INTERPRETACION. Criterio sistemático. Hermeneútica conjunta del clausulado y no aislado. Doctrina del T.S.. Intereses y capital: reglas de interpretación. *Sentencia de 26 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que abandonada en esta alzada por los apelantes la excepción de prescripción que habían articulado en la primera instancia, queda circunscrita la cuestión suscitada por el recurso a determinar si los demandados-recurrentes deben tan sólo satisfacer la cantidad de 263.070 ptas., que ofrecieron abonar por vía notarial el 3 de febrero de 1982 y luego al contestar la demanda iniciadora de esta "litis", como última parte del íntegro precio pactado en contrato de 27 de Agosto de 1975 para la adquisición de una vivienda propiedad de la actora, o si, por el contrario, adeudan más bien la suma 547.652 pts. que aquí se les reclama cuestión que fué resuelta por la sentencia apelada en sentido favorable a la pretensión de la demandante y cuya decisión, en definitiva, sólo exige llevar a cabo una adecuada interpretación de las tres primeras cláusulas del contrato, en cuyo contenido se hallan constantes los litigantes, que fijan la cuantía del precio de la compra-venta y las formas y modos de su pago, toda vez que dicho contrato constituye la ley particular a que deben someterse las partes con arreglo al artículo 1091 del Código Civil, en cuanto a sus relaciones contractuales respecta.

CONSIDERANDO: Que a tales fines son de destacar los extremos siguientes: 1º) el precio estipulado era de 985.000 ptas., del cual los adquirentes abonaron en el acto 125.000 ptas. en efectivo metálico; 2º) para el resto de 860.000 pts se convino el libramiento de 76 letras de cambio con vencimiento mensual sucesivo por importe, las cuatro primeras de 6.000 ptas. cada una, y las otras 72 de 8.000 ptas., añadiéndose a continuación, en párrafo aparte, que "las cantidades aplazadas a partir de la entrega de las llaves de la vivienda, devengarán un interés del 8% anual a favor de la vendedora, el cual ya va incluido

en las mensualidades antes especificadas"; 3º) por la cantidad pendiente más los intereses, los compradores se comprometían a obtener un préstamo hipotecario y a entregar la suma conguída a la vendedora, quedando obligados, en su defecto, a seguir abonando "la cantidad de 8.000 ptas. mensuales más los intereses que rijan en aquel momento en las Cajas de Ahorro, hasta su total liquidación"; 4º) en la cláusula tercera se reconoció a los compradores el derecho de adelantar los pagos a fin de minorar intereses; 5º) los apelantes tienen satisfechas las 125.000 ptas. convenidas para el acto de la firma del contrato y las 600.000 correspondientes a las 76 mensualidades y entienden que no deben más intereses que los propios de las últimas 260.000 ptas. notarialmente ofrecidas en concepto de última porción de principal restante, pues los demás ya iban incluidos en las letras de cambio mensuales, según reza literalmente el párrafo antes transcrito.

CONSIDERANDO: Que no es lícito en la averiguación del significado y alcance de un contrato aferrarse, como la parte recurrente hace, el tenor textual de determinada cláusula o frase para, extrayéndoles del conjunto de lo convenido, sustentar conclusiones que pugnan con lo que fue voluntad bilateral de los contratantes, según pone de manifiesto el análisis y examen de la integridad del contrato, toda vez que la interpretación debe indagar, con arreglo a los artículos 1281 a 1283 del Código Civil, cuál fuera la intención común en los contratantes por sobre el sentido literal de las palabras empleadas, aplicando al efecto, entre otros criterios, el sistemático a que alude el artículo 1285, según el cual "las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas", precepto en relación al que tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Octubre de 1962, 30 de Octubre de 1963, 30 de noviembre de 1964 y 18 de febrero de 1980 que "la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada, sino en el todo orgánico que constituye", y también que es necesario "atenerse, tanto a la acepción gramatical de las palabras, como al espíritu del contrato o intención de los contratantes, sin tomar aisladamente alguna de las cláusulas contractuales y no relacionarla con las restantes, sino teniendo en cuenta todas ellas, mediante el elemento lógico y sistemático que el citado artículo 1285 establece" (sentencia de 30 de Junio de 1978).

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, si, fijado el precio de adquisición en 985.000 pts., se estipula el pago aplazado y en diversas fracciones sucesivas de 860.000 ptas. y que las cantidades aplazadas devengarán un interés del 8% anual, parece obvio que, una vez satisfechas las 76 letras de cambio libradas por importe total de 600.000 ptas. no se cumple con la obligación de pagar el íntegro precio, ni se realiza completamente la prestación en que la obligación consiste (artículo 1157 del Código Civil), ofreciendo abonar sólo 260.000 ptas. como última porción del principal y otras 3.070 ptas. en concepto de intereses al 18%, —tipo que se reputa vigente para las operaciones activas de las Cajas de Ahorros—, de dicha cifra desde el 5 de Enero de 1982, fecha en que venció la postrera cambial, al día del ofrecimiento, pues, sumadas dichas cantidades a las 125.000 ptas. que se abonaron en el acto de la firma, se ha satisfecho exclusivamente el capital pero nada en absoluto de los intereses convenidos al 8% para las cantidades aplazadas, y que fue común propósito establecer, por lo que la imperiosa necesidad de respetar también este pacto (artículo 1091 del Código Civil), no permite otra interpretación de la frase en que se apoyan los demandados, ("el cual ya va incluido en las mensualidades antes especificadas"), que la armónica y natural que sostiene la actora y acoge la sentencia apelada, es decir, que el importe de las cambiales habrá de imputarse a cubrir los intereses devengados por las cantidades aplazadas y el resto a cubrir estas últimas, en perfecta coincidencia, por demás, con el artículo 1173 del Código, que dispone que "si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estén cubiertos los intereses" ya que, de no ser así, el repetido pacto devendría ineficaz y la referencia misma a la inclusión de los intereses en las mensualidades sin sentido; los apelantes atribuyen a aquella frase un sentido que conduce al absurdo resultado de contabilizar unas mismas entregas pecuniarias en la liquidación de dos débitos distintos e inconfundibles y que contradice de manera frontal el resto de clausulado del contrato al que pertenece y en cuya estructura lógica se inserta.

CONSIDERANDO: Que procede por estas razones y por las expuestas en la sentencia de primera instancia el rechazo del recurso de apelación que contra ella interponen los de-

mandados, sin que, habiéndose aquietado en su fallo la actora, sea dable, por no incurrir en "reformatio in peius", depurar la parte de pronunciamiento del mismo referente al período durante el que debieron correr los intereses legales de la suma reclamada en la demanda, que detiene su curso en el vencimiento del plazo para contestarla, pese a que en la tesis acogida, el ofrecimiento hecho no cumple con el requisito de la integridad en el pago de la deuda.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar temeridad, ni mala fe, en las partes a efectos de especial imposición de las costas de esta alzada.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación que interpone el Procurador, d. J. C. P. en nombre y representación de D. M. P. R., y D^a. J. S. V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia número Uno de esta capital el pasado diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, sin hacer especial imposición de las costas producidas en esta alzada. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

196

196. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Nulidad del mismo por haberse acogido el ejecutado a los beneficios de la suspensión de pagos. La providencia de admisión de tal expediente determina la inadmisión de procedimientos no especialmente incoables, según la Ley especial, como no lo es el ejecutivo ordinario. Nulidad de juicio. *Sentencia de 26 de junio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el thema decidendum de esta alzada consiste en determinar si, como entiende el recurrente, procede declarar la nulidad de lo actuado, por cuanto la demanda ejecutiva instauradora de esta litis ha sido deducida con posterioridad al pronunciamiento de la providencia que tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos del deudor, ahora apelante, o si, contrariamente a ello, tal pretensión debe rechazarse directamente dado que, a estos efectos, la providencia inicial resulta inoperante, pues sólo a partir del auto declarando al deudor en estado de suspensión de pagos e insolvencia provisional o definitivamente, puede entenderse producida tan excepcional eficacia.

CONSIDERANDO: Que acreditado, mediante testimonio incorporado al proceso en su segunda instancia, que en la fecha de presentación de la demanda ejecutiva rectora de la litis —8 de junio de 1982— ya había sido dictada la providencia que tenía por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos —providencia fechada el 18 de mayo de

1982—, la cuestión más arriba enunciada debe resolverse acordemente con la tesis impugnativa, en cuanto: A) Si a tenor del último párrafo del artículo 9º de la Ley de Suspensión de Pagos, una vez dictada la providencia inicial teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos quedan en suspenso los embargos constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, lógico es inferir la suspensión ab initio de los nuevos embargos, es decir, de los embargos solicitados con posterioridad a dicho momento resolutorio; B) Si, por una parte y a tenor de la regla 2ª del artículo 6º de la mencionada Ley, el deudor no puede satisfacer pago alguno—, pago que no puede ser autorizado por los interventores sin quebrantar la par conditio creditorum— y, por otra y por imperativo de la norma contenida en el artículo 9º, los embargos constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados son sustituidos por la actuación de los Interventores, es igualmente lógico deducir que los pretendidos requerimiento de pago y embargo subsiguiente carecen de toda eficacia útil y C) Si el procedimiento de suspensión de pagos determina, por su estructura, una paralización de los créditos existentes contra el deudor, y persigue, por su función, una reducción o aplazamiento de los mismos, llano es concluir que ello es incompatible con cualquier juicio que, como el incoado, tenga por objeto exigir el cumplimiento de una obligación aplazada por Ministerio de la Ley.

CONSIDERANDO: Que determinada la inexigibilidad de crédito por la preexistencia del procedimiento de suspensión de pagos, procede declarar la nulidad del juicio con arreglo al número 2º del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que frente a ello sea válido oponer la falta de oposición en primera instancia del ejecutado, pues los invocados preceptos de la Ley de Suspensión de Pagos, por reputarse de orden público, pueden y deben ser aplicados incluso de oficio.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo opuesto en el último párrafo del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se hace expresa declaración sobre los gastos causados en primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución, sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don G. V. R. contra la sentencia dictada por el lltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma, el veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, y revocando como revocamos dicha resolución, debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio ejecutivo referido, sin hacer expresa declaración en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

200

200. TERCERIA DE DOMINIO. Falta de litisconsorcio pasivo necesario: desestimación de la excepción por ser innecesario demandar a quienes ocupan el inmueble sobre el que la acción se proyecta. Ambito del litisconsorcio en la doctrina del T.S. Litisconsorcio e intervención. El excepcionante, en cuanto arrendador, podía intervenir mas no oponer la excepción indicada. Embargo por la Magistratura del trabajo anotado con anterioridad a ser otorgada la escritura a favor del tercerista:

subordinación de la misma a los actos dispositivos anteriores. *Sentencia de 4 de julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que recurre el demandado Sr. C. la sentencia de primera instancia, que estimó por completo las pretensiones deducidas por el demandante Sr. C., en base a los mismos motivos que ya opuso al contestar la demanda, es decir: a) falta de litis consorcio pasivo necesario, que funda en no haberse dirigido también la acción contra la entidad "H. B., S.A." arrendataria del apartamento en litigio en virtud de contrato de arrendamiento suscrito con el propio Sr. C. y cuya existencia conocía perfectamente el actor, pues en tres ocasiones requirió notarialmente a la mencionada entidad, para que hiciera entrega de las llaves del mismo; b) preferencia del título de dominio del Sr. C. sobre el de su adversario, por consistir el de su causante y también demandado Sr. C. en adquisición realizada en pública subasta judicial, que deriva de embargo anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción del título en base al que acciona el Sr. C.; y c) inactividad del demandante al no haber formulado en tiempo oportuno tercería de dominio.

CONSIDERANDO: Que aún siendo evidente que el actor conocía que el apartamento se hallaba ocupado a título de arrendatario por un tercero, distinto de los demandados, por cuanto que en efecto, requirió a la entidad "H. B., S.A." en fechas de 9 de febrero de 1979, 4 de febrero y 3 de junio de 1981, por conducto notarial, al objeto de que desalojara la vivienda, poniéndola a su libre disposición, en la primera de cuyas ocasiones ofreció la posibilidad de concertar nuevo arriendo, "si se llegase a un acuerdo entre las partes" (fs. 14 y 15), ello no implica que tuviera que demandar asimismo a la citada sociedad, ni que su ausencia determine la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario invocada, pues se trata esta institución de "una carga de intervención común de las partes cuya razón de ser se encuentra, o bien en una norma expresa que así lo establezca positivamente, o ya en el principio general de que la indivisibilidad o inescindibilidad de una cierta situación jurídica no permita tratamiento separado con relación a los diversos sujetos que en ella concurren" (sentencia de 30 de mayo de 1979), cuyo fundamento radica en el propio derecho material (sentencias de 30 de marzo de 1977, 20 de enero, 16 de febrero y 22 de abril de 1978, 19 de junio de 1979, etc.), y a tal respecto debe observarse que, al versar la discusión sobre a cuál de los litigantes pertenece un derecho real de dominio y ser, en cambio, el derecho del arrendatario de carácter meramente personal, y, además, derivativo y subordinado al derecho del arrendador, del que trae origen, no cabe apreciar, como acertadamente entiende la sentencia apelada, que entre los presentes y ausentes del litigio se dé el nexo jurídico común que caracteriza la necesidad de litisconsorcio, ni una auténtica comunidad paritaria y homogénea de intereses, y que, sobre todo, es obligación impuesta al arrendador por el n.º 3 del artículo 1.554 del Código Civil la de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, y si bien éste se halla autorizado por el artículo 1.560 a defenderse por sí contra las perturbaciones de mero hecho procedentes de tercero, el único legitimado para la protección de la cosa arrendada frente a las perturbaciones de derecho es el arrendador con arreglo a la obligación expresada, cuyo incumplimiento acarrea las sanciones previstas en el artículo 1.556 y las propias del seaneamiento (artículo 1.553), sin que el arrendatario se le reconozca más intervención que la de dar el aviso a que alude el párrafo 1º del artículo 1.559, conjunto de preceptos de los que cabe deducir la no necesidad legal de que el arrendatario sea parte en el pleito en que se discute la propiedad de la cosa arrendada; el interés del arrendatario en la pervivencia de la relación arrendaticia y la consiguiente prolongación de su uso y goce sobre el objeto arrendado podría, si acaso, permitir su intervención voluntaria o adhesiva en tal litigio con el fin de ayudar, con carácter subordinado a los titulares de la relación jurídico-material controvertida, en la defensa del derecho del arrendador sobre el que asienta el suyo propio, posibilidad que, en el presente supuesto, quedaba además facilitada merced a la propia demanda, dirigida, por último, contra cualquier persona que pudiera os-

tentar algún tipo de derecho sobre el apartamento, pero no dan lugar a la situación litisconsorcial coactiva, que el apelante pretende.

CONSIDERANDO: Que, según resulta de lo alegado y demostrado por las partes, los extremos fácticos de relevancia para la resolución de la presente "litis", son los siguientes: a) el actor, Sr. C., adquirió el apartamento de controversia a su anterior dueño, "J. F. I., S.A." mediante compraventa formalizada en escritura pública de fecha 14 de enero de 1979 (fs. 2 a 7), que fue presentada para su inscripción en el Registro de la Propiedad el 17 de febrero de 1978 y, de nuevo, el 4 de Mayo de 1978, siendo con base a este último asiento, que fue inscrito el dominio a su favor con fecha de 14 de julio de 1978; b) paralelamente, en méritos del expediente de ejecución n° 970/76 de la Magistratura de Trabajo n° 3 de Baleares, seguido contra la antes citada Sociedad anónima, se trabó embargo con fecha de 1 de febrero de 1978 sobre diversas fincas y, entre ellas, el apartamento cuestionado, que aparecía entonces como de titularidad de la sociedad, el cual embargo fue objeto de anotación preventiva el 4 de abril de 1978, habiéndose expedido certificación de cargas y gravámenes el 5 de Mayo siguiente, en la que ya se hizo constar la presentación de la escritura de venta a favor del Sr. C. efectuada el día anterior; y c) adjudicado no obstante, en pública subasta el apartamento a D. F. C. V., otorgó la Magistratura de trabajo escritura pública de venta a su favor en representación de la empresa ejecutada, con fecha de 27 de Octubre de 1978, habiendo procedido el Sr. C. a vender de nuevo el apartamento al hoy apelante por medio de contrato formalizado en escritura de 15 de Noviembre siguiente, sin que ninguno de ambos instrumentos públicos haya logrado tener acceso al Registro de la Propiedad.

CONSIDERANDO: Que correctamente aplicada a tal supuesto de hecho por la sentencia apelada la norma recogida en el párrafo 2° del artículo 1.473 del Código Civil que, en los casos de doble venta de un bien inmueble, atribuye la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, no puede prevalecer en su contra ninguna de las objeciones que formula la parte recurrente, ya que: a) el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no altera la consideración fáctico jurídica del deudor, sino que se limita a suplir su rebeldía en el otorgamiento, pero persistiendo su carácter de vendedor, al limitarse el órgano jurisdiccional a actuar por él (sentencia de 9 de marzo de 1979) y por ello la circunstancia de que la escritura haya sido otorgada por la autoridad judicial no confiere al comprador privilegios o facultades que excedan de las comunes u ordinarias a todo contrato de compraventa (sentencia de 26 de Diciembre de 1910); b) otorgada escritura pública de compraventa, que hace prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste (artículo 1.218 párrafo 1° del Código Civil) y produce los efectos de "Traditio ficta" previstos en el artículo 1.462, a favor del demandante con anterioridad, inclusive, al embargo decretado por la Magistratura y pese a que éste tuvo acceso, primeramente al Registro por medio de la correspondiente anotación preventiva, debe recordarse la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que, interpretando los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 n° 4 del Código Civil, que establecen la preferencia de los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial de embargo "sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores", declara que la anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, que otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor con posterioridad a la anotación, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos o anotados (sentencias de 6 de Diciembre de 1982, 24 de Marzo, 8 de Julio y 31 de Octubre de 1983, entre las más recientes), no siendo factible equiparar una anotación de embargo a la inscripción de propiedad que exige precisamente este artículo para el privilegio que reconoce a favor del Registro (sentencia de 10 de abril de 1957); y c) es inoperante, por último, que, en defensa de su derecho, no ejercitara el demandante tercería de dominio a fin de impedir la venta judicial, —omisión presumiblemente achacable a su residencia en el extranjero—, pues en virtud de su poder de disposición sobre sus derechos e intereses, es libre de acudir a los procedimientos que juzgue más idóneos, entre las posibles, en tanto la acción no prescriba.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto y por los propios y aceptados fundamentos

de la sentencia recurrida, procede la íntegra confirmación de la misma, con imposición de las costas de esta alzada al apelante con arreglo a lo preceptuado en el artículo 710 de la Ley Procesal.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación que interpone el Procurador D. J. C. P. en nombre y representación de D. M. C. P. contra la sentencia dictada por el íltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca el tres de Noviembre de mil novecientos ochenta y tres en los autos de juicio declarativo de menor cuantía, de los que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, con expresa imposición de las costas de esta alzada al apelante. Notifíquese esta sentencia a los demandados no comparecidos en esta instancia en la forma preceptuada por los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

203

203. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Viviendas de protección oficial: es contrario a derecho el percibo de rentas superiores a las reglamentariamente establecidas para esta clase de viviendas, sea el arriendo con o sin muebles. *Sentencia de 6 de julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la acción ejercitada postula que la arrendadora demandada, doña M. R. B. H., reintegre a la arrendataria actora, doña M. M. B. M., la suma de 127.816 pesetas, importe del exceso de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de arrendamiento de la vivienda situada en S. X., calle Interior A, finca 3, piso 3º 8º, de este término municipal, durante los meses de Agosto de 1981 hasta Septiembre de 1982.

CONSIDERANDO: Que son hechos y antecedentes fundamentales de los que hay que partir para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: a) que los hoy litigantes suscribieron, teniendo por objeto la expresada vivienda, el 10 de Agosto de 1981, un contrato de "arrendamiento de temporada" por once meses —desde la fecha últimamente mencionada hasta el día 10 de Julio de 1982— siendo el alquiler convenido 20.000 pesetas mensuales —5.000 pesetas por alquiler del piso y 15.000 pesetas por uso del mobiliario— (folios 1 y 2), y el 11 de Julio de 1982, otro contrato de igual clase y duración, estipulándose el alquiler de 22.000 pesetas mensuales —5.500 pesetas por alquiler del piso y 16.500 pesetas por uso del mobiliario (folios 3 y 4); y b) la mencionada vivienda está acogida a los beneficios de Viviendas subvencionadas bajo el expediente PM-VS-10/75 y el precio máximo autorizado para su arrendamiento ara de 11.298'85 pesetas el 20 de Agosto de 1981 y 11.677 pesetas el 10 de Julio de 1982 (folios 34 y 38).

CONSIDERANDO: Que el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Real Decreto 2960/1976, de 12 de Noviembre y el

artículo 112 del Reglamento de 24 de Julio de 1968, prohíben todo sobreprecio o prima en el arrendamiento que sobrepase la cuantía de la renta reglamentaria fijada, siquiera sea bajo la modalidad de arrendamiento con muebles sea conjunto o en pacto separado.

CONSIDERANDO: Que si bien en materia de contratación rige el principio de la autonomía de la voluntad —artículo 1.255 del Código Civil—, ello es justamente con sus límites naturales: que los pactos, cláusulas y condiciones no sean contrarios a las Leyes, a la Moral, ni al orden público; y como quedó acreditado, y así se expuso, que en cada uno de los dos contratos de arrendamiento que los hoy litigantes suscribieron, fijaron alquiler superior al que legalmente procedía, ello determina la nulidad de dichas rentas en cuanto sobrepasan de las cuantías reglamentariamente fijadas: 11.298'85 pesetas mensuales para el primer contrato y 11.677 pesetas mensuales para el segundo.

CONSIDERANDO: Que al ser tenida por confesa la demandada, al hacer uso este Tribunal “ad quem” de la facultad que le concede el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por concurrencia de los requisitos que dicho precepto exige —doble citación con apercibimiento e incomparecencia sin justa causa—, se estima probado que la arrendadora percibió una renta mensual de 20.000 pesetas durante los once meses de vigencia del primer contrato, y 22.000 pesetas mensuales en el segundo contrato (posición 2ª), concretada esta última precepción a los meses de Julio, Agosto y Septiembre de 1982, lo que implica que la demandada-arrendadora cobró ilegalmente 126.681 pesetas (95.712 durante la vigencia del primer contrato y 30.969 pesetas por los tres primeros meses del segundo contrato), suma aquélla que debe restituir al aquí apelante-actor conforme con lo que, con carácter general, estatuye el artículo 1.303 del citado Código; lo que conlleva a revocar la sentencia dictada y estimar en parte la demanda interpuesta.

CONSIDERANDO: Que artículo 1.108 del repetido Código dispone que “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”.

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

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de doña M. M. B. M., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintuno de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando en parte la demanda interpuesta en nombre y representación de doña M. M. B. M. contra doña M. R. B. H., declarada en rebeldía, debemos condenar y condenamos a dicha demandada a que satisfaga a la actora la cantidad de ciento veintiséis mil seiscientas ochenta y una pesetas (126.681.-) más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda hasta el día de hoy, en que los intereses serán hasta la ejecución total de la sentencia, los prevenidos en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Dada la rebeldía de la demandada doña M. R. B. H., 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).

204. JUICIO DE DESAHUCIO. Calificación del contrato. Arrendamiento de temporada: notas características. Doctrina del T.S. Intranscendencia de la ubicación de local y de la vivienda. *Sentencia de 6 de julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión capital a resolver en el presente recurso es la relativa a la correcta calificación del contrato de arrendamiento concertado entre las actoras-apeladas, en calidad de arrendadoras, de una parte, y el demandado-apelante en calidad de arrendatario, de otra, el 15 de Marzo de 1977 sobre el local comercial de nombre "I.", sito en el Centro Comercial de Calas de Mallorca, propiedad de aquéllas, el cual, en tesis de la demanda, que acoge la sentencia de primera instancia, consiste en un arrendamiento de temporada, excluido como tal del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en virtud de lo que prescribe el número 1 del artículo 2º de dicha Ley, para quedar sometido a lo pactado y a lo establecido con carácter necesario por el Código Civil o en su caso, en la legislación foral, y, consiguientemente, a la extinción por expiración del término convenido (artículo 1.569 nº 1 del Código Civil), mientras que, en tesis del demandado, es arrendamiento de local de negocio, regido por la específica normativa de la Ley arrendaticia urbana y, en concreto, por el artículo 57 de la misma, que concede al arrendatario el derecho a la próroga forzosa.

CONSIDERANDO: Que, salvo alguna excepción aislada, como es la que representa la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1963, que atiende con carácter exclusivo al hecho de la temporalidad de la ocupación, es criterio mayoritario, tanto en la doctrina científica, como en la jurisprudencial, (así es el que subyace en las sentencias de 21 de abril de 1969, 14 de Diciembre de 1972, 4 de junio de 1981, 19 de febrero de 1982 y 29 de Junio de 1983, entre otras), el de que lo decisivo para determinar si existe o no arrendamiento de temporada, reside en la común intención de los contratantes y en la finalidad que se propusieron al contratar (sentencias de 8 de febrero de 1962 y 22 de Diciembre de 1979), habiendo declarado la sentencia de 19 de febrero de 1982 que la nota esencial que caracteriza a los arrendamientos de temporada "es la de haberse convenido el uso y disfrute mediante el pago de la renta correspondiente, de una vivienda o local de negocio durante un plazo concertado en atención, no a la necesidad permanente que el arrendatario tenga de ocupar... un local donde establecer con carácter permanente un negocio o industria, sino para desarrollar de una manera accidental y en épocas determinadas estas actividades negociales..., debiendo entenderse este requisito de la "temporalidad" de un modo amplio y flexible, cuando claramente se infiera que el uso y ocupación de que el inmueble es objeto, responda a exigencias circunstanciales, esporádicas o accidentales determinantes del contrato y elevadas expresamente a la condición de causa por las partes, ...y no a la necesidad de la adecuada instalación del negocio o industria, de ininterrumpido desenvolvimiento, ya que el requisito de la temporalidad de la ocupación guarda relación, no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento determinante de su ocupación", es decir, que deberá apreciarse la existencia de un arrendamiento de la clase aquí debatida, cuando la voluntad común o bilateral de las partes contratantes sea, no la individual de cualquiera de ellas (sentencias de 14 de mayo y 8 de Noviembre de 1983, por todas), la de ceder el uso y disfrute del local para su explotación durante, o circunscrita a determinadas épocas o temporadas, entendiéndose por tales aquellos períodos de tiempo que se consideran formando un conjunto, o durante los cuales se efectue una cosa, cualquiera que sea la mayor o menor duración

que tengan" (sentencias de 28 de junio de 1960, 5 de junio de 1963, 22 de diciembre de 1979 y 29 de junio de 1983), pero no fuera de ellas, sin perjuicio de que, por tolerancia del arrendador pueda el locatario conservar las llaves del local en su poder (sentencias de 8 de febrero de 1962 y 21 de abril de 1969), o inclusive abrirlo de manera esporádica (sentencia de 22 de diciembre de 1979), a lo que, por último, ha de añadirse que, calificado el contrato de arrendamiento del local de negocio, la utilización intermitente del mismo por el arrendatario no implica su conversión en arriendo de temporada, sino conducta contractual que puede dar motivo, llegado el caso, a la resolución del arriendo por aplicación a instancias del arrendador del artículo 114, en relación al 62, de la Ley arrendatícia urbana.

CONSIDERANDO: Que interpretadas las estipulaciones del contrato concertado por los litigantes el 15 de marzo de 1977, y en cuyo contenido se hallan cõntestes, con arreglo a las normas de hermeneùtica que establecen los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, no es posible compartir la calificación sustentada por la sentencia de primera instancia como de arrendamiento de temporada, ya que: a) en la literalidad de las palabras empleadas por los contratantes a lo largo del encabezamiento y cinco cláusulas de que consta, no existe la mas mínima referencia expresa, completa o incompleta, directa o por alusiones, a épocas ni temporadas de cualquier clase o denominación, ya sea de verano, ya turística o similar, que exteriorice de algún modo que era propósito común de las partes limitar la cesión del uso del local en el sentido a que antes se ha hecho referencia; b) al pactarse en la cláusula 1ª que "los propietarios alquilan el local comercial a D. M. S. B. para emplearlo como local comercial de la actividad comercial que tenga por conveniente", y en la 3ª que "el local se entrega sin muebles ni otros enseres" se abandona al arbitrio del arrendatario la elección de la actividad a desarrollar en el objeto arrendado, sin otra exigencia que su carácter mercantil, por lo que esta indefinición de voluntad contractual y correlativa libertad de uso para el locatario, excluye que pueda inducirse el arriendo de temporada por razón de la naturaleza del negocio a explotar y evidencia, antes bien, que se concedía el goce y disfrute por todo el periodo de duración explícitamente convenido, es decir, los 4 años completos fijados en la cláusula 2ª, sin constricción; c) la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1980 alude como elemento que califica necesariamente la naturaleza del contrato de arrendamiento de temporada, a que la renta concertada sea únicamente efectiva durante el funcionamiento del local, y es de ver en el presente caso que en la cláusula 4ª se fija el precio de alquiler en la suma de 100.000 ptas., por cada año, a pagar a dos entregas de 50.000 ptas., los días 15 de Marzo (fecha del contrato) y 15 de Septiembre de cada anualidad, periodo éste de tiempo que es el que se contempla y no otro menor; y d) habiéndose estipulado en la cláusula 5ª y última que "los gastos generales de la explotación de la tienda entre los que se incluyen electricidad, agua, y otros gastos comunes del Centro Comercial, no ligados a la propiedad, serán de cargo del Sr. M. S. B.", y siendo obvio con estos gastos comunes se causan, en mayor o menor cuantía, a lo largo de todo el año, de una parte, y que el arrendatario asume su pago en cuanto que son imputables al ámbito de su derecho de goce y en correlación al mismo, de otra, cabe llegar a idéntica conclusión, contraria a la sostenida por la resolución impugnada, en sentido de que fue la voluntad del contrato que el locatario pudiera ejercer ese derecho de goce a lo largo de toda la anualidad y no meramente en época más reducida, máxime al disponer el inciso último del párrafo primero del artículo 1.289 del Código Civil que en los contratos onerosos las deudas se resolverán en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

CONSIDERANDO: Que la simple y única circunstancia de hallarse ubicado el local objeto de locación en zona eminentemente turística no puede por si sola, ser determinante de que el real propósito de las partes fuera convenir el arriendo limitado a la temporada de verano, pues, aparte del carácter desorbitado de tal conclusión, que se funda en una mera conjetura acerca de lo que los contratantes se representarían en efecto al contratar y que, pudiendo decir, no dijeron, resulta la misma contraria a las más seguras que se obtienen del examen y análisis de las palabras voluntariamente empleadas para fijar su común intención, mientras que, por hallarse autorizado el arrendatario al desempeño de cualquier actividad comercial de manera expresa (cláusula 1ª), tampoco es relevante, a los fines del artículo 1.282 del Código, como signo de la voluntad bilateral, que la actividad

desarrollada consista en la venta de artículos para turistas, pues también podría haber ejercido otra por completo diferente y no directamente enlazada a este género de clientela, conforme su libre arbitrio y la ley del contrato.

CONSIDERANDO: Que por todo ello el contrato de 15 de Marzo de 1977 no merece la calificación de arrendamiento de temporada, sino de local de negocio, sometido a la específica normativa de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que concede el derecho de prórroga forzosa al locatario una vez expirado el plazo contractual, por lo que, con estimación del recurso interpuesto, procede la revocación de la sentencia apelada y la absolución del demandado-apelante.

CONSIDERANDO: Que no siendo aplicable el artículo 1.582 de la Ley Procesal a los juicios de desahucio tramitados con arreglo a lo previsto en el artículo 1.594 de la misma Ley (sentencia de 10 de enero de 1958) y no apreciándose temeridad, ni mala fe en las partes, no procede hacer especial imposición a ninguna de ellas de las 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 D. B. Q. M. en nombre y representación de D. M. S. B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia de Manacor el diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y tres en los autos de juicio de desahucio, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, dejándola sin efecto; y con rechazo de la demanda formulada por el Procurador D. F. R. J. en nombre y representación de D^a. M. D. y D^a. G. U. contra D. M. S. B., debemos absolver y absolvemos de ella a dicho demandado, sin hacer especial imposición de las costas producidas en ambas instancias. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

212

212. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Excepción de falta de provisión de fondos al amparo de existencia de dificultades administrativas que impidieron la circulación del vehículo que constituye la causa de la cambial. Tal alegación implica oponer la “**EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS**”, no alegable en esta clase de procesos. Contrato base concertado como vendedor, por persona distinta del librador ejecutante: no implica falta de personalidad y sí, en cambio, puede suponer falta de provisión de fondos: quien entrega aceptada una letra en blanco se entiende que admite lo que sucesivamente se incorpore a la misma, incluso que la libre persona distinta de la dadora de la provisión. *Sentencia de 11 de julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio de un importe de 500.000 pesetas, protestadas por falta de pago, la entidad ejecutada, aceptante de la cambial —H., S.A.— opone al ejecutante-librador —D. E. D. R.— las siguientes “excepciones”: a) falta de provisión de fondos, b) falta de personalidad del ejecutante, y c) nulidad por simulación.

CONSIDERANDO: Que la parte ejecutada basa la excepción de falta de provisión de fondos, esgrimida en primer lugar, en que la expresada cambial dimana de una venta en firme de un vehículo automóvil marca Rolls-Royce, matriculo M-5638-BV, contrato en el que se hizo constar que el vehículo estaba libre de toda carga, gravamen y sanción, y si bien el coche fue entregado a la entidad compradora —H., S.A.—, su matriculación a nombre de la compañía adquirente no pudo llevarse a cabo hasta haber pasado un año de su compra, “con las consiguientes pérdidas al enervarse la finalidad de su adquisición —alquiler sin conductor— y tener el coche sin circular ya que había sido objeto de sanción por parte de la Jefatura de Tráfico de esta Provincia”. Conviene señalar que el citado contrato de compra-venta se celebró en Palma de Mallorca el 9 de Mayo de 1980 (folio 22), con entrega del vehículo vendido a la entidad compradora (posición 1ª del representante de la entidad ejecutada), si bien su inscripción a nombre de H., S.A. en la Jefatura de Tráfico no se pudo llevar a cabo por dificultades administrativas no imputables a la sociedad vendedora —C. A. N., S.A.—, hasta el día 26 de Marzo de 1982 (folio 73). Y si bien es cierto que, dado el criterio ecléctico que mantiene el Tribunal Supremo respecto a la naturaleza jurídica de la letra de cambio, ya que la configura como negocio abstracto cuando en la cambial intervienen personas distintas al librador y librado (que es el supuesto específico del artículo 480 del Código de Comercio), desligado de las apoyaturas causales que la originaron, y como negocio causal cuando los intervinientes son únicamente el librador y el librado, que es el presente caso —librador contra aceptante—, puede oponerse con éxito la excepción de falta de provisión de fondos, en base al artículo 456 del Código de Comercio; no es menos cierto que las aducidas dificultades administrativas que surgieron en la matriculación del automóvil matriculo M-5638-BV a nombre de H., S.A., calificadas por ésta de defectuoso cumplimiento del referido contrato de compraventa, no pueden ser estimadas como falta de provisión de fondos, y por ende, enervar la acción cambiaria ejecutiva entablada por las siguientes razones: En primer lugar por cuanto, según consta en las presentes actuaciones, dichas dificultades no son imputables a la entidad que vendió el coche a la hoy ejecutada, como ya se expuso, y en segundo término, porque como ya señaló esta Sala en sentencias de 27 de Febrero de 1979 y 19 de Enero de 1981, la “*exceptio non rite adimpleti contractus*” no puede prosperar, por la vía de invocar falta de provisión de fondos, dentro del juicio ejecutivo seguido contra el aceptante de una letra de cambio; y la razón de que esto es así estriba en la naturaleza sumaria del juicio ejecutivo dimanante de los artículos 1.464, 1.466 y 1.473 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reforzada en los supuestos de ejecución basada en título constituido por letra de cambio, por el artículo 1.465 del mismo Texto rituario, y que, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Mayo de 1972 recuerda que se trata de un juicio especial, expeditivo, abreviado y con características propias, y declara que “la alegación de cumplimiento tardío, irregular o defectuoso” (estos dos últimos constitutivos de la llamada “*exceptio non rite adimpleti contractus*”) “es materia ajena al juicio ejecutivo (cambiario o no)”, aunque claro es que nada impedirán que fuera de sus cauces puedan ejercitarse en su caso las acciones derivadas de vicios ocultos o similares; para llegar, en fin, a esta solución, como dice la conocida sentencia del citado Alto Tribunal de 9 de Febrero de 1977, “basta con considerar que el juicio ejecutivo y como tal sumario no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, aunque sea al amparo del concepto de provisión de fondos, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente”.

CONSIDERANDO: Que el examen y resolución de la excepción formulada en segundo lugar, y en su caso de la última interpuesta, se ha de llevar a cabo en esta alzada y en contra de lo sustentado “in voce” en el acto de la vista por la Dirección Letrada de la parte apelante, ya que el juez “a quo” no rechazó las excepciones formuladas a continuación de la de falta de provisión de fondos, sino que lógica y técnica se abstuvo de entrar en su análisis al estimar la opuesta en primer lugar; pues la jurisprudencia, invocada por

dicha parte recurrente para sustentar tal tesis, es únicamente aplicable para los supuestos en que "rechazadas" unas excepciones y no recurrida la sentencia por la parte que las opuso, tal parte del fallo queda firme y veda al Tribunal "ad quem" entrar en el estudio y reexamen de las excepciones rechazadas, supuesto que no es el presente, ya que, como se indicó, el juez "a quo" no "rechazó" las "otras excepciones", sino que como se expresa en el correspondiente considerando de la sentencia apelada, al estimar la excepción formulada en primer lugar — falta de provisión de fondos—, se abstuvo de analizar las otras excepciones.

CONSIDERANDO: Que la falta de personalidad en el ejecutante, excepción aducida en segundo término tiene como apoyatura fáctica que a D. E. D., que es quien formula la demanda ejecutiva, nada le debe, como tal persona física la entidad ejecutada —H., S.A.—, sin que aquél justifique, según la apelante, su carácter de librador, ya que la cambial fue entregada como pago del vehículo comprado a la entidad vendedora —C. A., S.A.— y no en modo alguno al ejecutante Señor D. R. Resulta incomprensible afirmar que el ejecutante, D. E. D. R. carece de personalidad, ya que en la letra de cambio que se ejecuta, es él el que aparece como librador de la cambial y en ella, como tal, estampó su firma y ser el legítimo tenedor de la misma por devolución del tomador, el B. C., que había descontado el nominal de la letra al hoy ejecutante —extremo este último no impugnado—. Cuestión distinta es la inexistencia de contrato subyacente entre los hoy litigantes que justifique el reembolso de la cambial que se pretende, ya que la venta del mencionado automóvil se celebró, como ya se expuso, entre C. A. N., S.A. —vendedora— y H., S.A. —compradora—, lo que implica un nuevo planteamiento, si bien con enfoque distinto, de la excepción de falta de provisión de fondos, ya rechazada, en su anterior formulación, por este Tribunal de segundo grado jurisdiccional.

CONSIDERANDO: Que consta reconocido que la letra de cambio número OA8962235, vencimiento 9 de Agosto de 1980, que es la ejecutada, es una de las tres cambiales que la entidad H., S.A. aceptó y entregó en pago de parte del precio de compra del supradicho vehículo, desprendiéndose de las actuaciones que la referida cambial cuando fue entregada, ya aceptada, por H., S.A., estaba en blanco en cuanto al librador —en el expresado contrato de compraventa, obrante al folio 22, sólo se hace referente a ella la siguiente especificación: "L/. de 500.000.- pesetas n° OA8962235, vencimiento el 9/8/80"—, lo que conlleva al examen de la eficacia de la letra de cambio en tal estado.

CONSIDERANDO: Que la moderna jurisprudencia afirma que todo deudor, al firmar una letra de cambio que contiene una mención en blanco, se declara de antemano conforme con el texto completo de aquella, haciendo suyas anticipadamente las demás menciones que sea necesario añadir para completarla a tenor del artículo 444 del Código de Comercio. Por ello, al aceptar la ahora apelada-ejecutada la letra de cambio de que se viene haciendo mención en blanco en cuanto a quién debía ser librador, no solo declaró de antemano la conformidad con la designación de D. E. D. R. como librador —es el Director-Gerente y Secretario de la sociedad vendedora (folio 48) y a él se le entregó, entre otras, la cambial que ahora se ejecuta—, sino que, como ya señaló esta Sala en sentencia de 27 de Abril del corriente año, en un caso análogo, "presupone la también aceptación de que el crédito, representado por el contrato subyacente a que responde la indicada cambial, viene atribuido al que en definitiva figurase como librador, por implicar una cesión del mismo por el acreedor el que en definitiva resultase librador, con la correlativa conformidad al tiempo de la suscripción por el librado de la aceptación con conocimiento de tal aspecto en blanco, porque si bien es cierto que nuestro Derecho no establece que los fondos que constituyen la provisión de fondos queden afectos al pago de la letra, tampoco impide la cesión del crédito que la letra significa con base en el contrato subyacente extracambiario que dio vida a la cambial, al ser éste un tema propio del Derecho Civil" (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Abril de 1981). Al contar la letra de cambio aceptada en blanco con una provisión de fondos real —una deuda igual al importe de la cambial, exigible a la entidad ejecutada H., S.A. por la compra del supradicho automóvil—, no puede prosperar la causa de oposición de falta de provisión de fondos, ahora esgrimida como falta de personalidad del ejecutante.

CONSIDERANDO: Que la "excepción de nulidad por simulación" esgrimida en último lugar, por arrogarse dolosamente el Sr. D. R. el carácter de librador-tomador de la letra, en perjuicio de la entidad ejecutada, se ha de rechazar de plano, el carecer de la mínima consistencia jurídica que ha de ostentar toda petición judicial.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y toda vez que la letra de cambio es título que lleva aparejada ejecución —número 4º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, a la que se acompaña el correspondiente protesto por falta de pago y al desestimarse las causas de oposición formuladas, es por lo que procede, previa estimación de la apelación formulada y revocación de la resolución impugnada, dictar sentencia de remate.

CONSIDERANDO: Que el artículo 526 del Código de comercio dispone que "las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el artículo 1.474 de la citada Ley ritaria procede la imposición de las costas de primera instancia a la entidad ejecutada; sin que exista motivo para hacer especial imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia.

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de D. E. D. R., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiocho de Enero de mil novecientos ochenta y cuatro, 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, y en su lugar, dictamos la siguiente: Que, rechazando las causas de oposición formuladas, debemos mandar y mandamos seguir la ejecución adelante, hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y con su valor entero y cumplido pago a D. E. D. R., de la cantidad de quinientas mil pesetas, más los gastos de protesto que ascendieron mil trescientas cuatro pesetas, más los intereses de aquella cantidad a los tipos legales que riegieron desde la fecha del protesto hasta el día de hoy, en el que el interés que devengará la cantidad total a cuyo pago se condena —quinientas una mil trescientas cuatro pesetas— será, hasta la total ejecución de la sentencia, el prevenido en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; con condena de las costas de primera instancia a la parte ejecutada, y sin especial imposición de las devengadas en esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

218

218. SÉPARACION MATRIMONIAL. Cónyuges extranjeros de distinta nacionalidad. Ley aplicable: la nacional común durante el matrimonio y, en defecto, la del esposo. Necesidad de probarla cuya falta obsta al pronunciamiento disolutorio del régimen conyugal. *Sentencia de 17 de julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la pretensión impugnativa de la recurrente se encamina a la obtención de los dos siguientes objetivos: a) que se eleve a la cantidad de 200.000 ptas. la pensión mensual que, en concepto de cargas matrimoniales y alimentos de la esposa e hijas, otorga la sentencia apelada en cuantía de 100.000 ptas., con cargo al marido demandado; y b) que se declare que el régimen económico matrimonial es el de sociedad de gananciales, se proceda a su liquidación y se atribuya a cada cónyuge el 50% de los bienes que la integran.

CONSIDERANDO: Que en lo que al primer aspecto atañe, la sentencia apelada califica con razón, tras efectuar un minucioso examen de la prueba obrante en autos, de más próspera la situación económica del marido, que, en especial, es titular de dos conocidos restaurantes que, presumiblemente, le reportan notables beneficios, y, por el contrario, la de la mujer como de total desvalimiento, por lo que, al haberse confiado a ésta el cuidado y atención de las dos hijas comunes del matrimonio, de 11 y 2 años de edad, respectivamente, al tiempo de formularse la demanda de separación, y no constando que la recurrente goce de cualificación profesional ninguna, ni que antes de la separación del matrimonio, hubiera desarrollado otro trabajo que el puramente familiar y de colaboración en los negocios del esposo, entiende esta Sala procedente y equitativo incrementar la pensión mensual concedida en la primera instancia hasta la suma de 130.000 pts. en concepto de contribución a las cargas matrimoniales y alimentos, en cuyo sentido se modifica la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, al tener ambos cónyuges nacionalidad extranjera y, además, distinta entre sí, pues el marido ostenta la china y la esposa la británica, y rigiéndose sus relaciones patrimoniales por la misma ley que las personales, es decir, por la última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración (artículo 9 n.º 2 y 3 del Código Civil), no procede efectuar la declaración que también solicita la apelante en orden al régimen económico matrimonial y, menos si cabe, en cuanto a su liquidación y adjudicación respectiva del haber partible, pues no ha demostrado, pese a ser carga que le incumbe a tenor del n.º 6 del artículo 12 del mismo Código, y a que el Tribunal Supremo indica que "la cuestión relativa al derecho extranjero, y concretamente a su vigencia, es cuestión de hecho, y como tal precisa acreditación por la parte que lo alegue, siempre que ambas partes no estén conformes con la vigencia y contenido de la norma extranjera aplicable" (sentencia de 4 de octubre de 1982), que dicho régimen sea en efecto el de gananciales, ni las peculiaridades con las que el derecho extranjero lo regula, por lo que, como acertadamente señala la sentencia recurrida sólo puede proclamarse lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 95 del citado cuerpo legal, pero sin concretar la clase de régimen que se disuelve, en cuanto que es efecto inherente a toda sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, aunque por inadvertencia que aquí debe subsanarse, no se llevará tal consecuencia jurídica al fallo; ello no impide que, al amparo de los amplios términos del artículo 91, pueda la parte acreditar en ejecución la clase de régimen económico vigente durante el matrimonio e instar las correspondientes medidas de liquidación y adjudicación de los bienes con arreglo a la específica normativa que, demuestre sea aplicable.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer especial imposición de las costas producidas en esta alzada.

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

FALLAMOS: Que, con estimación parcial del recurso de apelación que interpone el Procurador D. G. B. S. en nombre y representación de D.ª. Ch. M. S. Ch. contra la sentencia dictada por el lltmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de Palma de Mallorca el seis de abril de mil novecientos ochenta y tres en los autos de separación matrimonial, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha sentencia a los sólo y exclusivos fines de elevar a ciento treinta mil pesetas la cantidad mensual que el marido demandado D. Ch. P. Ch. deberá satisfacer en concepto de pensión a su esposa, y de declarar disuelto el régimen económico matrimonial, cuya vigencia se acredite en ejecución de sentencia, confirmando en todo lo demás la sentencia recurrida

y sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Notifíquese al marido demandado esta resolución en la forma determinada en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento, si en término de tres días no se insta la personal. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

224

224. TERCERÍA DE DOMINIO. Requisitos para su éxito. La propiedad por los terceristas debe ser anterior al embargo. Pacto de reserva de dominio no inscrito: es inoponible a terceros. Reivindicación de muebles, juntamente con el inmueble en que estaban instalados, llevada a cabo por su antiguo dueño que había readquirido tal inmueble del comprador de los bienes objeto de reivindicación. Estimación de la demanda. *Sentencia de 26 de julio de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el alzamiento de la traba recaída sobre los bienes muebles objeto de la tercería exige para su pronunciamiento, a tenor de la tradicional doctrina que establece que toda tercería de dominio implica el ejercicio de una acción reivindicatoria (Sentencias 186-1966, 25-5-1969 y 13-12-1982, entre otras), la concurrencia de los tres requisitos siguientes: A) La justificación del dominio que invoca el tercerista; B) La identidad entre el bien que ha sido embargado y el bien que el tercerista afirma ser de su propiedad, y C) El hecho de la traba misma que equivale a la posesión del bien sin razón legal suficiente; y siendo que estos dos últimos han quedado fijados en la litis por admisión de las partes, la controversia planteada queda reducida a determinar si el tercerista ha acreditado su dominio, necesariamente referido al momento de la práctica del embargo en el procedimiento ejecutivo del que la tercería es incidente, (Sentencias 22-junio-82 y 30 octubre-83), en cuyo caso procederá el alzamiento de dicha traba, o si, por el contrario, el dominio alegado no se adquirió, o lo fue con posterioridad al embargo, en cuyo supuesto no resulta oponible al ejecutante, debiendo, en consecuencia, desestimarse la tercería de dominio.

CONSIDERANDO: Que son hechos trascendentes para resolver la cuestión enunciada los siguientes: *Primero.* - El 7 de abril de 1981 se celebró entre la codemandada entidad F., S.A., como vendedora, y el codemandado D. V. C. S., como comprador, contrato de compraventa a plazos, con pacto de reserva de dominio y prohibición de disponer, sobre los bienes muebles objeto de tercería; *Segundo.* - Las citadas reserva de dominio y prohibición de disponer, no fueron inscritas en el Registro correspondiente; *Tercero.* - Los bienes objeto de la contratación referida —enseres propios de cocina— fueron entregados en el Hotel N. B., donde el 18 de mayo de 1983 fueron embargados en el juicio ejecutivo del que la tercería que se resuelve es incidente; *Cuarto.* - El 24 de febrero de 1982, D. M. A. M., ausente del proceso, como consecuencia de resolver, por mutuo disenso, el contrato de gerencia que había celebrado con el demandado D. V. C. S., recuperó la íntegra posesión del Hotel N. B., con todos sus enseres y elementos, y *Quinto.* - El mismo día 24 de febrero de 1982, el mencionado D. M. A. vende a D. R. C. F. y D^a. E. C. M., ahora actores-

apelados, por precio de veintisiete millones de pesetas, el mencionado hotel, con la edificación aneja destinada a cocina y comedor.

CONSIDERANDO: Que de tal relación fáctica resulta, y ello justifica la irrevocable de la sentencia combatida, que los terceristas han acreditado que, con anterioridad al embargo cuyo alzamiento pretenden, eran dueños de los bienes muebles objeto de dicha traba, por cuanto así se desprende: A) De la compraventa, por precio alzado y a cuerpo cierto, del hotel N. B. y de las dependencias anejas destinadas a cocina y comedor, dado que, en tal modalidad negocial, se entienden comprendidos, a tenor de la normativa contenida en el artículo 1.471 del Código Civil, los bienes muebles que en aquéllos se hallaren en el momento de perfeccionarse el contrato, y B) De la inoponibilidad, frente a tal justificación dominical, tanto del hecho del embargo, pues, obviamente y en contra del parecer del recurrente D. V. C., su constitución sobre determinados bienes no presupone quien sea el dueño de los mismos, como del pacto de reserva de dominio invocado por la entidad F., S.A., dado que, contrariamente a lo que estima esta litigante, la eficacia de tal pacto, o de la prohibición de disponer, debe rechazarse cuando se pretende, sin que se haya producido en su momento la inscripción del contrato en el Registro de ventas a plazos, oponer a tercero, pues en tanto ésta no se produzca no existe la reserva de dominio como derecho real de garantía, sino como simple pacto obligacional.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la parte recurrente el pago de las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. V. C. S. contra la sentencia dictada el once de enero de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio de tercería de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena de la parte recurrente al pago de las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabeño).

C. INDICE ANALITICO

Abogados, 169

Acción

Declarativa cambiaria, 156,
163, 178, 190, 209

De cumplimiento de contrato,
137, 212

De nulidad, 135

De saneamiento, 141

Negatoria, 192

Reivindicatoria, 144

Resolutoria, 137

Actos propios, 202

Alimentos, 188

Aparcería, 199

Arquitectos, 154

Arrendamientos, 164, 203

De industria, 146

De obra, 136, 167

De temporada, 204

Rústicos, 199

Urbanos

Cesión, subarriendo, trans-
paso, 161

Cierre, 134

Obras in consentidas, 185,
211, 217

Prórroga, 215

Subarriendo simulado, 214

Transpaso, 128

Usufructuario arrendador,
216

Compensación, 168

Congruencia, 150, 178

Consentimiento

De sociedad, 220

Inexistencia, 127

Interpretación, 195, 198

Tácito, 211

Y conocimiento, 185

Y firma, 140

Y sustitución del deudor, 186

Contratos

Consentimiento, 127, 140

De compraventa, 141, 174,
205, 206, 223

De obra, 136

Cumplimiento irregular, 145

De distribución en exclusiva,
158

De duración indefinida, 158

Denuncia unilateral, 158, 169

De seguro, 170

Nulidad, 135

Ratificación, 222

Resolución por incumplien-
to, 137, 149, 158

Cosa juzgada, 173

Costas procesales, 140, 147, 149,
182, 184, 190, 219

Desahucio, Juicio de, 146, 184,
204

Diligencias preliminares, 129

Diligencias para mejor proveer,
171

Divorcio

Alimentos, 165, 175

Patria potestad, 175

Ejecutivo, Juicio

Póliza de "leasing", 132

- Ejecutivo cambiario
 - Claúsula de valor, 131
 - Falta de provisión de fondos, 145, 190, 212, 221
 - Letra en blanco, 212
 - Necesidad de invocar una concreta excepción, 142
 - Protesto, 131, 221
 - Renovación cambiaria, 221
 - Representación cambiaria, 194
 - Suspensión de pagos admitida, nulidad, 196
- Ejecutivo de tráfico
 - Culpa exclusiva, 133
- Embargo preventivo, 130
- Emplazamiento, 213
- Endoso, 163
- Excepciones procesales
 - Defecto legal, 149
 - Falta de personalidad, 159
 - Legitimación activa, 140, 163, 199
 - Legitimación pasiva, 164, 208
- Intervención procesal, 160, 200
- Legítimas
 - De cónyuge supérstite, 135
- Litis consorcio pasivo necesario, 144, 153, 190, 200
- Obligaciones
 - Cuasicontractuales, 127
- Pago, 152
 - Y saneamiento, 141
- Prescripción, 148, 160, 181, 187
- Principios procesales
 - Congruencia, 150, 166
 - Preclusión, 151
- Pobreza, 189
- Prueba
 - Carga, 180
 - Confesión en juicio, 153
 - Hechos difícilmente demostrables, 140
 - Hechos negativos, 140
 - Hechos reconocidos, 162
- Quiebra, 191
- Rendición de cuentas, 226
- Responsabilidad civil
 - Accidente de tráfico, 179
 - Construcción defectuosa, 136
 - Cuantía indemnizable, 126
 - Culpa, 148
 - Daños y perjuicios, 126, 136, 138, 159, 177, 193, 205, 222
 - Decenal, 143, 166
 - Nexo causal, 193, 225
 - Requisitos, 126
 - Subsidiaria, 157
 - Transporte aéreo, 159
- Seguridad Social, 172
- Separación matrimonial
 - Cese convivencia, 197
 - Conducta vejatoria, 201
 - Matrimonio entre extranjeros; derecho aplicable, 218
 - Pensión compensatoria, 155
- Servidumbres
 - De paso, 210
- Simulación, 208, 214
- Sociedades Anónimas
 - Absorción, 163
- Solidaridad, 139, 166, 190
- Tercería de dominio, 200, 224

III. SALAS 1ª Y 2ª

DE LO CRIMINAL (I)

A. INDICE CRONOLOGICO

144. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando.** Requisitos. *Sentencia de 2 de Mayo de 1984 (2ª).*
145. **Alzamiento de bienes.** Requisitos. *Sentencia de 3 de Mayo de 1984 (2ª).*
146. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de escaparate. *Sentencia de 4 de Mayo de 1984 (2ª).*
147. **Robo con fuerza en las cosas. Imprudencia.** Falta. No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 4 de Mayo de 1984.*
148. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la atenuante de embriaguez. *Sentencia de 4 de Mayo de 1984.*
149. **Escándalo público.** Ausencia de pruebas que permitan acreditar la comisión del delito por parte del inculpado. *Sentencia de 4 de Mayo de 1984.*
150. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Delito continuado. Atenuante de minoría de edad penal. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 5 de Mayo de 1984.*
151. **Robo con fuerza en las cosas.** Uso de llave falsa. Sustracción de caja fuerte. *Sentencia de 5 de Mayo de 1984 (2ª).*

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

152. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Casa habitada. *Sentencia de 7 de Mayo de 1984 (2ª).*
153. **Escándalo público.** Elementos. *Sentencia de 7 de Mayo de 1984 (2ª).*
154. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Mayo de 1984 (2ª).*
155. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 8 de Mayo de 1984 (2ª).*
156. **Lesiones.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 8 de Mayo de 1984 (2ª).*
157. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 8 de Mayo de 1984.*
158. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de caja metálica. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Mayo de 1984.*
159. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 9 de Mayo de 1984.*
160. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 10 de Mayo de 1984 (2ª).*
161. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 11 de Mayo de 1984 (2ª).*
162. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 11 de Mayo de 1984 (2ª).*
163. **Imprudencia simple antirreglamentaria. Omisión del deber de socorro.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de miedo insuperable. *Sentencia de 11 de Mayo de 1984 (2ª)*.*
164. **Falsedad en documento privado.** Concurrencia de los requisitos que configuran el tipo. El Tribunal ordena la nulidad de la cláusula perjudicial. *Sentencia de 11 de Mayo de 1984 (2ª)*.*

165. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Conformidad. *Sentencia de 15 de Mayo de 1984.*
166. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Mayo de 1984.*
167. **Malversación de caudales públicos** —Impropiá—. El depositario hizo uso de los bienes embargados. *Sentencia de 16 de Mayo de 1984*.*
168. **Falsedad en document oficial** —Carnet de conducir—. *Sentencia de 16 de Mayo de 1984.*
169. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Mayo de 1984.*
170. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la atenuante de trastorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 17 de Mayo de 1984.*
171. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 17 de Mayo de 1984 (2ª).*
172. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Mayo de 1984 (2ª).*
173. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la atenuante de trastorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 17 de Mayo de 1984 (2ª).*
174. **Robo con violencia en las personas.** Falta de datos que acrediten la participación del procesado. *Sentencia de 18 de Mayo de 1984 (2ª).*
175. **Robo con lesiones graves.** —Art. 501-3º—; delito complejo.- **Lesiones graves.** *Sentencia de 18 de Mayo de 1984 (2ª).*
176. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Mayo de 1984.*
177. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico, deducida por la considerable cantidad de droga aprehendida. *Sentencia de 18 de Mayo de 1984.*

178. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Mayo de 1984.*
179. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del "tirón". *Sentencia de 21 de Mayo de 1984 (2ª).*
180. **Uso de documento mercantil falso.** Conocimiento de la falsificación de la firma en letra de cambio. *Sentencia de 21 de Mayo de 1984 (2ª).*
181. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 21 de Mayo de 1984 (2ª).*
182. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Mayo de 1984 (2ª).*
183. **Robo con fuerza en las cosas. Tenencia ilícita de armas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal y la agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Mayo de 1984.*
184. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 23 de Mayo de 1984.*
185. **Robo.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 24 de Mayo de 1984.*
186. **Abusos deshonestos.** Ausencia de pruebas concluyentes y aplicación del principio de presunción de inocencia. *Sentencia de 24 de Mayo de 1984.*
187. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 25 de Mayo de 1984.*
188. **Estupro.** Acceso carnal mediante engaño. *Sentencia de 25 de Mayo de 1984*.*
189. **Insultos a agentes de la autoridad.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y eximente incompleta de anejación mental. **Malos tratos.** Falta. *Sentencia de 25 de Mayo de 1984.*
190. **Robo con violencia en las personas** —Tirón de bolso—. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Mayo de 1984.*
191. **Salud pública.** Falta de pruebas que acrediten la participación de la

- procesada. *Sentencia de 25 de Mayo de 1984 (2ª)*.
192. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 25 de Mayo de 1984 (2ª)*.
193. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 26 de Mayo de 1984*.
194. **Robo.** Casa habitada. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** **Hurto.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 28 de Mayo de 1984*.
195. **Robo,** como medio necesario para cometer **utilización ilegítima de vehículo de motor.** *Sentencia de 2ª de Mayo de 1984*.
196. **Robo con violencia en las personas.** **Utilización ilegítima de vehículo de motor;** empleo de fuerza. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Mayo de 1984 (2ª)*.
197. **Orden público.** Falta. *Sentencia de 29 de Mayo de 1984 (2ª)*.
198. **Robo con fuerza en las cosas.** **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** **Hurto.** Delito continuado. **Hurto.** Falta. Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 30 de Mayo de 1984*.
199. **Robo con violencia en las personas.** Ausencia de pruebas concluyentes que acrediten la comisión del delito por el inculcado, aplicación del principio de presunción de inocencia. *Sentencia de 30 de Mayo de 1984*.
200. **Falsificación de documento mercantil.** **Estafa.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Mayo de 1984 (2ª)*.
201. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando.** *Sentencia de 1 de Junio de 1984 (2ª)*.
202. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 4 de Junio de 1984 (2ª)*.
203. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. *Sentencia de 4 de Junio de 1984 (2ª)*.

204. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 4 de Junio de 1984 (2ª).*
205. **Atentado. Lesiones.** Falta. *Sentencia de 4 de Junio de 1984 (2ª).*
206. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 6 de Junio de 1984.*
207. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 6 de Junio de 1984.*
208. **Lesiones graves** —Art. 420-3º— “Animus laedendi”. *Sentencia de 6 de Junio de 1984.*
209. **Hurto.** Atenuante de minoría de edad penal y agravante de abuso de confianza. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 6 de Junio de 1984.*
210. **Realización arbitraria del propio derecho.** Animo de hacerse pago. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 7 de Junio de 1984*.*
211. **Utilización ilegítima de vehículo de motor, con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 7 de Junio de 1984.*
212. **Hurto.** Cualificación por su especial gravedad. *Sentencia de 7 de Junio de 1984.*
213. **Estafa.** Ausencia de los requisitos que configuran el tipo. —Engaño y error—. *Sentencia de 7 de Junio de 1984 (2ª).*
214. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 7 de Junio de 1984 (2ª).*
215. **Imprudencia temeraria** con resultado de muerte. Inadecuación total a los preceptos del Código de la Circulación. *Sentencia de 7 de Junio de 1984 (2ª).*
216. **Homicidio.** Elementos. Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 8 de Junio de 1984*.*

217. **Hurto.** Elementos *Sentencia de 8 de Junio de 1984.*
218. **Hurto.** Elementos. *Sentencia de 8 de Junio de 1984.*
219. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Junio de 1984.*
220. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Junio de 1984.*
221. **Robo con intimidación en las personas.** —Actitudes y palabras intimidatorias—. Agravante de reincidencia. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Junio de 1984.*
222. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 11 de Junio de 1984.*
223. **Robo con intimidación. Tenencia ilícita de armas.** Falta de pruebas que acrediten la participación del procesado. *Sentencia de 11 de Junio de 1984 (2ª).*
224. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 11 de Junio de 1984 (2ª).*
225. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de candado. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 12 de Junio de 1984.*
226. **Atentado a agentes de la autoridad.** Elementos de caracter objetivo y subjetivo. *Sentencia de 12 de Junio de 1984*.*
227. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cadena y uso de ciclomotor ajeno por tiempo considerable. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Junio de 1984.*
228. **Robo con fuerza en las cosas.** —Desarticulación de reja—. *Sentencia de 13 de Junio de 1984.*
229. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 13 de Junio de 1984.*
230. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana y escalamiento. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante

- de trastorno mental incompleto. *Sentencia de 13 de Junio de 1984.*
231. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad penal y agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Junio de 1984.*
232. **Robo con fuerza en las cosas. Evasión de presos.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la atenuante de minoría de edad penal. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 13 de Junio de 1984.*
233. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 14 de Junio de 1984.*
234. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Atenuante minoría de edad penal y agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Junio de 1984.*
235. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Falta. *Sentencia de 14 de Junio de 1984 (2ª).*
236. **Robo con intimidación en las personas;** uso de coacción, amenaza y "vis moral". Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Junio de 1984.*
237. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico; sustancia que no produce considerable perjuicio y hallada en poca cantidad. *Sentencia de 15 de Junio de 1984.*
238. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Junio de 1984.*
239. **Robo.** Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 18 de Junio de 1984.*
240. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Junio de 1984.*
241. **Lesiones graves.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Junio de 1984.*
242. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Junio de 1984.*
243. **Salud pública.** Cultivo y posterior tenencia para el tráfico y favore-

- cimiento de su consumo. *Sentencia de 18 de Junio de 1984.*
244. **Robo con fuerza en las cosas.** Uso de llave falsa. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Junio de 1984 (2ª).*
245. **Tenencia ilícita de armas. Receptación. Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. **Apropiación indebida.** Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 18 de Junio de 1984 (2ª).*
246. **Cheque en descubierto.** Delito continuado. *Sentencia de 18 de Junio de 1984 (2ª).*
247. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Falsificación de documentos de identidad.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Junio de 1984 (2ª).*
248. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Junio de 1984.*
249. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 19 de Junio de 1984.*
250. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con violencia en las personas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Junio de 1984.*
251. **Incendio.** —Art. 552— Problemática en torno a su consumación. *Sentencia de 19 de Junio de 1984*.*
252. **Imprudencia temeraria,** con resultado de muerte. *Sentencia de 19 de Junio de 1984.*
253. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 19 de Junio de 1984.*
254. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 20 de Junio de 1984 (2ª).*
255. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Junio de 1984.*
256. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. Conformidad. *Sen-*

tencia de 22 de Junio de 1984.

257. **Robo.** Ausencia de conducta típica. **Receptación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 22 de Junio de 1984.*
258. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Delito continuado. *Sentencia de 22 de Junio de 1984.*
259. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Conformidad. *Sentencia de 22 de Junio de 1984.*
260. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. **Hurto.** *Sentencia de 22 de Junio de 1984.*
261. **Robo con intimidación en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 22 de Junio de 1984.*
262. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica; tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 25 de Junio de 1984.*
263. **Lesiones.** "Animus laedendi". *Sentencia de 25 de Junio de 1984 (2ª).*
264. **Violación.** Tentativa. **Lesiones.** Falta. Ausencia de conducta típica. Aplicación del principio de presunción de inocencia. *Sentencia de 25 de Junio de 1984 (2ª).*
265. **Imprudencia simple sin infracción reglamentaria,** con resultado de muerte. Falta. *Sentencia de 27 de Junio de 1984.*
266. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos,** con resultado de muerte y daños. *Sentencia de 28 de Junio de 1984.*
267. **Lesiones graves.** "Animus laedendi". *Sentencia de 28 de Junio de 1984.*
268. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Junio de 1984 (2ª).*
269. **Falsificación de documento privado.** Participaciones de lotería. *Sentencia de 29 de Junio de 1984 (2ª).*

270. **Apropiación indebida.** Disposición como dueño de mercancías recibidas en depósito. *Sentencia de 29 de Junio de 1984 (2ª).*
271. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 29 de Junio de 1984 (2ª).*
272. **Robo con violencia en las personas. Robo con fuerza en las cosas. Tenencia ilícita de armas. Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 29 de Junio de 1984 (2ª).*
273. **Robo.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Junio de 1984.*
274. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 29 de Junio de 1984.*
275. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Uso de armas. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 2 de Julio de 1984 (2ª).*
276. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 3 de Julio de 1984.*
277. **Robo con intimidación en las personas.** Elementos. *Sentencia de 4 de Julio de 1984.*
278. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Encubrimiento.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Julio de 1984.*
279. **Atentado.** Elementos. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 5 de Julio de 1984 (2ª).*
280. **Robo con violencia en las personas.** Casa habitada. Agravante de desprecio de edad. **Detención ilegal.** El Tribunal y para este delito hace uso del Art. 2º del Código penal, solicitando al Gobierno un Indulto Parcial. *Sentencia de 6 de Julio de 1984*.*
281. **Robo con intimidación en las personas.** Por el procedimiento del "tírón". Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 7 de Julio de 1984.*
282. **Receptación.** Ausencia de conducta típica. Aplicación del principio de presunción de inocencia. *Sentencia de 7 de Julio de 1984.*

283. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Atentado.** Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Julio de 1984.*
284. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Aplicación del párrafo último del Art. 71 del Código Penal. *Sentencia de 9 de Julio de 1984.*
285. **Lesiones graves.** —Art. 420-2º—. Pérdida de visión de un ojo. *Sentencia de 9 de Julio de 1984 (2ª).*
286. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Julio de 1984 (2ª).*
287. **Apropiación indebida.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Julio de 1984 (2ª).*
288. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 11 de Julio de 1984.*
289. **Salud pública.** Tenencia para el favorecimiento de su consumo. *Sentencia de 11 de Julio de 1984.*
290. **Salud pública.** Concurrencia de datos que indican su tenencia para el tráfico. *Sentencia de 11 de Julio de 1984.*
291. **Contrabando.** Ausencia de conducta típica; ya que la droga se poseía para consumo propio. *Sentencia de 12 de Julio de 1984.*
292. **Robo con fuerza en las cosas.** Empleo de llaves falsas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Julio de 1984.*
293. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de pruebas que acrediten la participación del procesado. *Sentencia de 12 de Julio de 1984.*
294. **Hurto. Estafa. Estafa.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 12 de Julio de 1984 (2ª).*
295. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 13 de Julio de 1984 (2ª).*
296. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Julio de 1984 (2ª).*

297. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Julio de 1984 (2ª).*
298. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Agrávante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Julio de 1984 (2ª).*
299. **Robo con intimidación en las personas, mediante amenazas, pluralidad de sujetos pasivos.** *Sentencia de 13 de Julio de 1984.*
300. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. *Sentencia de 13 de Julio de 1984.*
301. **Estafa.** Elementos. El Tribunal ordena la nulidad de la Escritura Pública y la cancelación de la inscripción registral. *Sentencia de 14 de Julio de 1984.*
302. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 14 de Julio de 1984.*
303. **Falsedad en documento oficial.** Permiso de conducir. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Julio de 1984 (2ª).*
304. **Resistencia a los agentes de la autoridad.** Requisitos. **Lesiones.** Falta. Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 16 de Julio de 1984 (2ª)*.*
305. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 16 de Julio de 1984 (2ª).*
306. **Robo con intimidación en las personas.** Empleo de armas. *Sentencia de 18 de Julio de 1984.*
307. **Robo con fuerza en las cosas.** **Hurto.** Falta. **Lesiones.** Falta atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 18 de Julio de 1984.*
308. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana. Casa habitada. **Salud pública.** Permuta que implica favorecimiento de consumo de droga. **Daños.** Falta. *Sentencia de 18 de Julio de 1984.*
309. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 19 de Julio de 1984.*
310. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 19 de Julio de 1984.*

311. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia. *Sentencia de 19 de Julio de 1984 (2ª).*
312. **Abusos deshonestos.** Elementos. **Moral pública.** Falta. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 19 de Julio de 1984 (2ª).*
313. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 20 de Julio de 1984.*
314. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando.** Elementos. *Sentencia de 20 de Julio de 1984.*
315. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta de coche. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Julio de 1984.*
316. **Realización arbitraria del propio derecho.** Uso de violencia para hacerse pago de cantidades adeudadas. *Sentencia de 21 de Julio de 1984.*
317. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del "tiron". Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 23 de Julio de 1984 (2ª).*
318. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Julio de 1984 (2ª).*
319. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Tenencia ilícita de armas.** Robo —Arts. 501-5º pr. último y 506-4º—. Subtipo agravado por uso de armas en oficina bancaria. Concurrencia de las agravantes de disfraz, reincidencia y de la atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 23 de Julio de 1984 (2ª).*
320. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 8 de Agosto de 1984.*
321. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Agosto de 1984.*
322. **Estupro.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Agosto de 1984 (2ª).*
323. **Hurto.** Ausencia de datos que acrediten la participación del procesado. *Sentencia de 22 de Agosto de 1984 (2ª).*

324. **Robo. Daños.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 4 de Septiembre de 1984 (2ª).*
325. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1984 (2ª).*
326. **Robo con fuerza en las cosas. Falsificación de documento mercantil.** Delito complejo. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1984 (2ª).*
327. **Imprudencia simple antirreglamentaria,** con resultado de lesiones. No puede ser tomada en cuenta la prueba de la alcoholemia por el lapso de tiempo transcurrido entre ésta y el accidente acaecido. *Sentencia de 7 de Septiembre de 1984 (2ª).*
328. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 7 de Septiembre de 1984 (2ª).*
329. **Imprudencia simple, sin infracción de reglamentos,** con resultado de muerte. Falta. *Sentencia de 7 de Septiembre de 1984 (2ª).*
330. **Abandono de familia.** Falta de las mas elementales obligaciones y atenciones en todos los aspectos para la misma. *Sentencia de 7 de Septiembre de 1984 (2ª)*.*
331. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 7 de Septiembre de 1984 (2ª).*
332. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 10 de septiembre de 1984 (2ª).*
333. **Realización arbitraria del propio derecho.** Movil de hacerse pago. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1984 (2ª).*
334. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 11 de Septiembre de 1984.*
335. **Robo.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 11 de Septiembre de 1984.*
336. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 11 de Septiembre de 1984.*

337. **Hurto**. Delito continuado. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1984.*
338. **Robo con fuerza en las cosas**. Rompimiento de candado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1984.*
339. **Salud pública**. Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1984.*
340. **Imprudencia temeraria**, con resultado de muerte y daños. Concurrencia de circunstancias que disminuían su capacidad de atención y reacción. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1984.*
341. **Robo con fuerza en las cosas**. Delito continuado. Escalamiento. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1984 (2ª).*
342. **Parricidio**. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de transtorno mental transitorio y atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 15 de Septiembre de 1984 (2ª).*
343. **Robo con intimidación en las personas**. Tentativa. Uso de armas. Casa habitada. **Utilización ilegítima de vehículo de motor**. Delito continuado. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1984 (2ª).*
344. **Falsificación de documento oficial**. Delito continuado. **Uso de documento oficial falso**. Delito continuado. Elementos. Manipulaciones en recetas méditas. **Estafa**. Faltas. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1984 (2ª).*
345. **Robo con fuerza en las cosas**. Escalamiento. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1984.*
346. **Robo con fuerza en las cosas**. Rompimiento de puerta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Septiembre de 1984.*
347. **Robo con violencia en las personas**. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Septiembre de 1984.*
348. **Robo con fuerza en las cosas**. Rompimiento de puerta. *Sentencia de 18 de Septiembre de 1984.*
349. **Robo con fuerza en las cosas**. Forzamiento de cerradura. Casa habitada. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1984.*

350. **Robo con violencia en las personas. Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1984.*
351. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1984.*
352. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Concurrencia de estado de necesidad como eximente incompleta. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1984.*
353. **Robo con fuerza en las cosas.** Uso de llave de coche distinta del dueño. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1984.*
354. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta y ventana. Escalamiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez no habitual. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1984 (2ª).*
355. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Ausencia de conducta típica. El procesado estaba autorizado por el propio dueño a utilizar el coche. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1984 (2ª).*
356. **Robo con intimidación en las personas. Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y disfraz y atenuante analógica de trastorno mental transitorio en relación pues con los Arts. 81 y 91 del Código Penal. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984 (2ª).*
357. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia y existencia de animo de lucro. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984 (2ª).*
358. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. **Falsificación de placas de matrícula de vehículo de motor.** Delito continuado. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Falsificación de documento oficial y de identidad.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante analógica prevista en el Art. 9.10 en relación con el Art. 9-1º y 8-1º del Código Penal. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984 (2ª).*
359. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984 (2ª).*

360. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Uso de armas. No cabe la calificación de delito continuado por indicación del último párrafo del Art. 69 bis del Código Penal. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984 (2ª).*
361. **Robo con intimidación en las personas.** Simulación de poseer un arma. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984 (2ª).*
362. **Falsificación de documento mercantil.** Imitación de firma en talones bancarios ajenos. **Hurto.** Falta continuada. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984 (2ª).*
363. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1984.*
364. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1984.*
365. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1984.*
366. **Robo con violencia en las personas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 25 de Septiembre de 1984.*
367. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante de trastorno mental transitorio incompleto. *Sentencia de 25 de Septiembre de 1984.*
368. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1984 (2ª).*
369. **Falsificación de documento oficial.** Uso de receta médica. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1984 (2ª).*
370. **Delito relativo al favorecimiento de la prostitución.** Actos de tercería locativa. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1984 (2ª)*.*
371. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1984 (2ª).*

372. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de máquina de juego lucrativa. Escalamiento. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1984 (2ª).*
373. **Robo con fuerza en las personas.** Uso del procedimiento del "tiron". *Sentencia de 27 de Septiembre de 1984.*
374. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1984.*
375. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1984.*
376. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Escalamiento. Fractura de puerta y de máquina de juego lucrativa. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1984 (2ª).*
377. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1984 (2ª).*
378. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Fractura de puertas y ventanas. Escalamiento. Casa habitada. **Hurto.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1984 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

163

163. IMPRUDENCIA SIMPLE ANTIRREGLAMENTARIA. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de miedo insuperable. *Sentencia de 11 de Mayo de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que a eso de las 5,15 horas, del día 25 de diciembre de 1982, el procesado J.G.C. de cincuenta y siete años, sin antecedentes penales, con buena conducta informada, conducía el Renault-8 PM-3879-X, con póliza de seguro de la Unión y el Fénix Español, y propiedad de su hijo, J.P.G.M., por la carretera C-713, de Palma al Puerto de Alcudia, en dirección a esta capital, y al llegar al Km 18,600, término y casco urbano de C., señalado con limitación de velocidad de 50 Km/h y con señal de peligro por estrechamiento de la calzada, y zona infantil, con el firme humedecido por el relente, cuando acababa de pasar un cambio de rasante, por ir a velocidad superior a la indicada y sin la debida atención, atropelló con la parte frontal del coche al peatón de quince años. A.D.C., que se encontraba a unos dos metros del borde de la derecha de la calzada, según la dirección que el vehículo llevaba, y en el momento en que el chico todavía sobre sus propios pasos de un intento de cruzar aquella, llevándolo sobre el capó durante unos cincuenta metros, sin frenar, y despidiéndolo sobre la carretera, produciéndole lesiones que determinaron su muerte. El procesado, al comprobar lo ocurrido, al ver que el lesionado era recogido por personas que se acercaron, asustado entre la excitación de algunos testigos, y después de haber dado marcha atrás hacia el centro del pueblo, se ausentó del lugar sin prestar atención alguna al herido.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del artículo 565, párrafo primero en relación con el artículo 407 del Código Penal y de un delito de omisión del deber de socorro del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J.G.C., sin la concurrencia de circunstancias modificativas por lo que solicitó contra aquél las penas de seis meses y un día de prisión menor por cada delito y privación del permiso de conducir por un año, accesorias del artículo 47 e indemnización de tres millones de pesetas, con cargo a la compañía aseguradora hasta el límite del seguro obligatorio, a los herederos del fallecido y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de su defendido por estimar que los hechos no eran constitutivos de infracción penal alguna.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no pueden ser estimados como constitutivos del delito de imprudencia temeraria del que se acusa al inculcado,

sino como integrantes de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria, previsto y penado en el artículo 565, párrafo segundo del Código Penal, en relación con el artículo 407 del mismo; ya que el procesado, sin el debido cuidado de las incidencias del tráfico, con su marcha con el vehículo llevando sobre el capo el peatón y lanzándolo sobre la calzada cuasó la muerte previsible y evitable del muchacho que pudo evitar de haber etendido a las normas de la prudencia circulatoria, sobre todo siendo de noche, en diciembre, con estrechamiento de calzada, señalizado por ello y por ser paso de niños y tener el firme, en aquel momento, humedecido por el relente, a una velocidad superior a la indicada y sin hacer uso adecuado de los mecanismos de retención del vehículo, todo lo cual le llevó a producir el lamentable resultado al haberse quebrantado los artículos 17, apartado b), c), 18 y 21 del Código de Circulación, todo lo cual refleja una actuación desatenta, descuidada; pero no un quebrantamiento grave, ineludible de deberes, los más elementales cuidados y precauciones, máximo al haber infringido el peatón el artículo 57 del propio Código viario, influyendo en pequeña parte, al ser casco urbano, en la causación del hecho, muy relativamente, dada la proximidad al borde de la acera y tener libre el resto de la calzada, circunstancias que aconsejan la degradación hecho de temeraria a culpa simple antirreglamentaria.

CONSIDERANDO: Que, asimismo, los hechos integran un delito previsto y penado en el artículo 489 bis, párrafos 1º y 3º del Código Penal con la pena de prisión menor, al abstenerse de ayudar a persona que se encontraba en peligro manifiesto y grave, sin riesgo propio, consciente y voluntariamente, infringiendo los deberes de convivencia cívica en situaciones de peligro, sobre todo cuando son causadas por el propio responsable, sin que exima de ello la asistencia que puedan prestar personas presentes o no ante el deber de socorro que al mismo le incumbe y más aún en casos como el presente, a las 5, 15 horas de un día de invierno —S.S. 14 de diciembre de 1983, 29 de noviembre de 1973— en que el peligro por abandono se incrementa.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J.G.C. por su participación voluntaria y directa en los hechos.

CONSIDERANDO: Que en el delito de imprudencia no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal y que en la aplicación de la pena señalada procede este Tribunal a su prudente arbitrio a tenor de lo establecido en el párrafo tercero del artículo 565 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la eximente incompleta de miedo insuperable del artículo 9-1ª en relación con el artículo 8-10ª del Código Penal por que el procesado, ocurrido el alcance del peatón, al ver lo que había hecho y comprobar que los vecinos que se aproximaban empezaban a excitarse, empezó a angustiarse fuertemente, disminuyéndosele sus facultades de raciocinio y su libertad, sin anularlas, encontrándose sumido en una situación de gran temor que le impulsó a huir con su vehículo, ofreciendo una actuación muy en contraste con su buena informada conducta, antecedente que lleva a este Tribunal a aplicar la pena correspondiente inferior en un grado, por aplicación del artículo 65 del Código Penal.

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.

VISTOS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 37, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 230, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado J.G.C. del delito de imprudencia temeraria objeto de acusación y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que si mediase malicia constituiría un delito de homicidio, a las penas de *dos meses de arresto mayor* y privación del permiso de conducir por seis meses y como autor de un delito de omi-

sión del deber de socorro, con la exigente incompleta de miedo insuperable, a una pena de *dos meses de arresto mayor* y, en ambos delitos, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante la condena y a que indemnice a los herederos del fallecido en la suma de tres millones de pesetas, con cargo al seguro obligatorio hasta el límite legal, y en el resto con cargo al procesado. Comuníquese esta sentencia al Registro Central de Penados y Rebeldes y a la Jefatura Central de Tráfico 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 Juzgado Instructor para ampliar la cuantía de garantía a la decretada en la sentencia. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

164

164. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. Concurrencia de los requisitos que configuran el tipo. El Tribunal ordena la nulidad de la cláusula perjudicial. *Sentencia de 11 de Mayo de 1984 (2ª)*.

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que en los primeros días de mayo de 1978, el procesado G.A.F., mayor de edad, sin antecedentes penales, como Agente de la Propiedad inmobiliaria, en un documento privado del día cinco de dicho mes y año, en el cual figuraban, además de su firma, la del querellante K.J.K. y la de F.M. y que, firmado en blanco, había sido entregado por los dos últimos al procesado, para que redactase una renuncia de K. y M. a percibir determinadas comisiones que los mismos habían ganado como colaboradores de la Agencia del procesado, en la venta de apartamentos del complejo "M.M.", porque el representante de M. se negaba a otorgar las escrituras de compra de los apartamentos 311 y 211 que los renunciantes, a su vez, habían adquirido de dicha entidad, mientras estos no renunciasen a dichas comisiones, y, al tener que ausentarse ellos al extranjero, por ello, autorizaron al procesado a la redacción de tal documento de renuncia, para ser entregado a la entidad vendedora, firmando, a tal fin, en un folio en blanco; pero el procesado, al comprobar que con la redacción del documento —folios 6 y 33— no iba a percibir nada por su trabajo de gestión, redactó encima de las firmas de sus colaboradores, el párrafo que sigue: "Los abajos presentes D. F.M. y D. K.J.M. se afirman y ratifican en adeudar al agente de la Propiedad colegiado, D. G.A.F., la cantidad de 269.500 pesetas, en concepto de pago de comisión que le corresponde y a cambio de obtener de M.M., S.A., la plena propiedad de sus respectivos bungallows nº 124 y 313-3" y, al amparo de dicho documento, el procesado demandó en juicio ante el Juez de 1ª Instancia nº 2 de esta ciudad al querellante, Sr. K., que se tramitó en rebeldía, por hallarse normalmente en el extranjero, recayendo sentencia condenatoria el día nueve de abril de mil novecientos ochenta y uno en la que se le condenó al pago de las 134.290 pesetas, mitad del importe consignado en la cláusula intercalada en el documento, así como el pago de los intereses legales y costas del procedimiento. Entre querellante y querellado había, en el momento de plantear el procedimiento judicial, pendientes de liquidación unas cuentas de haber y deber cuyo saldo no consta.

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 —artículo 306 en relación con el 302-5º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado G.A.F., sin la concurrencia de circunstancias modificativas, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias del artículo 47 e indemnización de ciento treinta y cuatro mil doscientas noventa pesetas al perjudicado K.J.K. y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular en igual trámite con versión ampliada de la cuantía del perjudicado causado, concuerda especialmente la calificación fiscal y pide la nulidad del documento base del juicio y se indemniza a su defendido en 208.856 por principal y costas del declarativo seguido con base en el documento y la misma pena.

RESULTANDO: Que la defensa, en el mismo trámite, interesó la libre absolución de su defendido por estimar que no había cometido delito alguno.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de falsedad en documento privado, previsto y penado en el artículo 305 en relación con el artículo 302-5º del Código Penal, al ofrecer el examen pormenorizado de las pruebas practicadas, y las alegaciones que las partes apreciadas en conciencia —artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— la base suficiente la concurrencia de requisitos de integración del tipo: El presupuesto objetivo, la alteración de la verdad en el contenido realizada por alguno de los modos establecidos en el artículo 302, aquí, “la intercalación de la cláusula de reconocimiento de deuda, en favor del querellado y en perjuicio del querellante o de otro”, que da vida al mecanismo falsario previsto en el nº 6º del último precepto y, el presupuesto subjetivo, constituido por el conocimiento que el autor tiene de que, con tal proceder artificioso, causa un perjuicio a tercera persona o que quiere causárselo, concurriendo, además, la alteración, como aquí ocurre, en elemento esencial, no accesorio, del documento, acusando un campo obligacional más extenso que sin dicha manipulación y, en orden al dolo, que precisa, aparte de el genérico de engañar, el específico y de resultado que, en definitiva, tienda a conseguir, con o sin intención de lucro propio, por lo que, habiéndose acreditado la pendencia de una liquidación de cuentas entre las partes, a causa de relaciones económicas entre ellos, no desaparece la figura penal por la posible existencia de un saldo contrario al querellado, como ocurre siempre que, con la alteración de la verdad documental, lo único que se busca es el reforzamiento de probanzas o la facilidad de acceso a procedimientos de los que, sin dicha manipulación, en principio, no podrían promoverse; por ello, la doctrina legal constante del Tribunal Supremo viene sancionando que este es un delito de mera actividad que surge a la vida del Derecho penal en cuanto hay alteración que varíe el sentido de documento particular privado verdadero, con perjuicio o ánimo de causarlo —S.S. 13 de noviembre de 1966 y la reciente de 24 de noviembre de 1983—, conducta que es la que llevó a cabo el procesado que acreditó, por otra parte, cuentas pendientes de liquidación con el querellante al introducir la innovación en el documento realmente querido por las partes que lo suscribieron pensando en otra finalidad distinta, hecho que pone el indicado texto legal con la pena de prisión menor.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado G.A.F. por su participación voluntaria y directa en los hechos.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal por lo que este Tribunal en aplicación del artículo 61-4º aplicará la pena indicada en el grado y extensión que se dirá.

RESULTANDO: Que por aplicación de los artículos 101 a 104 del Código Penal y 1092 del Código Civil, a la vista de las pruebas practicadas, debe tenerse por nulo, parcialmente, el documento-base, en cuanto incluye la cláusula descrita en la factura, debiendo indemnizar al acusado al querellante en los daños y perjuicios que se acrediten en ejecución de sentencia, con el límite fijado por la acusación particular en su escrito de calificación y a reserva de las acciones civiles que, entre las partes procedan por la liquidación de las cuentas pendientes entre las mismas, tras el reintegro que, como indemnización aquí se

sanciona, y debiendo imponerse, asimismo, las costas causadas, incluidas las de la acusación particular, al procesado.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado G.A.F., en concepto de autor responsable de un delito de falsedad en documento privado, sin la concurrencia de circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal a una pena de seis meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión de agente de la Propiedad Inmobiliaria por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido M. J. K. D la cantidad que, como indemnización de daños y perjuicios resulte en ejecución de sentencia, por la nulidad parcial que del documento de cinco de marzo de mil novecientos setenta y ocho resulte en el que debe tenerse por no puesta, la cláusula intercalada, en litigio, con el límite máximo fijado en la calificación particular y, sin perjuicio del correspondiente pase de cuentas que entre las partes procedan a hacer efectivas en la vía civil y al pago de las costas, incluidas las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Remítase al Instructor la pieza de responsabilidad civil para que la termine con arreglo a Derecho. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

167

167. MALSERVACION DE CAUDALES PUBLICOS. —Improproia—. El depositario hizo uso de los bienes embargados. *Sentencia de 16 de Mayo de 1984.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que en Manacor y a consecuencia de las relaciones comerciales habidas con el querellante G.D.R., el procesado M.D.C., mayor de edad, sin antecedentes penales, aceptó de dicho querellante una letra de cambio por valor de 60.000,- pesetas y fecha de vencimiento 15 de Julio de 1980, y a consecuencia de resultar impagada dicha letra, se promovió por G.D.R. el correspondiente juicio ejecutivo, en cuya tramitación, el día 27 de Febrero de 1981, se efectuó requerimiento de pago y se trabó embargo sobre determinados bienes del procesado, entre ellos una serie de tablones de madera que quedaron especificados en la correspondiente diligencia, nombrándose depositario de los mismos al procesado M. D. C., quien aceptó el cargo y quedó enterado de las obligaciones que el mismo le imponía, no obstante lo cual, el día 23 de Junio de 1981, cuando dichos bienes iban a ser sacados a pública subasta, el procesado manifestó al Juzgado de Manacor, que él había utilizado los tablones embargados en la fabricación de muebles que después fueron suministrados a otras empresas. Los tablones han sido valorados en 128.000,- pesetas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de malversación del artº 339 y 394-2º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado M.D.C., sin la concurrencia e circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor, accesorias e indemnización de 128.000,- pesetas al perjudicado G.D.R. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite, solicitó la libre absolución de su patrocinado alegando la concurrencia de la eximente de estado de necesidad del nº 7 del artº 8 del Código Penal, o alternativamente por haberse cometido los hechos por el procesado bajo la influencia de un supuesto de error invencible previsto en el artº 6 bis a) del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de malversación de caudales, impropia, previsto en el artº 399 del Código Penal, en cuantía superior a 15.000,- pesetas, e inferior a 300.000,- pesetas, por lo que corresponde imponer la pena prisión menor, prevista en el nº 2 del artº 394 del Código Penal, sin que pueda admitirse la tesis de la concurrencia del error invencible, o vencible, sobre el hecho, o de derecho, pues el sujeto activo de tal delito recibió cumplida y suficiente información sobre las obligaciones que le incumbían como depositario, dándose por enterado de ellas, no obstante lo cual, transgredió y despreció tales obligaciones.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado M.D.C. por haber ejecutado directa e inmediatamente los hechos que se le imputan de acuerdo con lo previsto en el nº 1 del artº 12 y nº 1º del artº 14.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia extintiva eximente de la responsabilidad criminal de estado de necesidad alegado por la defensa del procesado, por no haberse acreditado la existencia de tal estado de necesidad, en ninguno de sus tres requisitos, tal como lo han sido los hechos que integran el tipo delictivo del que se responsabiliza al procesado.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente 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 en general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado M.D.C., en concepto de autor responsable de un delito de malversación de bienes, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, a que indemnice al querrelante G.D.R. en la cantidad de 60.000,- pesetas más los intereses legales de dicha cantidad, gastos de protesto, judiciales y costas procedentes del juicio ejecutivo que se acrediten y que no excedan de la cantidad de 128.000,- 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 Ignacio Pérez Alférez).

188. ESTUPRO. Acceso carnal mediante engaño. *Sentencia de 25 de Mayo de 1984.*

RESULTANDO: probado y así expresamente se declara: que el procesado R.F.P., en fecha no precisada del año 1978, trabó primeramente relaciones de amistad con M.I.G.V., nacida el 9 de Enero de 1966, que con el paso de varios años pasaron a relaciones amorosas y en el transcurso de éstas le manifestaba que su estado civil era el de soltero, exhibiéndole su D.N.I. que así constaba; en este clima de confianza la requirió para tener acceso carnal, a lo que ella accedió, quedando embarazada en el mes de Enero de 1982, y al manifestársele, el procesado le dijo que estaba casado y que tenía un hijo de su matrimonio, dejando de visitarla a partir del conocimiento del hecho del embarazo; y, el día 24 de Marzo de 1983, dió a luz M.I.G. al que se le inscribió con el nombre de D.G.V.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de estupro de los artículos 437 y 435 ambos del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado R.F.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de arresto mayor, manutención y reconocimiento en su caso de la prole, accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 200.000,- pesetas a la perjudicada M.I.G.V. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite, aceptó la participación en concepto de autor de su patrocinado y solicitó la imposición de la pena de un mes y un día de arresto mayor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de estupro del artº 435 del Código Penal, y no del 434 del mismo cuerpo legal, como solicita la acusación, puesto que sobre la base aceptada por el procesado en el curso del procedimiento, las conclusiones definitivas de su defensor que admite la existencia del engaño como medio para obtener el acceso carnal, logrado a través de un comportamiento susceptible de quebrantar la voluntad de la víctima pero sin que se dé, pese a la diferencia de edad, entre ambos, un prevalimiento de superioridad manifiesta que haga suponer que el logro obtenido al fin propuesto por el procesado fué fruto de una relación que creara un temor o de un sentimiento de inferioridad en la víctima, lo que exige la aplicación del primero de los citados y no el que solicitó el Ministerio Fiscal.

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

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

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61, 101, 102, 103, 104 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 R.F.P., en concepto de autor, responsable de un delito de estupro, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de un mes y un día de arresto mayor, a las accesorias de suspensión de cargo público durante la condena; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida M.I.G.V. la suma de doscientas mil pesetas, queda expedita la acción que sobre reconocimiento de hijos establece la Constitución en el artº 39.3 y concordantes del Código Civil y Registro Civil; y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena de 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).

210

210. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.

Animo de hacerse pago. **LESIONES.** Falta. *Sentencia de 7 de Junio de 1984.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que, en esta ciudad, a eso de las 4,00 horas, del día 18 de abril de 1982, el procesado D.J.L., mayor de edad, de pésima conducta, sin antecedentes penales, con numerosos antecedentes policiales en situación de libertad provisional bajo fianza de 150.000,- ptas. libertad de la que estuvo privado por esta causa desde el día 5 de julio al 13 de agosto de 1982, como quiera que el súbdito alemán, F.S.W., amigo del procesado, le debía 300.000 ptas. que le había prestado días antes, le invitó a subir a un coche que tenía aparcado frente a la Discoteca P., y una vez dentro del vehículo, colocándole una navaja en el cuello, le obligó a que le entregase un reloj de oro, marca ROLEX, modelo Daydate nº 32834, tasado en 180.000 pts., que F. llevaba puesto y como éste se resistiese a la entrega, D. se lo arrebató por la fuerza, al tiempo que le pinchaba con la navaja en el brazo izquierdo, causándole lesiones de las que curó a los 8 días, con necesidad de asistencia facultativa y que le impidieron dedicarse a sus ocupaciones habituales, todo ello, con el fin de liquidar la deuda pendiente y, a principios del mes de junio, cuando las actuaciones judiciales se hallaban en trámite, el procesado, por medio de un amigo común, devolvió el reloj al agredido denunciante. No ha podido acreditarse la alteración ni uso por el procesado de ninguna carta de identidad francesa a nombre de tercero.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos del delito de realización arbitraria de propio derecho, un delito de uso de documento de identidad falso y de una falta de lesiones —arts. 337, 310 en relación con los arts. 308 y 309-2º, y 582, respectivamente, del código penal; de los que conceptuó autor al procesado sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél las penas de 180.000 pts. de multa, por el primero, otra pena de multa de 60.000 pts, por el segundo delito, y una pena de 15 días de arresto menor, por la falta accesorias del artº. 47 e indemnización de 16.000 pesetas al perjudicado F.S.W., con entrega del reloj, y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite, con versión distinta de los hechos, estimó que los mismos, integran, simplemente, una falta del art. 585-5º coacciones, concurriendo las circunstancias de embriaguez art. 9-2ª y de arrepentimiento espontáneo art. 9-9ª, debiendo imponerse a su defendido la pena de 1 día de arresto menor y costas de un juicio de faltas.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos: a).- De un delito de realización arbitraria del propio derecho, previsto y penado en el art. 337 del Código Penal con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, con un límite mínimo de 20.000 pts. —art. 23 del Código Penal, dada la fecha de la reforma del texto legal y de la fecha de comisión del hecho—; pues hubo por parte del procesado la violencia típica adecuada para el logro de la desposesión operada mediante ella, con el precedente de la existencia de la deuda de la víctima con el acusado, todo lo cual configura el tipo imputado en el que, por otra parte, la oposición a la entrega del reloj se pone de manifiesto a través de las pruebas practicadas valoradas en la apreciación que, en conciencia obtiene de ellas este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal b).- Una falta de lesiones de art. 582 del Código Penal, sancionada con la pena de arresto menor.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado D.J.L. 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, por aplicación del art. 61-4º aplicará las penas en el grado y extensión que se dirá; ya que ni la embriaguez, ni el arrepentimiento espontáneo se han acreditado como concurrentes en estos hechos, pese a la actitud del perjudicado de reconocimiento de la alcoholemia de quien, por otra parte, se mostró temeroso ante una posible represalia por la denuncia formulada, cuando, además, en el momento de los hechos, anteriormente nada se probó sobre ello por el procesado y es sabido que las circunstancias, como los hechos mismos, deben estar debidamente probadas para que operen en el sentido que a cada una corresponda, y, tampoco el arrepentimiento por él elementales motivos de extemporaneidad de manifestación de pesar, dado el tiempo transcurrido, lo avanzado del trámite y la falta de acreditación del estado ético y psicológico de pesar, de constante exigencia por la doctrina legal, para la acogida de tal atenuación.

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 reglas 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado D.J.L. del delito de uso documento identidad falso y debemos condenar y condenamos al mismo en concepto de autor responsable de un delito de realización arbitraria del propio derecho y de una falta de lesiones sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de multa de 180.000 pts, con arresto sustitutorio de 6 meses caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante la condena, por dicho delito, y a una pena de 15 días de arresto menor por la falta y a que indemnice a F.S.W. con 16.000 pts y al pago de las costas correspondientes declarándose de oficio las correspondientes al delito por el que se le absuelve. Hágase entrega definitiva del reloj. 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 por digo consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encausado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

216

216. **HOMICIDIO.** Elementos. Frustración. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 8 de Junio de 1984.*

RESULTANDO: Que de lo actuado aparece probado y así expresamente se declara que el procesado C.F.V., mayor de edad, insolvente, en libertad provisional, que se halla afecto de un cuadro oligofrénico moderado que disminuye habitualmente sus facultades anímicas, determinante de un cuadro psíquico de debilidad mental atenuada y que carece de antecedentes penales, a eso de las 18,00 horas, del día 23 de mayo de 1981, cuando pasaba por la Playa C.G., de S. Antonio, de esta isla, acompañado de su hermano A. y precediéndole en su camino, su hermano J. acompañado de un amigo de ellos, observó que una mujer que estaba tomando el sol, estaba desprovista de toda clase de prendas de cintura para arriba y como se paró a mirarla con cierta atención, enseguida recibió el reproche de un acompañante que estaba, también tomando el sol, a su lado, R.R.D., quien en términos despreciativos, le dijo a C. si con la boca torcida que tenía pretendía "ligar" a aquella, expresión que molestó a A., dado el indicado patente defecto físico de C. y su limitación de facultades, por lo que reprochó al bañista la desabrida actitud que había mostrado hacia C., en cuyo momento, se entabló una discusión con él, dándole R. a A. un fuerte puñetazo en la cara, haciéndole sangrar por las narices, al mismo tiempo que lo cogía por un pié y lo zarandeaba, todo lo cual determinó en C. un profundo estado de irritación y grave stress, poderosamente incidente en su limitada personalidad, que, sin llegar a neutralizar de un modo absoluto sus facultades mentales, sí que se las disminuyó notablemente y, en tal estado, con inmediata reacción, ante los golpes que estaba recibiendo su hermano A, sacando del bolsillo un objeto punzante, utilizado como sacacorchos, le clavó con ánimo de matar al mismo en el abdomen con perforación del meso de sigma y nueve perforaciones en asa del intestino delgado, de pronóstico muy grave que le hubiera originado la muerte de no haberse producido con urgencia su intervención quirúrgica de la Policlina Nuestra Señora del Rosario de esta ciudad y de cuyas lesiones fué dado de alta a los 50 días, precisando durante ellos asistencia médico-farmacéutica y estando impedido durante los mismos para el trabajo. C.F. fué excluido del servicio militar por su inutilidad para el mismo, como comprendido en el n.º. 2, letra A, del grupo 1º de inutilidades y estuvo privado de libertad por esta causa desde el día 24 de mayo hasta el día 9 de julio de 1981, en que fué dado de alta de observación en el Servicio de psiquiatría del Hospital Insular de esta isla, en el que había sido internado a los tres días de haber causado los hechos por los que aquí se le juzga para tratamiento de la alteración con que se manifestó en la ocasión de autos. Tienen prestada fianza de 25.000 pesetas, cada uno de los procesados A. y J.F.V, hermanos del acusado, y G.G.G., para los cuales se retiró la acusación, en el acto del juicio oral.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio en grado de frustración del art. 407 en relación con los arts. 3 y 51 del Código Penal: del que conceptuó autor al procesado C.F.V. con la concurrencia de la atenuante del art. 9-1º en relación con el art. 8-1º del Código Penal por lo que solicitó contra aquél la pena de tres años de prisión menor accesorias del art.º. 47 e indemnización de 150.000 pts. al perjudicado R.R.D. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite, con versión diferente de los

hechos, solicitó la libre absolución de su defendido por estimar que no había cometido delito alguno.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran como probados en el primer resultado de esta resolución son legalmente constitutivos de un delito de HOMICIDIO EN GRADO DE FRUSTACION, previsto y penado en el art. 407 en relación con los artículos 3 y 51 del Código Penal, sin que se pueda acoger la tesis absolutoria instrumentada por la defensa; ya que, a través de todas las pruebas practicadas según las pautas del art. 741 de la L.E. Criminal, concurren aquí los tres requisitos integrantes del tipo definido, pues, aunque solamente sea referido al animus necandi, el dolo, por lo menos eventual, del procesado, hay que deducirlo, de acuerdo con pacífica y constante doctrina legal —S.S. 2 de marzo de 1982 y 14 de marzo de 1983— de los actos externos, como las circunstancias que concurren en el hecho, tanto los antecedentes como la posterior dinámica de su ejecutoria fáctica, el medio empleado para inferir la agresión, forma de producirla, parte del cuerpo afectada, lesiones proferidas, etc. por lo que, acreditado que en los hechos se dió aquel ánimo como elemento "nuclear" del tipo indicado con sus dos requisitos precisos, a su vez, el subjetivo, al exigir el propósito de producir la muerte y que, como se vió, aparece como indudable de las circunstancias analizadas concurrentes en los actos ejecutivos puestos a contribución para el logro del resultado final de muerte buscado y que, si luego no se produjo, fué por causas totalmente independientes de la voluntad del agente, aunque hubiera actuado con la simple decisión animica, característica de aquél dolo eventual —S.S. 20 de noviembre de 1981 y 20 de mayo de 1983— integrado por la previsión de quien, aun representándose como posible y de manera fugaz e imprecisa la muerte del atacado, acepta el resultado en relación con la conducta causal desplegada, que es el tercer elemento de todo homicidio, al aparecer evidente el propósito de matar, máxime con la utilización de un instrumento punzante aplicado al abdomen con un resultado lesivo como el aquí producido y todo ello aun teniendo en cuenta que el discutido factor animico, no captable por los sentidos, siempre conduce, en análisis finalista, el exámen y debate de la tradicional discusión de si, tal animus homicida, se dió o si, por el contrario, lo único que estuvo representado en la mente del autor fué el inferior animus laedenoi, que hay que dar por descartado aquí, ante la adecuada, suficiente y apropiada actividad desarrollada por el culpable para haber determinado la muerte y que, por aplicación del art. 51, este Tribunal tiene que reducir la pena de reclusión menor establecida para el homicidio consumado, a la inferior de prisión mayor, al quedar limitado el resultado final a una lesión con 50 días de duración, sin que la muerte representada como posible por el agresor procesado se hubiera producido.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente con concepto de autor el procesado C.F.V. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución —art. 14-1º del Código Penal—.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta del art. 9-1º en relación con el art. 8-1º del Código Penal; ya que, en el momento de la ejecución del hecho atentatorio contra la vida de R., el procesado que, habitualmente, tiene una oligofrenia moderada, vió notablemente perturbadas sus facultades intelectuales y volitivas, sin que las mismas llegaran a anularse totalmente, cuando advirtió que R, después de darle un fuerte puñetazo a su hermano, que le hizo sangrar abundantemente por las narices, era también zarandeado por aquél, todo lo cual produjo al acusado una gran irritación y pérdida de sus frenos inhibitorios ya limitados por su congénita debilidad psíquica, por lo que esta Sala, en atención a las circunstancias y requisitos concurrentes, a la vista de lo dispuesto en el art. 66 del Código Penal aplicará la pena inferior en grado a la antes indicada, aplicable al homicidio frustrado y en la extensión que se dirá.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 66, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 reglá

3º, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado C.F.V. en concepto de autor responsable de un delito de homicidio frustrado con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta, a una pena de dos años de prisión menor a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante la condena y a que, por vía de indemnización de perjuicios, abone al ofendido R.R.D. la suma de 150.000 pesetas (ciento cincuenta mil) 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. Cancellense las fianzas constituidas, de 25.000 pts. cada una, a favor de los procesados A. y J.F.V. y a favor de G.J.G. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

226

226. ATENTADO A AGENTES DE LA AUTORIDAD. Elementos de carácter objetivo y subjetivo. *Sentencia de 12 de Junio de 1984.*

RESULTANDO: probado, y así se declara, que sobre las 21,30 horas del 16 de agosto de 1981 un grupo de unos 7 u 8 jóvenes, entre los que se hallaban los hoy procesados F.M.R. y J.L.L.C. de las circunstancias personales reseñadas, estaban bañándose en el puerto de Ibiza, junto a la Estación Marítima, mientras que otro más permanecía en el muelle, cuidando de la ropa y de un radio-cassette que sonaba a todo volumen, pese a que en dicho lugar el baño se encuentra terminantemente prohibido por la Comandancia de Marina, por lo que, al advertir tal hecho, unos Policías Municipales dependientes del Ayuntamiento de Ibiza les llamaron la atención, indicándoles que tenían que salir del agua, respondiendo entonces los bañistas que ellos se bañaban donde querían y que de allí no les echaba nadie, negándose a facilitar su documentación, ante lo cual los Policías, como último recurso para obligarles a salir, optaron por apoderarse de las prendas de los jóvenes, quienes, al darse cuenta de ello, dejaron rápidamente el agua para reclamar sus ropas a los Policías, a los que llamaron "hijos de puta" y otras expresiones semejantes, momento en que uno de los bañistas, echándose sobre el Agente C, le golpeó, siendo imitado por en resto de sus compañeros, entre los que se encontraban los procesados F.M. y J. Ll. que, abalanzándose hacia los Policías actuantes, se enzarzaron con ellos a golpes en una pelea, en la que igualmente tomó parte una patrulla de Policías Nacionales que acudió en auxilio de aquéllos, logrando entre todos los Agentes, mediante el uso de la fuerza, por fin, restablecer la situación y detener a cinco de los bañistas, en tanto que los demás lograban darse a la fuga; a consecuencia de lo expuesto los Policías Municipales A.C.G., L.C.S. R.P.U. sufrieron lesiones consistentes en traumatismos, erosiones y contusiones diversas por las que recibieron atención aquel mismo día en el Hospital Insular, pero sin precisar otra posterior, ni estar impedidos tiempo alguno para sus habituales ocupaciones, resultando destrozadas las camisas de sus respectivos uniformes, siendo el valor de cada una de 3.000 ptas., no consta inequívocamente acreditado que los hoy procesados fueran los causantes de las heridas que sufrió el policía nacional F.M.J., ni de la rotura de su uni-

forme oficial, ni que en la acción los Policías Municipales A.C. y R.P. perdieran relojes, ni objetos otros ningunos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de atentado contra agentes de la Autoridad, dos delitos de lesiones menos graves y dos faltas de lesiones de los arts. 236, 422 y 582, respectivamente, del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados, sin la concurrencia de circunstancias por lo que solicitó contra aquéllos la pena de un año de prisión menor por el delito de atentado, dos penas de un mes y un día por las de lesiones y 10 días de arresto menor por cada falta, accesorias e indemnización de 61.000 ptas. a F.M. de 109.530 ptas. a A.C., 18.500 a J.L.C. y de 37.500 a R.P., y al pago de las costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de los procesados.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de atentado a agentes de la Autoridad, previsto y penado en el párrafo 1º del art. 236 en relación al nº 2 del art. 231 del Código Penal, toda vez que, ante la intervención legítima y obligada, sin extralimitación ni exceso de ninguna clase, de unos Policías que, en el estricto cumplimiento de su deber como tales, trataron de poner término a una conducta que infringía determina prohibición administrativa y que, inclusive, era peligrosa para los mismos infractores, se opusieron éstos mediante el empleo de la violencia física o material de que de fé el conjunto de la prueba y, en particular, los partes médicos obrantes de los folios, 5 a 7 del sumario, la que, tras pasa la esfera de la mera pasividad y resistencia y entraña verdadero acomotimiento y agresión, de suerte que, por resultarles conocido en todo instante la condición pública y de representantes de la autoridad de los acometidos y el carácter en el que actuaban, es obvio que concurren cuantos elementos, subjetivos y objetivos, constituyen la citada infracción criminal; no son de apreciar por el contrario, los delitos y faltas de lesiones, que también imputa la acusación pública, pues los dictámenes forenses emitidos en los folios 86 a 89 sin previo reconocimiento de los lesionados, carecen de la indispensable eficacia probatoria, —máxime cuando resultan desvirtuados por los testimonios de dos de los Policías, prestados en el juicio oral—, por sí solos de la producción de resultados lesivos contemplados en aquellas infracciones, y los únicos demostrados en la causa carecen de entidad suficiente, por su extrema levedad, para merecer consideración propia, aparte de las naturales consecuencias inherentes al uso de cualquier medio violento.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados F.M.R. y J.L.C. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución, según pone de manifiesto la apreciación conjunta y en conciencia, en la forma que prescribe el art. 741 de la Ley Procesal, de las pruebas practicadas, entre las que resaltan los testimonios de los policías C. y C. quienes, aunque no reconozcan físicamente hoy en día a los procesados, sí terminan por recordar que fueran agredidos exclusivamente por el grupo de bañistas y no por personas ajenas a ellos.

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

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados F.M.R. y J.L.C. en concepto de autores responsables de un delito de atentado a agentes de la Autoridad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena

de seis meses y un día de prisión menor cada uno de ellos, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante dicho tiempo, a que por vía de indemnización de perjuicios abonen a los perjudicados A.C.G., J.L.C.S. y R.P.V. la cantidad de 5.000 ptas. cada uno de ellos con los intereses del art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al pago cada uno de una cuarta parte de las costas procesales o usadas. Los 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 dichos procesados con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Igualmente debemos ABSOLVERLES Y LES ABSOLVEMOS de los delitos de lesiones menos graves y las faltas de lesiones leves que también les imputa el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las otras dos cuartas partes de las costas restantes. (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez).

251

251. INCENDIO —Art. 552—. Problemática en torno a su consumación. *Sentencia de 19 de Junio de 1984.*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que el día 1 de junio de 1979, se encontraba fondeado en Cala S., San Antonio, Ibiza, la embarcación de 22,36 toneladas de registro bruto, con bandera panameña, llamada T. V., antes O. P., propiedad de la entidad "Q.I.I., S.A." cargada con 25.000 cajetillas de diversas marcas de tabaco rubio, cuyos tripulantes, los procesados V.R.C. y J.T.R., mayores de edad, y sin antecedentes penales, ambos, pretendían introducir ilegalmente y sin las correspondientes licencias oficiales en territorio nacional y sobre las 13,15 horas de dicho día fue inspeccionada por el celador de Puertos y Pesca de San Antonio, quien al tener sospechas sobre la actividad e intenciones de los procesados, procedió a retirarse y dar aviso al Servicio especial de Vigilancia Fiscal, y sobre las 17 horas del mismo día, cuando se acercaba una lancha patrullera de dicho servicio de vigilancia fiscal para proceder a la realización de las correspondientes diligencias de inspección, los procesados J.T.R. y V.R.C., para evitar ser apresados, prendieron fuego al barco, que después de extinguido el incendio sufrió desperfectos valorados en 4 millones de pesetas, siendo aprehendido el barco y el tabaco que se encontraba a bordo.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de incendio del artículo 552 del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados J.T.R. y V.R.C., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquellos la pena de 1 año de prisión a cada procesado, accesorias o indemnización conjunta y solidaria de 4.000.000 de pesetas a la perjudicada "Q.F.I., S.A." y costas.

RESULTANDO: Que las defensas de los procesados en igual trámite solicitaron la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para sus patrocinados, por no ser ciertos los hechos que se les imputan, o no haber tenido participación alguna en los hechos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de incendio, previsto y penado en el artículo 552 del Código Penal, que constituye un tipo penal que si bien es de consumación anticipada, es decir que se consuma cuando el sujeto activo inicia la acción, prendiendo fuego a la cosa y esta empieza la combustión, aunque después no se agote el delito, prescindiendo de que el resultado destructor final coincida o no con los planes asimismo destructivos del sujeto activo, por exceso o por defecto, por lo que en el supuesto enjuiciado, pretendiéndose con el incendio destruir la evidencia de una situación de contrabando, consistente en el alijo de tabaco, es indiferente a efectos de la consumación de este delito, que el incendio destruyera o no totalmente el barco y su carga.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados J.T.R. y V.R.C., por haber ejecutado directa e indirectamente los hechos que se les imputan, si bien fuera siguiendo posibles instrucciones de terceras personas, cuya actuación no ha podido ser depurada.

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, 27, 14, 30, 33, 47, 49, 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 a los procesados J.T.R. y V.R.C. en concepto de autores responsables de un delito de incendio con resultado dañoso superior a 250.000 pesetas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de un año de prisión menor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida entidad "Q.I.L. S.A." la suma de 4 millones de pesetas de forma conjunta y solidaria y al pago de costas. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Acredítese la posible solvencia de los procesados, mediante la conclusión de la correspondiente pieza de responsabilidad civil. (Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez).

280

280. ROBO CON VIOLENCIA EN LAS PERSONAS. Casa habitada. Agravante de desprecio de edad. **DETENCION ILEGAL.** El Tribunal y para este delito hace uso del Art. 2º del Código penal, solicitando al Gobierno un Indulto Parcial. *Sentencia de 6 de Julio de 1984.*

RESULTANDO: probado y así en forma expresa se declara que J.L.S.R., mayor de

edad y sin antecedentes penales, sobre las 16 horas del día 21 de Noviembre de 1983, acudió al domicilio de la madrina de su padre, F.G.C., a la sazón de 81 años de edad, y tras serle franqueada la entrada por la anciana y ofrecido bebida y un vaso de leche le exigió, en forma imperativa y conminatoria, la entrega de dinero a lo que se negó la ofendida alegando no tenerlo y entonces el acusado cogió un trapo de cocina y pasándolo por el cuello de su víctima apretó fuertemente, soltando luego y encerrándola en la despensa de la cocina; a continuación, revolió la casa hasta hacerse con 35.000,- pesetas en metálico y joyas valoradas en 285.000,- pesetas. Una vez conseguido ese propósito, arracó los cables del teléfono y marchó de la casa llevándose las llaves de la despensa y del piso. La anciana fué rescatada una hora después aproximadamente por los vecinos del piso inferior y un pariente que tenía llave del domicilio y que forzaron la puerta de la despensa; sufrió, a consecuencia de los hechos, heridas que tardaron en curar 18 días habiéndole quedado una dificultad a la deglución de origen traumático, dolor de cabeza mediano, mareos y vértigos no objetivables.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo, artº 500 y 501-5º del Código Penal, del que conceptúo autor al procesado, con la concurrencia de la agravante 16ª del artº 10, por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, accesorias legales e indemnización de 325.000,- pesetas a la perjudicada y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, negó la participación del acusado y solicitó su absolución.

RESULTANDO: Que el Tribunal, haciendo uso de lo que autoriza el artº 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, planteó la tesis a las partes a fin de que le ilustrasen sobre si el hecho enjuiciado podría constituir, además del calificado delito de robo, un delito de robo, un delito de detención ilegal del artº 480 del Código Penal, tras lo cual las partes acusadora y defensora, tras solicitar un aplazamiento de las sesiones del juicio, se mantuvieron en sus respectivas calificaciones.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de robo con violencia en las personas, específicamente previsto en los artículos 500 y 501-5º del Código Penal, en cuanto consta el apoderamiento de bienes ajenos —en cantidad muy superior a las treinta mil pesetas— perpetrado mediante la "vis in persona" ejercida sobre la víctima en su doble y sucesiva modalidad de estrangulamiento y encierro forzoso. Ahora bien tal delito, según el "factum" relatado, no debe ser penado según solicita el Ministerio Fiscal, sino que debe hacerse expresa aplicación de la regla última del artº 501 —según la redacción última de la reforma al Código por Ley de 25 de Junio de 1983—, regla imperativa y de obligatoria observancia, en cuando al hecho se perpetró en el propio domicilio de la víctima, razón por la cual, concurriendo la circunstancia 2ª del artº 506 del propio texto legal, la imposición del grado máximo de la pena —y no el medio, según la regla 2ª del artº 61, por la concurrencia de la agravante que se dirá, destacada por la propia parte acusadora— deviene obligada, lo que tiene importancia por lo que se dirá respecto a esa agravante.

CONSIDERANDO: Que, ello aparte, integran también los hechos un delito de detención ilegal, específicamente tipificado en el artº 480 del Código, pues si bien es cierto que el encierro de la víctima y con ello la privación de su libertad de movimiento y deambulación, se produjo, como informó el Ministerio Fiscal, "para" conseguir con mayor facilidad el apoderamiento de bienes ajenos, no es menos cierto que tal detención continuó "después", una vez ultimado el propósito atentatorio contra la propiedad, y aún más, en forma agravada, al cortarse toda comunicación exterior telefónica y privándose de los instrumentos de liberación y apertura, con lo que se consumó el específico fin que se protege con la figura delictiva citada (sent. de 31 de Enero y 27 de Octubre de 1982) y sin que resulte incompatible con la del robo violento una vez modificado el artº 501, como así ha puesto de manifiesto con singular claridad la sentencia de 22 de Abril de 1983, y sobre todo, cual queda indicado, siempre que los hechos sean perfectamente diferenciables

—como sucede— en su finalidad y en su dinámica comisiva. Ahora bien, en el caso concreto, la falta de consecuencias graves lesivas, la escasa duración del encierro, la falta de antecedentes del procesado, llevan al Tribunal a hacer uso del artº 2º del Código, en cuanto se considera la pena a imponer notablemente desproporcionada y, en atención a ello, se solicitará indulto parcial a fin de que quede reducida a la de un año de prisión menor.

CONSIDERANDO: Que es responsables criminalmente en concepto de autor el procesado J.L.S.R. de ambos delitos por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución, según queda claro tras la prueba testifical practicada.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancias modificativa agravante 16ª del artº 10 del Código Penal, al haberse ejecutado los hechos con específico desprecio de la condición de edad de la ofendida —ello sin pensar en un parentesco espiritual o en una confianza que permitió al acusado al acceso domiciliario— y a la consideración y respeto que, por lo mismo merecía, circunstancia que, de acuerdo con lo establecido en la regla 2ª del artº 61, obliga a imponer la pena comprendida, como mínimo, en el periodo medio del grado máximo de prisión menor.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 81, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal, los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J.L.S.R., como autor de un delito de robo con violencia en las personas, perpetrado en casa habitada y concurriendo la agravante de desprecio de edad, a la pena de cinco años de prisión menor y como autor de un delito de detención ilegal, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, si bien el Tribunal solicitará insulto parcial de esa pena a fin de que quede reducida a la de un año, según lo especificado en el Considerando 2º; accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por el tiempo de las condenas; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida F.G.C. la suma de trescientas veinticinco 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. 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).

304

304. RESISTENCIA A LOS AGENTES DE LA AUTORIDAD.
Requisitos. **LESIONES.** Falta. Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 16 de Julio de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: probado, y así se declara, que alrededor de las 21 horas del día 20

de febrero de 1984 J.F.H. se hallaba en el Bar L., situado en la calle A. de Palma de Mallorca, en actitud un tanto violenta con algunas personas que en dicho local se encontraban, aunque sin llegar a pendencia formalizada, encontrándose algo bebido, si bien sin llegar a perder el dominio y control de sus actos, siendo consciente de lo que hacía y como consecuencia de una llamada telefónica dirigida a la Policía Nacional se personó ésta en dicho establecimiento con el fin de impedir que aquella situación se agravase innecesariamente, con cuyo objeto solicitaron a J.F. la exhibición de su documentación identificativa al propio tiempo que le pidieron la entrega de una navaja que en esos mismos momentos llevaba abierta y que sujetaba con una mano, y como se negó a ello, decidieron quitársela inmediatamente, aprestándose a la tarea dos policías nacionales —J.C.R. e F.C.A.— quienes sufrieron una pequeña lesión —un corte en un dedo el primero y un mordisco en un dedo de la mano el segundo— de las que curaron en tres días cada uno, durante los que no estuvieron impedidos para sus ocupaciones habituales ni precisaron de asistencia médica. Los policías actuantes, que estaban desempeñando los servicios propios de su profesión, vestían el uniforme reglamentario.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de atentado del artículo 236 del Código Penal y de dos faltas incidentales de lesiones del artículo 583-1º del mismo Código, del que conceptuó autor al procesado J.F.H., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad Criminal, por lo que solicitó contra aquel la pena de 7 días de arresto menor y reprobación privada por cada una de las dos faltas, más indemnización a cada perjudicado —J.C.R. e I.C.A.— de 3.000 ptas., y al pago de las costas.

RESULTANDO: Que, la defensa en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de resistencia a los agentes de la Autoridad del artículo 237 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado ya mencionado, aunque solo desde un punto de vista objetivo, porque dada la concurrencia de la circunstancia eximente primera del artículo octavo en relación con la segunda del noveno, lo procedente es la libre absolución, sin perjuicio de los oportunos resarcimientos civiles, ajustados a las peticiones del Ministerio Fiscal; y alternativamente, estimó concurrente aquella misma circunstancia, aunque incompleta, en relación con el número primero del artículo noveno reputando procedente la imposición de una pena de 30.000 ptas. multa, accesorias y la mitad de las costas procesales.

CONSIDERANDO: Que, los hechos que se declaran probados constituyen un delito de resistencia a los agentes de la Autoridad, previsto y penado en el artículo 237 del Código Penal, toda vez que, lejos de pretender actuar activamente en oposición del principio de autoridad representado por agentes externamente representativos de la misma, que en esencia constituye la figura delictiva descrita en el artículo 236, se limitó a oponerse a sus requerimientos de una forma pasivamente violenta, tratando de impedir mediante actos de escasa monta (mordiscos, empujones menores o concentrados en partes limitadas del cuerpo, pero sin agredir de un modo claro) la ejecución de los mandatos indicados por aquellos, lo que es insertable en el citado artículo 237 del Código penal, máxime si se toma en consideración el estado relativamente ebrio en que en aquellos momentos se hallaba el acusado, circunstancia ésta que había sido captada por todos y, desde luego, por los mismos policías afectados, de donde se sigue que la entidad del daño experimentado por el bien jurídico protegido por esta figura criminal no reviste la gravedad suficiente como para incardinar los hechos en el precepto regulador del delito de atentado.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado J.F.H., por haber ejecutado los hechos libremente.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia atenuante de embriaguez, regulada en el número segundo del artículo noveno del Código Penal, pues así se infiere fundamentalmente de las manifestaciones vertidas por los mismos policías nacionales afectados, no cabiendo aceptar la tesis de la defensa, pretensora de una incidencia excluidora, total o parcialmente, de la responsabilidad criminal, pues del estudio de las diversas actuaciones obrantes en el sumario y de las manifestaciones vertidas en el acto de la vista

oral no se desprende otra cosa que, aun cuando se hallaba en una situación de relativa alteración mental, ello no le impedía calibrar la bondad o maldad de sus actos, sobre todo tratándose de hechos y circunstancias de grueso calibre, capaces de ser valorados sin necesidad de una gran fineza de juicio como eran los que conformaban el momento en que se desarrolló cuanto ahora se enjuicia, por lo que es de apreciar tan sólo la embriaguez en su grado de mera atenuante.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente 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.H., en concepto de autor responsable de un delito de resistencia a los agentes de la autoridad, y de dos faltas de lesiones, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez, a la pena de dos meses de arresto mayor y treinta mil pesetas de multa, con arresto sustitutorio de 30 días, para el caso de impago, y a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, por el delito; y a dos penas de siete días de arresto menor y reprensión privada, por las dos faltas; a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los ofendidos J.C.R. e J.C.A. en la suma de 3.000 ptas. a cada uno 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. Dese a la navaja intervenida el destino legal. Reclámese del Juez Instructor la pieza de Responsabilidad Civil concluida con arreglo a derecho. (Ponente: Carlos Climent Durán).

330

330. ABANDONO DE FAMILIA. Falta de las mas elementales obligaciones y atenciones en todos los aspectos para con la misma. *Sentencia de 7 de Septiembre de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: probado y así expresamente se declara que A.A.P., mayor de edad y sin antecedentes penales casado, con J.A.V., el día diecisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, de cuyo matrimonio ha habido ocho hijos, nacidos entre los años de mil novecientos ochenta y uno, se marchó del domicilio familiar, sito en I. en el mes de enero de mil novecientos ochenta y uno, y se trasladó a L., de donde son originarios ambos cónyuges, iniciando una convivencia ininterrumpida con otra mujer, de la cual ha tenido tres hijos, prosiguiendo actualmente en esa convivencia a pesar de haber manifestado en alguna ocasión su deseo de reincorporarse definitivamente al hogar familiar, cosa que no ha hecho nunca, sino que tan sólo ha visitado en cuatro ocasiones el domicilio familiar, la primera de las cuales tuvo lugar a los cuatro meses de iniciarse la separación de hecho, a raíz de haber ido la esposa a L., volviendo con ella a I., pero marchándose al poco tiempo; y durante todo el tiempo transcurrido desde enero de mil novecientos

ochenta y uno, el marido no ha entregado cantidad dineraria alguna para el sustento y para atender los gastos ordinarios de su esposa e hijos menores de edad, que al tiempo de ausentarse eran seis y que actualmente son cinco, no habiendo hecho otra cosa que interesarse verbalmente, mediante conducto telefónico, por su estado en alguna ocasión, y en tres concretas ocasiones sus hijos mayores de edad han ido a verle a L... permaneciendo los menores junto a su madre en E.A.A., percibe una pensión anual, dícese mensual que ronda las veinticinco mil pesetas y trabaja como cocinero en un restaurante, desconociéndose su exacta situación laboral y lo que percibe por ese trabajo, y la mujer que con él convive es modista. No ha habido altercados ni situaciones violentas entre los cónyuges, ni ninguno de ellos ha promovido la adopción de ninguna medida judicial reguladora de su separación ni eventual divorcio. Los hijos mayores de edad trabajan y con sus ganancias laborales coadyuvan al cubrimiento de las necesidades familiares.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de abandono de familia, sancionado en el párrafo primero del artículo 487 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A.A.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de dos meses de arresto mayor, accesorias y multa de 30.000 pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días caso de impago, y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, solicitó la libre absolución del acusado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados constituyen un delito de abandono de familia, regulado en el párrafo primero del artículo 487 del Código Penal, y se aprecia la existencia de este delito por las razones siguientes: A) El Acusado ha dejado de cumplir sus deberes legales de asistencia familiar, tanto respecto de su esposa como de sus hijos, sobre todo de los menores de edad, impuestos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, en cuanto a los deberes matrimoniales, y en el 154 de dicho Código, respecto de los hijos sometidos a la patria potestad, en relación —en ambos casos— con los artículos 142 y siguientes del mismo cuerpo legal, reguladores de la obligación de prestar en todo caso los alimentos necesarios para la subsistencia de los mismos y para la educación de los hijos; de manera tal que cabe apreciar: a) que, respecto de la esposa, ha dejado permanentemente incumplidos sus deberes de convivencia, ayuda espiritual y socorro económico —Sentencia de 22 de diciembre de 1978— habiendo infringido incluso el deber de fidelidad, no ya entendido en un plano meramente sexual sino en el más amplio sentido del deber de mútua lealtad y respeto hacia la fe prometida al tiempo de contraer matrimonio (sentencia de 9 de junio de 1980), e incluso cabe destacar que ha contravenido su genérica obligación de actuar en interés de la familia al dejar de ocuparse de la misma y desprenderse por completo del cumplimiento de las exigencias que la misma reclama en todos los órdenes, tanto materiales como espirituales; y b) que respecto de sus hijos, y sobre todo en lo que concierne a los menores de edad, ha dejado de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (en sustancia, sentencia de 22 de febrero de 1980); ya que el abandono legalmente tipificado abarca tanto los deberes de orden material o económico como los espirituales o morales (así, la sentencia de 14 de diciembre de 1978 y las muchas recogidas en ésta, y las de 28 de febrero de 1979 y 18 de abril y 9 de junio de 1980, por todas), y es indudable que ese incumplimiento se ha producido en el caso ahora enjuiciado, puesto que desde el momento en que se materializó el abandono, marchándose a otra población e iniciando la convivencia marital con otra mujer, de la que ha tenido tres hijos, según propias manifestaciones del afectado, ni la esposa ni los hijos han percibido ninguna suma dineraria, ni prestación en especie alguna que haya podido paliar la deficiente situación económica en que se hallaban, sin que sea óbice para mantener esta valoración: 1º) que los hijos mayores de edad contribuyesen en la medida de sus posibilidades a subvenir las necesidades más perentorias, e incluso que la esposa haya podido trabajar —cosa esta última indemostrada—, ya que en otro caso los hechos serían constitutivos del subtipo cualificado recogido en el párrafo segundo del mismo artículo 487 (así, la sentencia de 28 de febrero de 1977), en el que se alude al concepto de necesidad como esencia antijurídica de dicha modalidad punitiva, de suerte tal que no

es precisa la concurrencia de ningún género de necesidad física en los miembros integrantes de la familia para que el tipo básico de abandono de familia pueda ser apreciado; 2º) que aún cuando en alguna ocasión el sujeto obligado por aquellos deberes familiares haya tenido consigo a los hijos mayores de edad o que incluso haya podido hacer alguna entrega dineraria esporádica —cosa que en el presente caso no aparece probada— en todas o en alguna de las cuatro visitas que desde enero de mil novecientos ochenta y uno ha efectuado al domicilio familiar, esto no es suficiente para obviar el requisito legal del incumplimiento de tales deberes, so pretexto de que ha habido un cumplimiento parcial, pues si bien es cierto que lo normativamente exigido es que haya un incumplimiento total y duradero de los deberes familiares, de manera tal que no existe delito si el incumplimiento es meramente moroso, retardado o incompleto, con regateos o mermas nimias o intrascendentes insusceptibles de generar carencias o privaciones (así, las sentencias de 14 de diciembre de 1978 y 22 de febrero de 1980), la noción de incumplimiento debe ser parificada a aquella que está referida a lo fundamental o esencial de la obligación, no quedando enervada por el hecho de haber auxiliado con un carácter mínimo —totalmente insuficiente— o esporádico y circunstancial (así, las sentencias de 28 febrero 1979, 9 junio y 11 julio 1980); 3º) que el sujeto obligado no se halle en situación económicamente holgada como para atender del mejor modo posible a su familia, pues debe presumirse que subsiste la posibilidad de atender a su esposa e hijos en quien voluntariamente contrajo matrimonio y quiso o aceptó la eventualidad de tener hijos, a menos que pruebe cumplidamente otra cosa, de manera tal que el solo incumplimiento objetivo de tales deberes se presume ilícito al prolongarse sin explicación plausible (sentencias de 29 noviembre 1977 y 14 diciembre 1978); y así, si en el presente caso contribuyó continuamente el acusado durante veinte años a sufragar los gastos precisos para el buen funcionamiento de su familia, la presunción ha de inclinarse necesariamente en pro de que sigue siendo factible cubrir esas mismas necesidades, a menos que se demuestre en debida forma la imposibilidad sobrevenida, lo que debe ser realizado por el sujeto obligado al cumplimiento de los referidos deberes, cosa que en manera alguna ha sido hecha (todo esto de conformidad con la sentencia de 24 abril 1979), no revistiendo suficiente fuerza probatoria la manifestación de ser beneficiario de una pensión de unas veinticinco mil pesetas, que percibe mensualmente, pues además de ésta, obtiene ingresos, cuya cuantía es desconocida, por su trabajo como cocinero en un restaurante, de lo que desprende que, ante la ausencia de plena justificación en torno a sus ingresos económicos, deben ser éstos reputados de una entidad lo suficientemente elevada como para poder subvenir, en alguna medida, por pequeña que ésta sea, a las necesidades familiares; pero es que, aún en el supuesto de admitirse que las posibilidades del procesado son realmente menguadas, agravadas por la tenencia de tres hijos con otra mujer, con la que convive, y a los cuales está obligado asimismo a mantener, no debe nunca olvidarse que su ausencia física del hogar familiar y la falta de contacto y relaciones con sus hijos matrimoniales, y sobre todo con sus hijos menores de edad, actualmente cinco, significa una dejación absoluta de sus obligaciones de velar por ellos en cuanto a su educación y formación integral, de que los hijos están tan necesitados en épocas de plena inmadurez, creciendo con una efectividad amputada y sin las referencias que presta a su formación el buen ejemplo del padre (sentencia de 9 de junio 1980); y 4º) que en algunas ocasiones —según manifestaciones del acusado, en cuatro ocasiones— ha vuelto al domicilio familiar, rompiendo así el carácter permanente que haya de tener el incumplimiento de sus deberes, porque aún cuando no entra en el ámbito de la antijuricidad tipificada el mero incumplimiento esporádico, transitorio, circunstancial o intermitente, no cabe asimilar a estos supuestos el comportamiento del procesado, quien tan sólo ha realizado, como mucho, cuatro visitas que, como tales, son de breve duración e inaptas para interrumpir la situación de efectivo incumplimiento de los deberes legales de asistencia, de manera tal que, dado el largo lapso de tiempo durante el cual se han incumplido tales deberes (más de tres años), no tienen estos cortos espacios temporales relevancia alguna (sentencia de 14 de diciembre 1978), siendo de destacar —como refiere la sentencia de 12 febrero 1979— que aunque la reanudación de la vida doméstica, que no conyugal, puede dar lugar al perdón presunto, queda éste enervado por la continuada y proseguida actuación indebida del sujeto obligado, al dejar de cumplir nuevamente sus deberes asistenciales. En suma, cabe apreciar un claro incumplimiento tanto de sus deberes económicos como morales, y tanto respecto de su esposa como de sus hijos, y singularmente respecto de sus hijos menores de edad; y aún cuando puedan tenerse dudas en torno a la procedencia de castigar hechos co-

mo los expuestos, apoyándose en falsas valoraciones centradas en que el correcto cauce de solución de problemas familiares se halla en los procedimientos legales sobre divorcio y separación conyugal, es lo cierto que las preposiciones legislativas sobre una futura reforma del vigente Código penal recogen esta modalidad delictiva, si bien un tanto reducida en cuanto a su ámbito de antijuricidad, sancionando los hechos que signifiquen una omisión del deber de prestar la asistencia indispensable para el sustento de los descendientes, ascendientes o cónyuges necesitados (artículo 297 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de enero de 1980), o bien sancionando la no prestación de asistencia para el sustento del cónyuge o ascendientes necesitados, y en todo caso para el sustento o educación de sus descendientes menores o incapaces (artículo 223 de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal), de donde se infiere que los hechos contemplados en esta causa se incardinan con suma facilidad en estos supuestos de hecho prelegislativos. B) El incumplimiento de estos deberes de asistencia familiar encuentra su causa tanto en el abandono malicioso del hogar conyugal, como en la conducta desordenada del acusado, dado que ambas causas, pese a estar enumeradas separadamente, pueden ser apreciadas conjunta o alternativamente (por todas, sentencia de 22 febrero 1980), y en el presente caso han de ser consideradas acumuladamente (sentencias de 28 de febrero y 24 abril 1979), puesto que: a) el marido se marchó del domicilio familiar y ha permanecido fuera de él sin razón o justificación ninguna que esté más allá de sus propios y egoístas deseos, de manera tal que su conducta puede ser adjetivada de intencional o maliciosa en cuanto ha estado dirigida única y exclusivamente por el propósito de ignorar las obligaciones legales que como padre y esposo le corresponde asumir, y muy lejos de hallarse apoyado en razones de otro signo, objetivamente justificantes o exculpantes, tales como una insostenible convivencia conyugal o familiar derivadas de riñas, altercados o malos tratos (sentencias de 8 marzo 1977, 12 mayo 1979, 10 octubre 1981 y 26 enero 1983), cosa que en modo alguna ha habido en tanto que los cónyuges han reconocido no haber malas relaciones entre ellos ni con sus hijos —y así lo demuestran las tres visitas de éstos—, las verdaderas razones han de ser buscadas en el afán de desatender sus deberes, motivado sin duda por la presencia de otra mujer con la que convive, todo lo cual debe ser reputado como un comportamiento arbitrario, injustificado o caprichoso (sentencias de 14 de diciembre 1978, 28 febrero y 6 junio 1979, 3 marzo y 11 julio 1980, 10 octubre 1981 y 26 enero 1983): dada la ausencia física del procesado e incumplidas objetivamente sus obligaciones legales, a éste corresponde demostrar que el abandono estaba justificado, destruyendo así la presunción fundada en ese incumplimiento objetivo de sus deberes legales de asistencia; pero no es éste el caso si se tiene presente la endeblez de sus razones justificativas, que carecen de verdadero fundamento, ya que: 1º) aun dando por cierto que la marcha inicial del acusado obedeció a un pacto verbal, expreso o tácito, cuyo objetivo, era el de encontrar trabajo en la población de donde ambos cónyuges eran originarios —extremos que no han sido suficientemente probados—, en cuyo caso existiría una razón justificante de suficiente peso como para eludir el delito de que se le acusa (sentencias de 6 diciembre 1980 y 15 mayo 1982), es lo cierto que, transcurrido un lapso de tiempo —cuatro meses— y visitado por la esposa en el lugar donde entonces residía, y habiendo vuelto al hogar familiar, se volvió a marchar, asentándose definitivamente en otro lugar, de manera tal que existe una ausencia no pactada o, si se prefiere, un no retorno sucesivo a una salida pactada, sin que en ninguno de ambos casos haya mostrado su seria voluntad de reiniciar la convivencia familiar y de reasumir el cumplimiento de sus deberes conyugales y paterno-filiales, pues la mera manifestación, no concretada en hechos, de desear volver junto a su familia carece de la necesaria aptitud enervatoria de la malicia de su proceder y no puede sino ser valorada como lo que es: como una mera declaración de intenciones jamás concretada fácticamente; y 2º) el hecho de que, según expresión de procesado, no quisiesen trabajar sus hijos mayores, o de que no le funcionasen los negocios de hostelería por él puestos en marcha, tampoco son razones aptas para su justificación, pues o bien denotan una incapacidad o ineptitud en el procesado para procurar el buen orden y el correcto funcionamiento de su familia y de sus negocios o bien no son sino encubridores de un arbitrario deseo de abandonar a su esposa e hijos; y b) junto a la malicia del abandono, ha de ser resaltada la conducta desordenada del acusado, consistente en la convivencia marital con otra mujer, con la que ya ha tenido tres hijos, y que con probabilidad fué el factor motivante del abandono malicioso (así, las sentencias de 20 marzo y 5 diciembre de 1979 y 22 febrero y 9 mayo 1980), en todas las cuales se considera conducta desordenada el

hecho de convivir con persona diferente del cónyuge). En suma, de la narración de hechos probados se desprende un claro e indebido incumplimiento de los deberes matrimoniales y paterno-filiales, causado por un abandono malicioso motivado por el deseo de convivir con otra mujer y guiado, en consecuencia, por el correlativo propósito de dejar desatendidos a los miembros de su familia, sin causa ni motivo alguno, tanto en el aspecto económico como en el educativo y espiritual.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado, por haber ejecutado los hechos libremente.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna 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.

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a A.A.P., como autor responsable de un delito de abandono de familia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos meses de arresto mayor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, a la pena de multa en cuantía de treinta mil (30.000) pesetas, con arresto sustitutorio de 30 días en caso de impago, y al pago de las costas causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos, por sus propios fundamentos, el auto en que el Juez Instructor declaró insolvente al procesado, con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Carlos Climent Duran).

370

370. DELITO RELATIVO AL FAVORECIMIENTO DE LA PROSTITUCION. Actos de tercera locativa. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que el procesado F.V.P., mayor de edad, con antecedentes penales cancelables por allanamiento de morada, en Ciudadela, de pésima conducta, en libertad e insolvente, en el año 1981 y durante algún tiempo, con ocasión de llevar la explotación de Bar M., sito en el Puerto, organizó a base de camareras, entre las cuales trabajaban C.R.V. y G.R.V., que cobraban el 50% de las consumiciones y, además por cohabitar con los clientes del bar, entregaban al procesado quinientas pesetas por cohabitar con cada cliente, ocupando para ello alguna de las habitaciones contiguas a la terraza comunicada con la vivienda en que las mismas se encontraban, lucrándose, así, el procesado del comercio carnal de dichas camareras.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito relativo a la prostitución del artículo 452 bis d), 1º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquel la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, multa de veinte mil pesetas e inhabilitación especial durante siete años, 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 que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de favorecimiento de la prostitución, previsto y penado en el artículo 452 bis d), 1º del Código Penal con la pena de prisión menor, multa de veinte mil pesetas a cuatrocientas mil pesetas e inhabilitación especial; ya que el procesado con actos de tercera locativa, tenía el bar de autos en arrendamiento con acceso de público en unas de cuyas dependencias contiguas se ejercía la prostitución de modo habitual, de manera venal, de unas camareras de alterne solicitados para tal tráfico carnal por los clientes del bar, favoreciendo tal tráfico con participación del mismo en las ganancias que tales entregas carnales producían y de las que las camareras hacían pago al procesado en función de cada acto.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado por su participación voluntaria y directa en los mismos —artículo 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 aplicará las penas en la extensión y grado que se dirá.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado F.V.P., en concepto de autor responsable de un delito relativo a la prostitución —favorecimiento— sin la concurrencia de circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal a una pena de un año y seis meses de prisión menor, a una pena de multa de veinte mil pesetas, a una pena de inhabilitación especial para ejercer cualquier acto de arrendamiento, explotación o participación en cualquier clase de negocio de hostelería, bar, restaurante o similares, durante seis años y un día, 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 alto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

C. INDICE ANALITICO

Abandono de familia, 187, 330.

Abusos deshonestos, 186, 312.

Alzamiento de bienes, 145.

Apropiación indebida, 249, 270, 286, 287, 313.

Atentado a agente de la Autoridad, 205, 226, 279.

Contrabando, 291.

Cheque en descubierto, 246.

Escándalo público, 149, 153.

Estafa, 193, 213, 301.

Estupro, 188, 322.

Falsedad

En documento mercantil, 200, 235, 259, 284, 362.

En documento oficial, 168, 303, 344, 369.

En documento privado, 164, 269.

Homicidio, 216.

Hurto, 157, 208, 212, 217, 218, 220, 240, 294, 311, 323, 337.

Imprudencia

Simple antirreglamentaria, 163. Con resultado de lesiones, 327.

Sin infracción reglamentaria con resultado de muerte, 265, 329.

Con infracción de reglamentos con resultado de muerte y daños, 266.

Temeraria con resultado de muerte, 215, 252, 340.

Incendio, 251.

Insultos a agentes de la Autoridad, 189.

Lesiones, 156, 208, 241, 263, 267, 285, 363.

Malversación de caudales públicos, 167.

Orden público, 197.

Parricidio, 342.

Realización arbitraria del propio derecho, 210, 316, 333.

Receptación, 169, 282, 297, 302, 309, 334, 357, 364.

Relativo al favorecimiento de la prostitución, 370.

Resistencia a los Agentes de la Autoridad, 304.

Robo, 185, 194, 195, 239, 257, 273, 324, 335.

Con fuerza en las cosas, 146,

147, 148, 150, 151, 152, 158,

159, 160, 161, 165, 171, 172,

178, 182, 183, 198, 203, 204,

206, 207, 219, 222, 225, 227,

228, 229, 230, 231, 232, 234,

238, 242, 244, 256, 260, 278,

292, 293, 298, 300, 307, 308,

315, 321, 326, 328, 332, 338,

341, 345, 346, 348, 349, 351,

352, 353, 354, 359, 367, 368,

372, 374, 376, 378.

Con fuerza en las personas, 373.

Con intimidación, 221, 223, 236, 261, 268, 277, 281, 288, 299, 306, 318, 325, 343, 356, 361, 375.

Con lesiones graves, 175.

Con violencia, 170, 173, 174, 176, 179, 190, 196, 199, 202, 233, 248, 254, 255, 258, 272, 274, 280, 295, 305, 317, 320, 331, 336, 347, 350, 365, 366.

Con violencia e intimidación, 275, 360.

Salud pública, 144, 155, 162, 166, 177, 181, 184, 191, 192, 201, 214, 224, 237, 243, 247, 253, 262, 271, 276, 289, 290, 296, 310, 314, 339, 371, 377.

Tenencia ilícita de armas, 245.

Uso de documento mercantil falso, 180.

Utilización ilegítima de vehículo de motor, 154, 211, 250, 283, 319, 355, 358.

Violación, 264.

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"