

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

10-1985



Universitat de les Illes Balears

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 Oíver, 2
Palma de Mallorca

Precio:

Número suelto 1.000 pts.
Por suscripción. Número 700 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

10-1985



Universitat de les Illes Balears

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

Miguel Coca Payeras
Titular de Derecho civil
Universidad de las Islas Baleares

Gabriel Garcías Planas
Titular de Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares

Miguel Angel González de San Segundo
Titular de Historia del Derecho
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid
Doctor en Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Titular de Derecho constitucional
Universidad Complutense de Madrid

Antonio Millán Garrido
Doctor en Derecho



El presente número se publica con el patrocinio económico de la Consellería de Educación y Cultura del Gobierno Balear

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS	
Miguel Coca Payeras <i>Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear (En torno a los arts. 6º y 7º del Estatuto de Autonomía</i>	9
Gabriel Garcías Planas <i>Nociones sobre el Concepto de Derecho Penal</i>	51
Antonio Millán Garrido <i>Estudios sobre la regulación de las penas en el vigente Código de justicia militar</i>	73
Pablo Lucas Murillo de la Cueva <i>Observaciones en torno a los límites de la potestad re- glamentaria del Gobierno</i>	105
NOTAS	
Miguel Angel González de San Segundo <i>Notas sobre la inserción de elementos prehispanos en el De- recho indiano</i>	135
Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid <i>Derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser protegidos mediante el Recurso de amparo</i>	143

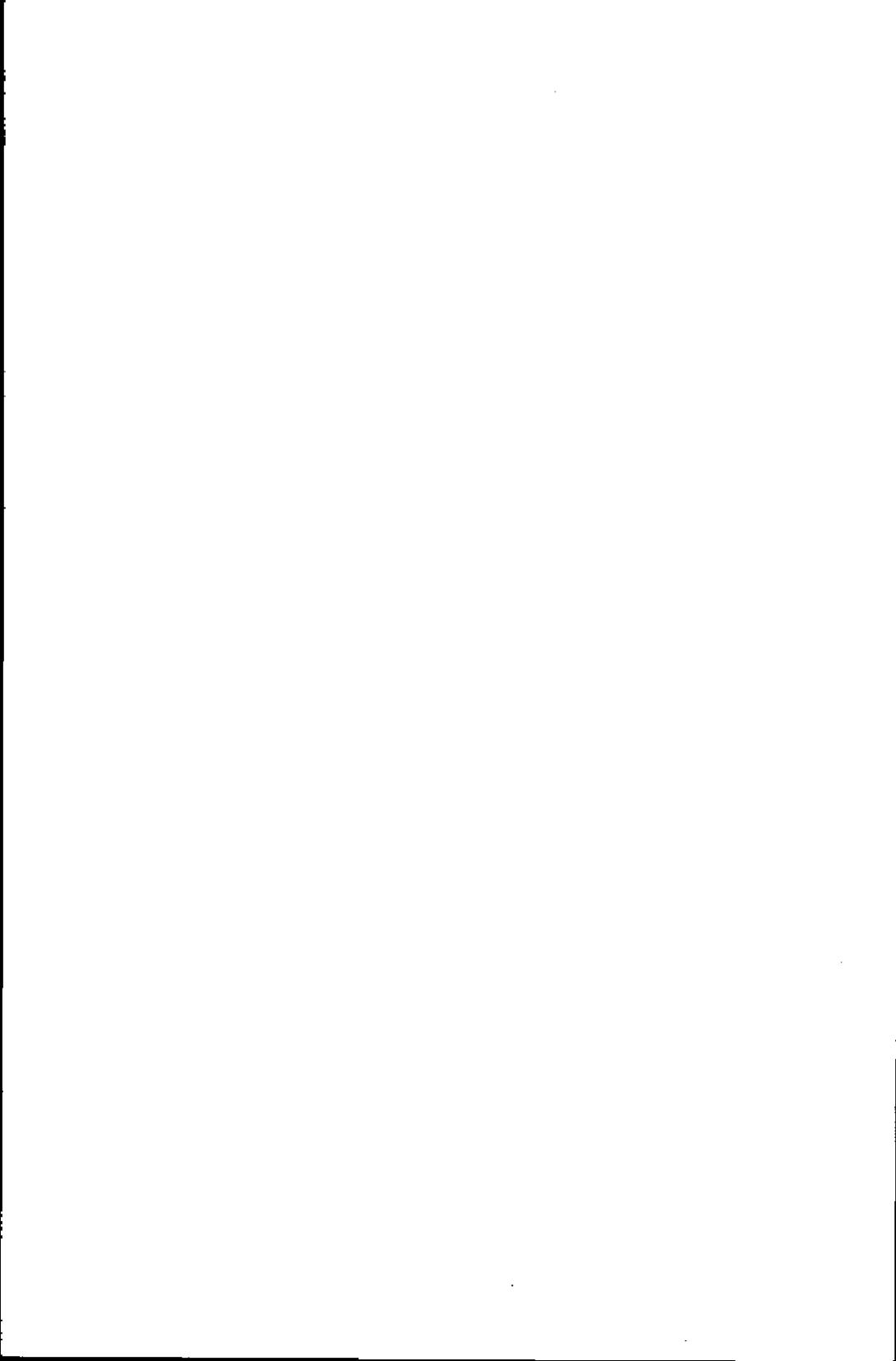
BIBLIOGRAFIA

Santiago Bueno Salinas, <i>La noción de persona jurídica en el Derecho canónico</i> (Antonio Pérez Ramos)	167
Concepción Camarero Suárez, <i>La convalidación del Matrimonio civil</i> (Sara Acuña Guirola)	168
Manuel I. Castaños-Mollor, <i>La secularidad en los escritores cristianos de los dos primeros siglos</i> (Andrés Ribas Maura)	171
José Manuel Díaz Lema, <i>Sector energético: Política y Derecho</i> (F. Javier Jiménez)	172
Gerardo Sánchez-Granjel Santander, <i>Dorado Montero y la "Revista de Derecho y Sociología"</i> (Joan Oliver)	175

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo Contencioso administrativo	179
II. Sala de lo civil	213
III. Salas 1ª y 2ª de lo criminal	299

ESTUDIOS



CONDICION POLITICA, VECINDAD ADMINISTRATIVA Y VECINDAD CIVIL BALEAR

(En torno a los arts. 6º y 7º del Estatuto de Autonomía)

MIGUEL COCA PAYERAS

SUMARIO: 1. LAS TRES ECUACIONES LEGALES QUE SE OBTIENEN DE LOS ARTS. 6º Y 7º DEL ESTATUTO. 2. ANALISIS DE CADA UNA DE ELLAS. 2.1. Vecindad administrativa de un español en municipio de las islas Baleares, igual a "condición política" de ciudadano de la Comunidad Autónoma. 2.1.1. ¿Condición política autonómica, significa sujeción al ordenamiento público autonómico? Respuesta negativa. 2.1.2. La condición política y el derecho de sufragio: desconexión. A.- Sufragio activo. El art. 22 E.A.I.B. B.- Sufragio pasivo. El art. 21 E.A.I.B. 2.1.3. La inutilidad del concepto "condición política", derivante de la vecindad administrativa, y los riesgos de su admisión como criterio selectivo. 2.2. Vecindad administrativa de un extranjero en municipio de las islas, igual a sujeción al derecho civil de éstas, cuando adquiera la nacionalidad española. 2.2.1. La inviabilidad del primer término de la ecuación. 2.2.2. El carácter erróneo y antinómico del art. 6º,2 E.A.I.B. 2.2.3. Interpretación correctora del art. 6º,2 E.A.I.B. A.- Dificultad de funcionamiento práctico del precepto: la residencia de un extranjero. B.- Posible superación de las dificultades: art. 80,1,a) R.P.D. C.- El art. 6º,2 E.A.I.B. supone una excepción parcial a la aplicación del art. 15 C.c., en el ámbito balear. 2.2.4. Otras facetas de esa ecuación legal. A.- El absurdo resultado que deriva de la interpretación *a contrario* del art. 6º,2 E.A.I.B.: la pérdida de vecindad administrativa, equivale a desujeción al ordenamiento civil de Baleares. B.- Aspectos registrales. La Circular de la Dirección General de los Registros y Notariado de 26 noviembre 1980 y su falta de utilidad. 2.3. Vecindad civil balear, igual a sometimiento al ordenamiento civil de las islas. 2.3.1. El principio de territorialidad y su excepción general. 2.3.2. Relación entre esta ecuación y la anterior. Consecuencias. A.- La discriminación del español de origen frente al extranjero nacionalizado español, a la hora de quedar sometidos al derecho civil balear. B.- Argumentos en defensa del carácter no discriminatorio: la residencia del extranjero en las islas como requisito previo o presupuesto de su adquisición de nacionalidad. Inconsistencia del argumento: a) El art. 6º,2 contempla cualquier clase de adquisición de nacionalidad, no exclusivamente aquella derivada de la residencia. b) Distinto sentido de la "residencia", según se predique a efectos de adquisición de nacionalidad española o a efectos de adquisición

de vecindad administrativa en un municipio. 3. PROPUESTAS DE SOLUCION. 3.1. Líneas de solución. 3.1.1: El principio de territorialidad, y su sustitución por el de eficacia personal. 3.1.2. La vecindad administrativa y la condición política en el art. 6º E.A.I.B. A.- La condición política. B.- La vecindad administrativa del extranjero. 3.2. El texto alternativo al art. 6º,2 E.A.I.B. 3.3. Obstáculos que salva el texto propuesto. 4. APENDICE: LA LEY 7/1985 DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL REGIMEN LOCAL. 4.1. El intento de conectar la condición política con el derecho de sufragio. 4.2. La vigencia del art. 53,2 L.R.L.

1. *LAS TRES ECUACIONES LEGALES QUE SE OBTIENEN DE LOS ARTS. 6º Y 7º DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA BALEAR*

Las notas que a continuación se reproducen, traen causa del planteamiento que hacen dos preceptos de nuestro Estatuto (en adelante, E.A.I.B.) de Autonomía para las Islas Baleares, una vez resistemizados. Se trata del 6º y del 7º.

Manifiesta el 6º en su primer número que “A los efectos del presente Estatuto ostentan la condición política de ciudadanos de la Comunidad Autónoma los españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de las islas Baleares”. Añadiendo en su número 2: “Los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las islas Baleares, adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos al derecho civil especial de las islas Baleares mientras mantengan esta vecindad y salvo en el caso de que manifiesten su voluntad en sentido contrario”.

Por su parte, el 7º se mueve en los siguientes términos: “Las normas y disposiciones de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y su Derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales”. Por lo que respecta al “derecho civil especial de las islas Baleares”, la alusión que lleva a cabo el precepto a ciertas “excepciones que se puedan establecer en cada materia” comporta una remisión al art. 14 del Código civil (en adelante, C.c.) en cuyo primer número se establece ya la excepción a la territorialidad: “La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”.

La lectura y resistemización —como anunciaba al principio— de estos dos artículos, nos permite obtener tres ecuaciones legales. La pri-

mera, deriva del art. 6º,1 y se enunciaría así:

Vecindad administrativa de un español en municipio de las islas Baleares. = Condición política de ciudadano de la Comunidad Autónoma balear.

La segunda, se extrae del art. 6º,2 y literalmente se formularía así:

Vecindad administrativa de un extranjero en municipio de las islas, que adquiera la nacionalidad española. = Condición política de ciudadano de la Comunidad Autónoma, y sujeción al Derecho civil balear.

Y la tercera, fruto de la implícita remisión del art. 7º E.A.I.B. al art. 14 C.c., se resume en:

Vecindad civil balear. = Sujeción al Derecho civil de Baleares.

Esta trilogía es el resultado, confuso por lo demás (como tendremos ocasión de comprobar más adelante), de la utilización de dos conceptos jurídicos: vecindad administrativa y vecindad civil. Para su comprensión debe tenerse en cuenta su origen histórico (1), y su actual sentido. Hoy, el concepto de vecindad administrativa nos lo ofrece el art. 44 de la Ley de Régimen Local (en adelante, L.R.L.): "Serán vecinos los españoles mayores de edad o emancipados que residan habitualmente en un término y estén inscritos con este carácter en el padrón municipal". Y el de vecindad civil, en el art. 14 C.c. en su nº 2 y 3 (2) y el 15 del mismo cuerpo legal, que no transcribo por ser suficientemente conocidos.

2. ANALISIS DE CADA UNA DE LAS TRES ECUACIONES LEGALES

2.1.- *Vecindad administrativa de un español en un municipio de las*

(1) Omito toda la introducción histórica de ambos conceptos para evitar duplicidades ya que puede consultarse *in extenso* en el trabajo que publiqué en la *Rev. Jur. Cat.* del año 1981 bajo el título "Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un concepto legal", págs. 133 a 178.

(2) No menciono los números 4 y 5 de ese art. 14 C.c., porque éste último no es sino un criterio de adquisición o, mejor, tenencia de vecindad que refuerza el ya contemplado en el nº 2, y el primero (nº 4) porque la constitucionalidad de la regla ("La mujer casada seguirá la condición del marido...") es más que dudosa.

islas Baleares, igual a "condición política" de ciudadano de la comunidad autónoma balear

Esta primera ecuación extraída del art. 6º, 1 E.A.I.B. no sólo es propia de éste, sino que es constante en los 16 restantes Estatutos (3), con

(3) Concretamente, dicen esos Estatutos:

— *País Vasco*. Art. 7º, 1: "A los efectos del presente Estatuto tendrán la condición política de vascos quienes tengan la vecindad administrativa, de acuerdo con las Leyes Generales del Estado, en cualquiera de los municipios integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma".

— *Galicia*. Art. 3º, 1: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de gallegos los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Galicia".

— *Aragón*. Art. 7º, 1: "A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición política de aragoneses los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los Municipios de Aragón".

— *Madrid*. Art. 7º, 2: "A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición política de ciudadanos de la Comunidad los españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de sus municipios".

— *Canarias*. Art. 4º, 1: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de canarios los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Canarias".

— *Castilla-La Mancha*. Art. 3º, 1: "A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición política de ciudadanos de Castilla-La Mancha los que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la región".

— *Cataluña*. Art. 6º, 1: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de catalanes los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Cataluña".

— *Cantabria*. Art. 4º, 1: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de cántabros los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Cantabria".

— *Murcia*. Art. 6º, 1: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de murcianos los españoles que, de acuerdo con las Leyes del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región de Murcia".

— *Extremadura*. Art. 3º, 1: "A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición política de extremeños los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Extremadura".

— *Navarra*. Art. 5º, 1: "A los efectos de la presente Ley Orgánica, ostentarán la condición política de navarros los españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Navarra".

— *Asturias*. Art. 7º, 1: "A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición política de asturianos los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los Concejos de Asturias".

— *Castilla-León*. Art. 5º, 1: "Ambito personal. 1. A los efectos del presente Estatuto tienen la condición política de castellano-leoneses todos los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios integrados en el territorio de la Comunidad".

la salvedad del de La Rioja, en cuyo art. 6,1 se matiza: "A los efectos del presente Estatuto gozan de la condición de riojanos los españoles que, según las leyes del Estado, tengan residencia administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de La Rioja". Con lo que en éste Estatuto, la ecuación es:

Residencia administrativa = Condición de riojano

Dejando, por el momento, de lado esta peculiaridad, hay que enfrentarse a la ecuación general a los restantes 16 Estatutos, y que en el balear hemos extraído del art. 6º,1. Los polos son: vecindad administrativa y condición política. Qué sea lo primero ya lo sabemos puesto que el transcrito art. 44 L.R.L. nos lo dice. Pero, ¿En que estriba esa "condición política" de ciudadano de la Comunidad Autónoma (de las islas, en nuestro caso)?, ¿Cuál es su trascendencia jurídica? Debo confesar que a pesar de intentarlo, no he logrado hallarla.

2.2.1.- ¿Condición política autonómica, significa sujeción al derecho público autonómico? Respuesta negativa

A primera vista, la dicción "condición política" presenta una connotación antagónica respecto de "condición civil". Parece que se trata "de los mismo", pero referido al sector opuesto del ordenamiento, al público. Según este inicial modo de reflexionar, la condición política jugaría en el campo del ordenamiento público autonómico el mismo papel que la vecindad civil en el ordenamiento civil autonómico o foral: ser el criterio determinante de la sujeción al mismo. De esta manera la conexión sería perfecta: condición política-ordenamiento público, y vecindad civil-ordenamiento privado (4) dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma. Pero la realidad está alejada de esa primera intuición. La "condi-

— *Andalucía*. Art. 8,1: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de andaluces los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía".

— *Valencia*. Art. 4º,1: "A los efectos del presente Estatuto, tienen la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquiera vecindad administrativa en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma".

Si el lector ha tenido la paciencia de llegar hasta este punto, habrá comprobado que las diferencias entre estos artículos son mínimas y puramente gramaticales. Así, "Leyes Generales" aparece en ocasiones con mayúsculas y en otras no; "municipio" en el aragonés también va con mayúsculas; en el navarro en lugar del "presente Estatuto" se habla de la "presente Ley Orgánica"; en el valenciano, en lugar de hablar sólo de que "tengan" vecindad se añade "o adquieran", y poco más.

(4) Hablo de ordenamiento privado, excluyendo implícitamente de su ámbito tanto el subsector mercantil como el laboral en razón de la competencia exclusiva que el Estado

ción política” no constituye el tal criterio determinante del sometimiento al ordenamiento público autonómico. Es más, ni en el Estatuto balear ni en ningún otro, se establece un criterio que monopolice la sujeción al respectivo ordenamiento público autonómico (5), como revela el mismo art. 7º E.A.I.B. cuando se refiere a la “eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia” de las normas de los poderes públicos de nuestra Comunidad.

2.1.2.- La condición política y el derecho de sufragio: desconexión.

A.- Sufragio activo. El art. 22 E.A.I.B.

A mayor abundamiento, ni siquiera puede decirse que tal condición legítima para ejercitar el derecho de sufragio en la elección de los parlamentarios de la Comunidad al *Parlament*, como induce a creer ese término “político”, y como ya ha sido puesto de relieve respecto de los Estatutos vasco, catalán y gallego, con argumentos algo diferentes a los que a continuación utilizo porque también son diferentes los textos legales de los que se parte (6). En el art. 22 de nuestra Carta Autonómica en lugar de afirmarse que serán electores todos los españoles que tengan la condición política de ciudadanos de la Comunidad Autónoma balear, leemos que lo serán “todos los ciudadanos españoles mayores de edad que figuren en el Censo electoral de las islas Baleares”, adaptando, en suma, al ámbito balear el tenor general del art 2,1 del Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977, sobre normas electorales.

Pudiera argüirse que, dado que el Censo electoral está integrado por los que tienen vecindad en un municipio, y vecindad administrativa equivale a condición política, resulta que de ésta deriva la legitimación para ejercer el derecho al voto en ese ámbito territorial. Razonamiento que no es correcto ni en su desarrollo ni en sus fundamentos. No lo es en su desarrollo porque de los datos hasta aquí obtenidos, la deducción que podría hacerse, en buena lógica, es la que sigue: tanto la condición poli-

tiene según el art. 149,1,6º y 7º de la Constitución. Aquí, pues, ordenamiento privado es sólo ordenamiento civil.

(5) Cfr. en este sentido, Garau Juaneda, Luis “Comunidades Autónomas y Derecho Interregional” en *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Interregional*. Santiago de Compostela. 1982, págs. 111-167. Concretamente, pág. 129 en donde se refiere a los criterios de sujeción a las normas fiscales, a las relativas a bienes situados en el territorio de la Comunidad, etc.

(6) En efecto, Garau Juaneda, *op. cit.*, respecto a los Estatutos catalán, gallego y vasco. Pero aún en ellos tampoco puede decirse que el derecho de voto activo para los cargos públicos de la comunidad dependa de la “condición política”.

tica como el derecho de sufragio son consecuencias jurídicas que derivan de una situación base común, como es la vecindad administrativa. Entonces, el punto de partida y de obligada retroacción es ésta vecindad, que aparece como el móvil generante de los otros dos conceptos (condición política y derecho de sufragio), que de esta forma nunca pueden ser equiparados. Tan sólo derivan de una misma fuente. Pero... lo más importante, es que el fundamento último de esta argumentación es falso. El origen de este circunloquio consistía, recordemos, en la afirmación de que el Censo electoral está integrado por aquellos sujetos que tienen vecindad administrativa en municipio de la Comunidad Autónoma. Y no es así. No es cierto que de la vecindad administrativa se derive la condición de elector, puesto que según el mentado art. 44 L.R.L. "Serán vecinos los españoles mayores de edad o emancipados. . .", "siendo que el art. 22 E.A.I.B., lo mismo que el art. 2,1 del Real Decreto de 1977 (7), reduce el círculo de los electores a los "mayores de edad" al declarar que "Serán electores todos los ciudadanos españoles mayores de edad que figuren en el censo electoral de las islas Baleares". De donde, quedan al margen de la legitimación electoral toda una serie de sujetos que sin embargo tienen vecindad administrativa en municipio de las islas. Particularmente, todos los menores de edad emancipados que residan habitualmente en un término municipal de las islas y estén inscritos con el carácter de vecinos en el padrón correspondiente. O sea, los mayores de 16 años emancipados por concesión de quien ejerza la patria potestad (art. 317 C.c.), concesión judicial (art. 320), habilitación de edad (art. 321 C.c.), e incluso vida independiente (art. 319: "...para todos los efectos..."), además de los posibles mayores de 14 años que *ex art. 48, 2º* parf. C.c. hayan contraído matrimonio con dispensa judicial de edad (art. 314, 2º C.c.). Los sujetos que se encuentre en las situaciones descritas, pueden ser —acabamos de verlo— vecinos administrativamente según el art. 44. L.R.L., lo que les transforma según el art. 6.1 E.A.I.B. en políticamente ciudadanos de la comunidad isleña, careciendo empero *ex art. 22 E.A.I.B.* del derecho de sufragio en la misma.

B.- Sufragio pasivo. El art. 21 E.A.I.B.

Si el derecho de sufragio activo respecto del *Parlament* balear no depende de que se ostente la "condición política de ciudadano...", como visto quedó; hay que decir otro tanto del derecho de sufragio pasivo, de la legitimación para poder ser candidato y en su caso elegido diputa-

(7) Dice este art. 2,1 del Real Decreto-Ley de 18 marzo 1977 sobre Normas electorales: "Serán electores todos los españoles mayores de edad incluidos en el Censo y que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y políticos".

do, pues el art. 21 E.A.I.B. exige como requisitos la residencia más la inscripción en el censo electoral sumadas a la mayoría de edad y al pleno goce de "sus" derechos (8). Por lo que resulta que habrá vecinos, o sea políticamente ciudadanos de Baleares que no podrán ser elegidos (los mismos antes citados), y viceversa habrá sujetos que sin ser vecinos, sin ser políticamente ciudadanos de las islas, podrán ser elegidos con tal de que sean "residentes".

Cuestión distinta, es la de que sea difícil hallar un residente, español, mayor de edad, e inscrito en el censo electoral que no sea vecino. Pero es factible, ya que según el Decreto de 26 de diciembre de 1975 del Ministerio de Planificación del Desarrollo, tendente a actualizar y renovar el "Censo Electoral", éste se integra *ex art* 1º por los "residentes mayores de edad, vecinos cabezas de familia, mujeres casadas y residentes de 18, 19 y 20 años de edad... deduciéndolo de la inscripción del Padrón Municipal de habitantes..." (Adviértase que en aquel momento, la mayoría de edad *ex art*. 320 C.c. se adquiría a los 21 años). Y en la Orden de Presidencia de 20 de enero de 1976 relativa al mismo tema, en su art. 1º se insistía en que los integrantes del Censo Electoral eran: a) los residentes vecinos cabezas de familia según la L.R.L. b) las mujeres casadas residentes c) cualquier residente mayor de edad. Otro tanto puede decirse del Decreto de Presidencia de 7 de junio 1976 modificador del antes citado de 26 diciembre 1975 (9).

Por lo tanto, cualquier residente que no lo haya hecho el tiempo mínimo exigido para ser vecino pero esté empadronado, será un "elegible" sin ser "políticamente" ciudadano de la Comunidad Autónoma.

(8) Literalmente, dice el art. 21 E.A.I.B.: "Podrán ser elegidos Diputados del Parlamento los ciudadanos españoles residentes en las islas Baleares e inscritos en el censo electoral de éstas, siempre que sean mayores de edad y se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos".

(9) Pueden consultarse, respectivamente, en los Boletines Oficiales correspondientes al 8 enero 1976, 21 enero 1976, y 15 junio 1976, o en el *Repertorio de Legislación de Aranzadi*, del año 1976 (Ref. 28), (Ref. 116), (Ref. 1168).

Por otra parte, la conclusión a que hemos llegado es extensiva a las restantes Comunidades Autónomas, y contradice lo afirmado por la "Ponencia" sobre "Vecindad civil" del "Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución". Zaragoza, 1981, págs. 33-44 (ejemplar mecanografiado), y especialmente, pág. 34: "Por el contrario, la llamada condición política, basada en los criterios de residencia y domicilio de la vecindad administrativa, hace referencia al solo campo de los derechos políticos, especialmente electorales, sin ninguna conexión ni interferencia con la vecindad civil y sus característicos efectos".

2.1.3.- La inutilidad del concepto "condición política", derivante de la vecindad administrativa, y los riesgos de su adopción como criterio selectivo

Para terminar con el análisis de esta primera ecuación legal, me veo abocado a criticar y calificar de inútil o superfluo el alumbramiento por los Estatutos autonómicos de la "condición política" engendrada por la vecindad administrativa. Y al mismo tiempo, hay que extender el juicio y adjetivos al Estatuto riojano, cuya creación de la "condición de riojano" derivante de la "residencia" es igualmente inútil, pues el art. 6º, 1 de ese cuerpo legal nos conduce al art. 42 L.R.L., precepto en el que se clasifica a los "residentes" (en nuestro caso, a los residentes en municipio de La Rioja, o "riojanos") en cabezas de familia, vecinos y domiciliados; englobando, por tanto, incluso a los extranjeros bajo esa etiqueta de "riojanos".

La ociosidad de este concepto de "condición política", puede producir, sin embargo, consecuencias mas graves que su mera futilidad, cuando pretendiéndole dar alcance jurídico sea adoptado por la Administración como criterio selectivo en el seno de una determinada Comunidad Autónoma. Piénsese, por ejemplo, en su uso como requisito para poder concursar u opositar en la provisión de plazas de los entes autonómicos, o para ocupar cargo o plaza determinados en una también concreta Comunidad, etc. De presentarse tales coyunturas, resulta que la tal "condición política" de ciudadano de la Comunidad de que se trate, actuaría como un doble criterio de discriminación entre españoles en el acceso a la función pública: primeramente discriminaría a los no residentes en la Comunidad, pero incluso dentro del grupo de los residentes en ella, discriminaría a los que tuvieran vecindad administrativa sobre los que no la tuvieran aun siendo residentes en municipio de la misma. Y si el lector cree que me he excedido en las suposiciones, basta para negarlo traer a la palestra la sentencia del T.S. de 16 de julio 1982 (Sala 4ª), en la que planteándose exactamente este problema en la Comunidad Autónoma del País Vasco, (en el Ayuntamiento de Galdácano, al adoptar éste como base para un concurso-oposición para la provisión de una plaza de Técnico de la Administración General de dicho Ayuntamiento, entre otros criterios, la exigencia de ostentar la "condición política" de vasco en los términos de su Estatuto de Autonomía) el T.S. no duda en afirmar que "la condición impuesta por tal acto de que los concursantes tuvieran la condición política de vascos no tenía cobertura legal alguna..." Y más adelante, explicita", ...con ello se infringe de un modo absoluto la Constitución vigente, Ley de leyes ésta, contraria a toda discriminación que consista en privar de la posibilidad del desempeño de la fun-

ción pública a quienes, siendo españoles, carezcan de aquel específico carácter, según resulta del artículo 14 de aquella para el que los españoles son iguales ante la Ley... e igualmente de su artículo 23 que en el número 2 proclama el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalan las leyes..." (10).

Por lo tanto, y a modo de conclusión de este apartado, cabe decir que el intento realizado por los Estatutos de Autonomía de dotar a la vecindad administrativa (por la vía de la "condición política") de funciones y eficacia en el campo jurídico general, excediendo el reducido ámbito de la que se predica (se predica de un municipio, y se le pretende dotar de eficacia en el ámbito de la Comunidad Autónoma), es un intento malogrado. Otrosí, se ha creado un concepto cuya adopción como criterio selectivo crea un riesgo palpable de inconstitucionalidad. Lo que no significa, que siempre que se adopte tal criterio, sea este el resultado, como lo prueba el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la constitucionalidad del art. 2,1 de la Ley del Parlamento Vasco 4/1981 de 18 de marzo sobre designación de Senadores representantes de Euskadi. Este precepto, impone a los candidatos a Senadores del País Vasco la limitación de que "ostenten la condición política de vascos". En efecto, en la sentencia de 18 diciembre 1981, el T.C. reconoce que tal requisito o limitación no sólo es constitucional sino "razonable y lógica, y pudo haber sido establecida en el Estatuto". Pero si se analizan las razones que aporta el Tribunal para justificar su decisión, nos percataremos de que en este caso el juego de la "condición política" tiene sentido, es lógico pero no en cuanto tal, sino en cuanto es uno, uno de tantos, de los criterios que permiten acomodar la figura del Senado, y por ende de los Senadores, como representantes de los diferentes territorios del Estado (Cámara de representación territorial, ex art. 69,2 Constitución). En suma, se utiliza correctamente de ese criterio, como podía haberse utilizado para ese mismo fin, de cualquier otro, como el de que fueran "miembros del Parlamento" autónomo, como hacen el art. 34,1 del Estatuto Cataluña, el 10,1,c del Estatuto Gallego, o el art. 28,1 de

(10) En realidad: el tema nuclear de la sentencia era el de si el Gobernador Civil de Vizcaya, podía o no suspender el acuerdo del Ayuntamiento de Galdácano en el que se adoptaron las bases que debían regir el citado concurso-oposición, cosa que había hecho aquel, el 6 junio 1980; suspensión que levantó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Vizcaya, el 23 octubre 1980, decisión que revocó el T.S. en esta sentencia de 16 julio 1982, siendo ponente el Magistrado José María Reyes Montserrat. Puede verse en: *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1982, Ref. 5446, y en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, n° 30, (Sección: 11.- Tribunal Supremo), págs. 1183-1186.

nuestro Estatuto Balear. (10 bis).

En contra de ese juicio general de desfavor hacia el concepto técnico de condición política, podrían citarse algunos Estatutos de Autonomía, que en contra de lo que ocurre con el de Baleares, y con la mayoría de ellos, prevén una funcionalidad electoral del mismo. Así, el de Extremadura, en cuyo art. 22,3 afirma que "Serán electores y elegibles los ciudadanos que, teniendo la condición política de extremeños, estén en pleno uso de sus derechos políticos" en relación a la Asamblea de Extremadura. O, el art. 18,9 del de Aragón, "Serán elegibles a Cortes de Aragón los ciudadanos que, teniendo la condición política de aragoneses, estén en el pleno uso de sus derechos políticos". O, el art. 9º,1 del de Canarias, que con mayor rigor que los anteriores, delimita que "Serán electores y elegibles los mayores de edad inscritos en el censo que gocen de la condición política de canarios, según el artículo cuarto del presente Estatuto, y se encuentren en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos, sin perjuicio de las causas de ineligibilidad establecidas por la Ley". Al margen de los problemas de viabilidad que estas reglas puedan tener por la amplitud reseñada de la vecindad administrativa, hay que destacar que, en mi opinión, en lugar de desvirtuar las afirmaciones que realizaba hace un momento, vienen a añadir argumentos de crítica, en la medida en que evidencian la mas absoluta heterogeneidad del concepto. Piénsese en lo absurdo que resulta el que aquellos que tienen la condición política de extremeños reciban legitimación electoral en el ámbito de su Comunidad Autónoma, mientras que aquellos que la tengan aragonesa sólo sean "elegibles" por ello (no electores), o que finalmente, aquellos cuya condición política sea la balear, no tengan ni una ni otra legitima-

(10 bis) En efecto, dice el T.C. que "El requisito de que los candidatos ostenten la condición política de vascos es del mismo tipo que el de ser miembros del Parlamento de la Comunidad Autónoma, establecida por el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 34,1), con la diferencia que en el caso que nos ocupa tal requisito no se basa directamente en el Estatuto Vasco, sino en una ley ordinaria del Parlamento Vasco...". Y más adelante: "...exigir la condición política de vascos para dichos Senadores está en conexión directa con su carácter de Senadores designados por el Parlamento de la Comunidad Autónoma Vasca. Porque si bien las Cortes Generales, y por consiguiente el Senado, representan al pueblo español (art. 66,1 CE)... el Senado por su parte, lo hace específicamente como "Cámara de representación territorial" (art. 69,1 CE)...". Para terminar, por lo que aquí interesa, diciendo: "La limitación impuesta por la Ley impugnada en su artículo 2,1 a los candidatos a Senadores del País Vasco, de tener la condición política de vascos, es razonable y lógica, y pudo haber sido establecida en el Estatuto, lo mismo que el Estatuto catalán estableció otra limitación... la inadmisibilidad de tales limitaciones vendría dada... por el hecho de que fuesen discriminatorias, lo que obviamente no es la que la Ley impugnada establece en su art. 2,1". Cfr. en *B.J.C.* nº 9, pág. 3-14. Texto transcrito, en pág. 11, apartado d).

ción. Y todo ello, en base a un concepto que pretendidamente tiene carácter unívoco o general al Estado, como se manifiesta por la remisión que todos los Estatutos (*vide*, nota 3) hacen a las Leyes generales del Estado en orden a conectar la condición política a la vecindad administrativa.

2.2.- Vecindad administrativa de un extranjero en municipio de las islas, igual a sujeción al derecho civil de éstas, cuando adquiriera la nacionalidad española

El análisis del art. 6º, 2 de nuestro Estatuto, presenta ante todo, una cuestión previa que únicamente voy a apuntar. Aludo a la constitucionalidad de su propia existencia. La pregunta a responder se formularía en estos términos: ¿Es posible que un Estatuto de Autonomía contenga normas para resolver conflictos de leyes, como intenta el precepto en cuestión? A primera vista, es ello posible dado que las leyes que los aprueban —como en nuestro caso la Ley de 25 febrero 1983— en tanto que orgánicas, (por imperativo del art. 81,1 Constitución), son de ámbito general, o “estatales”, y por tanto queda a salvo el principio de competencia exclusiva del Estado del art. 149,1,8ª Constitución (11). Pero también es cierto, como se ha apuntado recientemente (12), que esas leyes orgánicas que aprueban Estatutos de Autonomía exceden o desbordan parcialmente el poder exclusivo del Estado, pues por un lado en su proceso de elaboración han intervenido órganos no generales (arg. art. 146 Constitución: “Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas...”; criterio reiterado en el art. 151 del mismo texto), y además, su proceso de reforma, en virtud de lo previsto en el art 147,3 Constitución implica al correspondiente órgano legislativo de la Comunidad Autónoma, en nuestro caso, según refiere el art. 68,2 del E.A.I.B. Está en juego, por tanto el propio concepto de “competencia exclusiva”, que tanto si va referido al proceso de elaboración como al de modificación, no queda plenamente salvado. De todas formas, como ya he adelantado, sólo apunto la cuestión, que requeriría un estudio constitucional mas profundo.

Hecha esta aclaración, podemos introducirnos en el análisis interno del contenido de la norma.

(11) En este sentido, Lacruz, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, 1, vol, 1º, pág. 106, y Bercovitz, Rodrigo “La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades Autónomas”, *Rev. Jur. Cat.* 1981, págs. 366 y 367.

(12) Me refiero a Bercovitz, R. quien vuelve atrás en sus planteamientos, reconociendo y razonando tal mutación en “Vecindad civil y nacionalidad” *An. Der. Civ.* 1983, págs. 1149-1167. Concretamente *vide*, pág. 1155, nota 11.

2.2.1.- La inviabilidad del primer término de la ecuación

Esta segunda ecuación, que al principio hemos extraído de ese art. 6º, 2 E.A.I.B., nos presenta de nuevo a la vecindad administrativa aunque en diferente función a la analizada hasta aquí. Antes de introducirnos en la ecuación propiamente dicha, hay que puntualizar que uno de sus términos, el primero, es inviable. Cuando el art. 6º, 2 comienza diciendo "Los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las islas Baleares...", está afirmando algo sencillamente imposible. Imposibilidad que proviene del art. 44 L.R.L. tantas veces citado y que a la hora de señalar quienes son los vecinos comienza diciendo que "Serán vecinos los españoles mayores de edad o emancipados..." Nótese, "los españoles". Precisamente, de las tres categorías de residentes que contempla la L.R.L. (13), la única que no puede ostentar un extranjero es la vecindad, ya que el art. 45 los incluye como posibles domiciliados (14), y el art. 48 como cabezas de familia (15). Podría intentarse salvar el precepto, apuntando en dirección a ese art. 48 de la L.R.L. y al art. 85 del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales (en adelante, R.P.D.) (16), en los que se abre la posibilidad de que los extranjeros, en ocasiones, sean asimilados a los nacionales en sus derechos y obligaciones. Pero esta vía tampoco conduce a buen puerto, ya que:

En primer lugar, los propios artículos reseñados (notas 15 y 16), fijan un límite a tal asimilación: los derechos de carácter político. Y acabamos de ver que la vecindad administrativa, acarrea, aunque inútilmente, la "condición política". Bien es cierto, que puede sostenerse que los de-

(13) El art. 42 afirma: "Los residentes se clasificarán en: Cabezas de familia, Vecinos y Domiciliados".

(14) En efecto, dice ese art. 45 L.R.L.: "Serán domiciliados, los españoles no emancipados, o los extranjeros, cualquiera que sea su condición que residan habitualmente en un término municipal".

(15) Dice el art. 48 L.R.L.: "Los extranjeros cabezas de familia tendrán en el Municipio en que estén domiciliados los derechos y las obligaciones propios de los vecinos, salvo los de carácter político, sin perjuicio de lo que se establezca en los Tratados internacionales o de lo que, en defecto de éstos, se determine por el Gobierno en régimen de reciprocidad".

(16) Según el art. 85 del R.P.D. de 17 mayo 1952, modificado por el Decreto de 14 enero 1971: "1. Los extranjeros que vivan habitualmente en un Municipio serán clasificados, en todo caso, como domiciliados. No obstante si por su edad o estado civil su condición es análoga a la de los nacionales, podrán ser asimilados a los vecinos o a los cabezas de familia españoles, en sus derechos y obligaciones, salvo los de carácter político. 2. La anterior asimilación se entenderá sin perjuicio de lo que se establezca en Tratados internacionales o de lo que, en defecto de éstos, se determine por el Gobierno en régimen de reciprocidad".

rechos políticos a los que aluden el art. 48 mitad L.R.L. y 85,1 *in fine* R.P.D. nada tienen que ver con la condición política del art. 6º.1 E.A.I.B. Lo que equivale a predicar que el término "político" se utiliza con diferente contenido en uno y otro caso. Con lo que, para solucionar un problema estamos creando otro mayor, el de redefinir el contenido jurídico del término "político" según la sede en que se ubique, ya que ni en la Constitución española ni en Estatuto de Autonomía alguno se aclara (17).

En segundo lugar, la asimilación posible de que estamos hablando, es limitada por el art. 48 L.R.L. al ámbito municipal ("...tendrán en el Municipio en que están domiciliados los derechos y las obligaciones propios de los vecinos..."), mientras que en el 6º,2 E.A.I.B. la vecindad —como veremos a no tardar— juega en un ámbito supramunicipal, en el de la Comunidad Autónoma. En cualquier caso, por lo tanto, no podría alcanzar la asimilación al caso previsto en el 6º, 2.

En último lugar, y como argumento decisivo y concluyente, hay que recalcar que la propia previsión legal de "asimilación", en ocasiones, entre nacionales vecinos y extranjeros no vecinos, es la mejor prueba de su diferente encuadramiento. Asimilar, significa aquí, abrir la posibilidad de que el extranjero meramente domiciliado goce de los mismos derechos (con la excepción vista) que el nacional con vecindad administrativa, pero de ahí a que el extranjero pueda ser "vecino" media una distancia irrecorrible en buena lógica jurídica, aunque recorrida por el artículo que nos ocupa. Si está prevista, en ocasiones, una asimilación en el régimen jurídico de dos figuras (vecindad/domicilio) es porque "no son" lo mismo.

2.2.2.- *El carácter erróneo y antinómico del art. 6º,2 E.A.I.B.*

El art. 6º,2 E.A.I.B. es, según se acaba de poner de relieve, un precepto erróneo, antinómico con la L.R.L. y el R.P.D. a los paradójicamente remite en su nº 1 ("...los españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa..."; y estas "Leyes generales" son precisamente las dos citadas). y sin embargo ya figuraba con idéntico tenor en el Anteproyecto de Estatuto elaborado por la llamada "Comisión de los once", sin que ningún Grupo político ba-

(17) Refiriéndose a la "condición política" en el Estatuto catalán, pone de manifiesto la indefinición tanto estatutaria como constitucional del término, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo "La vecindad civil en los Estatutos de las Comunidades Autónomas", *Rev. Jur. Cat.* 1981, págs. 363-376, concretamente en pág. 368.

lear presentara texto alternativo alguno, ni fuera subsanado el gazapo en el *iter* parlamentario.

El porqué de tan aparente error legislativo, me parece que puede señalarse sin gran riesgo. Creo que el 6º,2 E.A.I.B. pretende decir sin lograrlo lo que efectivamente dice en relación a su ámbito aplicativo el art. 7º,2 del Estatuto de Autonomía para Cataluña (en adelante, E.A.C.), que prevé la situación de un sujeto que era extranjero pero que ya ha adquirido la nacionalidad española, cuando dice: "Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española, quedarán sujetos al Derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifestaran su voluntad en contrario". Puestos a imaginar, lo más creible es que los redactores de su concordante balear queriendo redactar un precepto con idéntico sentido al catalán, pretendieron, al mismo tiempo, apartar la apariencia de plagio, y para ello alteraron el orden gramatical de las oraciones. Así, en tanto que ambos comienzan refiriéndose al extranjero, el del Principado continúa preveyendo, en primer lugar, su adquisición de nacionalidad española, para despues, hablar de su vecindad administrativa; mientras que el nuestro, sitúa antes la vecindad que la adquisición de nacionalidad española, cosa inviable. Por decirlo con frase gráfica y vulgar: hemos colocado el "carro" de la vecindad antes que las "mulas" de la nacionalidad (18).

2.2.3.- Interpretación correctora del art. 6º,2 E.A.I.B.

Corolario de todo lo anterior: el único atajo que permite dar sentido a la norma es interpretarla correctoramente, entendiendo que quiere decir o dice, lo mismo que realmente dice el transcrito art. 7º,2 E.C. Por lo que la ecuación segunda, es en realidad como sigue:

Extranjero que se naciona-	Sujeción al Derecho civil
liza español y tiene	especial o foral de
vecindad administrativa	= las islas Baleares.
en municipio balear.	

(18) Pone de relieve, el origen plagiarlo del precepto Bercovitz, R. "Vecindad civil y nacionalidad" *cit.*, pág. 1156, cuando afirma: "... el artículo 6º,2 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, copia clara (y desafortunada en lo que tiene de negativo el modelo), aunque con alguna variante en las palabras, del mencionado artículo 7º,2". Sin embargo, no advierte —seguramente porque lo trata incidentalmente— el total alcance del infortunio.

A.- Dificultad de funcionamiento práctico del precepto: la residencia de un extranjero

Aun con este corregido texto, el funcionamiento práctico del mismo es, cuando menos, problemático. He sostenido antes de hoy, refiriéndome al art. 7º,2 E.C. que su aplicación no es factible (19), porque aunque el extranjero residiera en Baleares (o en Cataluña) cuando adquiere la nacionalidad española, no puede tener vecindad administrativa porque por un lado ya hemos recalcado que el art. 44 L.R.L. limita tal condición a los españoles, y por otro el art. 53,1 de la misma ley establece la forma en que con mayor brevedad puede adquirirse aquella vecindad, que resulta ser por residencia durante seis meses continuos y solicitud del español en cuestión (20). Según este enfoque, el extranjero que se nacionalice español deberá aguardar seis meses para poder tener vecindad administrativa en Baleares. Y en este período de tiempo, resulta que entra en juego el art. 15,1 C.c. sujetándolo al Derecho civil común: "1. La adquisición de nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común, a menos que el extranjero residiere en un territorio de derecho especial o foral durante el tiempo necesario para ganarla según el artículo anterior y en el expediente de nacionalidad hubiera optado por la vecindad foral o especial". El conflicto es patente, y no tiene sentido que a los seis meses de estar sometido al ordenamiento civil común pase a estarlo al especial balear. De alguna forma, hay que evitar en estas hipótesis el art. 15,1 C.c., su entrada en escena.

B.- Posible superación de las dificultades: art. 80,1,a) R.P.D.

Frente a este modo de pensar, se ha mantenido (21) que el español naturalizado, o sea, el extranjero que adquiere nacionalidad española puede tener vecindad administrativa a partir del momento mismo de la nacionalización, pues los seis meses que se exigen como período mínimo de residencia en el art. 53,1 L.R.L. pueden ser anteriores a ese momento, apoyándose en el art. 80,1, a) R.P.D. cuyo tenor es: "Serán residen-

(19) Cfr. *op. cit.* nota 1, pág. 177.

(20) El art. 53,1 L.R.L. afirma: "1. El Alcalde declarará de oficio la vecindad de los españoles mayores de edad o emancipados, que, al formarse o rectificarse el padrón, lleven por lo menos dos años de residencia efectiva en el término municipal. Asimismo declarará en cualquier momento la vecindad de los españoles mayores de edad o emancipados que, residiendo durante seis meses continuos, por lo menos, en el propio término, lo solicitaren.

2. En análogas condiciones declarará el Alcalde domiciliados a los españoles, no emancipados".

(21) Así, Garau Juaneda, Luis *op. cit.* pág. 152.

tes en cada término municipal: a) Los españoles y los extranjeros que lleven más de dos años viviendo en el término. b) Los españoles y extranjeros que habiendo solicitado adquirir la residencia..." Si el extranjero puede ser "residente", los seis meses anteriores a la nacionalización se le computarán a efectos de adquisición de vecindad civil. Entiendo que la clave de bóveda está en interpretar si el art. 53,1 L.R.L. al referirse a la "vecindad" de los "españoles" y a la "residencia" lo hace como requisitos conectados necesariamente entre sí, o si la única conexión necesaria es la que media entre "vecindad" y "español". De concluir lo primero, el precepto exigiría seis meses de "residencia siendo español" para poder ser vecino; de decantarnos por la segunda interpretación, bastaría, siendo español, el haber "residido durante seis meses" para alcanzar o poder alcanzar el grado de vecino. Lo cierto es que del artículo no puede deducirse ni lo uno ni lo otro, como también lo es que el art. 80,1,a) R.P.D. puede leerse conjuntamente con el 53,1 L.R.L. y de tal guisa se logra dar sentido y operatividad tanto al art. 7º,2 del E.C. como al 6º,2 corregido del de Baleares. Esta es la gran ventaja que ofrece la tesis del citado Profesor frente a la que mantuve en el año 1981, aunque dogmáticamente sean ambas defendibles.

C.- El art. 6º,2 E.A.I.B. supone una excepción parcial a la aplicación del art. 15 C.c. en el ámbito balear

Dando por bueno lo dicho, aparece una tercera cuestión: ¿En que estado aplicativo queda el art. 15,1 C.c. y la regla opuesta que establece? Pues en virtud del alcance derogatorio de los dos Estatutos citados, queda excepcionada su aplicación en el caso catalán y balear, y aplicable en los restantes casos de territorios con derecho civil propio que no han previsto estatutariamente el evento, como son Aragón, Galicia y el País Vasco. Queda también al margen Navarra, pues en una norma que originará problemas en el futuro, el art. 5º,3, de su Estatuto se dice que "La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición civil foral de navarro se regirá por lo establecido en la *Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero nuevo de Navarra*". Y concretamente en su Ley 13 del *Fuero nuevo* se soluciona pacíficamente el tema del extranjero que se nacionalice español residiendo en Navarra: "En el expediente de adquisición o recuperación de la nacionalidad española, se presumirá que adquiere la condición foral de navarro el extranjero que residiere en Navarra al conseguir la nacionalidad".

Ahora bien, como tendremos ocasión de constatar en el *epígrafe* 2.3.2.B.a., ni el precepto balear (ni el catalán) evitan totalmente, en todo caso, la aplicación del art. 15 C.c. a sujetos extranjeros residentes.

en Baleares, (o Cataluña) cuando adquieren la nacionalidad española; pues, aquellos que no ostenten tal vecindad administrativa, se verán engullidos por la aplicación del art. 15 C.c., por muchos años de residencia que pudieran acreditar en las islas (o en Cataluña).

2.2.4.- Otras facetas de esa ecuación legal.

Para concluir con esta segunda ecuación, hay que hacer hincapié en otras dos facetas. En la mención legal del art. 6º, 2 E.A.I.B. y 7º, 2 E.C. de "mientras mantengan", y en el alcance o repercusión registral de esta problemática.

A.- El absurdo resultado que deriva de la interpretación a contrario del artículo citado: la pérdida de la vecindad administrativa, equivale a desujeción al ordenamiento civil de Baleares

Si el 6º, 2 afirma que el extranjero nacionalizado con vecindad administrativa quedará sujeto al derecho civil balear "mientras mantengan esta vecindad", a contrario resulta que cuando deje de tener tal vecindad administrativa en municipio de las islas dejará también de quedar sometidos a ese ordenamiento civil. Esto es, que el cambio de vecindad administrativa de este sujeto comporta la desujeción al derecho civil balear. Y obviamente, hay que añadir aunque no lo diga el precepto, la sujeción bien a otro ordenamiento civil especial, o al común, porque todo español necesariamente debe estar sometido a uno de ellos. Claro es, se nos dirá, que el Estatuto balear sólo debe prever cuándo se deja de estar sujeto al derecho civil correspondiente, pero no puede inmiscuirse en el sometimiento o sujeción a otro ordenamiento civil, pues excede de su ámbito competencial. Pero si admitimos que el E.A.I.B. establezca las causas de pérdida de la sujeción al derecho civil propio, estamos posibilitando que se genere una situación de anomia porque mientras que el 6º, 2 E.A.I.B. a contrario expulsa de su ámbito a un sujeto por la mera pérdida de su vecindad administrativa en municipio de las islas, no existe una norma de enlace en otro ordenamiento civil español (ni en el común ni en los forales) que por tal causa le acoja. Tal sujeto, sólo es marginado de la aplicación del derecho civil balear sin que exista procedimiento inmediato de sujeción a otro ordenamiento. Según el art. 14 C.c. deberá transcurrir un período de, como mínimo, dos años antes de adquirir una vecindad civil que es la única puerta de entrada en un ordenamiento civil, que el Código ha previsto. No hace falta insistir en que ese corolario no es de recibo, y que también en este punto el precepto es criticable por su imprecisión, juicio que una vez más extendiendo a su concordante catalán. El mantenimiento, o no, de la vecindad adminis-

trativa por parte de ese sujeto, no debería incidir en manera alguna sobre su salida de la órbita aplicativa de un derecho civil u otro (22). Y para ello, nada mejor que en lugar de utilizar el legislador las palabras "mientras mantengan", haber utilizado las "con tal que tengan", así la tenencia o no de la vecindad administrativa iría exclusivamente referida al momento de ingreso en el ordenamiento civil balear o catalán, sin que pudiera interpretarse *a contrario* que también se establece una regla de pérdida de la sujeción. Dado que no ha sido así, hay que buscar soluciones interpretativas del precepto fuera del mismo, concretamente en el sistema general de vecindad civil, como hace Bercovitz y forzar su inaplicación *a contrario*, de forma que quede limitado en su eficacia normativa al caso de adquisición, entendiéndose que una vez producido tal evento, la persona nacionalizada española y con vecindad civil balear "quedará sometida a las reglas generales sobre cambio de vecindad civil, aplicables a todos los españoles, contenidas básicamente en el artículo 14 del Código civil" (23).

B.- Aspectos registrales. La circular de la Dirección General de los Registros y Notariado de 26 noviembre 1980 y su falta de utilidad

La segunda faceta anunciada atañe a los aspectos registrales que se derivan tanto del art. 6º, 2 E.A.I.B. como del 7º, 2 E.C. Como es sabido, la aparición de los primeros Estatutos de Autonomía (el catalán y el vasco), generó dos "Circulares" de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la de 6 de noviembre de 1980 sobre "nacionalidad o regionalidad autonómica" (24) y la de 26 de noviembre del mismo año

(22) En idéntica línea se mueven las opiniones de Bercovitz, R. *op. cit.* nota 17, pág. 372 apartado b), y de Garau *op. cit.*, pág. 153, ambas en relación al art. 7º, 2 del Estatuto catalán.

(23) En: "Vecindad civil y nacionalidad" *cit.* pág. 1156, al principio.

(24) Esta Circular, aparecida en el B.O.E. de 12 noviembre 1980, decía así: "El artículo 12 del Reglamento del Registro Civil fija las menciones de identidad de la persona que, de ser posible, han de consignarse a los efectos del Registro Civil, y, entre aquellas, indica la nacionalidad con lo que, indudablemente se refería, dada la fecha de su publicación, a la nacionalidad española o extranjera de los interesados.

Una vez promulgada la Constitución española (cfr. su art. 2), la expresión *nacionalidad* puede tener otro significado, pues comprende también la especial condición política del español que pertenezca a determinada región o nacionalidad, que se haya constituido como Comunidad Autónoma. Y como esta condición personal es un elemento importante de identificación, no hay razón para negar su acceso al Registro Civil, cuya ordenación corresponde a la exclusiva competencia del Estado (art. 149, 1, 8ª, de la Constitución).

Atendiendo a estas razones la Dirección General, en interpretación del art. 12 del Reglamento del Registro Civil, ha acordado declarar que, tanto en las comparecencias ante el Registro Civil como en los propios asientos de éste, cuando haya de consignarse la nacionalidad española de una persona, podrá también hacerse constar, si así se ha declarado

que rectifica sensiblemente el tenor de la primera, en lo referente al sentido de la palabra "nacionalidad"; y que, por lo que aquí nos importa, prevé en su segundo punto que, "En las actuaciones del Registro Civil constará si el interesado lo pidiere, entre las menciones de identidad, su condición política autonómica derivada de su vecindad administrativa que, a este efecto, se hará constar en los libros y modelos oficiales". Una lectura atenta, patentiza que, curiosamente, la Dirección General facilita la inscripción de la vecindad administrativa, o mejor, de la condición política autonómica en el Registro Civil, no con la vista puesta en su posible función de determinar el ordenamiento civil aplicable al extranjero que ha adquirido la nacionalidad española (segunda ecuación; art. 6º, 2 E.A.I.B.), sino en la primera ecuación (art. 6º, 1 E.A.I.B.). Ello, se refleja también en la introducción o texto que precede al acuerdo, en donde únicamente se menta la vecindad administrativa recogida en el Estatuto catalán y en el vasco (los únicos vigentes entonces) en esa función de identificar a la persona adscribiéndola políticamente a una Comunidad Autónoma (25). Aquí, cabe hablar tanto de infortunio como de inutilidad, ya que si hemos concluido que la condición política está ayuna de consecuencias jurídicas, su inscripción en el Registro Civil es igualmente estéril. Entiendo que, sólo tendría justificación su inscripción en el caso concreto que constituye esta segunda ecuación legal, porque entonces la vecindad administrativa, y por ende la condición política, cumplen idéntico cometido que el estado civil de "vecindad civil": determinar el ordenamiento civil español al que queda sujeto el individuo de quien se predique. En tal hipótesis, la condición política es un "hecho concer-

por los interesados, su nacionalidad o regionalidad autonómica, es decir, su pertenencia a determinada nacionalidad o región, de las que integran la Nación española y que tengan Estatuto de Autonomía aprobado".

(25) Efectivamente, esa Circular de 26 noviembre 1980 (B.O.E. de 28 del mismo mes y año), se manifestaba así: "Prevista en la Constitución la existencia de Comunidades Autónomas y aprobados los Estatutos de algunas de ellas, ha surgido un nuevo dato para identificar a la persona, como es la condición política de perteneciente a tales comunidades, condición que depende de la vecindad administrativa, según los arts. 7 del Estatuto del País Vasco y 6 del Estatuto de Cataluña, vigentes en la actualidad.

Por lo expuesto, surge la posibilidad de hacer constar la pertenencia a una Comunidad Autónoma de las ya existentes, lo que en su caso será aplicable en las Comunidades Autónomas que en el futuro se constituyan.

Con independencia de lo anterior, la expresión *nacionalidad* designa en el Registro Civil, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el carácter de español o extranjero de la persona.

En consecuencia, completando y precisando lo declarado por la anterior Circular de 6 de noviembre, esta Dirección General ha acordado declarar:

1. En el Registro Civil, la mención *nacionalidad* hará referencia al carácter de español o extranjero del interesado.

2. En las actuaciones del Registro Civil constará..."

niente al estado civil” y *ex art. 1 Ley Registro Civil* debería inscribirse. Y este es el extremo que no contempla la Circular de 26 noviembre 1980, porque además de lo dicho no debe olvidarse que la entrada en el Registro Civil de la condición política que prevé esa disposición es facultativa del interesado: “si el interesado lo pidiere”. Como tampoco, el sentido que se da a este ingreso en el Registro, que es el de una mera mención de identidad que añadir a los signos identificadores descritos en el art. 12 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, R.R.C.): nombres y apellidos, nombre de los padres, número del documento nacional de identidad, naturaleza, edad, estado, domicilio y nacionalidad. El papel de la condición política que se “puede” llevar el Registro es harto modesto, cuando cumple otro de gran trascendencia para el estado civil, que es ignorado registralmente hablando. Pero aún hay más. Ni siquiera como mención de identidad tiene sentido el tomar razón en el Registro de la condición política de ciudadano de una u otra Comunidad Autónoma, porque carece de una nota esencial a todo signo de identificación y que como tal reúnen los previstos en el art. 12 R.R.C., la “universalidad”. Universalidad, significa que un signo de identificación para ser tal debe poder predicarse de cualquier sujeto integrado en el ordenamiento jurídico del que se parta, debe poder detectarse en cada uno de tales sujetos. Por ejemplo, el nombre y los apellidos son “universales” al ordenamiento jurídico español porque cualquier sujeto los tiene, lo mismo ocurre con el nombre de los padres, con la edad etc. Y sin embargo, la condición política de ciudadano de una comunidad autónoma no la tienen los españoles, no puede detectarse una de ellas en cada sujeto, sino —como veíamos hace un momento— sólo en los españoles mayores de edad o emancipados (art. 44 L.R.L.), quedando sin identificar bajo este criterio todos los menores de edad no emancipados (26). Queda claro, pues, que ni siquiera como mención de identificación de ingreso voluntario en el Registro, tiene sentido jurídico la condición política.

2.3.- Vecindad civil balear, igual a sometimiento al derecho civil propio

2.3.1.- El principio de territorialidad y su excepción general

La tercera y última ecuación, se origina como consecuencia de la

(26) De las menciones de identidad que cita el art. 12 del R.R.C., existe una que tampoco lo es, por carecer de la misma nota de “universalidad”: el número del documento nacional de identidad. En otro orden de cosas, existe otra, descrita con una ambigüedad impropia de un texto jurídico y sobre todo de un Reglamento del Registro Civil; me refiero al “estado”. Sobran las aclaraciones.

remisión que implícitamente lleva a cabo el art. 7º E.A.I.B. al art. 14 C.c., cuando tras afirmar la territorialidad del Derecho civil especial, añade, “sin perjuicio de las excepciones que se puedan establecer en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales”. El artículo recuerda, en la medida en que es una transcripción, el art. 7º,1 del E.C., y como éste, presenta *a priori* el inconveniente de que a pesar de proclamar pomposamente el principio de territorialidad para el Derecho civil balear (o catalán, en aquel caso), la excepción que admite tiene mayor envergadura que el propio principio, al conducirnos al citado art. 14 C.c. en cuyo primer número leemos que: “La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”; es decir, criterio personal. La técnica legislativa adoptada no es, por este motivo, la más adecuada. Sobre este particular hay que traer a colación como modélico el art. 9º del Estatuto de Autonomía de Aragón, que tras establecer en su primer número el principio de territorialidad para las disposiciones de la Comunidad Autónoma, especifica en su segundo número que “Las normas que integran el Derecho civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial”. A la precisión con que se expresa, hay que añadir la virtud de ser el único Estatuto de Autonomía que contempla de manera directa la vecindad civil, como criterio de sujeción al ordenamiento civil especial correspondiente.

2.3.2.- *Relación entre esta ecuación y la anterior*

Con la salvedad que acabo de hacer en el epígrafe anterior, la actual ecuación (Vecindad civil balear = Sujeción al Derecho civil foral o especial de las islas), ofrece algunos flancos aptos para el comentario, básicamente deducibles de su puesta en relación con la ecuación antes objeto de estudio (Extranjero que se nacionaliza... etc.).

A.- La discriminación del español de origen frente al extranjero nacionalizado español, a la hora de quedar sometidos al derecho civil balear

El primer flanco, atañe a la puesta de relieve de una discriminación entre el extranjero que adquiere la nacionalidad española teniendo vecindad administrativa en municipio de Baleares y el español que tenga simplemente vecindad administrativa en uno de estos municipios, a la hora de quedar sometidos al ordenamiento civil balear. Una discrimina-

ción en favor del extranjero, porque en tanto que a éste una vez que adquiere la nacionalidad española le es suficiente con haber residido durante 6 meses en uno de esos municipios para a través de la vecindad administrativa el art. 6º,2 E.A.I.B. sujetarlo al ordenamiento civil balear, al español de origen, (por ejemplo a un emigrante peninsular con vecindad civil común, o aragonesa, o cualquier otra) el art. 7º E.A.I.B. al remitir al 14 C.c., le está exigiendo un mínimo de dos años de residencia para quedar sujeto a ese ordenamiento civil balear. Entre tanto, su posible vecindad administrativa sólo le convierte en políticamente balear, por contra al extranjero nacionalizado que será política y civilmente balear. Estoy de acuerdo en que en el caso del extranjero nacionalizado hay que atribuirle o adscribirlo sin demora a un ordenamiento civil, cosa que no ocurre con el emigrante peninsular que estará sometido a uno. Pero lo que creo no puede admitirse, es que para solucionar ese problema de adscripción inmediata, se le otorgue al extranjero nacionalizado una vía de la que también puede servirse el peninsular (la vía de la sujeción al derecho civil balear como consecuencia de la residencia en las islas) pero exigiéndole a éste último mayores requisitos, mayor duración en esa residencia. Máxime si se tiene en cuenta que esta vía abreviada se fundamenta en la previa condición de extranjero que, en todo caso, debería suponer —de tener que suponer alguna diferencia— una rémora y no un privilegio, tal y como podría deducirse del anteriormente citado art. 85 R.P., al referir que tales extranjeros “si por su edad o estado civil su condición es análoga a la de los nacionales, podrán ser asimilados a los vecinos o a los cabezas de familia españoles...”. Claro es, que en la hipótesis preceptuada en el art. 6º,2 E.A.I.B. no se trata de un “extranjero”, sino de un español que acaba de adquirir esa nacionalidad, y por ende la disyuntiva no es entre español y extranjero, sino entre españoles. Lo que no obsta, reitero, a que el criterio en que se apoya el artículo para facilitar su entrada al ordenamiento civil balear, sea su previa situación de “no español”. Que ello acarrea una discriminación de los españoles de origen a la hora de pretender quedar sometidos al ordenamiento civil balear o al catalán, es inconcuso. Más discutible es, si tal discriminación vulnera o no el art. 14 de la Constitución, o lo que es lo mismo, si los arts. 6º,2 E.A.I.B. y 7º,2 E.C. son anticonstitucionales. Para que así fuera indubitadamente, habría que entender que todos los españoles tienen el derecho a, cumpliendo con los requisitos legales, ser encuadrados en el ordenamiento civil que decidan. Si en sentido técnico existiera este derecho, el que a uno se les exigieran mayores requisitos temporales que a otros, vulneraría el art. 14 Constitución. Pero, aunque el tema es prolijo, creo que no hay apoyo legal para pregonar la existencia de ese derecho en nuestro ordenamiento.

B.- Argumentos en defensa del carácter no discriminatorio: la residencia del extranjero en las islas como requisito previo o presupuesto de su adquisición de nacionalidad. Inconsistencia del argumento

De cualquier forma, lo cierto es que ante la decisión de querer someterse a un ordenamiento civil especial como el catalán o el balear, le es más "fácil" conseguirlo al extranjero que se nacionaliza español que al aragonés, andaluz o murciano aunque todos residan en un municipio de las islas. Y no se nos replique, diciendo que prácticamente la discriminación no se producirá nunca porque el art. 6º,2 E.A.I.B. se encamina a aquellas situaciones de adquisición de nacionalidad española por un extranjero residente en las islas desde tiempo atrás a la nacionalización; por lo que, el plazo de residencia exigido para adquirir la nacionalidad, al ser mayor que el exigido al peninsular para adquirir la vecindad administrativa, deja a éste no discriminado. Y digo que no es una réplica adecuada, por dos órdenes de motivos:

a) El art. 6º,2 contempla cualquier clase de adquisición de nacionalidad, y no exclusivamente aquella derivada de la residencia

Primeramente, porque el artículo en discordia, no clarifica ni exige una forma concreta de adquisición de la nacionalidad española, por lo que hay que llevar a su redil todos los casos posibles. Particularmente, dentro de la adquisición originaria sería incluso subsumible la hipótesis que plantea el art. 17, último párrafo C.c. de determinación legal de filiación respecto de padre o madre español, la de opción del art. 19 C.c., la concesión discrecional de "carta de naturaleza" del art. 21 C.c., y por último la de solicitud, previa residencia en sus diferentes variantes del art. 22 C.c. Dejando al margen estos últimos casos, en los anteriores es lo más probable que no haya mediado residencia en España, (o en cualquier caso, no tiene porqué haberla habido). Si existió, y duró seis meses en municipio de las islas, ya sabemos que la adscripción al ordenamiento civil de estas es el corolario, pero... ¿Qué ocurre con el extranjero que se nacionaliza español sin tener vecindad administrativa en municipio de las Baleares? Estamos ante otra carencia del precepto cuya importancia no sería mayor de no ser por sus consecuencias. ¿Cuáles son?: en principio, y en tanto no sea modificado el precepto por el Parlamento del Estado español (porque, el *Parlament* balear parece que carece de competencia al respecto *ex art. 149,1,8ª*) reaparece el art. 15 C.c. en el ámbito balear, que de esta guisa no resulta apartado en su íntegra fuerza aplicativa por el art. 6º,2 E.A.I.B., tal y como apunté en el epígrafe 2.2.3. C. Y en tales ocasiones, puede decirse que tiene lugar una inversión de los términos discriminatorios, una mutación en la cualidad y naturaleza de

la discriminación que se produce; ya que, de una situación discriminatoria en contra del español de origen por relación, y por ende en favor de un sujeto extranjero que acaba de adquirir la nacionalidad (art. 6º, 2 E.A.I.B.), pasamos a una norma (art. 15 C.c.) que discrimina los ordenamientos forales frente al civil-común, pues "La adquisición de nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común, a menos que el extranjero residiere en un territorio de derecho especial o foral durante el tiempo necesario para ganarla según el artículo anterior..." (2 años, en resumen) (27). El resultado de combinar estas dos criticadas reglas es el siguiente: si un extranjero ha residido como mínimo seis meses en Municipio de las islas Baleares, automáticamente (salvo manifestación en contrario) queda sujeto al adquirir la nacionalidad al derecho civil de las islas, pero si sólo hubieran sido cinco (pongamos por caso), los meses de residencia en Municipio de las islas, con igual automatismo queda sujeto al derecho civil común. Y aunque, (sigamos en el campo de la hipótesis), éste extranjero, cuando era tal, hubiera residido anteriormente durante años en Cataluña, o en Aragón, etc, territorios respecto de los que su conexión e incluso inserción, ha podido ser mucho mayor que la que mantenga con las islas (28).

b) *Distinto sentido de la "residencia", según se predique a efectos*

(27) Sobre el carácter discriminatorio del art. 15 C.c. existe práctica unanimidad en la doctrina, quien ya a raíz de la sentencia del T.S. de 14 diciembre 1967 manifestó su preocupación. Cfr.: Lacruz Berdejo, J.L. "Vecindad civil del extranjero que adquiere la nacionalidad española. Comentario a la sentencia de 14 diciembre 1967", en *Homenaje a Francisco Palá*. Zaragoza (sin datar), pág. 65 y ss. Otros trabajos al respecto, son: Navarro Esteban, "Comentario" *Rev. Der. Esp. y Amer.* 1968, pág. 209-211; Pecourt García, Enrique "Nota" a la antedicha sentencia, en *Rev. Esp. Der. Int.* 1968, págs. 806-815; el trabajo de *La Revista Jurídica de Cataluña*, publicado en el año 1968, págs. 555-590, bajo el encabezado "Regionalidad del extranjero que adquiere la nacionalidad española (Objeciones a la sentencia del T.S. de 14 diciembre 1967)".

Más concretamente sobre el art. 15 C.c., pueden verse los trabajos de Rodrigo Bercovitz comentando tal precepto, por un lado en *Comentarios a la reforma del Código civil*. Madrid. 1977, tomo I, págs. 718-129, y en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1978, tomo I, págs. 503-514.

(28) Percatándose de la problemática que genera la amplitud literal del precepto, Bercovitz, R. "Vecindad civil y nacionalidad" *cit.*, pregona una interpretación restrictiva tanto del art. 15,1 C.c. como de los arts. 7º, 2 E.A.C. y 6º, 2 E.A.I.B., limitándolos a los casos de adquisición de nacionalidad por residencia, y por carta de naturaleza. Sin embargo, sus objetivos, son algo diferentes a los que propugno en el texto. Así, respecto del art. 15,1 coincidimos en evitar que el principio discriminatorio que contiene alcance a las vecindades catalana y balear (pág. 1156), pero no estoy muy seguro de que deba evitarse "que los artículos 7º, 2 y 6º, 2 de los Estatutos de Cataluña y Baleares se apliquen absolutamente a todos los casos de extranjeros que al nacionalizarse como españoles residan en Cataluña o en las Islas Baleares, respectivamente" (pág. 1157). Al respecto, remito al lector el epígrafe 3.2.

de adquisición de nacionalidad española, o a efectos de adquisición de vecindad administrativa en un municipio

En segundo lugar, tampoco es una réplica adecuada porque aún en los supuestos en que se trate de un extranjero con residencia, o mejor que adquiere la nacionalidad española por residencia, no hay que olvidar que el plazo exigido por el art. 22 C.c. es menor, en ocasiones, que el mínimo de dos años que el art. 14. C.c. exige para ganar vecindad civil, pues es hasta de un año (29). No es sustentable, pues, la afirmación inicial.

Pero, sobre todo, no lo es porque aún en estos casos de adquisición de nacionalidad por residencia, ya sea el plazo de 10 o de 1 año, la exigencia del art. 22 C.c. de tal "residencia" no puede homologarse con la "residencia" exigida a efectos de ostentar la condición política o la vecindad administrativa. En efecto, mientras que la primera es una "residencia en España" (por tanto, en "cualquier Municipio de España"), la segunda está mucho más recortada: residencia en Municipio de las islas. De donde, como adelantaba *ad exemplum* hace un momento, puede suceder que un extranjero que adquiriera la nacionalidad española por residencia durante 10 años, lo haya hecho durante 12 en Cataluña, pero en los últimos tiempos la haya fijado en Baleares habiendo adquirido vecindad administrativa por residencia durante seis meses. Entonces, el art. 6º,2 E.A.I.B. lo sujeta al derecho civil de las islas. Y viceversa, al extranjero que haya residido durante 20 años en las islas y que sin embargo al adquirir la nacionalidad española no tenga vecindad administrativa en Baleares, el vacío del art. 6º,2 lo impulsa hacia la regla del art. 15 C.c.: sujeción al derecho civil común. Ambas soluciones me parecen carentes de la lógica interna que pretendidamente sustenta la regla del art. 6º,2 E.A.I.B.: sujetar al derecho propio a quien haya mantenido con el territorio de la Comunidad Autónoma una vinculación y la consiguiente inserción en el entramado social, cultural, y por lo tanto también jurídico, en mayor grado al que pueda predicarse de otras Comunidades autónomas con derecho civil propio o sin él.

(29) El art. 22, texto reformado por la Ley 13 julio 1982, concreta que: "Bastará, sin embargo, el tiempo de residencia de un año para:

- 1º. El que haya nacido en territorio español.
- 2º. El nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.
- 3º. El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.
- 4º. Quien se haya casado con español o española aunque el matrimonio se hubiese disuelto.

En todos los casos..."

3. PROPUESTAS DE SOLUCION

Ante la caótica situación legal propiciada por los artículos comentados, que he descrito en sus rasgos más sobresalientes, parece insuficiente el limitarse a criticarlo. Se impone el apuntar unas líneas o esbozos de solución de *lege ferenda*, al margen de las soluciones posibilistas que he ido señalando al socaire del actual art. 6º, 2 E.A.I.B. Y el punto de partida es el de afrontar, sin temor, la necesidad de reformar totalmente esos preceptos. Y digo sin temor, porque en ocasiones se cree que reformar un texto legal de reciente aparición y con la carga política que encierra un Estatuto de Autonomía, constituye una actuación peligrosa o poco deseable, por cuanto merma el prestigio del texto, que es la pieza maestra de engarce con la Constitución española. Con tal modo de pensar, se hace un flaco favor a la causa autonómica, pues el que la misma repose sobre reglas que (en el aspecto que estamos tratando, no hace falta precisarlo) contienen errores, disfunciones y antinomias, no hace sino añadir dificultades a la consolidación de esa nueva forma de organización política. Aclarado esto, hay que preguntarse por cuáles deben ser las líneas por las que deberían discurrir los "nuevos" arts. 6º y 7º E.A.I.B.

3.1.- Líneas de solución

Lógicamente, la solución tiene que venir de la mano de dos preceptos que no generen, que eviten, los problemas que hasta aquí he ido desgranando. El *desideratum* de normas alternativas a los arts. 6º y 7º E.A.I.B. debe reunir tal requisito, además del de no plantear otros nuevos. Y entiendo que ello es factible en ambos casos.

3.1.1.- El principio de territorialidad, y su sustitución por el de eficacia personal

Es cierto que el actual art. 7º E.A.I.B., en la medida en que es una mera declaración general sin aplicación práctica conocida, (como decía en el *epigrafe 2.3.1*), no constituye un obstáculo insuperable para el normal funcionamiento del ordenamiento civil balear. Pero, si estamos de acuerdo en que el criterio por el que se aplica el antedicho ordenamiento es el personal (vecindad civil), no advierto razón alguna que justifique la dicción del tal artículo. Así, el que el ordenamiento privado español sea un conjunto-marco en el que se mueven otros subconjuntos (30), co-

(30) Defiende el tenor actual del art. 7º E.A.I.B. en base a los argumentos que trato de rebatir en el texto, Masot, Miguel en "Tratamiento del Derecho civil de las Islas en

sa cierta o que comparto, no veo en qué altera el que el criterio de aplicación sea el personal o el territorial. En otros términos, puede existir un ordenamiento privado, marco de referencia, integrado por subordenamientos civiles o privados especiales o no, sin que ello necesariamente signifique que su única posible cohesión sea el principio de territorialidad. Será éste, o será el personal (técnicamente es indiferente) según sea la elección de política legislativa. Y el legislador español, en el art. 14 C.c. se decanta diáfano por el criterio personal, que además es el históricamente deseado por los territorios con propio ordenamiento civil. Constituye un apriorismo entender que "ordenamiento" y "territorio" son dos realidades inescindibles. El que la Comunidad Autónoma Balear, como las restantes, tenga una referencia territorial (art. 2º E.A.I.B.: "El territorio de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares es el formado por el de las islas de Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera y otras islas menores adyacentes") hace que las competencias que asume y su ejercicio tengan necesariamente aquella referencia, pero como señalan Díez-Picazo y Rubio Llorente en el voto disidente a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 julio 1983, "no puede ocurrir lo mismo en modo alguno con el derecho y con las normas emanadas de tales competencias. Constituye un error pensar que las normas emanadas de las Comunidades Autónomas son normas de efectos en el espacio estrictamente territoriales" (31).

el Estatuto de Autonomía", *Estudis Baleàrics*, juny 1983, págs. 13-26. Concretamente, pág. 19, tras manifestar su desacuerdo con las críticas vertidas sobre su concordante del Estatuto catalán, afirma: "El texto de nuestro Estatuto, como el del Estatuto catalán, tiene que examinarse partiendo de la consideración, expuesta anteriormente, del actual ordenamiento jurídico privado español como conjunto-marco en el cual se mueven otros subconjuntos, uno de los cuales es nuestro ordenamiento jurídico civil. En este caso, es de rigor la aplicación, de entrada, de dicho Ordenamiento dentro del marco territorial de la Comunidad Autónoma, y sólo cuando resulte por razón del estatuto personal, que es aplicable otro Derecho, se dará paso al mismo. Y ello, está de acuerdo con lo que se dice en el artº. 7º, en que, tras el principio de la eficacia territorial de nuestro Derecho, se añade la coletilla "sin perjuicio de las excepciones...".

(31) Se trata de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la disposición final primera de la Ley del País Vasco 1/1982 de 11 de febrero, sobre cooperativas. Esta, y el voto disidente, puede verse en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, nº 28/29. Particularmente, pág. 941 se reproduce aquel voto: "... Tiene importancia... la diferencia entre las competencias, entendidas como conjuntos concretos de poderes y de funciones cuya titularidad ostenta la Comunidad Autónoma y los actos producidos en el ejercicio de tales competencias. Esta diferencia es especialmente importante en el caso de que estos actos consistan en la creación de normas jurídicas, porque la competencia de cuyo ejercicio resultan es un poder de producción de derecho... Pues bien, así como las competencias y su ejercicio tienen una referencia territorial expresa, no puede ocurrir lo mismo en modo alguno con el derecho y con las normas emanadas de tales competencias. Constituye un error pensar que las normas emanadas de las Comunidades Autónomas son normas de

Parece más consistente el justificar el principio de territorialidad proclamado en el art. 7º E.A.I.B., por razones de índole práctica, de práctica judicial que “en ocasiones, no ha sabido calibrar que, en una región con Derecho civil propio, éste es y debe ser el Derecho de normal aplicación, y por el contrario, ha exigido la prueba de la vecindad civil mallorquina para derivar de ello la posible aplicación de nuestro Derecho” (32). Pero a pesar de su consistencia, entiendo que es igualmente inatendible. Porque de alguna forma, reaparece el apriorismo apuntado. El que el ordenamiento de normal aplicación en Baleares sea el propio (civil balear), es una consecuencia de que la mayoría de los habitantes de las islas tendrán tal vecindad civil. Desde un punto de vista jurídico, la tónica general, la “normalidad”, viene dada porque será “lo normal” el que se ostente tal vecindad. Esa es la única interpretación posible, repito una vez más, a la luz del art. 14 C.c. Que luego resulta que en ocasiones es de difícil prueba tal vecindad, como revela Masot en el ejemplo citado en la nota 32, pues búsquese un medio de facilitar tal prueba, pero no se llegue a la conclusión de que los obstáculos rituarios desvirtúen el ordenamiento sustantivo. Por último, téngase en cuenta que el criterio de la territorialidad entendido como que “de entrada” en las Baleares hay que aplicar derecho civil propio sin necesidad de alegar la vecindad civil

efectos en el espacio estrictamente territoriales. En el art. 149,1,8 de la Constitución hay una referencia clara a las “normas para resolver los conflictos de leyes”, que no son sólo las que constituyen el Derecho internacional privado, sino también las constitutivas del Derecho internacional (así, en el texto, quiere decir —sin duda— interregional, aunque sería mejor hablar de “interautonómico”), que resuelve los conflictos entre las diferentes leyes que se integran el ordenamiento jurídico nacional español, entendido en el sentido global. Por esto... hay que acudir a esas normas de Derecho interregional, que en el actual Derecho positivo español se encuentran en el Título preliminar del Código Civil”.

El voto particular, finaliza —por lo que a nosotros interesa— con la importante afirmación: “...el establecimiento de las normas sobre el conflicto de leyes es competencia del Estado y del sistema general de Derecho interregional, sin que ninguna Comunidad Autónoma pueda modificarlo, otorgando a sus leyes un ámbito de aplicación distinto del que resulta de dicho sistema”. Adaptándolo a nuestro caso, la Comunidad Autónoma Balear, no puede establecer como criterio de aplicación de su ordenamiento civil el principio de territorialidad, porque el art. 14,1 C.c. previamente impone el personal. Sucede, sin embargo, que el art. 7º E.A.I.B. (como todo él) no es una norma emanada de la Comunidad Autónoma sino del Parlamento u órgano legislativo del Estado —como ya se apuntó en el texto— por lo que el art. 14 C.c. a pesar de su común origen “estatal” (no autonómico), se diferencia del tal art. 7º en que su ámbito aplicativo es “general” y no “especial”...

(32) Afirmación que realiza el especialista en Derecho civil balear Miguel Masot *op. cit.*, pág. 20, añadiendo: “...lo cual, tratándose de un Tribunal que tiene su ámbito de jurisdicción en Mallorca, no es lógico en modo alguno. ¿Se imaginan en, este punto, una sentencia de un Juez o Tribunal mallorquín que nos diga que, por ejemplo, el matrimonio Forteza Bonnin se había contraído bajo el régimen de gananciales por no haberse probado que dichos cónyuges tuvieran al contraer matrimonio la vecindad civil mallorquina... Pues, pronunciamientos similares se han hecho en la práctica judicial”.

correspondiente, tiene su contrapartida en los restantes territorios del Estado en los que "de entrada" nunca se aplicaría el ordenamiento civil balear a pesar de que los sujetos implicados tuvieran vecindad civil en las islas. Por todo ello, seguramente lo más conveniente es que "de entrada" cualquier Tribunal o Juez no "tenga" que aplicar necesariamente ordenamiento alguno, en tanto no aprecie cual es la vecindad civil del caso y por ende el conjunto de normas a aplicar.

De proponer un texto alternativo al actual art. 7º E.A.I.B., cosa que no es tan imperiosamente necesaria como en el caso del artículo precedente, hay que decantarse por uno idéntico al citado art. 9º del Estatuto de Autonomía de Aragón (33).

3.1.2.- *La vecindad administrativa y la condición política, en el art. 6º E.A.I.B.*

Aunque sean estos dos conceptos los que se barajan en los dos números del art. 6º E.A.I.B., a efectos de propuesta de solución, (lo mismo que he hecho en sede analítica) hay que diferenciarlos.

A.- La condición política

Puesta de manifiesto la inutilidad de la declaración expresada en el art. 6º, 1 E.A.I.B. (*epígrafe 2.1.3*), el camino lógico es el de abogar por su supresión. Es lo cierto, que aunque se trate de una declaración legal inútil no crea anomalía ni disfunción inmediatas en otros campos por lo que su desaparición es, escuetamente, un imperativo de economía legislativa. Tampoco debemos olvidar, que el que desapareciera tan sólo del E.A.I.B. carecería de sentido pues igualmente superflua es en los restantes citados en la nota 3.

Puestos a posibilistas, otra vía de solución sería la de "aprovechar" el que el concepto legal está acuñado para atribuirle alguna trascendencia jurídica en el futuro. Pero en esta línea el legislador se encontrará con la dificultad del carácter no general, o no global, que tiene esa condición política respecto de la totalidad de integrantes de una Comunidad

(33) Su texto íntegro es como sigue: "Uno. Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma de Aragón tendrán eficacia territorial sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal y otras reglas de extraterritorialidad. Dos. Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial".

Autónoma. A parte de que no parezca un procedimiento ortodoxo, ni racional, y por contra sea una posible fuente de discriminaciones, como he apuntado en el epígrafe citado.

B.- *La vecindad administrativa del extranjero, en el art. 6º, 2 E.A.I.B.*

Este es el precepto que inflige mayor preocupación. Parece no haber en él, ni siquiera una palabra o aspecto, positivo o no rechazable. No hay duda, entonces, de que la línea de solución pasa inexcusablemente por la propuesta de un texto alternativo. Y dentro de ella, las directrices que lo pueden informar es factible determinarlas de la mano de la Conclusión 4ª del Congreso de Jurisconsultos celebrado en Zaragoza en el año 1981, con leves matices. Recordemos que decía esta conclusión: "La vecindad civil del extranjero que se nacionalice español debe determinarse en un régimen de absoluta y total igualdad en todos los sistemas jurídicos privados territoriales, incluido el Código civil. Para los extranjeros que se nacionalicen españoles debe preverse legalmente la posibilidad de un derecho de opción, a ejercitar dentro del expediente de nacionalización, por la vecindad civil de su preferencia, siempre que respecto del territorio de la misma mantengan ciertos mínimos puntos de conexión" (34). El matiz, está en dar un paso adelante más, entendiendo que cuando esos "puntos de conexión" sean "equivalentes" a los que posibilitan que un español de origen adquiera una vecindad civil (balear en nuestro caso), la sujeción al derecho civil en cuestión sea automática para el extranjero que se nacionalice, salvo manifestación en contrario.

3.2.- *El texto alternativo al art. 6º, 2 E.A.I.B.*

Según deriva de las líneas de solución reseñadas y de la crítica reali-

(34) Esta Conclusión 4ª de la Sección 2ª de este Congreso, la he reproducido tal como aparece en la última edición de los *Elementos de Derecho Civil*, I vol. II. Barcelona. 1983, pág. 118 del Prof. J. L. Lacruz. Sin embargo en el trabajo de Juan Alvarez-Sala *del An. Der. Civ.* 1982, págs. 375-401, titulado "Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución (Zaragoza, días 29 de octubre a 1 noviembre 1981)", esa misma 4ª conclusión dice así (pág. 400): "La vecindad civil del extranjero que se naturaliza español debe determinarse en un régimen de absoluta y total igualdad entre todos los sistemas jurídico-privados territoriales, incluido el del Código civil.- Los extranjeros que se nacionalicen españoles adquirirán la vecindad civil correspondiente al punto de conexión que haya sido causa determinante de la concesión de nacionalidad. Para los supuestos de naturalización por carta de gracia, el extranjero gozará de un derecho de opción para elegir libremente cualquier vecindad civil". Aunque las diferencias no son muy sustanciales, ¿ubi est veritas? La explicación está en que mientras que el Prof. Lacruz reproduce la conclusión de la "Ponencia", Juan Alvarez hace lo propio con la auténtica conclusión 4ª del Congreso, o sea, la aprobada por el mismo.

zada a la norma, el texto o propuesta sustitutoria vendría conformado por, aproximadamente, un tenor como el que sigue: "2. Los extranjeros que, al adquirir la nacionalidad española, lleven residiendo en cualquiera de los municipios de las islas Baleares un tiempo mínimo de dos años ininterrumpidos, ya en el mismo municipio, ya en varios, adquirirán *ex lege* la vecindad civil balear, salvo declaración expresa en contrario".

Para cerrar la regla anterior, cabría añadir un tercer número, en este sentido: "3. A falta de la residencia exigida, o en caso de darse la declaración en contrario, el extranjero que se nacionalice, podrá optar en el expediente de nacionalización por la vecindad civil de su preferencia".

Soy consciente de que en una primera lectura, puede parecer excesivo ese derecho de opción general, en un texto autonómico; pues, para conceder esa posibilidad al extranjero que se nacionalice parece que, *prima facie*, ese sujeto debería tener algún punto de contacto o inserción en la Comunidad Autónoma por la que optase. Conexión que no necesariamente debiera ser la residencia ni el domicilio, sino cualquier otra evaluable, como: vinculación familiar con sujetos con vecindad civil balear, o incluso, parafraseando el art. 220,5º R.R.C., el hablar el catalán en cualquiera de sus "modalidades insulares" (a tenor del art. 14 *in fine* E.A.I.B.), o cualquier otra adaptación a la cultura y estilo de vida balearicos, como estudios, actividades benéficas, religiosas o sociales... etc. Aunque ésta sería la solución deseable, la existencia del art. 15 C.c. obliga a forzar al máximo el ámbito aplicativo de los respectivos Estatutos si no quiere llegarse a una solución discriminatoria. Dicho claramente: con el texto propuesto se trata de preservar al extranjero nacionalizado español que carezca de inserción en Comunidad Autónoma alguna, de la necesaria sujeción al ordenamiento civil común, porque en tales circunstancias no existe razón alguna que aconseje la necesaria sujeción a uno u otro ordenamiento. Lo correcto, sería concederle tal opción, que en caso de ejercerla en favor del ordenamiento balear le convertiría en vecino civilmente de las islas.

Con razón, se nos puede espetar, que si este último es el motivo que justifica el tenor de nuestra propuesta, en su tercer apartado, lo más congruente sería modificar el art. 15 C.c. estableciendo en él ese derecho de opción general, a falta de puntos de inserción. Efectivamente es así, pero también lo es, que las normas aparecen en un contexto preestablecido y que es en función de él, que deben articularse, contando con el marco en el que se insertan. Y el art. 6º,2 cuando fue promulgado, y aún hoy, se inserta en un cuadro general regido por el art. 15 C.c., por lo que independientemente de la necesaria reforma de éste, debía haber

intentado solucionar *per se* los problemas que de la aplicación de aquel art. 15 C.c. se coligen. Estos son los móviles de esta aparentemente contradictoria o fuera de lugar cláusula general de opción, que además sincroniza con el sentir general de la doctrina, y con la práctica existente en los Estados Federales en caso de que un extranjero adopte la nacionalidad federal (35).

Cuestión distinta es la de la conveniencia, o no, de que los Estatutos de Autonomía regulen los procedimientos de sujeción a los ordenamientos civiles especiales. En puridad, parece lo más lógico y elemental que la normativa al respecto sea estatal (de aplicación en todo el Estado, pues las autonómicas citadas son también "estatales"), sea una Ley "general" de conflictos quien lo solvete. Pero en tanto ello no suceda, y como decía hace unas líneas, hay que buscar las soluciones posibilistas, o soluciones en el marco del actual ordenamiento, corrigiendo las deficiencias funcionales del mismo. Aunque, como veremos más adelante (*epigrafe 3.3., g*), las soluciones que aquí propugno acaban allanando el camino hacia aquella Ley general (36).

3.3.- *Obstáculos que salva el texto propuesto*

Con una norma igual o similar a la esbozada, no se salvan todos los obstáculos que he ido oponiendo al actual precepto, e incluso aparecen algunos otros menores como el relatado últimamente. Pero desaparecen los más ostensibles y sustanciales, como trato de evidenciar a continuación.

Los más aparentes obstáculos que permite sortear el tenor anterior, pueden agruparse en siete grandes apartados.

(35) *Vide*, en este sentido, la ponencia sobre "*Vecindad Civil*" del "Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución", celebrado en Zaragoza. 1981, concretamente pág. 9 del texto mecanografiado, en donde, sin embargo, se sigue insistiendo en "las mínimas exigencias que, en cuanto a puntos de conexión y arraigo se refiere, pudieran establecerse, en evitación de cualesquiera clase de fraudes a este respecto". Lo cual, siendo cierto, deja irresoluto el caso de falta de tales conexiones o arraigos.

Sobre la práctica de los Estados Federales, *vide*, la nota 18, pág. III.

(36) Sobre el tema de la competencia legislativa en materia de vecindad civil, tocado marginalmente en el texto por salirse de los derroteros de este trabajo, *cfr.* págs. 17-30 op. cit. nota anterior, en donde con lujo de argumentos se postula por la competencia estatal. Y en la misma línea, aunque marginalmente, Elizalde y Aymerich, Pedro de "El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía". An. Der. Civil 1984, págs. 389-436, en concreto págs. 407-409.

a) El más inmediato de todos, es el narrado en el epígrafe 2.2.2, el error de redacción, que aunque no fuera compartida la propuesta alternativa que aquí se hace, es preciso corregir. En este punto, ningún jurista discrepará.

b) Se encauza el vacío legal en caso de que, con la actual norma, el extranjero manifieste "su voluntad en sentido contrario" a la sujeción al ordenamiento civil balear. La imprevisión de qué sucede cuando el tal nacionalizado se limite a declarar que no desea someterse al ordenamiento civil balear, sólo puede ser suplida actualmente acudiendo al art. 15 C.c. y a la criticada regla que lo sometería sin demora al ordenamiento civil común.

c) Se corta la posibilidad de interpretar *a contrario* la norma para llegar a la conclusión de que la pérdida de la vecindad (en el artículo propuesto, la residencia) signifique, a su vez, desujeción al derecho civil balear. Debe suprimirse el "mientras mantengan" actual, porque una vez que el sujeto ha quedado sometido al ordenamiento civil que sea, debe regirse por idéntica regulación que los españoles de origen respecto de la pérdida de vecindad y posterior adquisición de otra. (Recordemos lo expuesto en el *epígrafe 2.2.4.A*).

d) La desaparición de la vecindad administrativa como criterio determinante del estatuto personal, supondría una serie de ventajas al ser sustituida por la residencia durante dos años. Entre otras:

1. Evita el cuestionar si un extranjero al adquirir la nacionalidad española puede tener o no automáticamente vecindad administrativa (*epígrafe 2.2.3. A y B*), pues sobre lo que no hay duda es en la posibilidad de que un extranjero sea "residente" en las islas (art. 80,1,a) R.P.D.

2. Esclarecería mayormente, si cabe, la inutilidad del tratamiento registral de la vecindad administrativa (*epígrafe 2.2.4.B*).

3. Se retornaría a la unidad en los criterios de sujeción a los ordenamientos civiles españoles, evitando la utilización de un concepto sin tradición apenas en el campo civil y perteneciente a un muy delimitado campo del ordenamiento administrativo municipal.

Porque en la actual situación, el 6º,2 (y el 7º,2 E.C.) constituye una ruptura del único criterio que fijan los arts. 14 y 15 C.c.: la vecindad civil, aún en el caso del extranjero que se nacionalice. Desde la reforma del Título Preliminar del C.c. del año 1974, y hasta la aparición del E.C.

la vecindad civil se erigía en el único criterio determinante del estatuto personal (37). Y ahora, se ha perdido esa unidad por mor de los citados arts. 6º, 2 E.A.I.B. y 7º, 2 E.C. que en el peculiar caso escrutado, sitúan a la vecindad administrativa en idéntico escalafón funcional que la civil. Y no puede decirse que la vecindad administrativa sea una hipótesis más de vecindad civil, so pena de llevar la confusión conceptual al terreno de lo antológico.

4. Esa sutitución de la vecindad administrativa por la residencia durante dos años en municipio de las islas, orilla otro inconveniente no explicitado hasta este momento, y que aparece en ocasiones. El inconveniente es una secuela del distinto ámbito geográfico de imputación que ofrecen la vecindad administrativa y la residencia tal como la hemos perfilado. La primera es imputable a un sujeto sólo en la relación a "un" concreto y determinado municipio (para tener vecindad administrativa en municipio de las islas, hay que residir durante un mínimo de 6 meses en el mismo municipio), en tanto que la "residencia" que recoge la propuesta, lo es en relación a cualquiera de los municipios de las islas ya sea en uno, ya en varios sucesivamente (para ser "residente" durante dos años en municipio de las islas, no hace falta "residir" los dos años en el mismo municipio, puede variarse de municipio cuantas veces se desee).

Una vez más, un ejemplo práctico posible, reflejará mejor que las explicaciones teóricas los inconvenientes a que me refiero. Planteemos la situación de un extranjero que lleva residiendo en las islas dos o más

(37) La reforma del Título Preliminar del C.c. del año 1974, representó desde el punto de vista del contenido de la vecindad civil, un notable cambio respecto a la situación anterior, que era de coexistencia de la vecindad civil definida en el segundo párrafo del n.º 3 del art. 15 C.c., con *ius sanguinis* (art. 15,2º) y el *ius soli* (art. 15,1º), como criterios determinantes del estatuto personal. La reforma antedicha consistió en reunir bajo el concepto de vecindad civil, además del contenido anterior, el correspondiente a los otros dos criterios determinantes del estatuto personal. Al transformarse en el art. 14 C.c. el *ius sanguinis* y el *ius soli* en otras formas de adquisición de vecindad civil, y el art. 15 también establecer que el extranjero cuando adquiere nacionalidad española, "lleva aparejada la vecindad civil común...", se erige la vecindad civil en el único criterio determinante del estatuto personal. Se hacen sinónimos, "vecindad civil" y "naturaleza en un territorio foral o con derecho civil propio" (o "común", claro es).

Esta "unidad" del criterio determinante de la sujeción a un ordenamiento civil, se hizo, por otra parte, sacrificando la homogeneidad que inicialmente existía entre vecindad civil y administrativa, originariamente basadas, ambas, en la residencia continuada (y la administrativa aún hoy, ex art. 44 L.R.L.), mientras que ahora sólo una de las cuatro hipótesis de vecindad civil (dejando al margen, la de los hijos no emancipados y la de la mujer casada) tiene tal fundamento: la del art. 14,3 C.c.

años, pero, por las razones que sean, no lo ha hecho en un sólo municipio sino que ha ido variando su residencia dentro del ámbito balear. Si-gamos suponiendo que, cuando se nacionaliza español (por residencia) no lleva los seis meses correspondientes en el municipio en que esté resi-diendo, ni en los anteriores municipios. Resultado: no puede tener ve-cindad administrativa en municipio alguno de las islas, al adquirir la na-cionalidad española. Según el actual 6º,2 E.A.I.B., este sujeto, aunque llevara residiendo durante años en las Baleares, no quedaría automá-ticamente sometido al ordenamiento civil balear, por carecer de vecindad administrativa. Caso en el que, a mayor *inri*, habría que aplicar en tanto no exista una norma propia para Baleares, el art. 15 C.c., llegándose al absurdo resultado de que el sujeto en cuestión quedaría sujeto al orde-namiento civil común.

Repito, que con el texto alternativo que he esbozado, se supera este inconveniente porque la residencia no se reputa de un municipio sino de la Comunidad Autónoma. Lo que, en otro orden de cosas, revela que la crítica al 6º,2 E.A.I.B. no parte del entendimiento de que atrae a ex-cesivo número de sujetos al ordenamiento civil balear, sino de que los criterios de atracción son técnicamente defectuosos e ilógicos, descono-ciendo como dato esencial el mantenimiento de mayor o menor número de puntos de conexión con el territorio. Así, en el último ejemplo relata-do el 6º,2 E.A.I.B. excluye al sujeto de su ámbito, por contra al texto alternativo apuntado.

e) Se evita la discriminación entre españoles a que he hecho men-ción en el *epígrafe* 2.3.2. Rizando el rizo, podría decirse que se mantie-ne, porque en el extranjero residente durante dos años en municipio de la Comunidad Autónoma existe automatismo en adquirir la vecindad ci-vil, en tanto el español de origen *ex art.* 14,3,1º C.c. debe manifestar su voluntad al respecto. Pero aquí la razón de la diferencia está justifi-cada, en razón de la también diferente situación prèvia de uno y otro sujeto. El español de origen estará sometido a un ordenamiento civil di-ferente al balear, y el extranjero nacionalizado carece de ordenamiento civil español prèvio. Se impone sujetarlo a uno de ellos, para lo cual los dos años de residencia que propongo le sitúan en pie de igualdad con cualquier español de origen, porque aunque éste debe, como hemos vis-to, manifestar su voluntad afirmativa para quedar sometido al ordena-miento civil balear tras los dos años de residencia, el extranjero también ha realizado una manifestación de voluntad afirmativa cuando ha solici-tado adquirir la nacionalidad española, manifestación de voluntad que sumada a los dos años de residencia, permite presumir la voluntad de quedar sometido al ordenamiento civil balear. No se exige, en tal caso,

mayor o diferente número de requisitos al español de origen que al extranjero que se nacionaliza, a la hora de entrar en el ordenamiento civil balear. Y al mismo tiempo, queda intacta la regulación general que establece el art. 14 C.c. sobre adquisición de vecindad civil.

f) El texto propuesto, evita en todo caso, la entrada en escena del art. 15 C.c. y su secuela discriminatoria de los ordenamientos civiles especiales o forales frente al común. Ninguna posibilidad de extranjero que se nacionalice escape al texto: con residencia durante dos años (vecindad civil balear), y sin ella (opción), frente al actual 6º,2 del que escapan, visto quedó, numerosas hipótesis.

g) Por último, su concordancia con la Conclusión 4ª del Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza de 1981, y con el actual art. 14 C.c., permitiría su engranaje con los restantes ordenamientos especiales y con el común, allanando el camino hacia la futura Ley de Conflictos. Hoy, los arts. 6º,2 E.A.I.B. y 7º,2 E.C. generan disfunciones no solo en el radio de los respectivos sistemas jurídico-civiles propios, sino también en los interordenamentales. Aunque, también es cierto, que no son los únicos preceptos, o mejor los únicos Estatutos de Autonomía que los crean. Baste recordar una vez más el caso de Navarra y su art. 5º. Lo que no es ningún consuelo.

4.- *APENDICE: LA LEY 7/1985 DE 2 DE ABRIL, REGULADORA DE LAS BASES DEL REGIMEN LOCAL*

Cuando este trabajo ya había sido dado a la imprenta, e incluso realizada su composición, ha visto la luz en el B.O.E. la esperada Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuyo Título II ("El Municipio"), Capítulo I ("Territorios y población") se dedican cuatro preceptos (arts. 15 a 18) a los temas de población (38). La pregunta que interesa resolver ahora, es la de si tales reglas suponen alguna variación respecto del régimen descrito hasta ahora, contenido en la Ley de Régimen Local. Y, en efecto, se aprecian algunas variaciones en la primera ecuación, en la línea posibilista que apuntaba en el epígrafe 3,1.2.A; aunque ni son muy notables ni, por el momento, diáfanas. Concretamente, de la lectura de los nuevos arts. 16 y 18, uno obtiene la impresión de que en este punto el legislador ha pretendido dotar de contenido jurídico a la aséptica "condición política", y para tal logro, y ante la evidente im-

(38) Cfr. B.O.E. del 3 de abril de 1985, nº 80, págs. 8945-8964.

posibilidad de hacerlo manteniendo su base (la vecindad administrativa), ha optado por alterar esta última.

El art. 16,1 comienza declarando que "La condición de residente se adquiere en el momento de realizar la inscripción en el Padrón", para seguidamente, dividirlos en dos subcategorías: vecinos y domiciliados (lo que implica, la desaparición de la categoría "Cabezas de familia" del viejo art. 42 L.R.L.).

La auténtica novedad en esta materia, nos la ofrece el nº 2 de ese art. 16, al conceptuar a los vecinos, y por ende a la vecindad administrativa, como la propia de "los españoles mayores de edad que residan habitualmente en el término municipal y figuren inscritos con tal carácter en el Padrón municipal". Respecto del viejo art. 44 L.R.L., o sea del concepto de vecindad administrativa que he utilizado en el trabajo que antecede, se produce una reducción del número de sujetos que pueden alcanzarla. En tanto que antes podían tenerla los "mayores de edad o emancipados", ahora únicamente la tienen los "mayores de edad", manteniéndose idénticos los restantes requisitos. Aunque esta variación, como pondré de relieve dentro de poco, permite dotar de cierta operatividad al concepto de "condición política", significa privar de tal condición a todos los sujetos menores de edad emancipados que la han tenido (en nuestro caso, "condición política balear") desde la entrada en vigor del E.A.I.B.

El art. 16,3 conceptúa a los domiciliados como "españoles menores de edad y los extranjeros residentes habitualmente en el término municipal y que como tales figuren inscritos en el Padrón municipal". En relación al derogato art. 45 L.R.L., se produce una ampliación de la categoría, consecuencia de la restricción de la de vecino, al engullir a los menores emancipados.

Como consecuencia de estas alteraciones, aparecen dos facetas que conviene resaltar.

4.1.- El intento de conectar la condición política con el derecho de sufragio.

Primeramente, el vaciado de los "menores emancipados" del marco de la vecindad administrativa para llevarlos al de los "domiciliados", permite —como apuntaba hace un momento— dotar de cierta operatividad a la "condición política" (sinónimo de vecindad administrativa), pues al poderla ostentar únicamente los españoles mayores de edad, se ha per-

filado a la medida de las disposiciones electorales. Y así, el art. 18,1 de la nueva ley puede afirmar entre los derechos y deberes de los vecinos, "a) Ser elector y elegible de acuerdo con lo dispuesto en la legislación electoral". Parece, *prima facie*, que, al fin, la condición política de ciudadano de una Comunidad Autónoma tiene un contenido jurídico propio y exclusivo: legitimar para ejercer el derecho de sufragio en el ámbito de la Comunidad de que se trate. Pero no es así, como paso a relatar.

Al no matizarse el ámbito en que pueden ejercitarse tales derechos electorales, y remitirse a la legislación electoral, se mantienen las mismas dificultades de incardinación que expresé en el epígrafe 2.1.2. Por otra parte, adviértase cómo de la lectura conjunta de ese art. 18,1, a) L.R.B.R.L. y del art. 6º,1 E.A.I.B., no se deduce que el ostentar la condición política balear sea el factor legitimante para ejercer el derecho de sufragio en las elecciones autonómicas; sino que, lo es para gozar de ese derecho en general, según la "legislación electoral", y por ende, en cualesquiera elecciones, como por ejemplo las generales, en las que carece de sentido el conectar ese derecho a la condición política de ciudadano de una determinada Comunidad Autónoma (No así, respecto de la vecindad administrativa tal como se estructura ahora. Luego, el *lapsus* sigue estando en esa "maldita" equiparación entre vecindad administrativa y condición política que llevan a cabo los Estatutos de Autonomía).

Si acabamos de ver que la condición política de ciudadano de una Comunidad Autónoma no arrastra como efecto propio y exclusivo la legitimación electoral en el ámbito de la Comunidad, porque excede con mucho ese marco, hay que poner de relieve, ahora, que además, esa legitimación electoral no es exclusiva de la condición política (invierto el sentido del planteamiento). O lo que es lo mismo, que se puede tener legitimación electoral en el ámbito de la Comunidad Autónoma (o inferior), sin necesidad de tener tal condición política. Ocurre, en dos casos.

El primero, aparece de la mano del art. 16,4 L.R.B.R.L. al afirmar que "A los efectos electorales, los españoles que residan en el extranjero se considerarán vecinos o domiciliados en el Municipio en cuyo Padrón figuran inscritos", disposición que hay que poner en relación con el art. 17,3: "Los Ayuntamientos confeccionarán un Padrón especial de españoles residentes en el extranjero en coordinación con las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas". Estos dos preceptos, rompen la funcionalidad de la condición política a efectos electorales, ya que esos españoles residentes en el extranjero carecen de la "condición política" de ciudadanos de la Comunidad Autónoma a la que pertenece el Municipio en cuyo Padrón especial figuren, por no cumplir

con los requisitos del art. 16,2, y sin embargo, "a efectos electorales", dice el art. 16,4 "se considerarán vecinos o domiciliados", o lo que es lo mismo, se les considerará como si tuvieran la condición política (y ex art. 18,1 a), ostentarán el derecho de "ser elector y elegible") cuando en realidad no la tienen.

Una última disfunción, viene dada de la mano del art. 18,2: "Los extranjeros domiciliados que sean mayores de edad tienen los derechos y deberes propios de los vecinos, salvo los de carácter político. No obstante, tendrán derecho de sufragio activo en los términos que prevea la legislación electoral general aplicable a las elecciones locales". De donde resulta, que se está contemplando a un sujeto que jamás puede tener condición política, por no poder alcanzar nunca la condición de vecino (en este punto, no se ha producido variación alguna respecto a la L.R.L., el extranjero, sólo puede ser residente domiciliado), y sin embargo se prevé que goce de derecho de sufragio activo, y además en las "elecciones locales". Es esta otra muestra de la ruptura entre la condición como estado y el derecho de sufragio como efecto jurídico propio, pues otras condiciones, como la de domiciliado, en el caso que acabamos de ver, comportan igual derecho en determinados ámbitos.

4.2.- *La vigencia del art. 53,2 L.R.L.*

La entrada en vigor de la Ley 7/1985 de 2 de abril, genera una duda interpretativa trascendental, respecto a muchas de las elucubraciones realizadas en los epígrafes anteriores; duda, que sólo quedará resuelta definitivamente cuando en ejecución de la Disposición Final 1ª de esa ley, el Gobierno proceda a su refundición con "las disposiciones legales vigentes de acuerdo con lo dispuesto en la disposición derogatoria...". Me estoy refiriendo a si hay que entender vigente o no el art. 53,1 L.R.L., que afirma que el Alcalde declarará de oficio, la vecindad de los residentes que cumpliendo los requisitos correspondientes lleven dos años de residencia efectiva en el Municipio, o bien a los seis meses previa solicitud de los interesados. La posibilidad formal de que siga vigente ese precepto de la L.R.L., radica en la mentada Disposición derogatoria de la Ley 7/1985, cuando afirma que "Quedan derogados, en cuanto se opongan, contradigan o resulten incompatibles con las disposiciones de esta Ley: a) La Ley de Régimen Local, texto articulado y refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955..." (39). Es decir, los preceptos de la

(39) Además de la Ley de Régimen Local, se citan también otras, y en último lugar: "e) Cuantas otras normas, de igual o inferior rango, incurran en la oposición, contradicción o incompatibilidad a que se refiere el párrafo inicial de esta disposición". A resaltar

L.R.L. sólo quedan derogados en la medida en que “se opongan, contradigan o resulten incompatibles” con los de la nueva. ¿Y que dice ésta nueva Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local?

Hemos visto cómo el art. 16,2 define a la vecindad administrativa por cuatro notas: nacionalidad española, mayoría de edad, residencia habitual e inscripción en el padrón. Y, de otra parte el mismo artículo 16, en su n° 1, sostiene que la condición de residente se adquiere *ipso facto* al inscribirse en el Padrón, y que éstos son, o se clasifican en vecinos y domiciliados. Súmese a ello el art. 16,3 con su prescripción de que para poder ser domiciliado hay que ser o menor de edad o extranjero, y resultará —encadenando las tres reglas— que los españoles mayores de edad, en cuanto sean residentes en un Municipio, serán necesariamente vecinos del mismo, abstracción hecha del tiempo de residencia. Esta interpretación, colisiona, a mi entender, con el propio art. 16,2 que, como reflejaba hace un momento, exige como requisito para ser vecino la “residencia habitual”, (no la mera “residencia”), por contra al “residente” que alcanza esa condición con la mera inscripción en el Padrón. Esta exigencia de “habitualidad” en la residencia, para ser considerado vecino ha sido una constante histórica de la figura (40), que no ha desaparecido en este último texto legal. Si estamos de acuerdo en que el art. 16,2 L.R.B.R.L. exige para ser vecino que la residencia esté cualificado por la “habitualidad”, hay que intentar dotar de sentido a esa cualificación, y el único camino para ello es entender que el art. 53,1 L.R.L. continúa vigente, cualificando esa habitualidad por los seis meses, o los dos años de residencia. De esta forma, el tal art. 53,1 no sólo no contradice en este punto (41), el actual art. 16 L.R.B.R.L., sino que, muy al contrario, lo complementa y dota de sentido jurídico.

En resumen, los mayores de edad españoles, desde su inscripción en el Padrón son residentes, pero momentáneamente no son ni domici-

la inutilidad de esa Disposición derogatoria, en la medida en que no hace sino enunciar el principio de que la ley posterior, de igual o superior rango, deroga a la anterior...

Además, en relación a los preceptos que en el texto se citan del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, la Disposición Final 1ª, autoriza al Gobierno para que en el plazo de un año, actualice y acomode a la L.R.B.R.L. “todas las disposiciones reglamentarias que continúen vigentes y, en particular, los siguientes Reglamentos: a) El Reglamento de Población...”

(40) Cfr. en este sentido, mi trabajo citado en nota 1.

(41) Digo “en este punto” porque en algunos aspectos está claramente derogado. Concretamente, hay que entender suprimida la referencia a los menores emancipados. Y en el n° 2 la referencia a los “no emancipados”, hay que entenderla hecha a los “menores de edad”. (Cfr. el texto completo del artículo en nota 20).

liados (porque es preciso ser o extranjero o menor de edad) ni vecinos (porque deberán aguardar los seis meses y solicitarlo, o a los dos años, automáticamente). De manera, que todos los razonamientos llevados a cabo en los epígrafes anteriores en torno a la problemática de los seis meses del art. 53,1 L.R.L. continúan teniendo validez. Piénsese que, de no admitir la interpretación que patrocino, resultaría ser falsa la exigencia de habitualidad que hace el art. 16,2 L.R.B.R.L., al estar desprovista de contenido jurídico, con lo que la vecindad administrativa se habría desvirtuado absolutamente, porque se habría transformado en la "residencia" de los mayores de edad, por contra al domicilio que sería la residencia de los menores de edad y de los extranjeros. Se trataría, de la misma situación fáctica predicada de diferentes grupos de personas.

NOCIONES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO PENAL

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO. 1. Definición. 2. Estructura. 1. Normas penales incompletas. II. Normas penales en blanco. 3. Elementos de la norma penal. A. Delito. 1. Acción. 2. Antijuridicidad. 3. Tipicidad. 4. Culpabilidad. Causalismo y finalismo. Tipo y culpabilidad. B. Pena. C. Medidas de seguridad. III. DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO. 1. Planteamiento. 2. Límites. 1. Principio de legalidad. —Garantía criminal. —Garantía penal. —Garantía de ejecución. —Garantía jurisdiccional. II. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. III. Principio de intervención mínima. IV. Principio de culpabilidad.

I. INTRODUCCION

Antes de ir exponiendo, mediante un estudio sistemático por el que se irá desglosando el concepto de Derecho Penal, se hace necesaria una pequeña introducción acerca del carácter científico del estudio del Derecho tantas veces puesto en entredicho esencialmente en el siglo pasado cuando un jurista alemán, Kirchmann formuló el más difundido anatema contra la ciencia jurídica; "Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura".

Sin embargo esta afirmación ha sido tachada por quienes defienden el carácter científico del Derecho como totalmente inexacto por cuanto aunque las leyes cambien, como cambia la sociedad, el mundo en que vivimos incluso en mayor medida que lo hacen las normas debiéndose precisamente el cambio de aquellas a la necesidad que tienen de adaptarse a las nuevas situaciones para no quedarse desfasados o inservibles, no se puede descartar el carácter científico del estudio del Derecho. La frase de Kirchmann no podrá afectar nunca a los libros verdaderamente científicos que gozarán de ese carácter a pesar de que cambie el objeto de estudio por cuanto es precisamente esta variación, la posibilidad de

un estudio dinámico y crítico, lo que le da carácter científico del que carecería a sensu contrario, con la invariación del objeto.

En este sentido, nos dirigimos al Derecho para superar precisamente la variabilidad de las leyes en concreto, el cual, toma significado en la norma como concepto (que será posteriormente objeto de estudio en un análisis más detallado) y en la conducta como fenómeno jurídico. Siendo así que se nos presenta como un producto de la historia, fiel reflejo de la cultura y pasado de un pueblo y de una sociedad en la que incide directa y permanentemente por lo que se encuentra en un constante proceso de elaboración y aplicación que lo convierte, por otra parte, en el instrumento más eficaz para la consecución de una convivencia ordenada dentro de esa sociedad, lo que nos llevará directamente al estudio del fundamento y límites con que debe ser utilizado el Derecho como instrumento coactivo.

El Derecho Penal, según la distinción que procede del concepto general de Derecho puede ser considerado desde dos puntos de vista distintos: El objetivo y el subjetivo.

II.- DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO

1. *Definición*

Es el conjunto de normas jurídicas que constituyen el denominado ordenamiento jurídico penal que tienen por objeto la determinación de las infracciones de naturaleza penal y sus correspondientes sanciones —penas y medidas de seguridad— (1).

Existen otras muchas definiciones de Derecho penal en sentido objetivo (2) que no difieren en gran medida sino en pequeños matices de la anterior, entre ellas la de Cuello Calón (3) "El conjunto de normas establecidas por el Estado que determina los delitos, las penas y las me-

(1) Para Mir Puig: "Introducción a las bases del Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pág. 29, es el "conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, cometido o de probable comisión, penas medidas de seguridad y sanciones reparatorias de naturaleza civil".

(2) La definición de Von Liszt en su tratado de Derecho penal, Madrid 3^o E.I, pág. 5: "Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia" fué la que sirvió de base a las formuladas posteriormente.

(3) "Derecho Penal" Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 1960, pág. 8.

didias de corrección y de seguridad con que aquellos son sancionados", para Maggiore, el Derecho penal "es el sistema de normas jurídicas, en fuerza de las cuales el autor de un delito "reo" es sometido a una pérdida o disminución de derechos personales" (4).

La evolución de los diversos sistemas penales han hecho que junto a la pena se incluyan las llamadas medidas de seguridad en la definición de Derecho penal (5).

Para Camargo Hernández son características fundamentales del ordenamiento jurídico penal, 1ª) pertenece al derecho público interno, ya que el delito tiene valor de una ofensa a la sociedad y la pena lo tiene de retribución a los intereses sociales (6). En este punto surge la cuestión de los delitos privados en los que es necesaria la previa existencia de una denuncia o querrela a la que responde muy claramente Ferrer Sama "Nada significa el hecho de que ciertas conductas delictivas, queden en su efecto, condicionadas a la formulación de instancia por parte del agraviado. Quien confundiese el concepto de los llamados delitos privados hasta el extremo de negar la existencia en los mismos de un atentado al orden social, desconocería la propia naturaleza de tales infracciones ignorando que respecto a las mismas dicho condicionamiento de la perseguibilidad no obedece sino a razones de política criminal que no borran en modo alguno la existencia de un verdadero atentado a los bienes públicos que el ordenamiento jurídico penal tutela".

2ª) Dada la instramisibilidad de la sanción penal que únicamente recae sobre el actor o copartícipe de la violación o precepto contenido en sus normas es de carácter personal.

3ª) Es una disciplina autónoma. La norma penal, como toda norma jurídica, consta del precepto y de la sanción y, así como este Derecho tiene sus sanciones propias, también tiene sus propios preceptos que, sin perjuicio de las naturales relaciones entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico, fija con toda independencia. El supuesto de que un mismo hecho esté regulado por mas de una rama del ordenamiento jurídico no quiere decir nada en cuanto a la independencia de ninguna

(4) "Diritto Penale" Ed. 5ª, Zanichelli, Bolonia, Vol. I, Tomo I, pág. 4.

(5) J. Antón Oneca, en J. Antón Oneca y J. A. Rodríguez Muñoz, Derecho Penal, I, Madrid 1949, pág. 1; J. M. Rodríguez Devesa, Derecho Penal Español, Parte General, cit., pág. 9 y ss.; C. Camargo Hernandez, Introducción al estudio del Derecho Penal, Barcelona 1964, pág. 11.

(6) "Introducción al Derecho Penal" Ed. Bosch, Barcelona 1964, pág. 13.

de éstas, se trata simplemente de un concurso de normas cuya distinta naturaleza se determinará por sus correspondientes sanciones.

El Derecho penal es sancionador, pero no en el sentido de tener un carácter secundario o complementario de las otras ramas del Derecho —privado o público— sino de sus propios preceptos, al igual que las restantes disciplinas jurídicas.

Es de carácter imperativo, es decir, encierra el mandato de seguir una determinada conducta ya sea activa o de carácter negativo bajo la amenaza de incurrir en la sanción que se establezca, aplicación de una pena o de una medida de seguridad.

4ª) Es de carácter aflictivo y preventivo, este es precisamente el principal carácter diferenciador de los demás ordenamientos jurídicos y exige un estudio pormenorizado de los caracteres específicos de la sanción, pena y medidas de seguridad que mas adelante analizaremos.

Vistas las características del ordenamiento jurídico penal, considerado éste como un conjunto de normas, procede ahora el estudio pormenorizado de la norma jurídico penal.

Para Elias Diaz (7), el Derecho es un sistema o conjunto de normas reguladoras de algunos comportamientos humanos en una determinada sociedad.

En esta perspectiva, el Derecho se muestra como una técnica de organización social: una técnica normativa que contribuye a la implantación de un determinado orden, a la realización de un determinado modelo de organización en una sociedad. Es pues algo situado en la historia, un resultado o producto histórico.

Ese orden instaurado por el Derecho se apoya sobre un determinado sistema de intereses y sobre una determinada concepción del mundo. Orden y Justicia, serían así los dos objetivos o aspiraciones primordiales a lograr por este sistema normativo que es el Derecho, también los dos valores desde los cuales intenta legitimarse todo sistema de legalidad. En función de estos dos objetivos se regulan, por las normas, los comportamientos humanos en sociedad. La norma aparece así como la referencia mas inmediata del Derecho, bien sea en cuanto producto sin mas de la regularidad misma de los comportamientos (normas consuetudinarias), bien —siendo esta mucho mas frecuente en los ordenamientos actuales—

(7) "Sociología y Filosofía del Derecho", Ediciones Taurus, Madrid 1980, pág. 11.

en cuanto producto de las regulaciones impuestas por el poder político a dichos comportamientos (normas legales). En ambos supuestos el resultado es la consecución de conductas regladas, ordenadas dentro de un todo social.

Así pues, considerando el Derecho como sistema normativo se presenta como un sistema de seguridad y de control social.

2. La Estructura de la norma penal, es común a toda norma jurídica formalmente completa y consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica (8).

La diferencia entre la norma penal y las demás normas radica en que en la norma penal el supuesto de hecho lo constituye un delito y la consecuencia jurídica una pena o una medida de seguridad (9).

Para Rodríguez Devesa (10) el nombre de medidas de seguridad cubre medidas de muy diversa naturaleza. Desde la auténticamente asegurativas, semejantes a las penas casi en todo, como la custodia de seguridad para delinquentes incorregibles, hasta de índole médica, curativa, como las que se aplican a los enfermos mentales, pasando por las netamente reeducadoras previstas para los menores.

Para Muñoz Conde (11) el prototipo de una norma penal completa lo constituye, por ejemplo el Artículo 407 del Código Penal: "El que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor" porque en ella se describe claramente el supuesto de hecho de "matar a otro" y la consecuencia jurídica "la pena de reclusión menor". Ello no sería así para Mir Puig (12) si por norma completa se entiende aquella que determina exhaustivamente el contenido del presupuesto y de su consecuencia jurídica, para quien ni las preposiciones contenidas en la parte especial ni, por supuesto las que se hallan en la parte general encierran por sí solas normas penales completas en cuanto a su contenido (sin embargo formalmente, la mayor parte de disposiciones de la parte especial son "completas" en cuanto responden a la estructura de hecho —consecuencia jurídica—).

(8) En este sentido Camargo Hernández, ob. cit. pág. 162 y ss.; F. Muñoz Conde, "Introducción al Derecho Penal", Ed. Bosch, Barcelona 1975, pág. 14 y ss.

(9) F. Muñoz Conde, ob. cit. pág. 14.

(10) "Derecho penal español", Parte General, Madrid 1981, pág. 10.

(11) Ob. cit. pág. 15.

(12) Ob. cit. pág. 40 y ss.

Siguiendo a Muñoz Conde en este apartado, la cuestión principal surge cuando para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a distintos artículos del Código penal que no están en inmediata conexión o a una norma jurídica de carácter extrapenal, encontrándonos en presencia de las llamadas normas penales incompletas y normas penales en blanco.

I. *Normas penales incompletas*

Son los preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar, como por ejemplo el Artículo 8 del Código penal, sobre las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, en el que no se hace referencia a ningún supuesto de hecho concreto; o el Artículo 30, entre los preceptos que sirven para aclarar el ámbito o extensión de la consecuencia jurídica.

La razón de la existencia de estos preceptos radica en la conveniencia de una economía legislativa (13). Si para cada figura de delito hubiese que aludir a todas las proposiciones complementarias de la parte general el Código penal debería repetir su Libro I tantas veces cuantos delitos contiene los Libros II y III, lo que resulta a todas luces absurdo. De ahí la constitución de la parte general del Derecho penal constituido por normas penales incompletas.

II. *Normas penales en blanco*

Para Muñoz Conde, es aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal.

En este punto existen variedad de opiniones según los autores, que sin embargo coinciden en afirmar que la norma penal en blanco una vez completada es tan norma penal como la otra (14).

En su origen sirvió en Alemania para explicar los casos en que la

(13) En este sentido, J. M. Rodríguez Devesa, ob. cit. "Un lento proceso histórico ha ido extrayendo de lo que hoy llamamos parte especial, aquellos componentes de la Ley penal que se repiten en todos o en varios delitos para formar con ellos la parte general".

(14) En este sentido: J. M. Stampa Braun "Introducción a la ciencia del Derecho penal", Valladolid 1953, pág. 33; Mezger, "Tratado de Derecho penal", Tomo I (Traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid 1955), pág. 397.

Ley del imperio dejaba la determinación del supuesto de hecho en manos de los Estados o de los Municipios (15). Es decir se concibe desde un principio como autorización o delegación por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la Ley penal en blanco. Esta es la concepción de Bilding. Junto a este supuesto, el complemento de la Ley en blanco se halla contenido en otra Ley, pero emanada de otra instancia legislativa, Mezger añadió otros dos supuestos, 1º el complemento se halla contenido en la misma Ley, y 2º el complemento se halla contenido en otra Ley, pero emanado de la misma instancia legislativa.

El planteamiento de Mezger es aceptado en la doctrina de nuestro país por Rodríguez Devesa (16) y es rechazado por Jiménez de Asua (17) el cual niega el carácter de ley penal en blanco al supuesto en que el complemento se ubica en la misma ley, admitiendo el caso de remisión a Ley distinta del mismo rango, aunque lo llama "caso impropio" y reserva "la extrictez o rigurosidad de las leyes en blanco" para cuando el complemento corresponde a otra instancia legiferante o a la autoridad; y por Stampa Braun (18) que limita esta denominación al caso en que el complemento debe buscarse en una instancia inferior, considerando los otros dos supuestos como variedades de técnica legislativa.

La regulación de determinadas actividades peligrosas para la sanidad de un país, su orden económico, etc. —por sólo citar sectores en los que se da más frecuentemente este tipo de técnica legislativa—, está fuertemente condicionada por las circunstancias histórico-sociales concretas. La actividad legislativa en estos sectores es incesante: a una ley sigue otra que poco después la modifica, un reglamento que la desarrolla, etc. Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, sopena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar este deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco. Esta existe independiente de que el acto, a través del que se consigna el supuesto de hecho, tenga origen legislativo o proceda de una autoridad administrativa, como se da por ejemplo en el Artículo 339 del Código Penal.

(15) J. M. Stampa Braun, ob. cit. pág. 30.

(16) "Derecho Penal español, Parte General", 4ª Ed. Madrid 1974, pág. 149.

(17) "Tratado de Derecho Penal II", 3ª Ed. Buenos Aires, 1964, pág. 353.

(18) Ob. cit. pág. 32 y ss.

Es importante destacar como hace Muñoz Conde "el peligro que encierra el empleo de la norma penal en blanco" (19), ya que, supone muchas veces una infracción del principio de legalidad y del de la división de poderes estatales que les sirve de base, al permitir que el carácter delictivo de una conducta puede ser determinado por una autoridad, que constitucionalmente no está legitimada para ello, por ejemplo el Artículo 520 del Código penal; haciendo incapié en que lo verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal es que se conceda a la autoridad política o administrativa, a través de la remisión a las órdenes o reglamentos que se hacen en las normas penales en blanco, la facultad de determinar el ámbito de prohibición penal.

3. *Elementos de la norma penal*

De la definición dada en un principio se deduce que el Derecho penal en la actualidad, trata del delito, de la pena, y de las medidas de seguridad.

A. *DELITO*

Para Rodríguez Devesa (20) el delito en su acepción formal es la conducta que castiga la ley con una pena, la acción penada por la ley, o sea el conjunto de presupuestos de la pena; y en su acepción material es una acción típicamente antijurídica y culpable a la que esta señalada una pena (21). Voy a tratar de analizar, aunque sea de una manera breve todos y cada uno de los elementos del delito:

1. *La acción*: "siguiendo a Rodríguez Devesa la acción es un acaecimiento previsto en la ley y dependiente de la voluntad humana. Asimismo para Muñoz Conde, acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana (22).

Esta puede ser de tres clases, acción en sentido estricto, cuando se trata de un hacer algo; omisión, o un no hacer y la combinación de las

(19) Ob. cit. pág. 22 y ss.

(20) Ob. cit. Madrid 1981, pág. 311.

(21) Para Luis Rodríguez Ramos, Compendio de Derecho penal, Parte General, 1ª Ed., Editorial Trivium, Madrid 1984, pág. 139, "desde el punto de vista de la Ley penal, el delito es una conducta injusta —antijurídica— y reprochable a una persona culpable".

(22) "Teoría General del Delito", Editorial Temis; Bogotá 1984, pág. 11.

dos anteriores o comisión por omisión.

Y así el acto es una manifestación de la voluntad que mediante acción u omisión produce un cambio en el mundo exterior (23).

A fines del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, penetra en la ciencia del Derecho penal la teoría causal de la acción, que dividió a la misma en dos partes constitutivas distintas: el proceso causal exterior, por un lado, y el contenido puramente subjetivo de voluntad, por el otro. Según esta teoría, el contenido de voluntad es solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor. Según ello, la acción es un puro proceso causal, que ha originado la voluntad en el mundo exterior —efecto de la voluntad—, sin considerar si lo ha querido o solamente lo ha podido prever —contenido de voluntad—. El contenido subjetivo de voluntad no tiene para la acción significación; el problema del contenido de la ciencia se elimina del concepto de la acción y es solamente de importancia para el problema de la culpa.

Este concepto naturalista de la acción, excluye el contenido de la voluntad (dolo), de toda función creadora sobre la acción; el contenido de la voluntad debe ser de importancia solamente para la culpabilidad y no para la acción. La acción es puro efecto causal de la voluntad.

Este concepto objetivo causal de la acción ha constituido el fundamento del sistema del Derecho penal. Antijuridicidad y culpa fueron distribuidos en el efecto objetivo de voluntad y el contenido subjetivo de voluntad. La antijuridicidad se refiere al suceso exterior objetivo (la lesión causal de bienes jurídicos); la culpa se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado.

Según el concepto final de acción, “la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista”. La acción es por tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad” o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan pendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder

(23) L. Jimenez de Asua, “La teoría jurídica del delito”, Madrid 1931, pág. 31.

causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido concientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por esto, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente", la causalidad es "ciega".

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo y las quiere realizar por ello. Sólo en relación a esta consecuencia de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista solamente en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

Por último el concepto social de acción (24) engloba todos aquellos comportamientos humanos relevantes para el Derecho penal, pudiendo asimismo representar la mas alta unidad respecto a todos los fenómenos punitivos (función clasificadora).

Así afirma Rodríguez Mourullo (25) que "el significado que conviene a un comportamiento humano en una "unidad de sentido social" puede proceder tanto del ejercicio de la actividad final (acciones dolosas) como del desarrollo de un curso causal precisamente en la medida en que se dejó escapar a la sobredeterminación final (imprudencia), tanto de la posición de causas (acción positiva) como de la no interrupción de una cadena causal ya en marcha (omisión)".

2. *Antijuridicidad*: Para que toda conducta humana sea constitutiva de delito ha de llevar aparejada una conducta contraria a la norma penal que prohíba u ordene su ejecución, o lo que es lo mismo ha de ser antijurídica (26). La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal.

Pero aun reconociéndole un carácter predominantemente objetivo, se ha observado, por parte de la doctrina, que determinados hechos delictivos presentan un marcado carácter subjetivo, muestran una específica actitud psicológica del agente, dirigida a un determinado fin. Una mis-

(24) Rodríguez Mourullo, "Derecho Penal, Parte General", pág. 220.

(25) Ob. cit. pág. 220.

(26) E. Cuello Calón. "Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Ed. 14ª, Editorial Bosch. Barcelona 1964, pág. 342.

ma conducta exterior, se ha dicho, puede ser conforme al derecho o antijurídica, según el sentido que el agente atribuya a su acto, según la disposición animada con que lo ejecute. Estos elementos de índole subjetiva son denominados "elementos subjetivos del injusto". La presencia de semejantes rasgos subjetivos en la antijuridicidad no supone la fusión de ésta con la culpabilidad, pero sería equivocado atribuir todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

A Von Liszt (27) se debe la distinción entre antijuridicidad formal y material, muy discutida, pero de bastante aceptación. La acción es formalmente antijurídica en cuanto transgresión de una norma establecida en cuanto significa una conducta dañosa para la sociedad: un ataque a los intereses de los particulares o de la colectividad; esto es, lesiona o pone en peligro un bien jurídico.

Los penalistas adheridos a la filosofía de los valores han dado particular relieve al bien jurídico como concepto central de la teoría del delito. El bien jurídico, protegido por el precepto penal y atacado por el delito, no es sólo un interés defendido por el Estado mediante el precepto penal, sino la síntesis valorativa de la figura delictiva, el fin mismo con arreglo al cual debe ser interpretada aquélla.

Debemos tratar aquí, sin duda, las causas de justificación que determinan la licitud de la acción. Estas circunstancias se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico y concretamente de nuestro ordenamiento penal, así en el Artículo 8 circunstancia 4^a sobre la legítima defensa, 7^a estado de necesidad, 11^a cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y 12^a obediencia debida.

Para Rodríguez Devesa (29) se han de reconducir las causas de justificación a dos principios fundamentales: a) el de la ausencia del interés, consistente en que allí donde cesa de haber un interés que tutelar desaparece la reprobación estatal por la acción realizada y b) el principio del interés preponderante, que abarca las causas de justificación cuya razón descansa en que se da una situación conflictiva entre diversos intereses, uno de los cuales es reconocido por el ordenamiento jurídico como de mayor valor.

(27) J. Anton Oneca, "Derecho Penal, Parte General". Tomo I, Madrid 1949, pág. 180.

(28) Para Cobo-Vives, "Derecho Penal, Parte General", Valencia 1984, pág. 253, "es la contradicción del hecho con la Ley".

(29) Ob. cit. pág. 483, Madrid 1981.

3. *La tipicidad*: En la conducta humana se presentan a veces acciones que además de ser socialmente reprobables han sido penadas por la Ley (30). Para que un acto sea crimínable es necesario que el legislador lo haya descrito de una manera objetiva como tal infracción. Es decir "tipo" es la definición del hecho que se ha considerado delito en cada caso, en la simple descripción objetiva del hecho.

Para Rodríguez Devesa (31) la tipicidad es una consecuencia inevitable del principio de legalidad. Exige una concreción, una determinación por vía legal, de los casos en los que se puede y debe aplicar la pena. Así pues para Muñoz Conde (32) sólo podrán tener la consideración de delito los hechos tipificados como tales en la ley penal. De tal forma que "ningún hecho por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal".

4. *La culpabilidad*: Según Mezger (33) "la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente.

La culpabilidad jurídico penal, es, ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (situación de hecho de la culpabilidad), en la que se conecta el reproche contra el autor y, consiguientemente, la pena que al autor ha de aplicarse. En tal sentido, la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos de hecho de la pena situados en la persona del autor; para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada. Lo que no ocurre en los casos de error, tanto de tipo como de prohibición, si es invencible; castigándose si fuere vencible, en su caso, como culposa para el error de tipo y aplicándose el Artículo 66 que atenua la pena en uno o dos grados para los casos de error de prohibición.

Con anterioridad a la regulación del error en el Artículo 6 bis a) del

(30) Jimenez de Asua. Ob. cit. pág. 35 y ss.

(31) Ob. cit. Madrid 1981, pág. 397 y ss.

(32) Ob. cit. Bogotá 1984, pág. 39.

(33) "Tratado de Derecho Penal" Tomo II. Traducción de la 2ª edición alemana por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid 1935, pág. 7.

Código Penal el tema había sido ya objeto de estudio por parte de penalistas (34) dada su máxima relevancia en el campo de la culpabilidad. Unos veían posible la regulación del error a partir de la palabra "voluntarias" del Artículo 1º del Código penal; otros en el desaparecido Artículo 50 que regulaba la preterintencionalidad; y no faltaron también quienes opinaban que podían deducirse del Artículo 52 —delito imposible o tentativa inidónea— o incluso en base a la analogía "in bonan partem" considerarlo incluido el error como una análoga de la enajenación mental (35).

En cuanto a las formas de culpabilidad, cabe citar, aunque se haga aquí muy brevemente, el dolo y la culpa, cuya distinción fundamental desde el punto de vista de la abolición del resultado consiste en que el sujeto en la actuación dolosa quiere el resultado criminal, o se representa la posibilidad de que ocurra, mientras que en el hecho culposo la voluntad no consiente en el resultado que sin embargo era previsible y evitable.

Causalismo y finalismo

Tipo y culpabilidad

Segun Gimbernat (36) "El sistema finalista y el tradicional coinciden en que ambos estructuran el delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; difieren en cambio entre sí en el contenido que dan a estos elementos. Para la dirección causalista, el tipo de hecho doloso y el culposo son idénticos (acción, causalidad, resultado); la distinción entre delito intencional e imprudente no se establece hasta llegar a (las formas de) la culpabilidad: es ahí donde se examina si la voluntad del autor esta dirigida al resultado típico (delito doloso) o no (en este caso, si aún no queriéndose el resultado se ha actuado sin observar la diligencia debida, habrá imprudencia).

El finalismo, en cambio, distingue ya en el tipo entre delito doloso y culposo. Además de la causalidad entre comportamiento de la volun-

(34) A. Torio López, "El error iuris" perspectivas materiales y sistemáticas. ADP. pág. 25 y ss. Madrid 1975.

(35) G. Quintero Olivares y F. Muñoz Conde, "La reforma penal de 1983", Barcelona 1983, pág. 42 y ss.

(36) "El sistema del Derecho penal en la actualidad". Separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1-1971-2.

tad: si el autor quiso el resultado —y sólo entonces— habrá tipo doloso; si no fuese el caso, habrá a lo sumo —si se actuó negligentemente— un hecho imprudente. Con otras palabras: para el finalismo, lo que la presencia o no presencia de dolo condiciona no es la exclusión de la forma dolosa de culpabilidad de la acción típica y antijurídica, sino la existencia de tipicidad dolosa.

Pero el dolo finalista no es el de la teoría tradicional. El dolo de la teoría tradicional es un *dolus malus*; el del finalismo, un dolo neutro. El dolo forma de culpabilidad, el *dolus malus* del sistema anterior al finalismo se compone de conocimiento y voluntad de los elementos del tipo, por una parte; y, por otra, de conciencia de la antijuridicidad. De ahí se sigue que para la concepción causalista el hecho puede no ser doloso, bien por falta de conocimiento de algún elemento del tipo (el auto, que conoce la prohibición del Artículo 514, número 2 del Código penal, toma una cosa perdida creyendo que ha sido abandonada), bien por falta de conciencia de la antijuridicidad (el autor ignora la prohibición del 514.2 de que apoderarse de una cosa perdida es hurto). De lo expuesto se deduce que también en la esfera de la culpabilidad existen notables diferencias entre sistema tradicional y finalismo. Mientras que para aquél el dolo aparece en la culpabilidad estando integrado por conocimiento del tipo y de lo injusto, para los finalistas en la culpabilidad sólo se examina la conciencia de la antijuridicidad, pues el dolo —el dolo neutro— ha quedado incorporado a la tipicidad”.

B. PENA

Una primera noción de la pena nos lleva a considerarla a esta como un “castigo” impuesto por el legislador al sujeto infractor de la norma penal.

Esta cuestión trasciende incluso del estudio del Derecho entroncando directamente con otras disciplinas para las que el estudio de la pena (su significado, su fin. . .) es asimismo primordial, como por ejemplo la sociología.

La pena sirve al Estado para la protección de los bienes jurídicos, para el mantenimiento de una convivencia en paz.

De estas dos primeras nociones de pena se deducen las fundamentales posturas mantenidas por la doctrina en el estudio del sentido y fin de la pena, a) teorías absolutas: atienden únicamente al primer sentido antes aludido, es decir, es mera consecuencia del mal causado. Para los

defensores de esta doctrina su función es únicamente retributiva.

Sin embargo, esta teoría no ha sido seguida en sus términos estrictos ya que junto a esta primera función tanto la ciencia penal como las legislaciones han atribuido a la pena fines sociales de prevención; b) son precisamente las teorías relativas las que atienden al fin que se quiere conseguir con la misma, tendente a la prevención de futuros delitos. Prevención que actúa sobre la colectividad, mostrando a los ciudadanos las consecuencias del delito en los que crea intimidación y para que se mantengan en el campo de la legalidad, es la llamada prevención general (37) cuyo principal representante fué Feuerbach.

O que, según las teorías de la prevención especial, actúa sobre el delincuente al que la pena le ha de servir para que no vuelva a delinquir, cuyo principal representante fue Von Liszt.

Logicamente de estas dos teorías contrapuestas surgió una postura ecléctica que combina los criterios mantenidos por cada una de ellas o teorías de la unión, dentro de las que sin embargo surgen diversas opiniones a pesar de lo cual coinciden en concebir la función del derecho penal como protección de la sociedad.

C. MEDIDAS DE SEGURIDAD

La idea de prevención especial, alcanza su máximo significado con las llamadas medidas de seguridad, que, para Cuello Calón (38) “consisten en especiales medidas preventivas impuestas por el Estado a determinados grupos de delincuentes para conseguir su adaptación a la vida social o su segregación de la misma, o, aun sin aspirar específicamente a estas finalidades, lograr la prevención de nuevos delitos”.

La lucha contra el delito, llevada a cabo juntamente por la pena y la medida de seguridad configura el llamado Derecho penal dualista que se opone al llamado Derecho penal monista en el que únicamente se utiliza como medio de prevención y lucha, contra la criminalidad, la pena (39).

(37) Cuestión estudiada por J. M. Gómez Benitez, “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Monográfico nº 3, pág. 129 y ss.

(38) Ob. cit. Barcelona 1960, pág. 665.

(39) La Ley de Vagos y Maleantes de 1933, introdujo las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a esto el sistema bicarrial (40) entiende convergente en la prevención la función de la pena y de la medida e incluso coincidentes en la prevención especial que ambas pretenden, lo cual les permiten superar el sistema dual.

De lo hasta el momento expuesto, se deduce que la pena atiende al delito ya cometido por lo que lo tiene una directa referencia con el principio de culpabilidad, mientras que la medida de seguridad al referirse al de posible comisión, en el futuro, atiende a la idea de peligrosidad del sujeto.

Muñoz Conde (41) distingue entre peligrosidad predelictual y peligrosidad postdelictual, el cual considera que la propia naturaleza y concepto del Derecho penal se deriva que el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico penales lo constituye únicamente la peligrosidad postdelictual, por lo que el Derecho penal únicamente tratará de éstas conductas; sin embargo la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social aplica estas medidas a caso de peligrosidad predelictual, por entenderse que el individuo se halla en estado peligroso. No se trata pues de enjuiciar conductas delictivas sino maneras de ser.

Las medidas de seguridad en lo que a su forma de ejecución se refiere, han sido de hecho auténticas penas y técnicamente se han considerado por un sector de la doctrina como un ataque al principio de "nom bis in idem".

III.- DERECHO PENAL EN SENTIDO SUBJETIVO

1. Planteamiento

Analizaremos ahora el segundo punto de vista en que como ya hemos dicho puede ser entendido el Derecho penal partiendo de la distinción clásica en Derecho entre el sentido objetivo y el subjetivo. Entendiendo éste último como la facultad (si bien otros autores prefieren utilizar otras denominaciones) (42) que corresponde al Estado de crear y aplicar la norma penal, también denominado "ius puniendi" o derecho que tiene el Estado a castigar al sujeto infractor de un precepto penal me-

(40) En este sentido Artículo 86 y ss. de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal.

(41) Ob. cit. pág. 40 y ss.

(42) G. Quintero Olivares, "Represión Penal y Estado de Derecho", Editorial Dirosa, Barcelona 1976, pág. 37 y ss.; Cobo, "Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado, en RDPCO, n°. 63-1976, pág. 257 y ss.

dante la aplicación de las sanciones —penas y medidas de seguridad— señaladas por la propia norma.

De lo que a simple vista se deduce, como así también lo entiende la doctrina que la titularidad de este derecho corresponde al Estado (43), lo cual, data ya de antiguo, si bien con matices muy diversos, constatados a lo largo de la historia de la humanidad y su evolución y desarrollo, en cuanto al fundamento y justificación de este derecho a castigar.

Sin embargo el ejercicio de este Derecho no es absoluto y arbitrario y esta sujeto a una serie de límites que más adelante analizaremos y mediante los que se justifica el propio ejercicio de este derecho por el Estado. Lo cual entronca directamente con el estudio de la teoría del Estado y las funciones que el mismo desempeña en la Sociedad. En este sentido y según el Artículo 1.1. de la Constitución Española “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...” por lo que, la lucha contra la criminalidad, mediante los sistemas de retribución y prevención ya estudiados deberá llevarla a cabo mediante el respeto máximo a los principios democráticos, en este sentido Quintero Olivares (44) entiende que “sistema parlamentario, en lo que respecta al Derecho penal, no significa sin más legitimación democrática del mismo, sino únicamente, y ya es mucho, cumplimiento de una primera y fundamental condición para que aquella pueda alcanzarse”.

2. Límites

1.- Principio de legalidad

Surge con la Revolución Francesa por lo que expresa la ideología liberal frente al absolutismo y supondrá un “primer eslabón” para la consecución del estado de Derecho, corresponde al aforismo “nulum crimen, nula poena sine lege” es decir no podrá ser considerado como delito ni podrá ser impuesta pena alguna que no hayan sido previamente señaladas como tales por una ley. Ley que a tenor de lo expresado por la ideología liberal en cuanto a la división de los poderes debiera ser expresión de la voluntad general, a través del ejercicio del poder legislativo ejercido por sus representantes legales. Sin embargo como observa Quintero Olivares (45) en la Alemania nazi, mediante leyes se suprimió el prin-

(43) En este sentido S. Mir Puig, “Derecho Penal, Parte General”, Barcelona 1984, pág. 2.

(44) “Introducción al Derecho Penal, Parte General”, Barcanova, Barcelona 1981, pág. 4.

(45) Ob. cit. pág. 44.

cipio de legalidad y sus garantías, lo que manifiesta que apoyar en la Ley el sistema penal no es lo mismo que someter el sistema penal al principio de legalidad.

En un Estado constitucional todas las leyes y el ejercicio de su aplicación por el poder judicial deben subordinarse al espíritu y letra de la Constitución (46) como exponente máximo de la voluntad popular.

El principio de legalidad se derivan una serie de garantías, recogidas expresamente tanto en la Constitución como en el ordenamiento jurídico penal: *garantía criminal*: Art. 25.1 de la Constitución y Art. 1^o del Código penal, entre otros, que garantiza que no se puede considerar delito la conducta que no este señalada como tal, antes de su comisión por una ley formal. De lo que se deriva que sólo la ley y no otra fuente del Derecho puede establecer una conducta delictiva la cual no podrá ser considerada como tal en "situaciones análogas", y mediante la que se garantiza la retroactividad (47) de la ley penal salvo el caso en que la ley posterior sea mas favorable. Asi el Artículo 9.3 de la Constitución señala "la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales".

Garantía penal: Artículo 1 y 23 del Código penal, mediante la que se garantiza, según este último artículo "que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por Ley anterior a su perpetración", por lo que asimismo se garantiza la irretroactividad de la ley penal desfavorable.

Garantía de ejecución: Artículo 25.2 de la Constitución, Artículo 81 del Código penal y Artículo I de la Ley General Penitenciaria, mediante la que se exige que la pena se cumpla según lo establecido por la ley.

Garantía jurisdiccional: Artículo 24.2 y Artículo 117.3 de la Constitución que exige que las sentencias deben ser dictadas observando el cumplimiento estricto de los requisitos del proceso y por un Tribunal competente (48).

(46) En este sentido G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 46.

(47) "Comentarios a la Legislación Penal" dirigido por el Prof. Manuel Cobo del Rosal y el Prof. Javier Boix Reig, Tomo I, "Derecho Penal y Constitución", Madrid 1982, pág. 194.

(48) Para José Vicente Gimeno Sendra, Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I, "Derecho Penal y Constitución", Madrid 1982, pág. 308, "el principio de la exclusividad de la Jurisdicción comporta, no sólo la necesidad de que la función jurisdiccional sea

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el principio de legalidad y las garantías que supone se ven seriamente afectados en las medidas de seguridad y muy especialmente en las llamadas medidas de seguridad predelictuales.

El cumplimiento del aspecto material de este principio en la determinación de la pena se encuentra con el problema derivado del enfrentamiento que existe entre la necesidad de determinar con exactitud la clase, duración y características de la misma (lo que supondría en definitiva el respeto fiel y exacto al principio de legalidad) y la necesidad surgida a tenor de las nuevas direcciones de política criminal y de las exigencias individualizadoras del tratamiento de permitir una mayor elasticidad en la determinación de la misma por el Juez.

Tras la Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, se mantiene la división de la pena en tres grados (mínimo, medio y máximo) sistema empleado por los Códigos españoles al que se ha tachado de ser "en extremo legalista", sin embargo en unos casos se amplía, en otros disminuye, reduciéndose considerablemente, a mi juicio, la posibilidad de aplicación en materia de circunstancias atenuantes y agravantes del principio de la pena "justificada" (49).

Algunos autores (50) tratan por separado el principio de seguridad jurídica que entienden fundamentalmente como una consecuencia del principio de legalidad, unido a una mayor concreción en cuanto que debe ir referido a un hecho determinado y anterior; lo que supone hablar de un Derecho penal del hecho "como único compatible con el ideal de seguridad" frente al antiguo Derecho penal de autor.

II.- Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Según la opinión dominante el Derecho penal debe dirigirse a la protección de los bienes jurídicos. Pero dicha protección debe estar limitada a los ataques mas graves y no a todos por lo que se dice que tiene consideración o caracter fragmentario.

Existen diversas concepciones acerca del concepto de bien jurídico.

encomendada a un único cuerpo de Jueces y Magistrados sino que exige además que esos mismos Tribunales tengan el monopolio de la función jurisdiccional".

(49) G. Garcías Planas "Pena Justificada", en cuadernos de la Facultad de Derecho, nº 5-1983, Universidad de Palma de Mallorca, pág. 149-150.

(50) G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 49 y ss.

Así por ejemplo Binding sostenía que el Derecho creaba el bien jurídico y sin embargo Von Liszt que el Derecho no lo crea sino que le da categoría jurídica.

En la actualidad se tiende a dotar de un contenido más exacto y preciso a este concepto que siguiendo la teoría de Liszt es de naturaleza social y debe estudiarse (51) teniendo presente que estos intereses son custodiados penalmente en cuanto existe un sistema de convivencia en el que prevalece la voluntad mayoritaria que configura la existencia del estado de Derecho (inexistente en el momento en que aparece la imposición coercitiva de la voluntad de una parte de la sociedad frente a la otra).

III.- Principio de intervención mínima

Esta muy relacionado con el principio analizado anteriormente. Como hemos visto, el Derecho penal está dirigido fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos. Sin embargo esta protección no es exclusiva del ordenamiento penal sino que en dicha función intervienen asimismo las otras disciplinas jurídicas y es precisamente este principio el que limita la función llevada a cabo por el Derecho penal frente a los restantes ordenamientos jurídicos que deberán ser utilizados previamente al Derecho penal, y ello es así por el carácter sancionador del mismo. Quiere ello decir que deberán utilizarse las consecuencias que se derivan del Derecho penal —penas y medidas de seguridad— con la gravedad de que van revestidas, tan sólo en última instancia y cuando no exista posibilidad de defensa de estos bienes jurídicos, mediante otros medios de protección, considerados, al menos socialmente, menos graves (52). En este sentido la Reforma Parcial y Urgente del Código penal de Junio de 1983, fiel a este principio ha suprimido como delito de riesgo la conducción sin permiso que venía tipificada en el Artículo 340 bis c) dejándolo, en su caso, abierto a una posible sanción administrativa.

Es el llamado subsidiario del Derecho penal frente al que se encuentran las posturas que defienden el carácter autónomo e independiente del mismo, para Muñoz Conde (53) es acertada la teoría de Maurach quien afirma “frente a las restantes ramas del Derecho, el Derecho penal en principio, es independiente en sus efectos y relativamente dependiente en sus presupuestos”.

(51) G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 48.

(52) G. Quintero Olivares, ob. cit. pág. 49.

(53) Maurach “Tratado de Derecho Penal”. Traducción de Córdoba Roda, Tomo I, Barcelona 1962, pág. 33.

IV.- Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, propio de un estado de Derecho, viene establecido en el Artículo 1º de nuestro Código penal al establecer que "son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penada por la Ley" y así el apartado 2º del citado artículo 1º proclama tal principio deducido ya del apartado 1º al proclamar "que no hay pena sin dolo o culpa".

No hay pena sin culpabilidad, lo que quiere decir que siempre que haya culpabilidad haya pena, pero esta es otra cuestión que no vamos a tratar.

La culpabilidad, doctrinalmente discutida y polémica sobre todo para quienes se cuestionan la existencia del libre albedrío supone como ya se dijo el juicio de reproche que se hace al autor por no haber actuado conforme a la norma, pudiendo hacerlo, sea cual sea el fundamento que sirva de base a la culpabilidad lo cierto es que resulta necesario para adecuar la proporción entre la gravedad del hecho valorado éste en su dimensión subjetiva y la sanción.

Es precisamente el Derecho penal que tiene que posibilitar el que se pueda realizar una valoración subjetiva del hecho atendiendo a las circunstancias que concurren en un momento determinado y provocan una determinada actuación.

ESTUDIO SOBRE LA REGULACION DE LAS PENAS EN EL VIGENTE CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

ANTONIO MILLAN GARRIDO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO. II. CLASES. III. PENAS PRINCIPALES: A. Pena de muerte; B. Penas privativas de libertad: 1. Reclusión; 2. Prisión; C. Penas privativas de derechos: 1. Pérdida de empleo; 2. Separación del servicio. IV. PENAS ACCESORIAS: A. Degradación; B. Pérdida de empleo; C. Separación del servicio; D. Suspensión de empleo; E. Deposition de empleo; F. Expulsión de las filas militares; G. Servicio disciplinario; H. Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito; I. Inhabilitación; J. Suspensión. V. CÓMPUTO. VI. APLICACIÓN. VII. EJECUCIÓN. VIII. SUSPENSIÓN DE CONDENA. IX. LIBERTAD CONDICIONAL. X. REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO. XI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

I. INTRODUCCION: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

De las penas, en un sentido amplio, se ocupa el título V del Tratado Segundo del vigente Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 que, fiel al principio de integralidad que, en nuestro Ordenamiento, informa la legislación penal castrense(1), ofrece una extensa normativa (arts. 207 a 247) en la que se contiene, junto a los particularismos propios de la ley especial en esta materia, una diversidad de preceptos tomados del Derecho común. Ello da lugar a una teoría de la pena en la que se abordan, sin remisiones al Código penal, las distintas cuestiones (naturaleza, duración, efectos, aplicación, ejecución) que la misma suscita(2).

(1) Vid. Foscolo, Ugo, *La integralità dei codici penali militari in rapporto alla pena militare* (intervento al Congreso internazionale di Diritto penale militare, Verona, 9-11 maggio 1959), en "Codice penale militare integrale", Milano, Giuffrè Editore, 1961, págs. 212 a 281.

(2) El *Anteproyecto de Código penal militar* (Madrid, 1982) regula las penas, con sensibles innovaciones, en el título tercero de su libro primero (arts. 12 a 36). Las imprescindibles referencias a este Anteproyecto se hacen al texto concluido en diciembre de 1981, que fue el aprobado por el pleno de la Comisión nombrada al efecto por Orden de 17 de no-

Tal problemática constituye el objeto de esta exposición que, tomando como base necesaria la propia realidad normativa⁽³⁾, se limita fundamentalmente al examen de aquellas especialidades que, frente al Derecho común, presenta la legislación penal militar⁽⁴⁾.

Así, respecto al concepto, fundamento y fines de la pena militar no son necesarias sino algunas precisiones en relación a la teoría general:

1. El Código de Justicia Militar no ofrece, como tampoco lo hace el Código Penal, un *concepto* de pena. Se limita a señalar, en su artículo 207, que "sólo se reputarán penas las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial", añadiendo que "las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se considerarán penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley". Resalta de esta disposición general:

a) Que el concepto de pena militar aparece restringido, por cuanto no se comprenden en él las sanciones impuestas por faltas (graves o leves), que se denominan "correcciones" o "correctivos"⁽⁵⁾.

b) Que, a diferencia del Código penal (art. 26), el de Justicia Militar no excluye expresamente del concepto de "pena" otras medidas como la detención o la prisión preventiva, quizás por considerar que, siendo el concepto de pena puramente formal ⁽⁶⁾, el mismo no necesita de una delimitación negativa.

Conforme a lo anterior, la pena militar puede definirse, siguiendo a Rodri-

vembre de 1980 y el pasado a informe de las distintas Capitanías Generales. Con posterioridad, particularmente durante el primer semestre de 1983, se han introducido algunas modificaciones antes de que, a finales de junio, fuese definitivamente entregado en el Ministerio de Defensa.

(3) *Vid.*, para un análisis de conjunto de la situación en Derecho comparado, Jescheck, Hans-Heinrich, *Vollzug von Freiheitsstrafen an Soldaten, bemüungen um eine individuelle Gestaltung der Behandlung*, en "Neue Zeitschrift für Wehrrecht", Schweitzer Verlag, Berlín, 1973, cuad. 4, págs. 121 a 138. El trabajo reproduce la ponencia presentada por el autor en el VI Congreso de la Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre (La Haya, 22 al 25 de mayo de 1973) y que se basa en las contestaciones de catorce países, entre ellos España, a un cuestionario en el que se hacía referencia a las clases de penas que pueden imponerse a los militares, a las Autoridades facultadas para imponerlas y asegurar su cumplimiento, a la forma de ejecución, particularmente al tipo de establecimientos, y a los eventuales proyectos de reforma existentes en esta materia.

Asimismo, Chenut, Claude, *Les sanctions applicables aux militaires*, Ecole royale militaire, Bruxelles, 1968.

(4) *Vid.* González Pacheco, Humberto, *La pena en el fuero de guerra*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1955, n° 7-8, págs. 315 a 331; Padilla Padilla, Luis, *Consideraciones sobre el delito y la pena común y militar*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1950, n° 11-12, págs. 476 a 485.

(5) *Vid.* Rodríguez Devesa, José María, *Faltas militares*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo IX, Barcelona, 1958, págs. 619 y ss.

(6) *Cfr.* Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, Octava edición, Madrid, 1981, pág. 827.

guez Devesa, como "una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito"(7).

2. En cuanto al controvertido tema del *fundamento*, convengo con el autor antes citado(8) en que las penas militares (privativas de libertad), aun reconociéndoles una específica función de ejemplaridad(9), tienen los mismos fines de prevención general y especial asignados a la pena en el Derecho común. Por de pronto, pueden ejecutarse en establecimientos penitenciarios comunes; y cuando se cumplen en establecimientos militares, éstos tienen por finalidad la de realizar sobre los penados "un labor educadora, completando su instrucción en un régimen de trabajo que permita su reincorporación a las fuerzas armadas, en su caso, y facilite su readaptación a la vida social"(10). Tal orientación resulta, por demás, mayoritaria hoy en la doctrina tanto española(11) como extranjera(12).

II. CLASES

1. Distingue el Código de Justicia Militar entre penas militares y comunes. En esta distinción, hoy prácticamente sin contenido, debe destacarse el carácter "militar" de las denominadas penas "comunes", que nada tiene que ver con las previstas en el Código penal.

Se establecen *penas militares* para la mayoría de delitos militares propios, esto es, para aquellos que sólo pueden ser cometidos por miembros de las fuerzas armadas (sedición, contra la disciplina militar, contra el honor militar, abandono de servicio, contra los deberes del centinela, abandono de destino o resi-

(7) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 824.

(8) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Novena edición, Madrid, 1983, pág. 1252.

(9) Vid. Alvarez Villa, Fernando, *Funciones de la pena*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1955, n° 7-8, págs. 291 a 294; Calderano, B., *La funzione della pena nella sua evoluzione en "Rassegna dell'Arma dei Carabinieri"*, 1966, n° 6, págs. 1192 y ss.

(10) Artículo 2 del *Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares*, aprobado por Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre (BOE n° 31 de 1979).

(11) Señala Jiménez, en relación al delito de sedición, cómo no existen particularismos esenciales en las penas militares de privación de libertad, dominando la tendencia a unificarlas con las comunes y a que se cumplan en unos mismos establecimientos penitenciarios. Las diferencias son, para este autor, de grado: mayor necesidad de su ostensible presencia para, con sentido de prevención general, contribuir al mantenimiento de la disciplina; mayor gravedad de las penas, mayor prontitud e insoslayabilidad en su aplicación; mayor grado de elasticidad. Vid. Jiménez y Jiménez, Francisco, *El delito de sedición militar*, tesis doctoral inédita, Parte Tercera: La legislación española; Zaragoza, 1969, pág. 57.

(12) Vid. Veuro, Vittorio, *Diritto Penale Militare*, en el "Manuale di Diritto e Procedura Penale MMilitare" de G. Landi, V. Veuro, P. Stellaci y P. Verri, Milano, Giuffrè Editore, 1976, pág. 232, quien advierte, sin embargo, de las reservas mostradas por un sector de la doctrina italiana en el Congreso que, sobre el cumplimiento de las penas militares y el tratamiento penitenciario a miembros de las fuerzas armadas con vistas a su reinserción en el colectivo militar, y en la vida civil, organizó en 1972 en Saint Vicent, el Grupo

dencia, desertión, denegación de auxilio, negligencia, reincidencia en faltas graves).

Por el contrario, se establecen *penas comunes* para todos los delitos militares impropios, es decir, los que puede cometer cualquier persona (traición, espionaje, rebelión, insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada, inutilización voluntaria para el servicio, usurpación de funciones y uso indebido de uniforme, ocupación y destrucción de documentos militares, allanamiento de dependencia militar), así como para los delitos (militares propios) de fraude y contra el Derecho de gentes (13).

2. Asimismo distingue el Código entre penas principales y accesorias. *Principales* son las partes previstas de modo directo y específico en la Ley. *Accesorias* son las penas que no pueden imponerse sino como consecuencia de una principal.

3. Las *penas militares* son, por orden de gravedad, las de muerte, reclusión militar, pérdida de empleo, prisión militar desde tres años y un día, separación del servicio y prisión militar hasta tres años. Las *penas comunes* son, también por orden de gravedad, las de muerte, reclusión, prisión desde tres años y un día, prisión hasta tres años e inhabilitación (art. 209).

Son *penas accesorias militares* la degradación, la suspensión de empleo, la deposición de empleo, el servicio disciplinario, la expulsión de las filas militares con pérdida de todos los derechos adquiridos en ellas y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito. Las penas de pérdida de empleo y separación del servicio son también accesorias en los casos en que, no imponiéndolas expresamente, la Ley declara que otras penas las lleven consigo.

Las *accesorias de las penas comunes* comprendidas en el Código son la inhabilitación, en los casos que la Ley determina, y la suspensión de cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio (art. 210).

4. Puede, finalmente, distinguirse, en orden a su duración, entre penas militares *temporales* y *permanentes*.

Las penas militares de pérdida de empleo y separación del servicio impuestas como principales o como accesorias de otras penas, y la pena accesoria de degradación militar son siempre de carácter permanente. Los que las sufrán no podrán ser rehabilitados sino a virtud de una ley (art. 213).

Entiende comúnmente la doctrina que la rehabilitación puede llevarse a efecto a virtud de una ley de carácter general. De hecho, en la práctica, se ha concedido

Italiano de la Société Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre.

(13) Cfr. de Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, tomo II. "Derecho Penal Militar", Madrid, Edit. Naval, sin fecha, pág. 144.

de forma genérica e incluso por Decreto (14).

III. PENAS PRINCIPALES

A. Pena de muerte

1. Por el artículo 15 de la Constitución española de 1978 quedó abolida la pena de muerte, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra" (15).

De conformidad con el principio constitucional, la reforma operada en el Código de Justicia Militar por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, añadió un párrafo final al artículo 209, según el cual, "la pena de muerte sólo podrá imponerse en tiempos de guerra", con referencia expresa (e innecesaria) al propio precepto constitucional y al Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre, que, con carácter provisional, había sustituido, desde su entrada en vigor el mismo día que la Constitución, la pena de muerte, en tiempos de paz, por la de treinta años de reclusión en el Código de Justicia Militar, en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964 y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 (16).

(14) Vid. De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 149.

(15) Vid., sobre los antecedentes y el debate parlamentario de esta norma, Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte (comentario al art. 15, segundo inciso, de la Constitución española de 1978)*, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 19 y ss.

(16) Este Real Decreto-Ley es desafortunado, mas no porque no derogue expresamente la pena de muerte en el Código penal, lo que, en mi opinión, era innecesario, sino porque, de hecho, la mantiene, para tiempos de guerra, en dos leyes especiales comunes, no militares, cuales son la LPPNA de 1964 y la LPDMM de 1955. Vid., sobre este tema, Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Suplemento a la Séptima edición, Reformas hasta el 31 de diciembre de 1979, Madrid, 1980, pág. 11; Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., págs. 30 y ss; Landrove Díaz, Gerardo, *La abolición de la pena de muerte en España*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", tomo XXXIV, Madrid, enero-abril 1980, págs. 28 y ss.

Con posterioridad, Juan-Felipe Higuera Guimerá se ha ocupado específicamente de esta disposición, tratando de poner de relieve su inconstitucionalidad formal y material.

Para este autor, el Real Decreto-Ley nº 45/78, de 21 de diciembre, sería formalmente inconstitucional desde el momento en que, con arreglo a una interpretación estricta del artículo 86, 1º de la Constitución, que desde luego no comparto, sólo pueden establecerse delitos o penas por medio de una Ley Orgánica y, excepcionalmente, a través de una Ley ordinaria. La inconstitucionalidad material de la norma deriva, para Higuera, de la pena de treinta años que, establecida como "única" e "indivisible", ha de reputarse inhumana y contraria, como tal, al artículo 15, primer inciso, del texto constitucional.

La consecuencia más relevante de esta pretendida inconstitucionalidad radica, sin duda, en que los supuestos más graves de rebelión militar, para los que el Código de Justicia

La reforma, sin embargo, como tuve ocasión de señalar en su momento (17), no fue acompañada de otras previsiones legislativas que, al respecto, hubieren sido convenientes:

a) No se ha sustituido la pena de muerte en cada uno de aquellos supuestos regulados en el Código en que la misma es inconstitucional por no ir exclusivamente referidos a tiempos de guerra, con lo que hay que seguir recurriendo al Real Decreto-Ley 45/1978, cuyo carácter provisional fue ignorado por el legislador.

La solución no estaba tampoco, como se ha pretendido (18), en haber trasladado el contenido del Real Decreto-Ley de referencia al fianl del artículo 209 CJM, lo que técnicamente sería incorrecto, sino en haber establecido, para los distintos tipos previstos en el Código de Justicia Militar, las penas politicocriminalmente adecuadas dentro de los límites constitucionales, sin esperar a la reforma integral de las leyes penales militares que, aún en estos momentos, cuatro años más tarde, continúa siendo objeto de polémico debate.

b) No se aprovechó tampoco la reforma para concretar y precisar el exacto contenido de los denominados *tiempos de guerra*, concepto no definido en la Constitución y cuya interpretación no está exenta de dificultades.

Por de pronto, a la vista de los artículos 32 y siguientes de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, no pueden considerarse conceptos equivalentes los de *tiempos de guerra* y *estado de sitio*, porque éste puede declararse sin que se den las circunstancias fácticas de beligerancia que caracteriza la situación de guerra.

Tampoco define los tiempos de guerra la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización militar.

El propio Código de Justicia Militar regula supuestos paralelos como los del "ejército en campaña" o "frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos" (art. 256), pero tampoco nos ofrece una definición de *tiempo de guerra* que, como elemento normativo, utiliza de forma reiterada en diversos tipos para referirse a una determinada situación bélica agravatoria de la conducta sancionada.

Militar establecía la pena de muerte como pena única, resultarían impunes en tiempo de paz.

Cfr., al respecto, Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *El Real Decreto-Ley n° 45/78 que sustituyó la pena de muerte: problemas y soluciones*, Bosch, Barcelona, 1983.

(17) Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar*, en "Revista de Derecho Público", Edersa, n° 87, Madrid, abril-junio 1982, págs. 302 y ss. Posteriormente, este trabajo se ha publicado, con algunas adiciones, en la "Revista Española de Derecho Militar", n° 40, Madrid, 1982, págs. 195 a 231.

(18) Así, Valenciano Almoyña, Jesús, *La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980*, Madrid, 1980, pág. 102.

En mi opinión, por *tiempos de guerra* o *tiempo de guerra*, conceptos que estimo equivalentes (19), debe entenderse toda situación fáctica de conflictividad armada entre dos partes beligerantes. Puede tratarse de una guerra internacional o externa, pero también de un conflicto interno, de una contienda civil (20). En ningún caso es necesaria una previa declaración formal de guerra, que, además de ser un requisito abandonado en la práctica internacional, no afecta a la situación fáctica de confrontación armada que es el contenido esencial del concepto que nos ocupa (21).

Apoya esta tesis la misma génesis parlamentaria de la expresión. Según el Senador Sr. Cirici Pellicer, que introdujo en el artículo 15 de la Constitución dicha fórmula, con la misma se tiende a diferenciar y delimitar la "guerra auténtica" de situaciones puramente jurídicas y de carácter convencional, como sería hoy el estado de sitio, que podría ser declarado sin que existiese una guerra "real". Esta nueva fórmula, según su inspirador, quiere significar una "lucha armada general y organizada", con lo que se descarta la posibilidad del uso "político" o "de orden público" de la pena capital (22).

2. La pena de muerte, que, conforme a lo anterior, es hoy en nuestro Derecho una pena militar de carácter excepcional (23), lleva consigo la degradación

(19) En la fórmula originaria del artículo 15 de la Constitución aprobada en el Senado figuraba *tiempo de guerra*. En la Comisión Mixta Congreso-Senado se optó por emplear el plural, sin que se adujera una razón sustancial, quedando en el texto constitucional como *tiempos de guerra*. En la reforma del Código de Justicia Militar, el Informe de la Ponencia, al incluir la modificación del artículo 209, no prevista inicialmente en el Anteproyecto, habla de *tiempos de guerra* (vid. BOCG, Congreso de los Diputados, 24 de abril de 1980, pág. 166/17). Por el contrario, en el texto remitido al Senado figura en singular como *tiempo de guerra* (vid. BOCG, Senado, 8 de julio de 1980, pág. 14). Por último, con la aceptación de una enmienda del Senador Sr. Villar Arregui, que propuso la utilización del plural en "armonía con el artículo 15 de la Constitución" (vid. BOCG, Senado, 12 de septiembre de 1980, pág. 61), se estableció definitivamente en el último párrafo del artículo 209 la expresión *tiempos de guerra*.

(20) En contra, Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 837, para quien el término constitucional *tiempos de guerra* debe referirse únicamente a la guerra exterior o internacional, esto es, a aquellos supuestos de beligerancia entre dos o más Estados soberanos.

(21) En contra, Barbero Santos, Marino, *La pena de muerte en la Constitución*, en "Sistema", n.º 42, mayo 1981, pág. 53; Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., pág. 56.

(22) Vid. Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., págs. 28 y s.

(23) Vid., sobre las garantías procesales en la aplicación de la pena de muerte, así como su ejecución, Higuera Guimerá, Juan-Felipe, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., págs. 66 y ss., con amplias referencias a los Convenios de Ginebra de 1949.

Un supuesto excepcional de enjuiciamiento y ejecución simultánea de la pena de muerte es el contenido en el artículo 338 del Código, según el cual, "el que por cobardía sea el primero en volver la espalda al enemigo incurrirá en la pena de muerte, y podrá en el mismo acto ser muerto para castigo y ejemplo de los demás". Sobre esta tradicional forma

en los casos en que la Ley así lo dispone expresamente, como ocurre en los supuestos más graves de traición, espionaje y delitos contra el Derecho de gentes (arts. 258, 259, 272 y 280). Cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, llevará consigo la pérdida de empleo para los Oficiales y Suboficiales y la expulsión de las filas del Ejército con pérdida de todos los derechos adquiridos en él para los que no tengan la indicada condición, excepto los pasivos que puedan corresponderles en relación a sus años de servicio (art. 218, 1º y 2º).

3. La pena de muerte se ejecutará "mediante fusilamiento y sin publicidad" (art. 871), con observancia de lo dispuesto en los artículos 867 a 878 CJM, en los que la reforma de 1980, entre otras modificaciones, suprimió el ritual público y solemne que en el artículo 879 se establecía para la ejecución de la degradación (24).

B. Penas privativas de Libertad

Las penas privativas de libertad ofrecieron una gran variedad en nuestro Derecho penal militar histórico (cadenas, reclusiones, presidios, prisiones) y fue, inicialmente, intención del legislador de 1945, según se señala en la propia Exposición de Motivos del Código vigente, el reducirlas a una sola. No se hizo, sin embargo, así, "atendiendo a que son distintas las accesorias y efectos que hay que atribuir a la privación de libertad, según sea más o menos duradera, y corresponda a delitos más o menos graves. Por ello se han mantenido las penas de reclusión y prisión y se ha hecho en esta segunda la diferenciación entre cuando exceda de tres años o cuando no sobrepase este tiempo, también con vistas a las accesorias y efectos que, en cada supuesto, ha de llevar consigo" (25).

1. La pena de *reclusión militar* tiene una duración de doce años y un día a treinta años (art. 211, 1º). La misma duración tiene la *pena común de reclusión* (art. 212, 1º).

Llevar consigo como accesorias, en todo caso, la pérdida de empleo para los Oficiales y Suboficiales y la expulsión de las filas del Ejército para los demás miembros de las fuerzas armadas (art. 218, 3º). La pena común de reclusión comporta, además, la inhabilitación por el tiempo de la condena (art. 222, 1º).

2. La pena de *prisión militar* tiene una duración de seis meses y un día a doce años (art. 211, 2º), la misma que la *pena común de prisión* (art. 212, 2º).

de punición de la cobardía, Puig Durán, Juan Ignacio, *Consideraciones sobre el artículo 338 del Código de Justicia Militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 36, Madrid, julio-diciembre 1978, págs. 107 y ss.

(24) Asimismo, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares se contienen (arts. 74 a 76) algunas "reglas para la ejecución de la pena de muerte y trato de los condenados a ella".

(25) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 147.

Si excede de tres años, comporta la separación del servicio para los Oficiales y Suboficiales y, para los que no lo sean, la deposición de empleo y el destino a Cuerpo de disciplina por el tiempo que después deban servir en filas, descontándoseles para todos los efectos el de la condena (art. 219, 1º).

La prisión hasta tres años lleva consigo las accesorias de suspensión de empleo para los Oficiales y Suboficiales, y la deposición de empleo para las clases de tropa y marinería (art. 220).

Además, la pena común de prisión comporta la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena (art. 222, 2º).

Finalmente, las penas privativas de libertad, de cuyo cumplimiento se ocupan genéricamente los artículos 880 a 895 CJM (26) y 77 a 85 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares (27), producen el efecto, para los individuos de las clases de tropa y marinería, de pérdida para el servicio y antigüedad de un periodo de tiempo igual al que comprenda la condena, cualquiera que sea el efectivo que permanezcan presos después de firme el fallo. Esto no obstante, les será de abono el tiempo que hayan estado en prisión atenuada (art. 229, 2º y 3º).

(26) En el articulado del Código se establece, además, en ocasiones, para delitos concretos y situaciones excepcionales, determinadas formas de cumplimiento de estas penas.

Así, los condenados por delitos de desertión o falta de incorporación a filas, cometidos en tiempo de guerra, "cumplirán la pena durante la campaña prestando servicio en funciones penosas, y si al terminar aquella no la hubieren extinguido, cumplirán lo que les reste en el establecimiento penitenciario que corresponda" (art. 381).

La medida resulta, en mi opinión, necesaria, habida cuenta de que, de otra forma, la pena contribuiría a la finalidad del desertor que, en tiempo de guerra, será generalmente la de eludir los riesgos y fatigas propios de la campaña (*vid.* Millán Garrido, Antonio, *El delito de desertión militar*, Barcelona, Bosch, 1983, pág. 124).

Como advierte, Rodríguez Devesa (*Deserción* en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo VII, Barcelona, 1955, pág. 253), esta modalidad de cumplimiento de las penas privativas de libertad deja subsistente la naturaleza de la sanción, que habrá de abonarse como si se cumpliera en un establecimiento penitenciario, de manera que producirá la pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad prevenida en el art. 229 para los individuos de las clases de tropa o marinería condenados a penas de prisión o reclusión".

(27) El artículo 77 establece que el cumplimiento de las penas privativas de libertad se ajustará al *sistema progresivo* para los penados pertenecientes a las clases de tropa y marinería, quienes obligatoriamente desarrollarán un trabajo retribuido (art. 78, 1º y 2º). Los Oficiales y Suboficiales podrán voluntariamente realizar trabajos intelectuales o manuales, sin que en ningún caso lleven consigo remuneración ni redención de penas por el trabajo (art. 78, 3º).

C. Penas privativas de derechos

Son la pérdida de empleo y la separación del servicio (28), que pueden ser impuestas como principales o como accesorias.

1. La pena de *pérdida de empleo* (29) produce la baja definitiva en los Ejércitos, con la privación de grados, sueldos, honores y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad para obtenerlos en lo sucesivo, excepto los derechos pasivos que pudieran corresponderle por los años de servicio (art. 223, 1°).

Antes de 1978, el condenado a pérdida de empleo era privado de los derechos pasivos que pudieran corresponderle y ahí radicaba su diferencia sustancial con la separación del servicio.

La vigencia del artículo 223, párrafo 1°, se tornó, no obstante, cuanto menos cuestionable, en esta materia, con la publicación aquel año de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (Ley 85/1978, de 28 de diciembre), que en su artículo 172, inciso final, establecen que "en ningún caso podrá (el militar) ser privado de los derechos pasivos que le correspondan".

La antinomia fue solventada en la reforma del Código de 1980 que añadió al párrafo primero del artículo 223 la excepción final, conforme a la cual el condenado a pérdida de empleo mantiene los derechos pasivos que puedan corresponderle (30).

2. La pena de *separación del servicio* "producirá también la baja en el Ejército respectivo con pérdida de los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que puedan corresponderle por sus años de servicio" (art. 223, 2°).

En este caso, la reforma de 1980 (31) retocó la redacción anterior, dejando ver que en la separación del servicio la pérdida no es "absoluta" ni de "todos" los derechos, como se establecía hasta entonces.

Con ello se quiso señalar una diferencia entre pérdida de empleo y separación

(28) *Vid.*, sobre la expulsión de las fuerzas armadas como pena, desde una perspectiva criminológica, Lance, Charles, E., *A Criminal Punitive Discharge. An effective Punishment?*, en "Military Law Review", n° 79, Washington, 1978, págs. 1 a 133.

(29) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *Pérdida de empleo*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, Barcelona, tomo XVIII (en preparación).

(30) El que existan penas militares que lleven consigo la pérdida de los derechos pasivos para el condenado no es infrecuente en la legislación comparada, justificándose la dureza de la sanción por la gravedad de los delitos, normalmente contra la seguridad del Estado, para los que está prevista. *Vid.*, al respecto, Mc Hughes, Lee M., *The Hiss Act Amendments*, en "Military Law Review", n° 16, Washington 1962, págs. 137 y ss.

(31) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 306.

ción del servicio que, tras la reforma, ofrecen un contenido muy semejante, máxime cuando, conforme al párrafo tercero del artículo 223, "en ambos supuestos, los condenados quedarán sujetos a la Ley General del Servicio Militar en lo que pueda serles aplicable".

La distinción, de todas formas, no se ha logrado, pues, si bien los efectos de la pérdida de empleo aparecen claramente establecidos, el contenido de la separación del servicio ofrece serias dudas al intérprete, tras la reforma, la que debió señalar de modo expreso cuales son los derechos adquiridos que, además de los pasivos, conserva el separado del servicio, así como en qué sentido la pérdida de derechos para él no es ahora absoluta, extremos éstos para cuya interpretación no se cuenta con base legal suficiente.

Tanto en la pérdida de empleo como en la separación del servicio, con la supresión en la reforma de 1980 del párrafo segundo del derogado artículo 224, se ha posibilitado el que, cuando alguna de estas penas se imponga como accesoria, en los supuestos que más adelante examinaremos, el condenado perciba, mientras extingue la pena principal, el haber pasivo que pueda corresponderle.

Para aquellos casos en que el condenado a penas de pérdida de empleo o separación del servicio no haya perfeccionado derecho a haber pasivo, establece el artículo 224 que sus esposas, hijas (32) y madres viudas, sin medios de fortuna, percibirán, durante el tiempo de cumplimiento de la condena, "las pensiones señaladas en la legislación vigente sobre derechos pasivos para caso de fallecimiento de los causantes" (33).

IV. PENAS ACCESORIAS (34)

A. Degradación militar

La degradación, nos dice Querol, suponía el acto de destituir y despojar a

(32) La reforma, en este punto, del texto anterior, que se refería genéricamente, como posibles beneficiarios de los socorros establecidos, a los *hijos* es difícilmente justificable y, en mi opinión, consagra una distinción que, respecto a los hijos menores de edad, además de contrariar la legislación de Derechos Pasivos, es claramente anticonstitucional.

(33) De la ejecución de las penas de pérdida de empleo y separación del servicio, así como de la accesoria de expulsión de las filas militares, se ocupan los artículos 896 y 898, 1º CJM, así como una difusa legislación complementaria de carácter administrativo.

(34) De la amplia temática, de naturaleza jurídico-procesal, que ofrece la aplicación de las accesorias (y los efectos) destaca hoy especialmente el problema de hasta qué punto es posible y necesaria su expresa consignación en las sentencias en que, por delitos comunes, condene a militares la jurisdicción ordinaria.

La cuestión, de indudable trascendencia, reviste hoy, en efecto, particular importancia porque, limitada por imperativo constitucional (art. 117, 5º) la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense, lo que, en alguna medida, es ya realidad legislativa tras la reforma del Código en 1980, el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares viene atribuido, en principio y como regla general, a la jurisdicción ordinaria.

una persona de las dignidades, honores, empleos y funciones que tuviera, realizado con publicidad, para su desdoro, y generalmente como pena "preparatoria" de la ejecución de la sentencia capital (35).

No obstante, como destaca Rodríguez Devesa (36), ya en el Código de Jus-

En mi opinión, el tema no puede plantearse de forma genérica, como recientemente hace José Rojas Caro (*¿Pueden los Tribunales Ordinarios imponer las penas accesorias del Código de Justicia Militar a los militares culpables de los delitos comunes?*, en "Revista de Derecho Público", Edersa, n.º. 91, Madrid, abril-junio 1983, págs. 303 y ss.), quien, sin más base legal que la desafortunada redacción del último párrafo del artículo 231 del Código, identifica los conceptos de pena accesoria y efecto especial, cuya distinción resulta fundamental en este punto.

Por lo que a los *efectos especiales* respecta, no veo la necesidad de que se señalen de modo expreso en la sentencia, precisamente porque, con independencia de cual sea su contenido, en sentido estricto no son penas (cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 872), sino "consecuencias" que para los militares se derivan de determinadas condenas impuestas conforme a la legislación común. En tales casos bastará el testimonio de la sentencia recaída para que, con base en la pena fijada, se determinen (y ejecuten), en vía administrativa, sus efectos (en tal sentido, De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 166). Lo mismo puede afirmarse en relación a los efectos que producen las penas canónicas en los individuos de los Cuerpos eclesiásticos de los Ejércitos: si el Tribunal no los consigna en la sentencia, se concretarán en vía administrativa con arreglo a las normas contenidas en el artículo 234 del Código.

Distinto es el caso de la separación del servicio que, como *accesoria*, lleva consigo toda condena impuesta a Oficial o Suboficial por los delitos de robo, hurto, estafa, apropiación indebida o por los de malversación comprendidos en los artículos 394 y 396 del Código penal (art. 221 CJM).

Tratándose aquí, no de un efecto (lo que hubiera sido técnicamente más correcto), sino de una pena (accesoria), parece claro que la misma debe ser necesariamente recogida en la sentencia, lo que, en su caso, pueden y deben hacer los Tribunales de la jurisdicción ordinaria en base al artículo 221 del Código de Justicia Militar, no existiendo obstáculo técnico-jurídico alguno que impida tal aplicación (*vid.*, sobre este punto, particularmente, Rojas Caro, José, *¿Pueden los Tribunales Ordinarios...?*, cit., págs. 318 y ss.)

Cuando, no obstante, el Tribunal omita la accesoria (lo que no es infrecuente) y adquiera firmeza la sentencia, resulta extremadamente cuestionable que tal omisión pueda ser subsanada en vía administrativa, como pretende Querol (*Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., págs. 165 y s).

La solución en este tema será, por demás, siempre difícil, en tanto la separación del servicio prevista en el artículo 221 del Código no pase a ser uno más de los efectos especiales que, para los militares, producen las penas comprendidas en la ley común, respecto a los cuales debiera optarse, en mi opinión, por reconocerles formalmente carácter administrativo.

Vid., también, en sentido contrario, insistiendo en la naturaleza penal de los "efectos", Rojas Caro, José: *La judicialidad de las penas accesorias y de los efectos especiales en el Código de Justicia Militar*, en prensa en "Revista de Derecho Procesal".

(35) Cfr. De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 162.

(36) Rodríguez Devesa, José María, *Degradación*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo VI, Barcelona, 1954, págs. 372 y s.

ticia Militar de 1890 el contenido de la pena vino a desintegrarse en las de pérdida de empleo y expulsión de las filas del Ejército, que son las accesorias de la pena de muerte en caso de indulto. Desde entonces, la degradación quedó despojada de todo contenido propio y distinto del rito mismo con que se aplicaba: era tan sólo una forma potenciada, por su carácter solemne y público de ejecutar, en determinados casos, las indicadas accesorias de la pena de muerte.

Esta concepción fue la que informó en 1945 el Código vigente que no establece un contenido específico para la degradación, regulando tan sólo su ritual en el artículo 879, dentro de las normas sobre la ejecución de la pena de muerte.

Por ello, la supresión en la reforma de 1980 del ritual público y solemne que el artículo 879 establecía para la ejecución de la degradación supone, a mi modo de ver, como ya he destacado, la desaparición definitiva en nuestro Derecho de esta accesoria, aun cuando como tal se prevea en los artículos 210 y 218 y se mantenga en relación a varios supuestos de traición y espionaje y para algunos de los delitos contra el Derecho de gentes (37).

B. *Pérdida de empleo*

La pérdida de empleo, de cuyo contenido y efectos ya nos hemos ocupado, se impone a Oficiales y Suboficiales como accesoria de las penas siguientes:

- a) De la de muerte, cuando no se ejecute (art. 218, 2°).
- b) De las de reclusión, cualquiera que sea su extensión (art. 218, 3°).

Se impone, igualmente, la pérdida de empleo como efecto (38) de las penas comunes de reclusión mayor, reclusión menor y presidio mayor (art. 231, 1°), así como de las canónicas de degradación, privación perpetua de hábito eclesiástico, deposición y excomunión (art. 234, 1°).

C. *Separación del servicio*

La separación del servicio se impone, asimismo como accesoria, tratándose de Oficiales o Suboficiales, en los siguientes casos:

- a) En la pena de prisión que exceda de tres años (art. 219, 1°).
- b) Cuando la condena sea "a varias penas cuya duración exceda en junto de tres años" (art. 219, 2°).
- c) En la pena, cualquiera que sea su naturaleza y extensión, impuesta por

(37) Millán Garrido, Antonio *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 305.

(38) Aunque, como se ha indicado, los *efectos especiales* no pueden reputarse, en sentido estricto "penas", el hecho de que su contenido coincida con el de las correspondientes accesorias permite y aconseja, a efectos puramente sistemáticos, su exposición conjunta.

delitos de robo, hurto, estafa, apropiación indebida o por los de malversación comprendidos en los artículos 394 y 396 del Código penal (art. 221) (39).

En este último caso, que la legislación anterior refería a todos los delitos contra la propiedad, se trata, como destaca Querol, de "excluir de la corporación militar al Oficial o Suboficial cuya falta de probidad y honradez le hace indigno de seguir vistiendo el uniforme" (40).

Se impone también la separación del servicio como efecto de las penas comunes de prisión mayor, prisión menor por más de tres años, presidio menor en cualquier extensión, extrañamiento, confinamiento e inhabilitación absoluta o especial (art. 231, 2º) y de las canónicas de suspensión y entredicho por más de un año (art. 234, 2º) o si media reincidencia (art. 234, 3º), así como en los casos de tres expedientes canónicos, gubernativos o judiciales, terminados por auto o sentencia condenatoria (art. 234, 5º).

D. Suspensión de empleo

La suspensión de empleo, que se impone como accesoria a los Oficiales y Suboficiales penados con prisión hasta tres años (art. 220), "producirá el efecto de que el condenado a ella pierda el número de puestos que proceda dentro de su categoría, con arreglo a las disposiciones administrativas aplicables (41). El tiempo de la suspensión no será de abono para el servicio, y durante el transcurso de aquella sólo percibirá el suspenso la parte de sueldo que en concepto de pensión alimenticia se establezca con ese fin por disposición administrativa de carácter general" (art. 226, 1º y 3º).

Asimismo, se impone la suspensión de empleo como efecto de las penas comunes de prisión menor hasta tres años y arresto mayor en las que no se hubiera otorgado el beneficio de remisión condicional (art. 231, 3º). No obstante, quienes queden suspensos de empleo como consecuencia de penas de arresto mayor se exceptúan de la pérdida de puestos dentro de su categoría (art. 226, 2º).

Es, finalmente, la separación del servicio el efecto militar de las penas canónicas de suspensión y entredicho por menos de un año (art. 234, 3º) y de irregularidad proveniente de delito (art. 234, 4º).

(39) La separación del servicio es inherente a los delitos expresamente señalados, pero no a las faltas (Sentencia de 13 de enero 1943), y ello con independencia de la pena impuesta (Sentencia de 11 marzo 1960) o de que el Oficial hubiera sido ya separado con anterioridad a la fecha de la sentencia (Sentencia de 8 febrero 1957, "REDM", nº 5, pág. 239).

(40) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 155.

(41) Artículo 12 de la Orden del Ministerio de Defensa de 31 de Julio de 1981 (D.O. nº 193), por la que se desarrolla el Real Decreto 734/1979, de 9 de marzo (BOE nº 85), de situaciones militares.

E. *Deposición de empleo*

La deposición de empleo, que se refiere únicamente a los Cabos, se impone como accesoria de las penas de prisión, cualquiera que sea su extensión (arts. 219, 1º y 220).

Produce la pérdida del empleo del penado, "el cual no podrá obtener ningún otro durante el cumplimiento de la pena principal" (art. 227, 1º).

Se caracteriza, pues, esta accesoria, como señala Querol (42), porque hace perder el empleo militar al individuo a quien se impone, pero no le incapacita permanentemente para obtenerlo de nuevo o, incluso, alcanzar otro superior: la incapacidad se limita al tiempo de duración de la accesoria, coincidente con el de la principal.

Distinta naturaleza tiene el correctivo de "deposición de empleo" que, por faltas leves, puede imponerse a los individuos de las clases de tropa y marinería (art. 416).

F. *Expulsión de las filas militares*

La expulsión de las filas militares se impone a los individuos de las clases de tropa y marinería como accesoria:

- a) De la pena de muerte, cuando no se ejecute (art. 218, 2º).
- b) De las penas de reclusión, cualquiera que sea su extensión (art. 218, 3º).

Asimismo, es el efecto especial de las penas comunes de reclusión mayor, reclusión menor y presidio mayor (art. 232, 1º).

Produce la salida definitiva de los Ejércitos, con pérdida de todos los derechos adquiridos. Debe entenderse, sin embargo, que, desde la reforma de 1980, se exceptúan "los pasivos que pudieran corresponderle por sus años de servicio", aunque tal excepción no se haya hecho constar sino en el artículo 218, párrafo 2º, que se refiere sólo a aquellos casos en que la expulsión de filas del Ejército se impone como accesoria de la pena de muerte en los casos en que ésta no se ejecute.

Ello no puede justificarse por la inexistencia de una disposición dedicada a establecer específicamente los efectos de la "expulsión de filas del Ejército", porque éstos, de alguna forma, se determinan en el artículo 210 y, hasta que una reforma más profunda ordenase sistemáticamente esta materia, allí debería haberse consignado que el expulsado mantiene el haber pasivo que, con arreglo a

(42) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 168.

sus años de servicio, pueda corresponderle (43).

G. Servicio disciplinario

El destino a Cuerpo de disciplina se impone a los individuos de las clases de tropa y marinería como accesoria:

- a) De las penas de prisión que excedan de tres años (art. 219, 1^o).
- b) Cuando la condena sea "a varias penas cuya duración exceda en junto de tres años" (art. 219, 2^o).
- c) De las condenas por delitos de desertión, cualquiera que sea la duración de la pena impuesta (art. 219, 3^o).

Se impone, asimismo, como efecto de las penas comunes de prisión mayor, presidio menor y prisión menor desde tres años y un día, extrañamiento, confinamiento, inhabilitación, destierro y suspensión de cargo público, profesión u oficio (art. 232, 2^o y 3^o).

Por otra parte, señala el artículo 229, en su párrafo primero, que "el militar condenado a una pena que lleve consigo la salida definitiva de los Ejércitos o que produzca la rescisión de su compromiso de servicio voluntario, cumplirá en Cuerpo de disciplina el tiempo que le falte para extinguir el de servicio activo, con arreglo a las Leyes de Reclutamiento y Reemplazo".

Esta accesoria (o efecto) comporta el ingreso del penado en el Cuerpo de disciplina que se señale por el tiempo que en él deba extinguir (art. 227, 2^o).

Excepcionalmente, el servicio disciplinario puede imponerse, mediante conmutación en lugar de la pena de prisión, como principal en el delito de desertión, cuando ésta sea en tiempo de paz, sin circunstancias calificativas y condiciones especiales así lo aconsejen (art. 372, 3^o), si bien, como ya señalé en otro lugar (44), no tengo noticias de que, desde la entrada en vigor del Código, se haya hecho uso de esta facultad concedida a las Autoridades judiciales.

Por último, el destino a Cuerpo de disciplina puede imponerse como correctivo en las faltas graves (art. 415).

H. Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito

Señala el artículo 228 del Código que "toda pena que se imponga por delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, debiendo inutilizarse éstos si no son de uso

(43) Vid. Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 305.

(44) Millán Garrido, Antonio, *El delito de desertion militar*, cit., pág. 124.

licito, venderse si lo son, o devolverse a su dueño si, siéndolo, pertenecen a un tercero irresponsable" (45).

I. Inhabilitación

La inhabilitación está prevista en el Código fundamentalmente como accesoria. No obstante, en algunos supuestos, como los del artículo 293, se impone como principal, por venir considerada una pena "más adecuada que las de privación de libertad para sancionar conductas como las observadas en relación con la rebelión militar por los funcionarios públicos y agentes de la Autoridad" (Exposición de Motivos). En este caso, tendrá una duración de seis años y un día a veinte años (art. 214).

Como accesoria, va aneja a la pena común de reclusión, cualquiera que sea su extensión (art. 222, 1º).

Produce esta pena la privación de todos los honores, empleos o cargos públicos que tuviera el condenado, así como la incapacidad para obtenerlos por el tiempo de la condena (art. 225, 1º).

J. Suspensión

Finalmente, la suspensión de cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio se impone siempre en el Código de Justicia Militar como accesoria de la pena común de prisión (art. 222, 2º).

Dice el artículo 225, en su párrafo segundo, que "la suspensión de cargo, profesión u oficio públicos inhabilitará al penado para su ejercicio y para obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena", no concretando los efectos de esta pena en relación al derecho de sufragio, al que se refieren, sin embargo, los artículos 210 y 222, párrafo 2º, del propio Código (46) (47).

V. COMPUTO

Conforme al artículo 216 del Código, "la duración de las penas que consistan en privación de libertad empezará a contarse, cuando el reo estuviere preso, desde el día en que la sentencia hubiese quedado firme, y no estándolo, desde

(45) La pistola que, como arma reglamentaria, tiene asignada un Guardia Civil debe ser devuelta al Cuerpo cuando, en caso de condena, proceda su comiso (Sentencia de 15 febrero 1956, "REDM", n° 3, pág. 192).

(46) *Id.* artículo 897 CJM.

(47) La *pérdida de tiempo para el servicio* no es propiamente una accesoria y por ello no la relaciona el artículo 210 del Código, sino un efecto militar previsto para la pena común de destierro (art. 231, 4º) y para el arresto sustitutorio de la multa si excediere de un mes (art. 233).

que sea reducido a prisión. La duración de las penas temporales que no consistan en privación de libertad empezará a contarse desde la fecha de notificación de la sentencia".

Dispone el artículo 217 que "para el cumplimiento de las penas de privación de libertad se abonará en su totalidad la prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación del procedimiento, tanto si lo fue rigurosa como atenuada" (48).

Como señala Querol (49), los artículos 184 del Código de Justicia Militar de 1890 y 42 del Código penal para la Marina de Guerra de 1888 sólo autorizaban el abono de la mitad de las penas inferiores a tres años, estableciéndose, además, determinadas excepciones, como las que hacían referencia a la reincidencia o a la desertión.

La ley de 17 de enero de 1901 estableció para todas las jurisdicciones el abono total del tiempo en las penas inferiores a seis años, cuando no se tratara de reos reincidentes o reiterantes, y de la mitad en estos supuestos así como en las condenas superiores a seis años, aunque si la prisión preventiva hubiese excedido de un año se abonaría siempre la totalidad del exceso.

Con posterioridad, la legislación común adoptó el principio del abono total de la prisión preventiva, regla que acogió el Código de Justicia Militar de 1945 en el transcrito artículo 217 del que su inciso final, con la referencia expresa a la prisión atenuada, procede de la reforma operada en el texto por la ley de 21 de abril de 1949.

Se impone, además, en este precepto una interpretación amplia (50), conforme a la cual es asimismo de abono, no sólo el arresto preventivo (51), sino también el impuesto en vía disciplinaria (52) y, en general, todo el tiempo que el condenado haya permanecido privado de libertad por los mismos hechos, aunque lo hubiera estado en razón a un procedimiento distinto (53).

(48) *Vid.*, sobre este tema, con particular referencia a la jurisdicción militar, Boller, Richard R., *Pretrial Restrain in the Military*, en "Military Law Review", n.º 50, Washington, octubre 1970, págs. 71 a 115.

(49) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar*, tomo II, cit., pág. 150.

(50) *Vid.* Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, décima edición, Madrid, Cía Bibliográfica Española, 1974, pág. 214.

(51) Sentencia de 23 octubre 1957 ("REDM", n.º 6, pág. 198).

(52) Sentencias de 11 mayo 1955 ("REDM", n.º 1, pág. 192), 7 diciembre 1956 ("REDM", n.º 4, pág. 216) y 5 diciembre 1962 ("REDM", n.º 16, pág. 176).

(53) Sentencia de 11 abril 1957 ("REDM", n.º 5, pág. 293).

VI. APLICACION

A partir de su artículo 236, el Código de Justicia Militar dicta un conjunto de normas tendentes a la determinación de la pena aplicable.

Como *pena base* se adopta la fijada en el Código para los autores del delito consumado. Establece, al respecto, el artículo 236, párrafos 1º y 2º, que "a los autores de un delito se les impondrá la pena que para el delito que hubieren cometido se hallare determinada por la Ley. Siempre que la Ley fijare generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la refiere a la consumada".

Este principio tiene como excepción el caso de incongruencia entre el delito cometido y el que se había propuesto ejecutar el sujeto. En tal supuesto, "se impondrá a éste la pena señalada al delito que la tenga menor en la extensión que el Tribunal estime justa" (art. 238, 2º).

Con referencia al módulo punitivo básico, tiene lugar, en la primera fase de individualización (legal) una concreción de la pena a imponer en función de los grados de ejecución y participación.

En base al *grado de ejecución*, señala el Código que:

a) "A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior a la establecida por la Ley para el delito consumado" (art. 236, 3º).

b) "A los autores de tentativa de delito o reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir se les castigará con la pena inmediatamente inferior a la señalada al delito consumado o la siguiente a ésta, al arbitrio del Tribunal. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito" (art. 236, 4º y 5º).

Habida cuenta el *grado de participación*:

a) "A los cómplices de un delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena inmediatamente inferior a la señalada por la Ley al autor del mismo delito" (art. 236, 6º).

b) "A los encubridores del delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena dos veces inferior a la señalada por la Ley al autor del mismo delito. Los encubridores comprendidos en el número 3º del artículo 199, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, sufrirán, además, la pena de inhabilitación" (art. 236, 7º y 8º).

Como es lógico, "las disposiciones anteriores no tendrán lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad, el encubrimiento, la conspiración, la proposición o la provocación para delinquir se hallen especialmente penados por la ley".

Tales supuestos, en los que se da una relación de especialidad que excluye la aplicación de los preceptos generales (54), no son infrecuentes en el Código de Justicia Militar. Así tenemos:

a) Actos con tendencia a ofender de obra a centinela, salvaguardia o fuerza armada (art. 309) o al Superior (art. 324).

b) Encubrimiento en los delitos de espionaje (art. 278), desertión (art. 380, 2º) y fraude del artículo 403, párrafo 5º.

c) Complicidad en el espionaje (art. 278), en la rebelión (art. 289), en la evasión de presos (art. 350), en la desertión (art. 380, 2º) y en la inutilización voluntaria para el servicio (art. 383, 3º).

d) Conspiración y proposición para los delitos de traición (art. 269), rebelión (art. 291) y sedición (art. 303).

e) Provocación o inducción a la rebelión (art. 290), a la sedición (art. 301, 1º), a la desertión (art. 380, 1º) y a la inutilización voluntaria para el servicio (art. 383, 3º).

Respecto a las *circunstancias modificativas*, no tienen éstas en el Código de Justicia Militar la incidencia reglada que, en la determinación de la pena, les reconoce el Derecho común. Establece tan sólo la legislación militar, después de señalar las distintas circunstancias, unas normas para su apreciación (arts. 192 y 193) en las que destaca el amplio arbitrio que, en la materia, se confiere a los Tribunales militares (55).

Por lo demás, abandonada la división de la pena en grados (mínimo, medio, máximo), el vigente Código de Justicia Militar, separándose del Derecho común, ha establecido un sistema que toma como referencia el límite mayor o menor de la general extensión de la pena. Concretamente, el artículo 239 dicta las reglas siguientes:

1º. Cuando, conforme al Código, hubiere que imponer una pena superior a la señalada al delito, se formará con un período de tiempo igual a la mitad de su límite máximo, contado a partir de éste. Sin embargo, cuando haya de partirse de la pena de reclusión en toda su extensión, o de veinte años y un día a treinta años, la inmediata superior a éstas será la de treinta años de reclusión a muerte.

{54} Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit. pág. 887.

{55} *Vid.*, sobre este tema, Calderón Susín, Eduardo, *Arbitrio judicial y circunstancias del delito en el Código de Justicia Militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 40, Madrid, 1982, págs. 155 y ss.

2ª. La pena inferior estará formada por un periodo de tiempo igual a la mitad del limite minimo, contado a partir de éste.

3ª. La pena inferior a la muerte será la de veinte a treinta años de reclusión (56).

4ª. La pena inferior a la pérdida de empleo será la de separación del servicio, y la superior a ésta la de pérdida de empleo.

5ª. La pena de inhabilitación se graduará dentro de los límites de extensión fijados en el Código.

6ª. Cuando para aplicar la pena correspondiente con arreglo al Código hubiese que imponer pena inferior a la de prisión, se considerará el hecho como falta grave, imponiéndose arresto en la extensión que el Tribunal estime justa (57).

7ª. Cuando por disposición especial del Código no pueda castigarse un delito con pena menor a la de prisión, se entenderá como inmediatamente inferior la de seis meses y un día a un año de prisión.

Incluye, finalmente, el Código normas para la determinación de la pena aplicable en caso de *concurso*.

La regla general es, como en el Derecho común (art. 69 CP), la acumulación aritmética, al establecerse que "al culpable de dos o más delitos se le impondrán las penas correspondientes a todos ellos para su cumplimiento simultáneo y si ésto no fuese posible las cumplirá sucesivamente en el orden de mayor a menor" (art. 237).

Esta regla puede sufrir una limitación en el caso de cumplimiento sucesivo y una excepción en el supuesto de que un sólo hecho sea constitutivo de dos o más delitos o uno de ellos medio necesario para cometer otro.

a) Respecto al primer punto, el propio artículo 237 establece que, en caso de cumplimiento sucesivo, la duración total de la condena no podrá exceder del triple de la pena mayor, así como que, "en ningún caso, podrán imponerse penas de privación de libertad cuya suma exceda de cuarenta años".

(56) La pena inferior a la reclusión militar es la de prisión militar desde tres años y un día y no la de pérdida de empleo como pudiera deducirse de la escala del artículo 209 (cfr. Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, cit., pág. 212).

(57) En estos casos, el arresto, que no será inferior a dos meses y un día (Sentencia de 12 enero 1972, "REDM", n° 27, pág. 123), tiene, en mi opinión, naturaleza "penal", por lo que no puede reputarse, en consecuencia, propiamente, un "correctivo" como parece deducirse de las Sentencias de 6 noviembre 1968 ("JME", 1968-1971, pág. 52) y 31 enero 1973 ("REDM", n° 28, pág. 105).

Resulta dudoso que esta limitación pueda aplicarse, por la jurisdicción militar, cuando "las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo", párrafo añadido al artículo 70 del Código penal por la ley de 8 de abril de 1967, en una reforma, sin incidencia en el Código de Justicia Militar, que supone, como ha destacado Rodríguez Devesa (58), la consagración definitiva a nivel legislativo-sustancial (ya lo estaba en el ámbito procedimental) de la confusión entre el concurso de delitos (concepto penal) y los delitos conexos (concepto procesal).

b) En cuanto al segundo, señala el artículo 238, en su párrafo primero, que "cuando un solo hecho constituya dos o más delitos de los comprendidos en este Código o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, se impondrá la pena asignada al más grave en la extensión que el Tribunal estime conveniente, teniendo en cuenta los antecedentes del culpable, la trascendencia que haya tenido el delito, el daño producido o que hubiere podido producir, el grado de perversidad del delincuente y la clase de pena que la Ley señala al mismo", con lo que se establece el principio de absorción en términos más flexibles que en la legislación común, en la que, en este caso, la pena única se impone necesariamente en su grado máximo (art. 71 CP).

Lógicamente, la problemática que esta materia suscita es compleja, mas la misma se integra por cuestiones que, como el delito continuado o el concurso en los delitos culposos, son temas genéricos cuyo estudio corresponde a la Parte general del Derecho penal (59).

VII. EJECUCION

En el capítulo IX, último del título V, se ocupa el Código de Justicia Militar de la ejecución de las penas, dictando algunas normas genéricas a las que complementan las disposiciones contenidas en el Tratado tercero del Código, de las que ya hemos dejado constancia, y los reglamentos, particularmente el de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 3331/1978, de 22 de diciembre.

1. Comienza el Código señalando que "no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme y en la forma prescrita por las leyes" (art. 241), con lo que, resumiendo en un solo precepto el contenido de los artículos 80 y 81 del Código penal, consagra las garantías judicial y en la ejecución de las penas derivadas del principio de legalidad.

2. Una vez firme la sentencia procede su ejecución, salvo en los casos en

(58) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 805.

(59) Vid. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*, cit., pág. 807 y ss.

que ésta se suspende, como ocurre en los supuestos de remisión condicional, a los que luego nos referiremos, (60) y en el caso de que el reo cayere en enajenación mental.

A este último supuesto se refiere el artículo 242 que señala que "cuando el delincuente cayera en enajenación después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto a la pena personal. En este caso, así como en el de haber sido declarado por la sentencia exento de responsabilidad criminal por el número 1º del artículo 185 de esta Ley, se decretará su internamiento en uno de los Establecimientos destinados a enfermos de esta clase, no sirviéndole de abono como prisión y sin que pueda salir sin previa autorización del Tribunal sentenciador. En cualquier tiempo en que el delincuente recobrare el juicio cumplirá la sentencia, a no ser que la pena hubiera prescrito".

Como señala Querol (61), en la enajenación mental del delincuente pueden darse tres situaciones:

a) Que la enajenación mental sea anterior a la comisión del delito. En este caso deberá dictarse sentencia absolutoria, conforme al artículo 185, párrafo 1º, y con sus propios condicionantes, si no se acuerda con anterioridad el sobreseimiento definitivo con arreglo al artículo 719, párrafo 3º CJM.

b) Que la enajenación mental sea sobrevenida, esto es, posterior a la comisión del delito, pero antes de que haya recaído sentencia. En tal supuesto, "concluso que sea el sumario, se elevará a la Autoridad judicial para que sea suspendido y archivado, acordando previamente lo que proceda sobre la situación ulterior del procesado. En todo caso, en que éste recobrar la salud se decretará la apertura y prosecución del procedimiento" (art. 568, 1º y 2º).

c) Que la enajenación sobrevenga después de pronunciada sentencia firme condenatoria. Este es el supuesto al que se refiere el artículo 242, de similar contenido al artículo 82 del Código penal.

En las tres hipótesis las soluciones legislativas resultan altamente criticables. Sin entrar en un examen minucioso de las mismas, es hoy generalmente repudiado el criterio de la imposición preceptiva del internamiento a los enajenados (62), que, por demás, ha sido recientemente abandonada en el Derecho común (63).

(60) En este sentido, De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 195; Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, cit., págs. 227 y s.

(61) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 194.

(63) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 575. El criterio es particularmente criticable en relación a delitos militares que, como la desertión, si bien denotan, por lo común, un cierto grado de inestabilidad y asocialidad en su autor, no comportan necesariamente una peligrosidad social en el sujeto que aconse-

Más acertado resulta, en este punto, el amplio arbitrio concedido a la Autoridad judicial por el artículo 586 para el caso de que se archiven las actuaciones por enajenación mental sobrevenida, que no impone necesariamente el internamiento como, con referencia al Código penal, prescribía el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, en todo caso, sigue comportando tratar al enajenado como autor de un delito sin haber recaído sentencia (64).

No merece mejor consideración el artículo 242 CJM, pues, siendo preceptivo el internamiento del enajenado en un establecimiento psiquiátrico, subsiste la privación de libertad y no se advierte bien, como acertadamente nos dice Rodríguez Devesa (65), por qué razón no ha de estimarse que el reo sigue cumpliendo condena, como no sea por la necesidad de la "consciencia" del sufrimiento que la privación de libertad supone.

Por otra parte, "el no abonar el tiempo invertido en la curación da lugar a que por motivos bien comprensibles la familia del penado y los propios funcionarios disimulen hasta donde es hacedero en tales casos la enfermedad mental del penado, empeorándose durante su convivencia en el régimen normal de la prisión, para el que constituye una grave perturbación" (66).

3. Los artículos 243 y 244, bajo el epígrafe de "cumplimiento de las penas", se limitan a establecer el lugar (establecimiento penal militar o centro penitenciario ordinario) en que han de extinguirse las penas privativas de libertad impuestas por la jurisdicción castrense. A tal respecto, se distingue según la condena lo haya sido por delito militar o en aplicación de las leyes penales comunes.

A. En las penas de privación de libertad impuestas por delitos comprendidos en el Código de Justicia Militar, la regla general es que se extinguirán en establecimiento penitenciario militar o común, según el condenado sea o no miembro de las fuerzas armadas y así lo declara la propia Exposición de Motivos del Código.

En este sentido, establece el artículo 243, en su párrafo primero, que "las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento militar que se disponga por

je su internamiento. *Vid.*, al respecto, Millán Garrido, Antonio, *El delito de deserción militar*, cit., pág. 135.

(63) Con el párrafo tercero que la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE n.º 152) ha añadido al artículo 8, 1.º del mismo, el internamiento pasa a ser facultativo y sustituible por cualquiera de las medidas que se señalan en el párrafo adicionado.

(64) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 916.

(65) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 916.

(66) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 916.

la Autoridad judicial correspondiente o por el Ministerio de Defensa, con separación absoluta de los penados que en el propio establecimiento extingan penas por delitos comunes”.

“Las penas de privación de libertad impuestas a los no militares por los delitos comprendidos en el presente Código deberán ser cumplidas en establecimientos penitenciarios ordinarios” (art. 244, 4°).

La excepción a esta regla general viene consignada en el párrafo segundo del artículo 243, según el cual, “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de penas impuestas por los delitos de traición, espionaje, contra el Derecho de gentes, devastación, saqueo y fraude, y produzcan la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina, serán cumplidas en los establecimientos penitenciarios ordinarios”, precepto cuyo alcance y contenido no aparecen claros, siendo susceptible de dos interpretaciones distintas:

a) Para Querol (67), seguido en este punto por un amplio sector de nuestra doctrina (68), la norma comporta dos excepciones: la primera, que el delito sea uno de los expresamente consignados, con independencia de la pena que por el mismo se imponga; la segunda, que la condena lleve aneja una de las accesorias señaladas, independientemente del delito que haya motivado su imposición.

b) Tal interpretación, que se ha impuesto en la práctica, carece, a mi modo de ver, de suficiente apoyo normativo.

En primer término, dicha conclusión resulta insostenible en una interpretación gramatical de la norma, que prevé el supuesto de penas impuestas por determinados delitos y comporten unas accesorias concretas, sin que la conjunción “y” pueda considerarse una errata, como fácilmente pretende Querol (69), entre otras razones porque la propia Exposición de Motivos del Código incide en la misma redacción, al indicarnos que “como excepción se reconoce el caso (*uno solo*) de penas impuestas a militares por los delitos de traición, espionaje... y que produzcan la separación del servicio”.

Pero es que, además, el fundamento de la excepción radica, según la indicada Exposición de Motivos, en que, en dicho caso (*utiliza nuevamente el singular*), afecta “la condena de modo particular al honor”, y es lo cierto que, si bien todos los delitos enumerados inciden negativamente en la dignidad militar, no todas las condenas que comportan la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina suponen una especial ofensa al honor. Mas bien puede afirmar-

(67) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., págs. 197 y ss.

(68) Así, Díaz-Llanos Lecuona, Rafael, *Leyes Penales Militares*, cit., pág. 229; Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., pág. 1251.

(69) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 198.

se que todas las penas impuestas por los referidos delitos que lleven consigo dichas accesorias afectan *de modo particular* al honor militar.

Por ello, en mi opinión, el párrafo segundo del artículo 243 comprende una única excepción, que requiere la concurrencia de dos requisitos:

1°. Que la pena impuesta lo sea por delitos de traición, espionaje, contra el Derecho de gentes, devastación, saqueo o fraude.

2°. Que dicha condena produzca la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina.

No dándose ambos requisitos, el militar, con independencia de su condición posterior a la condena, cumplirá la pena impuesta por un delito de los comprendidos en el Código en un establecimiento penitenciario castrense.

B. Las penas privativas de libertad que se impongan a militares por aplicación de las leyes penales comunes deberán cumplirse en establecimientos penitenciarios ordinarios cuando lleven consigo la separación del servicio o el destino a Cuerpo de disciplina (art. 244, 1°). Si no llevan consigo dichos efectos, se cumplirán en el establecimiento militar que se designe (art. 244, 3°).

Conforme, finalmente, al párrafo segundo del artículo 244, cuando un militar quede sujeto a dos o más condenas, bastará que una de ellas sea de las que preceptivamente haya de extinguirse en establecimiento penitenciario común, para que en él se cumplan asimismo las demás con independencia de su naturaleza y duración (70).

VIII. SUSPENSIÓN DE CONDENA (71)

El artículo 245 del Código de Justicia Militar facultaba a los Tribunales militares, antes de la reforma de 1980, para otorgar, conforme a los artículos 92 y siguientes del Código penal, la condena condicional a los reos de delitos comunes penados por la jurisdicción militar, quedando "exceptuados de la suspensión de condena los autores, cómplices y encubridores de delitos en los que se haga aplicación del artículo 194".

La reforma (72) vino a ampliar el ámbito de posible concesión de este beneficio, suprimiendo la excepción de los delitos en que se aplique el artículo 194

(70) Cfr. de Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 200.

(71) *Vid.*, Cameras Santiago, José M., *La condena condicional militar*, en "Boletín Jurídico Militar", México, 1943, n° 7 al 12, págs. 412 y ss., 540 y ss. y 631 y ss. Asimismo, Millán Garrido, Antonio, *La suspensión de condena en la legislación penal militar*, en "Revista General de Derecho" (en prensa).

(72) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las leyes penales militares*, cit., pág. 308.

y permitiendo, en todo caso, hacer uso de la suspensión de condena cuando el penado no sea militar ni agregado a los Ejércitos.

a) Por lo que a los delitos del artículo 194 respecta, entiendo que, dado que se trata de delitos comunes (73), en ellos podrá aplicarse la suspensión de condena no sólo a los partícipes paisanos, sino también a los militares, que en tales supuestos se les condena "con arreglo a lo dispuesto en las Leyes comunes", independientemente de que, respecto a ellos, se aprecie la causa personal de agravación que el precepto de referencia comporta.

b) La segunda innovación se señala expresamente en la nueva redacción del artículo 245, al consignarse, en su párrafo segundo, que "también podrá aplicarse la suspensión de condena por delitos comprendidos en este Código o en cualquier otra Ley penal militar a los penados que no pertenezcan a los Ejércitos o estén agregados a ellos".

Por consiguiente, tras la reforma, únicamente quedan exceptuados de la remisión condicional de la pena los militares condenados por delitos previstos en la legislación militar.

La excepción encuentra, a mi modo de ver, fundamento no sólo en el hecho de "no darse", en las penas privativas de libertad de corta duración que se cumplen por los aforados castrenses en establecimientos exclusivamente militares, aquellos peligros que la convivencia con profesionales de la delincuencia común procura a los reos que ingresan en establecimientos carcelarios de la jurisdicción ordinaria" (74), sino también en la específica función de ejemplaridad que la pena desarrolla, adicionalmente, en el colectivo militar (75), respecto al que no son de aplicación, en todo caso, las consideraciones generales que por la doctrina se formulan en relación a las penas cortas de privación de libertad y que, en último término, son las que justifican la existencia de los diversos medios susti-

(73) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Delito militar*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo VI, Barcelona, 1954, pág. 598. En contra, De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 204.

(74) Cfr. De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, cit., pág. 204.

(75) Vid. Schwenck, Hans-Günther, *Die Strafaussetzung zur Bewährung bei militärischen Straftaten*, en "Neue Zeitschrift für Wehrrecht", Berlin, 1966, cuad. 1, págs. 4 y ss., quien, a la vista de la legislación alemana, destaca los peligros que para el buen orden y disciplina de las fuerzas armadas podría comportar una total generalización de este beneficio, particularmente en delitos, como la desertión o el insulto a superior, de sensible relevancia en el ámbito militar.

En esta línea, Jesús Valenciano Almoyna (*En torno a un nuevo Código de Justicia Militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", n.º 35, Madrid, enero-junio 1978, pág. 70), si bien se muestra a favor de la generalización de la suspensión de condena en la jurisdicción militar, considera conveniente que, tratándose de delitos militares cometidos por militares, los Tribunales puedan "denegar tal beneficio cuando entiendan que su aplicación puede afectar a la disciplina o buen régimen de los Ejércitos".

tutivos (76), entre los que la suspensión de condena se encuentra (77).

La aplicación se llevará a cabo en los casos y con los requisitos establecidos en el Código penal, mas sin otros recursos que los autorizados en el artículo 906 CJM (art. 245, 3°).

IX. LIBERTAD CONDICIONAL (78)

En el artículo 246 del Código "se establece la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad, que se encuentran en el último período de condena y que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta, que sean acreedores a dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrezcan garantías de hacer vida honrada y en libertad como personas pacíficas y laboriosas" (79).

El período de libertad condicional durará todo el tiempo que al liberado le falte por cumplir su condena (80). Si en dicho período reincide u observa mala conducta, se revocará la libertad concedida (81) y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en la prisión en que la obtuvo y en el período penitenciario que corresponda, según las circunstancias (82). La reincidencia o reiteración en el delito llevará aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (art. 247).

El procedimiento para la aplicación de la libertad condicional se ajustará, según el artículo 1001 CJM, a la legislación penitenciaria común y disposiciones emanadas del Ministerio de Defensa (83), si bien es preceptivo, en todo caso, que a las reuniones de las Comisiones, Juntas y Organismos en que se estudien las propuestas de libertad condicional de penados por la jurisdicción militar asistida, en representación de la misma, los funcionarios del Cuerpo Jurídico respectivo que se designen (art. 1002 CJM).

(76) Vid. Puig Peña, Federico, *Condena condicional*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Edit. F. Seix, tomo IV, Barcelona, 1952, págs. 856 y ss.

(77) En contra, Blay Villasante, Francisco, *Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar*, dentro de la "Reforma del Código de Justicia Militar", en "Revista de Aeronáutica y Astronáutica", n° 481. Madrid, enero 1981, pág. 69, para quien "no parece congruente mantener la prohibición de la posibilidad de la suspensión de condena para militares por delitos militares".

(78) Vid. De No Louis, Eduardo, *Libertad condicional*, en "Revista Española de Derecho Militar", n° 4, Madrid, julio-diciembre 1957, págs. 148 y ss.

(79) Vid. artículo 86 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(80) La *vigilancia y situación* de los liberados se regula en los artículos 88 y 89 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(81) Vid. artículo 90 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(82) El artículo 91 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares se refiere a los *efectos de la revocación*.

(83) Vid. artículo 87 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

X. REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO

La redención de penas por el trabajo procede, como ha destacado Rodríguez Devesa (84), del Derecho penal militar de la pasada Guerra Civil, que lo estableció por Decreto nº 281/1937, de 28 de mayo (y Orden de 7 de octubre de 1938), para los prisioneros de guerra y los condenados por delitos no comunes. Sólo excepcionalmente se preveía, en estas primeras disposiciones, su aplicación a los penados por delitos comunes (85).

Extendida posteriormente a cualquier tipo de delitos, la institución se incorporó al Código penal de 1944 (art. 100), modificado en 1963, y fue desarrollada en el Reglamento de los Servicio de Prisiones de 1956 (arts. 65-73), reformado en 1977.

Por el contrario, el vigente Código de Justicia Militar no reguló la redención de penas por el trabajo, y aunque algún autor sostuviera la vigencia en el ámbito jurídico-militar del artículo 100 del Código penal en base a la Orden de 24 de febrero de 1945 que desarrolla el indicado precepto (86), resultaba ciertamente cuestionable que pudiera hacerse aplicación de la referida norma a los condenados por delitos militares.

Por ello fue necesario que el Decreto-Ley de 1 de febrero de 1952 hiciera extensivo a los condenados por la jurisdicción militar los beneficios de redención de penas por el trabajo (87), si bien de forma limitada por cuanto de los mismos quedan excluidos los miembros de las fuerzas armadas condenados por delitos militares cuando la pena sea inferior a tres años y no lleve consigo la salida del Ejército.

En la actualidad, la redención por el trabajo de penas militares se rige por el referido Decreto-Ley de 1952, Reglamento provisional de la Junta Central Militar de Redención de Penas, instrucciones que por ésta se hayan dictado (88) o se dicten en lo sucesivo y lo dispuesto en la sección IV del capítulo II del título IV (arts. 93 a 99) del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios militares.

Con independencia del más limitado ámbito de aplicación del beneficio, no

(84) Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 910.

(85) Cfr. Bueno Arús, Francisco, *La redención de penas por el trabajo en el marco del tratamiento penitenciario*, en "Información Jurídica", Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, nº 317, Madrid, abril-junio 1973, pág. 53.

(86) De Querol y de Durán, Fernando, *Principios de Derecho Militar Español*, tomo II, cit., pág. 207.

(87) Vid. De No Louis, Eduardo, *Redención de penas por el trabajo*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 1, Madrid, enero-junio 1956, pág. 143.

(88) Vid. De No Louis, Eduardo, *Redención de penas por el trabajo*, cit., pág. 143.

suficientemente justificado por razones disciplinarias (89), la redención de penas por el trabajo ofrece en el orden jurídico-militar la misma temática que en el Derecho común, por cuanto su aplicación, según el Decreto-Ley de 1952, es conforme a lo establecido en el artículo 100 CP.

Por ello, también en el Derecho penal militar destacaba como laguna más sensible el que no se computara, para el cumplimiento de la condena, como tiempo redimido, el trabajado por el penado como preso preventivo (90), situación materialmente injusta que ha sido resuelta por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, añadiendo al párrafo primero del artículo 100 un inciso final, según el cual, el beneficio de redención de penas por el trabajo "se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad".

XI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Lógicamente, no es posible formular en este lugar sino algunas consideraciones críticas de carácter muy general sobre la materia tratada, así como sobre los criterios y principios que la informan.

1. Por de pronto, no puede justificarse en un Código de nuestro tiempo la excesiva diversidad de penas que, en ocasiones, según hemos visto, ofrecen idéntico contenido.

De modo especial, no existen razones de política criminal que justifiquen el mantenimiento en el Código de seis penas privativas de libertad (reclusión militar y común, prisión, militar y común, desde tres años y un día y prisión hasta tres años, militar y común) que no presentan diferencias sustanciales en su naturaleza, contenido y forma de cumplimiento.

También carece de sentido, tras la reforma de 1980, mantener la distinción entre pérdida de empleo y separación del servicio, a no ser que se les confiera efectos diferentes.

En cambio, parece conveniente la incorporación al Código de otras penas privativas o restrictivas de derechos que, como la inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar (91), respondan más específica-

(89) En tal sentido, De No Louis, Eduardo, *Redención de penas por el trabajo*, cit., pág. 143.

(90) Vid. Bueno Arús, Francisco, *La última modificación de la redención de penas por el trabajo*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", n.º 1156, Madrid, 25 de enero de 1979, págs. 3 y ss.

(91) Vid. Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, *El Derecho penal marítimo en la reforma de la Justicia militar*, en "Revista Española de Derecho Militar", n.º 40, Madrid, 1982, pág. 133. A instancias de este autor, la pena ha sido incluida en el *Anteproyecto*

mente a las exigencias politicocriminales de incriminación de determinados delitos militares.

Respecto a las accesorias, se impone una reconsideración general que dé solución a los distintos problemas a que se ha hecho referencia.

2. En segundo lugar, las penas previstas en el Código de Justicia Militar resultan, en general, rigurosas en exceso, lo que frecuentemente se destaca en el examen de la penalidad de concretos delitos militares (92).

La pena de muerte, que, en mi opinión, es inevitable en tiempos de guerra (93), debe, no obstante, establecerse tan sólo en aquellos delitos de extrema gravedad a los que difícilmente podría hacerse frente prescindiendo de la pena capital (94).

El límite máximo de las penas de reclusión (treinta años), así como el de efectivo cumplimiento (cuarenta años), resultan también excesivos (95).

3. Especial reproche merecen en el Código de Justicia Militar las penas propuestas cuando se fijan en tal extensión que no comportan un límite efectivo al arbitrio judicial (96). Así ocurre en los artículos 261, 263 (seis meses y un día

de Código penal militar de 1982 (art. 12). En cuanto a sus efectos, se señala que "la pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos" (art. 21, 2º).

(92) *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *El delito de información militar falsa*, en "Revista Española de Derecho Militar", nº 31-32, Madrid, 1976, pág. 5; *El delito de desertión militar*, cit., pág. 124; Martín Calzada, Manuel, *El delito de usurpación de funciones militares*, en "La Ley", nº 1017 (4 septiembre de 1984).

(93) *Vid.*, sobre la cuestión de en qué medida, durante un conflicto bélico, la defensa de un país exige el reconocimiento de la pena de muerte, Stock, Ulrich, *Zum Problem der Todesstrafe*, en "Neue Zeitschrift für Wehrrecht", Schweitzer Verlag, Berlin, 1968, cuad. 4, págs. 121 y ss. En nuestra doctrina, postula una reforma constitucional tendente a la abolición total de la pena de muerte Juan-Felipe Higuera-Guimerá, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., pág. 74. Asimismo, a favor de una abolición radical, Casasús, Juan J.E., *La pena de muerte en la legislación de guerra*, en "Boletín Jurídico Militar, Méjico 1946, nº 3-4, págs. 5 y ss.

(94) En este sentido, Cerezo Mir, José, *Prólogo* a la monografía de Juan-Felipe Higuera Guimerá, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, cit., pág. XIII; García Cervantes, Fernando, *La justificación de la pena de muerte en la legislación penal militar*, en "Boletín Jurídico Militar", Méjico, 1953, nº 11, págs. 360 y ss.; Eugster, J, *Die Todesstrafe in Schweizerischen Militärstrafrecht*, en "Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre", vol. I, nº 2, Bruxelles, 1962, págs. 219 y ss.

(95) En este punto, el *Anteproyecto de Código penal militar de 1982* prevé que la duración de la prisión, única pena privativa de libertad (art. 12), será de dos meses y un día a veinticinco años (art. 13), si bien este límite, lo mismo que la pena de muerte (en tiempos de guerra), queda reservado para delitos de extrema gravedad.

(96) *Vid.*, en sentido crítico sobre la gran extensión entre los límites de las actuales penas militares, Calderón Susin, Eduardo, *Arbitrio judicial y circunstancias del delito*, cit., págs. 182 y ss., quien destaca cómo en la práctica se produce, por obvias razones no sólo

de prisión a muerte), 264, 273 (seis meses y un día de prisión a treinta años de reclusión), 289 (seis meses y un día de prisión a veinte años de reclusión), 384 (seis meses y un día de prisión militar a muerte) o 388 (seis años de prisión militar a muerte). En tales supuestos estamos ante penas realmente indeterminadas, en cierto modo "arbitrarias", en las que resulta afectado el principio de legalidad" (97).

4. Finalmente, deben ser objeto de una profunda revisión las múltiples distinciones que, a efectos de penalidad, establece el Código en base a la diversa categoría militar del autor.

La distinción, a tales efectos, entre Oficialidad (y Suboficialidad) y clases de tropa, presente prácticamente en todo el articulado del Código, tiene sentido en algunos delitos, pero no en aquellos en que lo determinante, para la fijación de la pena, debe ser la "profesionalidad" o no del sujeto como base de una mayor o menor exigencia.

En algunos casos, como en ciertos delitos contra el honor militar, se distingue entre el Oficial y "el que no lo es". Tal asimilación de la Suboficialidad a las clases de tropa, rectificada en otros preceptos del Código por Ley de 21 de abril de 1949, no supone sino un vestigio de concepciones decimonónicas que deben desaparecer (98).

Por último, cualquier distinción, incluso cuando comporte un diverso título de imputación (99), no puede traducirse en un tratamiento punitivo más benévolo para el Oficial o Suboficial, como a veces ocurre en el Código vigente (100).

5. Las anteriores observaciones, con las que tan sólo se ha pretendido dejar constancia de algunos extremos que, en materia de penas, se consideran insatisfactorios, ponen de relieve, una vez más, la perentoria necesidad de una reforma integral de las leyes penales militares, basada en el más escrupuloso respeto a los propios postulados constitucionales y dirigida a hacer realidad los fines de Justicia en el ámbito de las fuerzas armadas.

humanitarias sino de estricta justicia, una parcial inaplicación de la ley, en el sentido de que los Tribunales aplican de hecho las penas en su límite mínimo. Asimismo, Martín Calzada, Manuel, *El delito de usurpación de funciones militares*, cit.

(97) Cfr. Rodríguez Devesa, José María, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 875.

(98) Cfr. Millán Garrido, Antonio, *El delito de información militar falsa*, cit., pág. 85.

(99) Así ocurre en los delitos de ausencia, en los que, mientras los individuos de las clases de tropa o marinería (o asimilados a las mismas) cometen "deserción", los Oficiales y Suboficiales incurrir en el delito de "abandono de destino o residencia", dualismo que se mantiene en el *Anteproyecto de Código penal militar de 1982*, pese a las reiteradas críticas de que ha sido objeto. *Vid.*, sobre este tema, Millán Garrido, Antonio, *El delito de deserción militar*, cit., pág. 74.

(100) En el indicado dualismo abandono de destino o residencia-deserción. *Vid.* Millán Garrido, Antonio, *El delito de deserción militar*, cit., pág. 74.

OBSERVACIONES EN TORNO A LOS LIMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO ()*

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

1. REFERENCIA AL MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución, según nos dice su Preámbulo, pretende —entre otros objetivos— construir un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad soberana del pueblo. Asume así los postulados que informan la cultura jurídico-política que se despliega a partir de las revoluciones burguesas. Posteriormente, en el articulado, concreta estos propósitos con fórmulas normativas que definen a España como un Estado social y democrático de Derecho, basado en la soberanía popular y en un régimen representativo articulado por el pluralismo político-social.

En este contexto, las determinaciones básicas para la vida nacional son adoptadas, dentro del respeto a la Constitución, por el legislador. De esta forma, la ley es la principal fuente de Derecho porque expresa la voluntad popular y las Cortes, que la representan, adquieren una posición central en el ordenamiento constitucional.

Son todas estas unas nociones elementales que no precisan de ulteriores explicaciones en este lugar. Nos basta con apuntarlas y con hacer

(*) Texto de la comunicación presentada en las Jornadas de Estudios Constitucionales sobre "El Gobierno", organizadas por la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Barcelona, durante los días 29 y 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1984.

una observación más: en nuestro ordenamiento, los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y a la ley, por este orden. Y del mismo modo que la ley encuentra su fundamento jurídico y su validez en la Constitución, las restantes fuentes normativas y los actos aplicativos del Derecho que realizan los operadores jurídicos, además de constitucionales, han de ser legales. Es decir, han de ajustarse a la ley (1).

Por otra parte, la Constitución introduce un evidente contenido material que ha de informar necesariamente a la totalidad del ordenamiento jurídico. Las afirmaciones del Preámbulo, el reconocimiento de la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político como valores superiores, las referencias del artículo 10.1 a los fundamentos del orden político y de la paz social, configuran una dimensión axiológica que identifica la concepción constitucional del Derecho (2). Esto quiere decir, que lejos de todo planteamiento positivista y formalista, las normas jurídicas tienen que ser coherentes con esa carga valorativa que singulariza el texto fundamental. En realidad, lo que sucede es que el constituyente ha recuperado y profundizado el contenido material que cualificó desde sus primeras manifestaciones al Derecho constitucional. Así, se explica la distinción entre Derecho constitucional y Derecho de dominación política (3) o la diferencia que existe entre el constitucionalismo normativo y el semántico (4).

A la vista de estas ideas, es posible afirmar que la primacía de la ley bajo el imperio de la Constitución se encuadra en el respeto del legislador tanto a las formas como a los contenidos materiales de la norma suprema. Y para que este sometimiento sea efectivo, el constituyente ha desarrollado el esquema organizativo del Estado de Derecho dotándole de un importante sistema de garantías que culminan en la justicia constitucional.

(1) Ciertamente, estas afirmaciones han de ser entendidas de acuerdo con la generalidad con que se expresan. Para darles un valor específico sería necesario tener en cuenta otros aspectos que caracterizan el sistema de las fuentes normativas. Es decir, habría que considerar la posición que en él ocupan los tratados internacionales y las consecuencias que derivan de la descentralización política y normativa e institucional realizada por la Constitución.

(2) Cfr. en torno a estas cuestiones, Pablo Lucas Verdú, *Estimativa y política constitucionales*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1984.

(3) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 43 y sigs.

(4) Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona 1965, págs. 216 y sigs.

Ahora bien, profundizando en el principio de supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE) y en el imperio de la ley, que, además de en el Preámbulo, se enuncia con carácter general en el artículo 9.3 CE, conviene precisar que proyectan su eficacia de distinta manera según se contemplen en relación con los ciudadanos o con los poderes públicos. Así, respecto de los primeros se presentan como una garantía que les permite desplegar su autonomía en todas aquellas esferas que, no se les prohíben. En cambio, respecto a los poderes públicos, la Constitución y la ley operan como presupuestos que habilitan su actuación.

Este planteamiento se impone desde el momento en que el orden jurídico-político se cimienta sobre la soberanía popular y sobre el respeto a la dignidad humana. El Estado, los poderes públicos adquieren entonces un carácter instrumental y, por tanto, limitado. La justificación política de este planteamiento es evidente. La construcción jurídica que expresa esa diferente vinculación del Derecho la ha formulado Kelsen: "un individuo que no funcione como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar. Desde el punto de vista de la técnica jurídica es superfluo prohibir cualquier cosa a un órgano del Estado, pues basta con no autorizarlo a hacerla" (5).

En esta línea parece moverse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 9.1. CE cuando afirma que de este precepto "deriva que la sujeción a la Constitución, entendida como deber negativo se aplica a todos y que esta sujeción actúa como deber positivo de obrar con arreglo a la misma, respecto de quienes son titulares de poderes públicos" (6). Ciertamente, no llega a las últimas consecuencias que hemos señalado antes, pero tal vez la causa sea que no lo requería así la cuestión que en ese momento examinaba: el recurso de amparo interpuesto por parlamentarios gallegos privados de sus derechos en cuanto tales por no prestar el juramento de acatamiento de la Constitución y del Estatuto.

Si, además de cuanto llevamos dicho, tenemos presente la impor-

(5) Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Nacional, México 1950, pág. 227. Por eso, no es casual que el artículo 18 de la Constitución austríaca de 1920 disponga que la Administración del Estado en todas sus manifestaciones sólo puede actuar sobre la base de la ley.

(6) STC 122/1983, de 16 de diciembre, fundamento 4º A) que reitera la doctrina recogida en la STC 101/1983, de 18 de noviembre, Fundamento 3.

tante tabla de derechos y libertades constitucionales y su fuerza vinculante para los poderes públicos (art. 53.1 CE), no hay duda de que la valoración que nos debe merecer el Estado que ha refundado la Constitución de 1978 tiene que ser francamente positiva. Establece un Estado de Derecho no sólo formal sino también material. Además organiza un notable conjunto de instrumentos para mayor garantía y seguridad de los ciudadanos.

2. LOS REGLAMENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Es un hecho ampliamente contrastado que la Constitución como principio organizador de la convivencia política se ve acompañada y, en ocasiones, relativizada por la Administración y el Derecho administrativo (7). En efecto, se subraya su potencialidad conformadora de la sociedad, su intensa capacidad organizadora de las estructuras sociales y la amenaza que la intervención administrativa representa para la propia libertad. No se trata sino de las consecuencias derivadas de las transformaciones del Estado contemporáneo (8) que conducen a un crecimiento desorbitado de la organización administrativa y plantean problemas de adaptación al Estado de Derecho en su configuración original (9).

En realidad, se asiste a la consagración del protagonismo del Poder ejecutivo, del Gobierno y de la Administración en el marco del Estado social de Derecho. La Constitución expresa esta realidad robusteciendo notablemente la posición del Gobierno en cuanto director de la política nacional y de los aparatos de la Administración central. De esta manera, es posible afirmar que si las Cortes son el eje central del sistema constitucional, el Gobierno es el motor que impulsa su funcionamiento.

Entre los distintos instrumentos con que cuenta para cumplir con este cometido se halla la potestad reglamentaria que le atribuye el art. 97 CE. Se trata de una de las manifestaciones del poder normativo del Gobierno que, sin duda, es mucho más amplio. Así, recordemos que le corresponde aprobar los decretos-leyes y los decretos legislativos. Además, no puede olvidarse su privilegiada posición en materia de iniciativa legislativa y, en general, en todo el procedimiento de elaboración de las

(7) Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, reimpresión de la 3ª edición, págs. 466 y sigs.

(8) Cfr. Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, págs. 38 y sigs.

(9) Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 39 y sigs.

leyes. Tampoco hay que desconocer que le corresponde concertar, de acuerdo con la Constitución, los tratados y convenios internacionales.

De todo este conjunto de temas, nos vamos a centrar en los reglamentos gubernamentales para examinar algunos aspectos de su régimen jurídico que nos han parecido significativos (9 bis).

En este sentido tal vez la primera precisión que convenga realizar sea la de distinguirlos de otros actos jurídicos de los órganos constitucionales que reciben esta denominación. En efecto, la Constitución alude a los reglamentos parlamentarios (art. 72.1 CE) y las leyes orgánicas reconocen poderes reglamentarios al Tribunal Constitucional (art. 2 LOTC) y al Consejo General del Poder Judicial (art. 5 LOGGPJ) (10).

Resulta así que los distintos órganos constitucionales gozan de poder reglamentario. Ahora bien, si con el concepto de reglamento se quiere hacer referencia a todos estos actos jurídicos, es necesario observar que esa categoría no sería en modo alguno unitaria. Si acaso la única nota común sería la propia denominación y el hecho de que en todos ellos pueden encontrarse aspectos organizativos, aunque este no sea un contenido necesario del reglamento gubernamental y sí de los demás. Fuera de estos extremos, las principales diferencias estriban, por una parte, en la propia posición del reglamento en el ordenamiento jurídico; así solamente los de las Cortes están inmediatamente subordinados a la Constitución y sometidos al enjuiciamiento del Tribunal Constitucional por los trámites del control de constitucionalidad (11). Los demás, en cambio,

(9 bis) Para un examen completo. Cfr. Martín Bassols Coma: "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I. Inst. Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs. 315 y sigs.

(10) En el caso de otros órganos de relevancia constitucional, sus reglamentos son dictados, a propuesta de cada uno, por las Mesas de las Cámaras (Defensor del Pueblo, art. 20 LODP y Acuerdo de las Mesas de 6 de abril de 1983); por el Gobierno [Consejo de Estado, LOCE, disp. final 3ª y Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio; Ministerio Fiscal, Ley 50 1981, de 30 de diciembre, disp. final 1ª]. En relación con el Tribunal de Cuentas, la L.O. 2 1982, de 12 de mayo no contiene ninguna atribución expresa de poderes reglamentarios, mientras que reserva a la ley la regulación de su funcionamiento y del estatuto de su personal y al Gobierno la elaboración del correspondiente proyecto. No obstante, el art. 3 LOTCE atribuye al propio Tribunal la "competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno, y régimen interior del mismo y al personal a su servicio". Afirmar la naturaleza común de la potestad reglamentaria de los órganos constitucionales, José María Boquera Oliver, "Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", *REDA*, n.º 40-41, Civitas, Madrid, enero-marzo de 1984, págs. 24.

(11) Estas razones puede permitir considerarlos con cierta autonomía como actos normativos de las Cámaras con valor de ley. Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Los órganos constitucionales", en Andrés de Blas Guerrero (comp.), *Introducción al sistema político español*, Teide, Barcelona, 1983, págs. 141 y sigs. Señala la distinta naturaleza

están subordinados a la Constitución y a la ley. Por otra parte, atendiendo a la extensión objetiva de la potestad reglamentaria, vemos que la de las Cámaras, la del Tribunal Constitucional y la del Consejo General del Poder Judicial es sustancialmente organizativa. Sin embargo, la potestad reglamentaria del Gobierno, aunque también pueda ser organizativa, es fundamentalmente de desarrollo e integración de las leyes. La diferencia es, pues, notable y, por eso, parece difícil mantener la naturaleza unitaria de todas estas figuras.

En realidad, creemos que estas manifestaciones reglamentarias de contenido organizativo pueden explicarse mejor si se relacionan con la posición de órganos constitucionales que poseen las Cámaras, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial. Es decir, su condición de “órganos a los que se les confía la actividad directa del Estado y que gozan, dentro de los límites del Derecho objetivo, que los coordina entre sí pero no les subordina el uno al otro, de una completa independencia recíproca” (12). Organos que son inmediatos, que “traen su investidura directamente del acto constitutivo y que son coesenciales al tipo de ordenamiento que éste hace surgir; de ahí deriva su posición de supremacía respecto a los otros y de recíproca independencia entre ellos, de manera que pueda darse también su recíproco control” (13).

Por otra parte, se suele reconocer a todo ente institucionalizado lo que se ha denominado “poder de organización”, entendiendo por tal la facultad de emanar normas exclusivamente dirigidas a su organización interna sin que, en modo alguno, puedan afectar a la posición jurídica de los ciudadanos. Vendría a ser una especie de poder inherente a la naturaleza institucional de un ente o un órgano individualizado.

3. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO

A) Ley y reglamento

En consecuencia, vamos a ceñirnos exclusivamente a lo que el art. 97 CE denomina “potestad reglamentaria” del Gobierno y, por lo tan-

de estas diferentes figuras reglamentarias, Enrique Alvarez Conde, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 266.

(12) Santi Romano, “Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato”, en *Scritti minori*, vol. I. *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1950, pág. 12.

(13) Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. I. Cedam, Padua, 1975, págs. 207 y sigs.

to, a los reglamentos gubernamentales. Según hemos señalado, la potestad reglamentaria está sometida en su ejercicio a la Constitución y las leyes. Así lo dice expresamente el mismo art. 97 CE: Los reglamentos están vinculados a dos tipos de normas, las constitucionales y las legales. Sin embargo, su conexión inmediata es con las leyes, las cuales, a su vez, están inmediatamente subordinadas a la Constitución.

Como es evidente, resulta entonces que la noción y la posición del reglamento gubernamental depende de la relación que mantiene con la ley. Se hace necesario, por lo tanto, realizar algunas precisiones sobre esta fuente.

En el ordenamiento constitucional español, la ley —entendida en sentido amplio, pues existen varias clases de leyes— se concibe como una norma primaria, que innova el Derecho objetivo, capaz de regular cualquier materia dentro del respeto a la Constitución. Está jerárquicamente supraordinada al reglamento que en modo alguno podrá contradecirla (14). Así, la fuerza típica de la ley le permite, por un lado, innovar la legislación precedente y, por el otro resistir, prevalecer frente a toda modificación que no provenga de otra ley.

No existe ningún campo vedado al legislador, ni, por consiguiente, reserva alguna a favor del reglamento. La condición expansiva de la ley (15) obliga al replanteamiento del significado de las reservas legales. Como señala Mortati, (16), en este contexto, el principio de legalidad absorbe al de reserva. Por eso, es necesario buscar un sentido nuevo a esta institución. Así se pasa a hablar de la reserva de ley como una técnica para “significar acepciones adicionales o segundas” (17).

(14) Angel Garrorena Morales, *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1981; Javier Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 81 y sigs. También, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Civitas, Madrid, 1980, págs. 121 y sigs.

(15) Garrorena, *op. cit.*, pág. 72.

(16) Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II. Cedam, Padua, 1976, pág. 794. También, Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto costituzionale*, vol. II. Cedam, Padua, 1978, págs. 56-57.

(17) Garrorena, *op. cit.*, pág. 59. Esas acepciones adicionales apuntan, a su juicio, a determinar algunos aspectos del programa legislativo, a reducir la discrecionalidad del legislador, a precisar la forma en que han de regularse algunas materias, excluyendo su tratamiento por algunas fuentes específicas, a impedir la deslegalización. Véase, también, en relación con esta noción de reserva, Mortati, *Istituzioni*, vol. I. *cit.*, pág. 343-344.

En torno a la formulación inicial del concepto de reserva y su conexión con el dualismo ley-formal/ley-material, cfr. Garrorena, *op. cit.*, págs. 13 y sigs. También, Dietrich Jesch, *Ley y Administración*, IEA, Madrid, 1978, págs. 13 y sigs. Christian Starck, *El con-*

El carácter primario de la ley apunta a su capacidad innovadora del ordenamiento jurídico: introduce, modifica, elimina normas y al hacerlo define, modula, limita la posición jurídica de los ciudadanos y de los poderes públicos.

Sin embargo, no puede afirmarse técnicamente un concepto material de la ley. En efecto, si está superada su identificación con el tratamiento exclusivo de lo relativo a la libertad y la propiedad y, por ello, no podemos definirla desde esta perspectiva, tampoco es posible diferenciarla en base a la generalidad y abstracción de sus mandatos. En primer lugar, porque otras normas, por ejemplo, las reglamentarias también tienen este carácter. En segundo lugar, porque hay leyes de contenido particular y concreto. Incluso la definición política de la ley, es decir, su conceptualización como acto básico de orientación política es realmente difícil de aplicar a supuestos como el de la ley 17/1984, de 1 de junio por la que se modifican las plantillas de los músicos y bandas del Ejército del Aire sin incremento de gasto público.

Por tanto, solamente es viable un concepto formal de ley: acto normativo de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, elaborado conforme al procedimiento legislativo, aprobado como ley y publicado, tras la sanción y promulgación en el diario oficial correspondiente

Cuanto hemos indicado se desprende del tratamiento que la Constitución dedica a esta fuente normativa, así como de la interpretación conforme a la Constitución de otros textos legales, especialmente el Título preliminar del Código Civil. Queremos decir que no existe una normativa constitucional dedicada directamente a definir de manera sistemática el concepto, la naturaleza y la eficacia de las leyes.

B) *Configuración constitucional del reglamento*

Otro tanto puede decirse de los reglamentos gubernamentales. En este caso, además, con la particularidad de que ni siquiera los menciona el artículo 1 del Código Civil. La Constitución, por su parte, se limita a enunciar la potestad reglamentaria del Gobierno sin definirla. Ahora bien, se desprenden en todo caso de ella los siguientes extremos: a) el reglamento es un acto normativo del Gobierno (art. 97 C.E.); b) adopta

cepto de ley en la Constitución alemana. CEC, Madrid, 1979, págs. 117 y sigs. Alfredo Gallego Anabitarte, *Ley y reglamento en el Derecho Público Occidental*, IEA, Madrid, 1971, págs. 139 y sigs.

la forma de Decreto expedido por el Rey (art. 62. f) C.E.); c) está sometido a la Constitución y a la ley (art. 97 C.E.); d) el ejercicio de la potestad reglamentaria es controlado por el poder judicial (art. 106.1. C.E.).

Además, es preciso tener en cuenta, las exigencias de jerarquía normativa, irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que contiene el artículo 9.3 C.E. Asimismo el artículo 105 a) C.E. encarga a la ley regular la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y no es posible olvidar que la Administración Pública, y, por tanto, el Gobierno que la dirige, deben servir con objetividad los intereses generales y para ello han de someterse plenamente a la ley y al Derecho (artículo 103.1 C.E.).

Por último, resulta evidente, como ya hemos dicho que no existe una materia que esté reservada al reglamento. Los reglamentos gubernamentales no pueden subordinarse directamente a la Constitución, es precisa la *interpositio legislatoris* (art. 97 C.E.). Por eso, adquieren un cierto carácter residual, pues, en principio, solamente pueden operar donde lo consienta la ley, sin contradecirla nunca y, desde luego, sin poder abordar aquellas materias protegidas por las reservas legales.

De todo este conjunto de principios que enmarcan la posición del reglamento en el seno del ordenamiento jurídico nos interesa subrayar dos cuestiones. La primera es la tendencia que se advierte en la Constitución de asegurar el imperio de la ley y, de la jerarquía normativa. En este sentido, existe una clara preocupación por garantizar la regularidad jurídica, en último extremo, la coherencia del ordenamiento y su armonía interna. Las distintas expresiones que se refieren a la sujeción, a la Constitución, a la conformidad con la ley, con el ordenamiento jurídico, al sometimiento pleno, al Derecho, así lo indican. Esto, obviamente, conduce a la comprensión del espacio que pueda quedar para las fuentes subordinadas a la Constitución y a la ley. Desde esta perspectiva, encontramos una clara continuidad con la argumentación que recalca la preocupación de nuestro Estado de Derecho por la efectividad de sus garantías.

En segundo lugar, la insistencia de la Constitución en subordinar las fuentes infralegales y, en concreto, la reglamentaria no sólo a la Constitución y a la ley, sino también al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.) y al Derecho (art. 103.1 C.E.), parecen indicar que no nos encontramos ante una simple reiteración de ideas, sino que hay algo más que la sumisión a la Constitución y a la ley.

En este punto, es necesario aludir a la interpretación que se ha dado a la expresión "sometimiento pleno a la ley y al Derecho" del artículo 103.1 C.E. En realidad, esta fórmula es la versión española del artículo 20.3 de la Ley fundamental de Bonn según el cual "El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho". Ciertamente, la versión alemana es más perfecta técnicamente y más completa, pues extiende la sumisión a la ley y al Derecho también al Poder judicial, sometido "únicamente al imperio de la ley" por la Constitución española (art. 117.1 C.E) (18). Además, el artículo 20.3 LFB se refiere no a la Administración sino al Poder ejecutivo, lo que nos parece más acertado puesto que así comprende inequívocamente al conjunto Gobierno-Administración y no se enfatiza la sustantividad de esta última. Hacemos esta observación no con el propósito de negar la existencia institucional de la Administración, sino para llamar la atención sobre su subordinación al Gobierno (artículo 97 C.E.) y sobre la necesidad de diferenciarlos pues los distingue la Constitución.

En todo caso, aun admitiendo la mayor fortuna de la LFB, lo cierto es que nuestro ordenamiento, gracias a la reiteración de normas que proclaman el carácter limitado de los poderes públicos y la subordinación de todas las fuentes a la Constitución y a la ley, consigue los mismos efectos.

La interpretación que la doctrina alemana ha realizado del artículo 20.3 LFB insiste en que esa vinculación a la ley y al Derecho supone la superación del positivismo legalista, de manera que el poder ejecutivo y el judicial quedan sometidos no sólo al Derecho escrito, sino también al no escrito, a los principios generales y a los valores constitucionales. Incluso hay quien considera que se trata de una sumisión no sólo al Derecho positivo, sino también al Derecho natural. Se incorpora, por tanto, una dimensión material, axiológica como parámetro para delimitar la actuación regular de estos poderes públicos (19).

En nuestro Derecho constitucional, ese efecto está asegurado desde el propio artículo 1.1. C.E., en la medida que contiene una norma de

(18) En este sentido, Eduardo García de Enterría, "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 10, CEC, Madrid, enero-abril de 1984, pág. 14. Garrorena, *op. cit.*, pág. 80, piensa que la fórmula española es menos extensa que la alemana —no extiende al Poder judicial el sometimiento al Derecho— pero más intensa: exige un sometimiento "pleno" al Derecho a la Administración.

(19) Cfr. Starck, *op. cit.*, págs. 61 y sigs.

apertura (20) que fundamenta el ordenamiento jurídico sobre un sistema de valores y desde el artículo 9.1 que dispone la sujeción general a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por eso, el artículo 103.1 C.E. no es sino una especificación referida a la Administración de ese presupuesto fundamental de la Constitución. Evidentemente, la incorporación de esta carga axiológica incrementa notablemente las facultades fiscalizadoras del Poder judicial y del Tribunal Constitucional a la hora de velar por el recto ejercicio de la potestad reglamentaria.

En este orden de argumentos, conviene hacer una última precisión. El ejercicio de la potestad reglamentaria no sólo está sometida a la Constitución y a la ley, y al orden de valores constitucionales. En la medida, en que no estén recogidos o supuestos por la propia norma fundamental, el reglamento ha de respetar los principios generales del Derecho. En efecto, desde la reforma de 1974 del Título preliminar del Código civil, se ha acogido legislativamente la concepción de Federico de Castro sobre estos principios: no son una simple fuente subsidiaria a la que se acude en defecto de la ley o de costumbre del lugar, como quería el antiguo artículo 6.2 del Código civil. Por el contrario, los principios generales además de fuente subsidiaria tienen un carácter informador de la totalidad del ordenamiento jurídico (art. 1.4 C.c.) De ahí que, desde esta perspectiva, sean anteriores y, por tanto, superiores, incluso a la ley y se beneficien de las consecuencias de la jerarquía normativa: "carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior" (art. 1.2 C.c.). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha confirmado esta interpretación y ha refrendado la eficacia jurídica de los principios generales del Derecho (21). Por tanto, junto a la Constitución, las leyes, los valores constitucionales, los principios delimitan al ámbito dentro del cual se ha de ejercer la potestad reglamentaria.

Es importante esta última observación para despejar las dudas que aun pudiera haber en este punto, derivadas fundamentalmente de algunas decisiones del Tribunal Supremo (22).

C. El reglamento como fuente secundaria. El principio de legalidad

De esta manera, vemos que la Constitución ha trazado un esquema que perfila los aspectos más significativos del reglamento aunque no le

(20) Pablo Lucas Verdú, "Comentario al artículo 1º de la Constitución", en *Comentarios a las leyes políticas dirigidos por Oscar Atzaga, Tomo I. Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1983, págs. 37 y sigs.

(21) Así, a partir de la STC de 2 de febrero de 1981.

(22) Cfr. Boquera Oliver, *op. cit.*, págs. 33-34.

dedica una regulación sistemática. Como ha señalado Pérez Royo (23) la norma constitucional es muy concisa en lo que se refiere a la disciplina de las fuentes tradicionales del derecho: la ley y el reglamento.

Esto no quiere decir, sin embargo que carezcan de importancia. Ya hemos hablado del significado de la ley. Es menester, decir algo ahora sobre el reglamento en cuanto acto normativo. Es una fuente secundaria, sus normas no innovan en sentido propio el ordenamiento en la medida en que operan por debajo de la ley y no pueden modificar por sí mismos —esto es, sin habilitación legal— la esfera de derechos y deberes de los ciudadanos. En definitiva adolecen del carácter subordinado propio de las normas que se emanan sin la participación directa o indirecta de la comunidad (24).

No obstante, puede decirse que sirven para integrar y desarrollar la ley. Desde esta perspectiva colaboran a la construcción del ordenamiento jurídico e inciden en la esfera de autonomía de las personas y de los entes públicos. Por eso son fuente del derecho.

En cuanto a la estructura lógico-formal de sus disposiciones, presentan los caracteres de generalidad y abstracción que también se predicán de las leyes (25).

Este carácter secundario, subordinado de las normas reglamentarias no debe llevarnos a engaño. Los reglamentos son los actos normativos que se producen en mayor número y con mayor intensidad en cualquier ordenamiento jurídico. El español no es ninguna excepción. García de Enterría, recordando a Carl Schmitt, ha hablado de "legislación motorizada" (26). Con esta expresión no sólo se refiere al creciente número de leyes que encuadran nuestra vida, sino también la ingente cantidad de decretos que introducen normas reglamentarias.

De hecho, la vida de cualquier particular se va acosada constante-

(23) Javier Pérez Royo, "Fuentes del Derecho", en José Juan González Encina² (ed), *Diccionario del sistema político español*. Akal, Madrid, 1984, pág. 348. Id. *op. cit.*, págs. 81 y sigs.

(24) Lorenza Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*. Cedam, Padua, 1966. Págs. 12 y sigs. A este carácter subordinado, secundario, se refiere el Tribunal Constitucional, cuando en su sentencia 35/1982, de 14 de junio, fundamento 2º, habla del carácter "radicalmente limitado", por la ley, propio del reglamento. Sin embargo, eso no le impide reconocer su virtualidad innovadora: cfr. STC 39/1982, de 30 de junio.

(25) Carlassare, *op. cit.*, págs. 28 y sigs.

(26) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1979, pág. 162.

mente por distintas disposiciones de esta naturaleza. Los fines asistenciales del Estado social de Derecho se traducen en una intervención continua de la Administración en las diferentes facetas de la vida social. La actividad de prestación cobra aquí una gran importancia. Todo ello lleva a la necesidad de dictar reglamentaciones para abordar cada problema específico. Cobra así presencia material el principio Administración y se hace necesario afrontar el reto que representa la salvaguardia del Estado de Derecho frente a la impresionante estructura del Poder ejecutivo (27).

En este punto, hay que regresar a cuestiones ya mencionadas: el poder reglamentario del Gobierno se ejerce de acuerdo con la Constitución y la ley (artículo 97 C.E.). El artículo 9.3 C.E. consagra al principio de legalidad. Es importante, entonces, establecer como juega el principio de legalidad en relación con la acción administrativa y reglamentaria del Gobierno.

Aquí se ha producido una conocida evolución tanto del ámbito dentro del que opera el principio de legalidad como de la naturaleza de la vinculación que ejerce sobre el Gobierno y la Administración (28). En cuanto a la primera ya se ha dicho que actualmente se concibe a la ley como fuente preferente y universal: no hay materias excluidas para el legislador, solamente podrá admitirse dicha zona excluida para la ley cuando se opere en ordenamientos que expresamente la disponen a nivel constitucional.

Tal es el caso de Francia bajo la Constitución de 1958 (29). Sin embargo, ni siquiera aquí ha prevalecido esta restricción material del ámbito propio de la ley y así la evolución reciente de la jurisprudencia del Consejo Constitucional no sólo ha conducido a una extensión continua del dominio de la ley sino que incluso ha llegado a abandonar definitivamente la noción material de ley que, en principio parece deducirse del artículo 34 de la Constitución francesa (30).

(27) Sobre la necesidad de nuevas técnicas de protección de la libertad ante esta situación, Cfr. García Pelayo, *op. cit.*, págs. 65-66.

(28) Jesch, *op. cit.*, págs. 131 y sigs. estudia precisamente la evolución del principio de legalidad.

(29) La Constitución de 1958 en su artículo 34 enumera las materias propias de la ley y el artículo 37 establece que "las materias que no sean las propias del dominio de la ley poseen un carácter reglamentario".

(30) Cfr. Louis Favoreu, "Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* n. 2/1983, LGDJ, París, págs. 348 y sigs. donde, además de analizar diversas decisiones del Consejo Consti-

Así, pues, asistimos a la consagración de la capacidad reguladora universal de la ley. Pero, esta ley, tendencialmente, omnicompreensiva ¿cómo opera frente al Gobierno y la Administración? Desde, las primeras formulaciones del Estado de Derecho se ha pretendido asegurar el imperio de la ley frente al Poder ejecutivo. La legalidad de la Administración es uno de los corolarios del Estado de Derecho.

Se trata de someter a Derecho, someter a la voluntad del legislador la acción de los órganos gubernamentales y administrativos. Este propósito se realiza en un primer momento gracias a una formulación negativa del principio de legalidad: el Poder ejecutivo no puede actuar en contra de las leyes. De esta manera, la ley opera como un límite a la discrecionalidad administrativa. Límite que es reforzado por la técnica de las reservas legales. Esta construcción supone un indudable progreso puesto que permite el control judicial de la observancia de esos límites por el reglamento y, en general, los actos administrativos. Es, pues, una manera de hacer eficaz el principio de la separación de poderes, asegurando la primacía política del órgano representativo de los ciudadanos. En el fondo, esto es lo que significa la subordinación de la acción administrativa a la ley.

Pero si las transformaciones del Estado han producido un crecimiento desorbitado del área del Poder ejecutivo, un ensanchamiento de los ámbitos del Derecho administrativo y, por tanto, de los reglamentos, ese proceso se ha visto acompañado por un esfuerzo paralelo por asegurar el sometimiento al Derecho de esos poderes en expansión. Así es posible hablar de la paulatina configuración del régimen administrativo como una lucha contra las inmunidades del poder (31). En efecto, se observa un importante esfuerzo doctrinal que conducirá a la transformación del sentido del principio de legalidad: de operar como un límite externo a los poderes de la Administración (vinculación negativa), se ha pasado a considerar la ley como presupuesto habilitante para su existencia y ejercicio (vinculación positiva) (32).

tucional que conducen a estas conclusiones, se hace eco de posiciones doctrinales de dos constitucionalistas eminentes (Renè Capitant y Michel Debrè) que en 1967 y 1972 respectivamente relativizaban la tajante división de campos normativos que parecía deducirse de la Constitución (*ibidem* pag. 353, nota 50).

(31) Cfr. Eduardo García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, 3ª ed.

(32) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 365 y sigs. Véase, además, la excelente síntesis que realiza José Luis Carro y Fernández Valmayor en el trabajo que publica con Rafael Gómez-Ferrer Morant, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", en *Documentación Administrativa*, nº 188. Presidencia del Gobierno,

Esta doctrina, fundada en concepción gradualista del orden jurídico elaborada por Merkl y adoptada por Kelsen, se ha aplicado a nuestro ordenamiento utilizando para ello preceptos a los que ya hemos aludido: artículo 9.1 y 9.3 C.E., artículo 103.1 C.E. y relacionándolos con disposiciones legales que ya ofrecían una base preconstitucional para esta interpretación. Así, las nociones de "conformidad al Derecho", o "infracción del ordenamiento jurídico", de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 83), y de la Ley de Procedimiento Administrativo (artículos 40.2, 48 y 115). Igualmente, la idea de ordenamiento jurídico acogida por la reforma del Título preliminar del Código Civil. De esta forma se llega a la conclusión de que "no hay en el Derecho español ningún "espacio franco o libre de ley" en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos han de someterse a Derecho", han de ser "conformes" a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen "infracción del Ordenamiento Jurídico" y les priva, actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad) de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. . . "El principio de legalidad opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa" (33).

La jurisprudencia constitucional parece orientarse en este sentido. Así, en la ya citada sentencia 35/1982, de 14 de junio, afirma (fundamento 2º) que la potestad reglamentaria "salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero [el legislador] l(a) habilít(e)". Por su parte, en la sentencia 83/1984, de 24 de julio, el Tribunal ha afirmado: "Este principio de reserva de ley entraña en efecto una garantía esencial de nuestro Estado de derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una

Madrid, 1980, págs. 182 y sigs. También, Garrorena, *op. cit.*, págs. 78 y sigs. Véase, igualmente, Jesch, *op. cit.*, págs. 219 y sigs. Carlassare, *op. cit.*, págs. 155 y sigs.

(33) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 369-370.

regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador". (Fundamento 4º). En esta misma sentencia (fundamento 3º), el Tribunal establece que "el principio de legalidad (artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal".

Resumiendo lo que hasta ahora se ha dicho, resulta la siguiente posición del reglamento: a) Es una fuente normativa subordinada a la ley: sólo es posible dictar un reglamento cuando lo autorice la ley y en los términos que ésta disponga b) La ley sólo puede remitir al reglamento cuando se trate de materias que no están protegidas por la técnica de la reserva c) El reglamento para ser válido no sólo ha de respetar la ley, sino el conjunto de valores y principios generales que informan el ordenamiento jurídico d) El control judicial asegura esta correspondencia formal y material del reglamento a la ley y al Derecho, es decir vela por el imperialismo de la ley.

Esta configuración de los presupuestos y del ámbito propio del reglamento es plenamente coherente con la idea de Estado de Derecho de la Constitución. La potestad reglamentaria está limitada jurídicamente y sintoniza con los principios que caracterizan nuestro ordenamiento constitucional.

4. *EL PROBLEMA DE LOS LIMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN RELACION CON LA DINAMICA DE SU EJERCICIO*

No podemos desarrollar en este lugar una teoría completa del reglamento que habría que construir articulando los principios constitucionales examinados con las normas recogidas en distintos textos legales: el Código Civil, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, si haremos algunas referencias concretas a aspectos puntuales del régimen jurídico de los reglamentos del Gobierno con el objeto de poner de manifiesto algunos aspectos problemáticos en torno a su ámbito normativo.

a) *El titular de la potestad reglamentaria.* El artículo 97 C.E. es determinante en este punto: la potestad reglamentaria corresponde al Gobier-

no. Por Gobierno hay que entender aquí Consejo de Ministros (34). Creo que conviene subrayar que la atribución se efectúa en favor del Gobierno y no de la Administración. El artículo 97 C.E. también es terminante en este punto (35). Con esta precisión no pretendo realizar una disputa meramente semántica o terminológica, sino enlazar con una interpretación estricta de la Constitución: el Gobierno es un órgano constitucional perfectamente identificado que dirige la política nacional y, para ello ejerce la potestad reglamentaria y la función ejecutiva y dirige la Administración. Pero propiamente no se confunde con ella. La Administración tiene una realidad institucional propia íntimamente ligada al Gobierno pero carente de la naturaleza jurídico política de éste. El Gobierno responde políticamente ante las Cortes, la Administración responde jurídicamente ante los Tribunales. El Gobierno se renueva periódicamente, la Administración permanece.

Por su parte, el reglamento no es sólo un acto administrativo, normalmente, el reglamento gubernamental será también un acto de orientación política. Me parece que hay que tener en cuenta estos datos para situar correctamente la cuestión. Hay que enfocar este tema desde la Constitución, no desde las leyes administrativas.

El artículo 97 C.E. atribuye al poder reglamentario, es decir, la producción de esta fuente normativa, solamente al Gobierno. Esto quiere decir, que los miembros de éste y los titulares de los órganos de la Administración carecen de potestad para emanar reglamentos. Sólo si se produce una específica habilitación legislativa podrán dictarlos. Obviamente, nos referimos a reglamentos jurídicos, es decir, a reglamentos que inciden en la esfera jurídica de los particulares. Como ya dijimos antes esto no supone que los ministros u otras autoridades inferiores carezcan de la facultad de dictar normas organizativas (36). De hecho la LRJAE la reconoce expresamente (artículos 14 y 23 y sigs.).

b) La propia Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Es-

(34) Cfr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, "Gobierno", en *Diccionario del sistema político español*, cit., págs. 382 y sigs.

(35) Para García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, pág. 172, la potestad reglamentaria se le reconoce y atribuye a la Administración.

(36) Cfr. Boquera Oliver, *op. cit.*, págs. 16 y sigs. También, Rafael Gómez-Ferrer Morant, *op. cit.*, págs. 227 y sigs. Asimismo, García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 170 y sigs. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es oscilante en este punto. Así, las STS de 3 de diciembre de 1981, 15 de junio de 1982, 12 de julio de 1982, 15 de octubre de 1982, todas de la Sala 3ª, adoptan criterios contradictorios. Cfr. al respecto, Boquera Oliver, *op. cit.*, págs. 19 y sigs.

tado contiene otra norma interesante: la que establece la *inderogabilidad de los reglamentos*. En efecto, el art. 30 señala que “las resoluciones administrativas de carácter singular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a estas” (37). García de Enterría y Fernández Rodríguez encuentran que la justificación de esta norma —que más que un límite al reglamento entienden que representa una regla para su aplicación— en la construcción técnica del principio de legalidad. La Administración —señalan— está sometida a todo el ordenamiento, por lo tanto, también a sus reglamentos. En tanto en cuanto no se haya previsto la dispensa, la derogación singular sería una infracción del propio reglamento. A diferencia de la ley, el reglamento no puede autorizar derogaciones singulares porque está vinculado a la legalidad, vinculación que no afecta al legislador.

Parece que esta justificación es razonable. Sin embargo, el problema de la derogación singular que excluye el artículo 30 LRJAE puede plantearse en unos términos que conlleven una solución diferente. En este sentido, se ha apuntado (38) que el principio de igualdad sustancial, tal como resulta configurado por el artículo 3.2 de la Constitución italiana y 9.2 de la española puede exigir, precisamente un tratamiento particular diferenciado para evitar que la igualdad ante la ley se traduzca en injusticia. Desde luego, este planteamiento se presenta como una excepción. Sin embargo, no creo que por eso deba dejar de considerarse: la igualdad no supone necesariamente un trato igual, sino, precisamente, una atención diferenciada para aquellos supuestos que sean objetivamente diferentes. Así planteadas las cosas, habría que recordar que el Gobierno es un poder público y a los poderes públicos les corresponde remover los obstáculos que dificulten la efectividad de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra (art. 9.2. C.E.).

c) Entre las distintas clases de reglamentos se encuentran los llamados *reglamentos ejecutivos*. Son los que ejecutan la ley. Es decir, los que la desarrollan e integran para su más eficaz aplicación. El reglamento ejecutivo no puede transgredir los contenidos materiales de la ley. Pero esto no significa que se deba limitar a reiterar automáticamente sus preceptos “no debe entenderse que la administración sólo fuese el brazo alargado de la ley y se limitara a ejecutarla automáticamente sin libertad creadora” (39). Como dice Starck, “las palabras de la ley necesitan siempre

(37) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs., 183 y sigs.

(38) Enzo Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1967, págs. 365 y sigs.

(39) Starck, *op. cit.*, págs. 386.

ser interpretadas”, “La vinculación a la ley de la administración ni puede normarse a nivel jurídico-positivo más allá de las posibilidades lingüísticas, ni quedar por debajo de éstas en cuanto que regulada por el Derecho positivo” (40). Precisamente, este margen de que dispone el Gobierno para ejercer la potestad reglamentaria es lo que le otorga al reglamento su condición de fuente.

A ello alude el Tribunal Constitucional en su sentencia 39/1982 de 30 de junio cuando señala: “que la coincidencia de regulaciones materiales en la relación ley-Reglamento en la que este asume el desarrollo normativo, que complementa o pormenoriza el texto de la ley, no significa la negación de la nota de “innovativo” como una de las que se predicen acertadamente para definir lo que es el reglamento y no ejecución, pues innovar es, también, desde la perspectiva calificadora que estudiamos el desarrollo de las normas anteriores. Desarrollo normativo, se distingue de aplicación en el esquema de la distinción entre reglamento y acto” (41).

En torno a esta relación ley-reglamento es preciso tener en cuenta otro dato: el reglamento ejecutivo efectúa un desarrollo normativo de la ley que posee un cierto sentido innovativo como acabamos de ver. Esa interpretación reglamentaria de la ley necesariamente ha de ser conforme a ella. No caben reglamentos *contra legem*. Será necesario que el Poder judicial controle el sometimiento pleno a la legalidad formal y material. Incluso deberá fiscalizar las integraciones, y complementos *secundum y praeter legem* que puedan existir en un reglamento para determinar si entran dentro de lo que es el desarrollo normativo de la ley.

Ahora bien, lo que nunca puede admitirse es *subordinar la eficacia de la ley al reglamento*. Las leyes según el Código Civil (artículo 2.1) entran en vigor a los veinte días de su publicación completa en el Boletín Oficial del Estado a no ser que dispusieren lo contrario. Creo que es importante recalcar esta cuestión porque existe una tendencia generalizada —sobre todo en la Administración— a relativizar la eficacia de las leyes a la emanación y al propio contenido del reglamento. Admitir la validez de este planteamiento supone alterar radicalmente los conceptos de Estado de Derecho y del principio de legalidad constitucionalmente establecidos. Pasaría a predominar la voluntad gubernamental y administrativa sobre la voluntad legislativa en detrimento de los principios políticos básicos de la soberanía nacional y de la democracia representativa.

(40) *Ibidem*. También, Carlassare, op. cit., págs. 198 y sigs. Mortati, *Istituzioni*, vol. II, cit., págs.

(41) En el mismo sentido la STC 18/1982, de 4 de mayo.

Lo mismo habría que decir de aquellos supuestos en que una norma reglamentaria suspendiese o condicionase sin habilitación superior previa la aplicación de una ley.

Es cierto que en algunos casos las normas legales necesitan inexcusablemente una concreción reglamentaria. En tales supuestos creemos que la propia ley ha de imponer al Gobierno un plazo determinado para la adopción del correspondiente reglamento y habría que plantearse la exigencia de una responsabilidad gubernamental no solamente política, cuando no lo hiciese y de ese incumplimiento se derivasen perjuicios para los ciudadanos. Lo que, sin duda no puede admitirse es que este tipo de omisión no de lugar en tales casos a responsabilidad.

Fuera de los supuestos en que la concreción reglamentaria sea indispensable hay que afirmar la aplicabilidad directa de la ley: es decir, su capacidad para configurar situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y para fundamentar en base a ella pretensiones deducibles ante los Tribunales.

Otro tipo de cuestiones que suscita la conexión ley-reglamento se refieren a la situación en que quedaría la norma reglamentaria en el supuesto de que *fuese derogada la ley objeto de desarrollo reglamentario o fuese declarada inconstitucional*.

Normalmente, en el primer supuesto, si la derogación se produce de una manera expresa, será la ley derogatoria la que fijará su alcance determinando qué disposiciones normativas pierden vigencia. Al menos esto sería lo deseable. Ahora bien, cuando esto no suceda ¿qué ocurre con los reglamentos ejecutivos? Del mismo modo ¿qué ocurre con los reglamentos dictados en base a leyes declaradas contrarias a la Constitución? Porque el Tribunal Constitucional en los procesos de constitucionalidad sólo se pronuncia sobre la ley o sobre las normas con fuerza de ley impugnadas. No puede extender su decisión a los reglamentos (42).

La solución que se impone en los casos de derogación de la ley por contradicción con otra posterior es evidente. Viene dada por un princi-

(42) Lógicamente, nos referimos a los procesos de constitucionalidad, pues cuando el Tribunal, con motivo de un conflicto de competencias deba enjuiciar la constitucionalidad de una ley, su sentencia no se limitará a pronunciarse sobre ella, sino que, también, resolverá sobre la titularidad de la competencia y sobre la validez de los reglamentos y de cuantas disposiciones se hayan dictado en relación con la competencia controvertida (cfr. artículos 66 y 67 LOTC).

pio general acogido por el art. 2.2 del Código Civil: las disposiciones posteriores derogan a las anteriores que sean incompatibles con ellas, se refieran a la misma materia, y sean de igual o superior rango. Ahora bien, cuando una ley sea declarada nula por el Tribunal Constitucional se produce una situación en la que el presupuesto habilitante de la potestad reglamentaria, la propia ley, desaparece del ordenamiento jurídico, sin que sea sustituida por otra nueva.

De este modo, sucederá que un reglamento dictado respetando plenamente esa ley que acaba de declararse inconstitucional sería formalmente legal y, por tanto, inatacable desde esta perspectiva pero constitucionalmente irregular. No nos cabe duda que en este supuesto se podría reaccionar frente a esas disposiciones reglamentarias a través de los remedios judiciales. Según el artículo 7 LOPJ los jueces deberían inaplicarlos y de acuerdo con la LJCA se podría solicitar la declaración de su nulidad. Porque en casos como éste estaríamos ante nulidad radical sobrevinida: de hecho este reglamento no estaría de acuerdo con la Constitución y el ordenamiento jurídico, no sería conforme a Derecho (artículos 9.1 y 103.1 C.E.) y su mantenimiento formal en el ordenamiento jurídico atacaría al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.).

Por eso, habría que considerar que el poder de la Administración de declarar de oficio la nulidad de los reglamentos ha de ser cumplido especialmente en estas ocasiones (artículo 109 LPA). Es decir, que la libertad de apreciación que le confiere este precepto, "la Administración podrá", desaparecería para transformarse en un imperativo. Cuando una ley es declarada inconstitucional no queda ningún margen de duda posible sobre su conformidad con el ordenamiento jurídico. Por tanto, estaríamos ante la hipótesis más clara para la aplicación de esta técnica depuradora de las irregularidades normativas.

No obstante, nos parece que este sistema no es el que ofrece las mayores ventajas. En efecto ¿porque disociar la declaración de nulidad de la ley de la del reglamento que la ejecuta si en realidad ley y reglamento configuran un conjunto normativo? Como ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 18/1982, de 4 de mayo) "la distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de la eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia...".

Estamos pensando en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional extienda el ámbito objetivo de la sentencia estimatoria de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad a las disposiciones reglamentarias de-

rivadas de la ley que se declara nula. Teóricamente, sería la solución más sencilla, e incluso podría venir facilitada por la identificación del conjunto normativo ley-reglamentos en la demanda de inconstitucionalidad o en el auto de remisión de la cuestión.

El enjuiciamiento de los reglamentos por los órganos encargados de ejercer la justicia constitucional no es algo que pueda considerarse heterodoxo. La Ley Constitucional austriaca lo prevé expresamente en su artículo 139 y es la que responde más claramente al modelo kelseniano (43). por su parte, la Ley de la Corte Constitucional dedica sus artículos 57 a 61 a regular la impugnación de los reglamentos ilegales (44).

Por otra parte, nuestra Constitución y la LOTC permiten que el Tribunal Constitucional conozca pretensiones contra reglamentos: así, además, del supuesto previsto en el art. 161.2 C.E., en la medida que viole un derecho fundamental, un reglamento puede dar lugar a un recurso de amparo (45). Del mismo modo, un reglamento puede originar un conflicto de competencias. Así, pues, la materia reglamentaria no es algo ajeno a las competencias del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la sentencia constitucional en materia de conflictos tiene una gran extensión objetiva: declara la titularidad de la competencia, acuerda la anulación de la disposición o acto originante del conflicto y resuelve lo que estime procedente sobre las situaciones de hecho o de derecho originadas (Cfr. Art. 66 LOTC).

Lo que estamos considerando no es propiamente la atribución de una nueva competencia al Tribunal: no se trata de conferirle el poder general de enjuiciar los reglamentos, sino solamente el de declarar la nulidad de la ley y de los reglamentos fundados en ella. Por tanto, más que una cuestión de competencia es un problema de delimitación del ámbito material de la sentencia de inconstitucionalidad. Vistas así las cosas, hay

(43) Cfr. Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", en *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et a l'etranger*, 1928, págs. 197 y sigs., propone la inclusión de los reglamentos ejecutivos entre los actos sujetos a control de constitucionalidad. Para una referencia a la cuestión que planteamos en el texto en el ordenamiento italiano, cfr. Carlassare, *op. cit.*, págs. 325 y sigs.

(44) Cfr. al respecto, Theo Öhlinger, *Legge sulla Corte Costituzionale austriaca*. Ce-deur, Florencia, 1982, págs. 65 y 109 y sigs. Por lo demás, acogen esta solución, Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milán, 1964, págs. 47 y sigs.; id. *Istituzioni*, vol. II, *cit.*, pág. 1404. También Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 61 y sigs.

(45) En este sentido, cfr. STC 31/1984, de 4 de marzo, fundamento 4º.

que examinar las normas que lo regulan. El artículo 164 de la Constitución no cierra el camino a una interpretación como la que proponemos. Sin embargo, el artículo 39 LOTC la excluye: la sentencia estimatoria se limita a declarar la nulidad de los preceptos impugnados y de los que por conexión o consecuencia estén viciados de inconstitucionalidad (46). Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional remite el control de los reglamentos a los Tribunales (47).

La única forma en la que el Tribunal Constitucional, vista la regulación de sus facultades y su interpretación jurisprudencial, puede concurrir a la eliminación formal de los reglamentos a que nos estamos refiriendo es la que ofrece el art. 92 LOTC: el Tribunal puede disponer quién ha de ejecutar sus sentencias. No podemos profundizar aquí hasta donde llega esta facultad (48), pero no nos parece dudoso que, al menos, permite incluir el requerimiento al Gobierno para que declare la nulidad de esos reglamentos.

d) Hemos señalado que la configuración del principio de legalidad como exigencia de una vinculación positiva de los poderes públicos a la ley hace más intenso el sometimiento a las exigencias del Estado de Derecho del Gobierno y la Administración. Ahora bien, existen disposiciones constitucionales y prácticas jurídicas que pueden desvirtuar en parte esta construcción.

Así, en primer lugar, surge la siguiente pregunta: el artículo 97 C.E. atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria. Por consiguiente, ¿no tiene el Gobierno una *habilitación general para dictar reglamentos* sin necesidad de una habilitación puntual en cada caso? (49).

A nuestro juicio, el problema puede ser superado interpretando sistemáticamente la Constitución. El poder reglamentario que menciona el art. 97 C.E., no atribuye al Gobierno una potestad discrecional, libre en cuanto al cuándo y al cómo de su ejercicio. Está limitada por la Constitución y las leyes y sometida plenamente a Derecho. Teniendo en cuenta esto último, puede conectarse la atribución del art. 97 C.E. con la con-

(46) Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. IEAL, Madrid, 1982, págs. 235 y sigs.

(47) Así, por ejemplo, STC 20/1981, de 11 de junio, fundamento 4; STC 32/1983, de 28 de abril, fundamento 1; STC 83/1984 de 24 julio, fundamento 5°.

(48) Cfr. Bocanegra, *op. cit.*, págs. 245 y sigs.

(49) En torno a este tema, cfr. Carro y Fernández Valmayor, *op. cit.*, págs. 187 y sigs. También Carllassare, *op. cit.*, págs. 268 y sigs.

cepción positiva del principio de legalidad ya que ésta se deriva de la propia Constitución.

De esta manera el art. 97 C.E. identificaría al titular del poder reglamentario y no excluiría la habilitación puntual para su ejercicio.

No obstante, esta cláusula general puede servir para fundamentar la emanación de reglamentos ejecutivos de las leyes cuando éstas no se la encomiendan expresamente al Gobierno y sean precisos para su aplicación. Es decir, que excepcionalmente, podría operar como título habilitante para el ejercicio puntual del poder reglamentario. Claro que, para ser coherente con cuanto hemos señalado, convendría precisar que la directa cobertura constitucional de un reglamento ejecutivo debería corresponderle con una necesidad manifiesta del reglamento para aplicar la ley. Necesidad que, por otra parte, podría ser considerada como una atribución tácita o implícita de la potestad reglamentaria.

En segundo lugar, está el problema de los llamados *reglamentos independientes*. Una interpretación estricta del principio de vinculación positiva conduciría a negar su existencia. Sin embargo, en la práctica se dictan reglamentos que no son propiamente integrativos o complementarios de una ley y que no se basan en una ley previa, o, si aducen un fundamento legal, es indirecto y genérico.

Actualmente se sostiene (50) que un reglamento independiente de la ley únicamente cabe "en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo como mucho en las mismas los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial y ello siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados".

Por tanto, es un reglamento administrativo o interno (51) que no puede proyectar su eficacia *ad extra*, sobre la esfera jurídica de los particulares o de entes distintos del que los dicta y que se explica fundamentalmente por razones funcionales (52).

(50) García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, págs. 191.

(51) Ese carácter interno era una de las razones por las que en tiempos pasados se sostuvo que no eran propiamente normas jurídicas. Kelsen, *Teoría General del Estado*, *cit.*, pág. 310, subraya, por el contrario, su carácter jurídico.

(52) Boquera Oliver, *op. cit.*, pág. 10 reconduce estos reglamentos al concepto de poder de organización. Véase también, Juan Alfonso Santamaría Pastor, "La teoría del órgano en el Derecho administrativo", *REDA*, n° 40-41, Civitas, Madrid, enero-marzo de 1984, págs. 68 y sigs.

Además, se ha rastreado el ámbito que podría ser típico de estos reglamentos: el organizativo, las relaciones de supremacía especial, las prestaciones favorables a los administrados y se ha puesto de manifiesto que, también aquí, diversas reservas constitucionales restringen mucho el campo que podría quedar para un reglamento independiente de la ley; quedaría un espacio "residual" determinado por las materias no reservadas a la ley y condicionado permanentemente por la posibilidad de que el legislador las regule directamente, excluyéndolas así del poder normativo independiente del Gobierno (53).

Sin embargo, no se niega la figura del reglamento independiente sencillamente porque existe, porque el Gobierno y la Administración los dictan. Incluso, se ha hablado de la irresistible expansión de este tipo de potestades normativas del ejecutivo que es exigido por las tendencias propias de las organizaciones estatales contemporáneas (54), que es una manifestación del deber del ejecutivo de cumplir con sus cometidos institucionales (55). Desde luego, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la del Tribunal Supremo los admiten (56).

En este sentido, hay que tener en cuenta, además, otro dato que proviene del Derecho comparado y que, en cierto modo, sirve de contrapunto a la evolución que manifiesta la experiencia jurisprudencial francesa. Me refiero a las primeras conclusiones de la *Comisión parlamentaria para las reformas institucionales del Parlamento italiano*, la Comisión Bozzi. Entre ellas, y dentro de los puntos de amplia convergencia entre las distintas fuerzas políticas parlamentarias, se alude a la necesidad de efectuar "una revisión de los poderes normativos del Gobierno para ampliarlos mediante la previsión de instrumentos que consientan

(53) Gómez-Ferrer Morant, *op. cit.*, págs. 214 y sigs.

(54) Mortati, *Atti con forza di legge, cit.*, págs. 47 y sigs.

(55) Mortati, *Istituzioni, vol. II, cit.*, 794 y sigs.

(56) Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 18/1982, de 4 de mayo, contra-poniendo reglamentos ejecutivos y reglamentos de organización. También la STC 35/1982, de 14 de junio. Claro que estas decisiones jurisprudenciales han de interpretarse teniendo en cuenta cuanto señala la STC 83/1984, de 24 de julio, fundamento 4º, que ha yemos citado en el texto. Por su parte, el Tribunal Supremo ha precisado, con mayor detalle y generosidad, el ámbito posible del reglamento independiente, apartándose más significativamente de una concepción positiva del principio de legalidad: así, STS de 24 de noviembre de 1980 y de 22 de octubre de 1981, ambas de la Sala 4ª; y STS de 11 de abril de 1981 y de 10 de marzo de 1982, ambas de la Sala 3ª. Véase al respecto, sobre la jurisprudencia post-constitucional del Tribunal Supremo, Bartomeu Colom Pastor, "Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional" en *REDA*, nº 40-41, Civitas, Madrid, 19 de marzo de 1984, págs. 239 y sigs.

regular por reglamento materias antes disciplinadas por ley" (57). Los parlamentarios italianos consideran conveniente facilitar las deslegalizaciones, esto es ampliar el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno. Nos encontramos, pues, con que en un sistema semejante al nuestro, en el que se acoge una concepción de la ley como fuente universal y preferente, se pretende facilitar el uso del reglamento aunque siga subordinándosele al legislador, para permitir una mayor agilidad en su utilización. En el fondo, nos parece que esto no es otra cosa que el reconocimiento de esa tendencia creciente que conduce al ejecutivo a regular amplios sectores de la vida estatal y, en cierto modo, una forma de acomodar la norma constitucional a la realidad.

Ante esta realidad, cobra una gran importancia la labor fiscalizadora de los jueces porque si en el supuesto de la habilitación legal la potestad reglamentaria aparece ya encuadrada formalmente por la ley, en el caso del llamado reglamento independientes esa referencia no existe. Tampoco hay la obligación gubernamental de contar con el dictamen previo del Consejo de Estado que, en cambio, es preceptivo para los reglamentos ejecutivos (Cfr. art. 22.3 LOCE). Sin embargo, como si siguen operando las normas, principios y valores constitucionales y los principios generales del ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria independiente debe respetarlos, también es un poder limitado. Y la garantía de que no exceda de ellos la representa su control judicial.

5. CONCLUSION

Hemos apuntado a lo largo de estas páginas algunos aspectos destacados de la configuración constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno. Ciertamente, existen cuestiones de relieve que no nos hemos propuesto estudiar. Tal vez la principal entre ellas sea la relacionada con el juego de la conexión ley-reglamento en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante creo, que se han señalado los perfiles más importantes y algunas de las cuestiones que suscitan.

Es evidente, el avance que el tratamiento constitucional del reglamento y su interpretación doctrinal representan en la vía de profundización del Estado de Derecho. Sin embargo, pese a todo, el Gobierno para cumplir con sus objetivos de orientación política, la Administración por

(57) Cito por el texto mecanografiado de la *Prima relazione ai Presidenti delle Camere del Presidente della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali*, on. Aldo Bozzi.

su inercia burocrática y ambos por imperativos de eficacia y funcionalidad, tienden a salirse de estos esquemas que hemos expuesto.

Esto hace que sean cada vez más importantes las garantías jurídicas y, en la medida, en que estas sean insuficientes, las políticas. Augusto Barbera (58) ha desarrollado una interesante crítica al sistema de garantías de los derechos fundamentales que se fundamenta en el esquema tradicional del Estado de Derecho. El sistema de los derechos públicos subjetivos es insuficiente, demasiado estrecho. Por eso, propone su integración por medio de instituciones de libertad, contrapoderes sociales, instancias participativas que moderen el poder estatal. Y, en relación con este planteamiento, propone redescubrir el derecho objetivo a través de la potenciación de los valores que asume.

Pues bien, en la conjunción de estas dos líneas de acción, una fundamentalmente política, encaminada a un control vertical del poder (59) y, otra, básicamente jurídico-política dirigida a construir las bases normativo-institucionales precisas para que los valores constitucionales se realicen cada vez con mayor intensidad creemos que puede estar la clave para corregir las disfunciones que aquejan a nuestro Estado social y democrático de Derecho:

(58) Augusto Barbera, "Commento all'art. 2°", en *Commentario della Costituzione diretto da Giuseppe Branca. Principi fondamentali (Art. 1-12)*. Zanichelli, Bologna, 1975, págs. 65 y sigs.

(59) Loewenstein, *op. cit.*, págs. 390 y sigs.

NOTAS SOBRE LA INSERCIÓN DE ELEMENTOS PREHISPANICOS EN EL DERECHO INDIANO (*)

MIGUEL ANGEL GONZALEZ DE SAN SEGUNDO

I. LA INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS PREHISPANICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INDIANO

La integración de algunos elementos de los Derechos indígenas prehispánicos en el ordenamiento jurídico indiano no obedece en principio, a mi juicio, a la realización de un plan preconcebido de respetar la organización existente en el Nuevo Mundo a la llegada de los españoles, sino que esa integración, cuando se produce inicialmente, viene determinada —entre otras circunstancias— por razones de índole práctica. De conformidad con los primeros planteamientos teóricos, sería el Derecho castellano el único que habría de regir en las Indias, toda vez que la incorporación de éstas a la Corona de Castilla (con arreglo a los principios y las doctrinas jurídicas de su tiempo) no se lleva a cabo en forma principal, sino que se realiza en forma accesoria.

El ordenamiento jurídico castellano, sin embargo, se revela en seguida como inadecuado o insuficiente para regular ciertas situaciones y relaciones que se dan en el Nuevo Mundo, en donde conviven dos comunidades o “repúblicas” distintas. Y ante la imposibilidad de aplicar en todo caso el Derecho de Castilla a las comunidades aborígenes, se hace necesaria la búsqueda y la subsiguiente puesta en práctica de alguna solución jurídica que resulte satisfactoria.

Al plantearse entonces la cuestión de cuáles podrían o deberían ser las normas de convivencia más apropiadas y convenientes para esos nuevos súbditos de los Reyes de Castilla, entre controversias y dificultades mayores o menores se llega a estimar que ha de tratarse de las mismas que los indígenas tenían en la época prehispánica, en atención a su grado de desarrollo y otras consideraciones. Esa apreciación se traduce inmediatamente en el reconocimiento de que de-

(*) Síntesis ofrecida por el autor a sus alumnos de Doctorado del curso 1982/1983.

ben respetarse los ordenamientos jurídicos tradicionales de los indios, puesto que, además, ninguna razón justifica suficientemente que se supriman, y con la sola limitación de que no se opongan a la religión y a la moral cristianas.

Los argumentos decisivos en favor de la supervivencia —o, en su caso, el restablecimiento— de los Derechos indígenas proceden tanto de los teólogos (entre ellos, Las Casas y otros religiosos) como de los juristas (Matienzo, Ondegardo), y también de algunos gobernantes hispano-indianos (como el Virrey Antonio de Mendoza, por ejemplo).

Tras de una larga serie de manifestaciones aisladas y parciales de reconocimiento de la vigencia de los ordenamientos jurídicos autóctonos en ciertos casos, y que se producen sobre todo en el siglo XVI, el criterio definitivo se formula en la Recopilación de 1680. Aceptada así la validez de aquellos Derechos, su persistencia queda limitada, tan sólo, por el respeto y el acatamiento debidos a los principios del orden natural y cristiano, así como, en fin, por la supremacía de la ley.

Constituido el Derecho indiano por diversos elementos, la propia dualidad de comunidades existente en el Nuevo Mundo a estos efectos determina que, en principio, puedan considerarse separadamente en el orden teórico un Derecho de los españoles y un Derecho de los indígenas, de vigencia y alcance diferentes. El primero resulta aplicable, en general, a las dos comunidades o "repúblicas"; mientras que el segundo se aplica tan sólo, en ciertos aspectos y con las limitaciones enunciadas ya, a los aborígenes.

II. LA PERVIVENCIA DE LA ORGANIZACION SEÑORIAL ABORIGEN DURANTE EL PERIODO HISPANICO

En la organización de las comunidades aborígenes había desempeñado un papel muy importante la institución para la cual se ha generalizado la denominación de cacicazgo, es decir: el señorío indígena prehispánico. La cuestión de su persistencia durante la etapa española del Nuevo Mundo atraviesa una serie de fases y vicisitudes diversas, cuyo resultado final es positivo en el sentido de que se admite y se reconoce la existencia de esa estructura señorial aborígen o autóctona; a partir del respeto a su contenido tradicional, el legislador español e hispano-indiano dicta normas complementarias encaminadas a su regulación.

Esta materia del mantenimiento o la supresión de los cacicazgos de origen prehispánico se halla estrechamente relacionada con cuestiones tan trascendentales —y debatidas tan vivamente y tan pronto en las Indias— como la de la libertad de los indígenas y la de su capacidad para la vida libre. Ello no quiere decir, en suma, sino que la cuestión de la pervivencia del cacicazgo pasa también (y de manera muy señalada, por cierto) por las decisiones que se adoptan respecto de la cuestión de las controvertidas encomiendas.

De este modo, cuando en un primer momento se considera que los nativos son incapaces para vivir en libertad y organizarse por sí mismos —y, en consecuencia, se les encomienda a los españoles—, los cacicazgos o señoríos prehispánicos se dispersan, se desintegran y corren el riesgo de desaparecer.

Se va aún más lejos, y se llega, incluso, a suprimir el dictado de “Señor” o “Señor natural” que a veces se aplicaba a los Caciques y demás Principales de los indios. Y, entonces, el mantenimiento del cacicazgo se muestra incompatible también con el incipiente régimen señorial, al modo castellano, que se desarrolla levemente en las Indias.

Pero más adelante, de forma paulatina y por medio de una serie de medidas oportunas (a cuya adopción no son, ni mucho menos, ajenos los religiosos, constituidos en defensores de los derechos de la población aborigen), se produce, sin embargo, el restablecimiento total de la estructura señorial indígena.

Se vuelve a admitir que los Caciques y Principales de los indios se titulen otra vez “Señores”. Los procesos o causas de privación de cacicazgos, en aras de una mayor seguridad jurídica, pasan a ser competencia exclusiva de las Audiencias. Se ordena restituir sus señoríos a los Caciques desposeídos injustamente. Se reconstituyen los cacicazgos desmembrados y dispersos.

Se opera, en suma, y con efectos prácticos inmediatos y evidentes, el reconocimiento de los Derechos indígenas prehispánicos, así como su inserción en el ordenamiento jurídico indiano en cuanto que son uno de los elementos constitutivos del mismo.

III. *LA PERVIVENCIA DE ALGUNOS SERVICIOS PERSONALES DE ORIGEN PREHISPANICO*

Todo estudio acerca de la organización del trabajo indígena durante la etapa española del Nuevo Mundo lleva aparejada, forzosamente, la necesidad de ocuparse de los llamados servicios personales de los indios.

De estos servicios personales, tanto su propia existencia como la forma en que se organiza su prestación (la “mita” o turno, la participación de los caciques en el sorteo de los indios “mitayos”, etcétera) constituyen ya por sí mismos una pervivencia prehispánica evidente. “No han sido los españoles los que lo inventaron, sino que es cosa tan antigua en esta república que no hay memoria de ello en contrario”, escribe expresivamente, en 1537, el Virrey novohispano Antonio de Mendoza.

Pero al tratarse de una materia no sólo muy extensa, sino también en parte suficientemente conocida, me limito aquí a referirme a tres manifestaciones concretas de esos servicios personales, relacionados con los transportes y las comunicaciones, y preferentemente a lo largo del siglo XVI.

El servicio de los "chasquis" o correos indígenas a pie, organizado y existente tanto en el Perú como en el México prehispánicos, desaparece en la Nueva España y se mantiene en el Virreinato peruano.

Su desaparición en México parece debida no sólo a la oposición de los religiosos (contrarios, en general, a la existencia tanto de ésta como de cualquier otra carga que recayese sobre los indígenas también en el Perú), sino, más bien, a las condiciones más favorables de aquel país para la introducción allí de los correos a caballo, al modo castellano. En el Perú, en cambio, este servicio subsiste, si bien por lo general no con carácter permanente sino excepcional, por razones de seguridad y de defensa.

Nunca falta, sin embargo, la opinión de que deben mantenerse en todo momento; lo piensa así Matienzo, por ejemplo.

Restablecidos los "chasquis" por el Virrey Francisco de Toledo, apoyado siempre en el precedente prehispánico, hay algunos intentos posteriores de conseguir su supresión porque, al parecer, no se retribuye este servicio a quines lo prestan. En su momento se responde con la decisión de que se les pague debidamente; pero el obstáculo mayor no es éste, sino el gran número de indios que son necesarios.

Más adelante fracasa el intento de sustituir definitivamente a los "chasquis" por correos españoles, ya en los primeros años del siglo XVII. Su persistencia final se comprueba, al cabo, porque dos leyes de la Recopilación de 1680 regulan el pago de este servicio de origen prehispánico.

Por otro lado, el servicio de los "tamemes" o indios de carga (llamados "apires" en el Perú, según escribe Solórzano) procede también de la época prehispánica y se comienza a utilizar en seguida por los españoles, impuesto por circunstancias tales como la ausencia o la escasez de animales de tiro y de carga útiles para el transporte, y el mal estado de conservación o la inexistencia de caminos y puentes.

La prestación de este servicio a lo largo del período analizado es objeto de una larga serie de disposiciones encaminadas a su regulación, ya permitiéndolo, limitándolo o prohibiéndolo alternativamente.

Desaconsejada en la práctica la supresión radical de este servicio, por cuanto vendría a significar la paralización del comercio y de otras actividades imprescindibles, su persistencia determinaría la aparición de una importante serie de medidas normativas tendentes a la protección de los indígenas (fijación de salarios, jornada de trabajo, límites en el peso de la carga transportada), así como el incremento de la importación de animales de tiro y carga, el fomento en las Indias de una ganadería adecuada y, en fin, el trazado y la construcción de caminos y puentes.

Finalmente, el servicio de los "tambos" o mesones y ventas de los caminos en el Perú, igualmente de procedencia prehispánica, subsiste también por razones prácticas (distancias enormes, centros de población poco numerosos en los primeros tiempos, etcétera).

La política legislativa de las autoridades españolas, tanto centrales o metropolitanas como indianas, se dirige aquí una vez más a conseguir en este orden de cosas el buen tratamiento de los naturales que hubieran de prestar este servicio de origen prehispánico, así como a impedir los posibles abusos. Buen ejemplo de ello lo constituye, en fin, la ley 5,2,18 de la Recopilación de 1680.

IV. LA PERVIVENCIA DE ELEMENTOS AUTOCTONOS EN LA CONFIGURACION DEL TRIBUTO INDIGENA

La organización de la Hacienda indiana recibe inicialmente, a mi juicio, una cierta influencia aborígen, puesto que aprovecha y utiliza algunos elementos organizadores de procedencia prehispánica, tanto en relación con el importante capítulo de los ingresos como en orden a las actividades recaudatorias.

En efecto, el tributo indígena procede —en medida no desdeñable— de los sistemas prehispánicos; y la influencia de lo aborígen en la organización financiera de las Indias hace que se mantengan —por ejemplo— ciertas formas de reparto y de cobro de los tributos que tienen la misma procedencia. Precisamente en esa continuidad, siquiera parcial, de antiguas estructuras nativas es donde reside, en parte, la originalidad del sistema financiero indiano, y donde se encuentran algunas de las notas que lo identifican y caracterizan respecto del sistema castellano.

Una vez establecido el tributo indígena, su atribución a los Monarcas españoles se basa tanto en la idea de que son los sucesores legítimos de los Reyes y Señores antiguos de los nativos como en la noción de que, por lo mismo, han pasado a ser Soberanos de aquellas comunidades.

En orden al mantenimiento de la organización tributaria prehispánica, sin embargo, parece que ésta únicamente había existido como tal entre los mexicanos y los peruanos (o bien en los pueblos azteca e incaico, si se prefiere), dado su desarrollo más avanzado. Con todo, se intenta inicialmente basar la tributación indígena no sólo en criterios de moderación y justicia, sino también en los propios sistemas impositivos anteriores, en los cuales se quiere encontrar el camino que deba seguirse.

Consecuencia inmediata y muy importante de ese propósito es la de que se trata de averiguar aquella organización antigua, para establecer una tributación igual o equivalente, e incluso menor.

No obstante, esta política de pervivencia llega a ser inviable, al menos par-

cialmente, de tal manera que se puede hablar de su fracaso relativo. Por una parte, la realidad cotidiana muestra la imposibilidad de basar el régimen tributario de los indígenas en los sistemas prehispánicos; por otra parte, en la práctica no siempre se tiene en cuenta, de hecho, el orden antiguo o tradicional que teóricamente se dice querer respetar.

En el primer supuesto, porque los sistemas prehispánicos que pueden conocerse parecen ser injustos unas veces, e inadecuados o insuficientes otras, y también porque no es posible averiguar y reconstruir los sistemas del pasado que se consideran convenientes y justos. En el segundo supuesto, porque en los tiempos iniciales, de desconcierto, los indios son compelidos con frecuencia a pagar más que en la época prehispánica, y no se respeta —a pesar de los mandatos regios y de los reiterados intentos de ejecutarlos— su orden tributario antiguo.

Con todo, pueden observarse algunas manifestaciones muy concretas de pervivencia. Así, por ejemplo, en cuanto a los contribuyentes o tributarios parece que sí se tiene en cuenta la ordenación prehispánica para determinar quiénes son los obligados al pago del tributo. Pero no sucede lo mismo en la determinación de la edad correspondiente.

En materia de exención tributaria sí cabe apreciar, desde luego, rasgos o huellas de la organización precedente, tales como la exención que beneficia a los caciques y demás indios principales, así como a ciertos miembros de sus familias, entre otros que tienen acceso a esa situación privilegiada, por cierto, porque se respeta la estructura señorial y buena parte de la sociedad estamental aborigen. E igualmente sucede, a este respecto, acerca de las situaciones tributarias que cabría denominar intermedias o especiales.

En cuanto a la forma del tributo, que es *in capite*, se produce algún intento de que deje de ser personal y se configure como real, basándose en la costumbre autóctona; pero no prospera. Habría sido una posible pervivencia, que se resuelve negativamente en este caso.

En orden a la recaudación del tributo (tasación, repartimiento y cobro, aunque apenas nada en la primera fase), intervienen habitualmente distintas autoridades nativas, algunas de origen prehispánico, aun cuando el proceso recaudatorio no queda nunca confiado totalmente a manos indígenas.

Finalmente, por lo que se refiere al tributo pagado por los indios comunes a sus caciques, es claro que constituye ya por sí mismo (sin que resulte necesario hacer aquí otras precisiones) una pervivencia prehispánica evidente.

V. LA PERVIVENCIA DE ELEMENTOS AUTOCTONOS EN LA ORDENACION DE LOS PLEITOS DE INDIOS

El criterio de que los litigios en los que sean parte los indígenas se sustan-

cien y se despachen con mucha brevedad, sumariamente, y con arreglo a los usos y costumbres prehispánicos que no sean injustos, suele recogerse en todos los estudios sobre esta materia, en cuanto que se trata de un dato contenido en la Recopilación de 1680. Pero el carácter sumario del proceso y el respeto a los ordenamientos jurídicos autóctonos se apuntan ya en 1514, se desarrollan en 1542, y se confirman y se amplían en 1550 por medio de una disposición de alcance general.

A todas esas normas, dictadas en la metrópoli, han seguido en el Nuevo Mundo, para su ejecución y puesta en práctica, otra serie importante de preceptos pertenecientes al llamado Derecho indiano criollo.

Cuestión aparte es la de determinar si las prescripciones relativas a esta materia de la ordenación de los pleitos de indios se observan de hecho, o no, en la práctica cotidiana. Se ha podido comprobar, por ejemplo, que a mediados del siglo XVI actúan en El Cuzco algunos jueces indígenas, y también que, tanto en Perú como en México, se respeta y se observa la costumbre prehispánica o aborígen en determinados aspectos de carácter jurídico-formal, como la prestación de juramento por los nativos.

Por otro lado, el respeto a los Derechos indígenas o autóctonos en este orden de cosas se concibe por el legislador español como una medida conducente a la abreviación, y a la evitación incluso, de los pleitos de indios. Con frecuencia no se cumplen, sin embargo, las disposiciones encaminadas a conseguir ese objetivo, porque hay determinadas personas (relatores, abogados, procuradores) que están interesadas profesionalmente en la proliferación de estos litigios.

Pero no es ésta, ni mucho menos, la causa única de ese incumplimiento (sea siquiera parcial); sino que en la práctica, muchas veces, no se respetan en esta materia los ordenamientos indígenas a causa de que, sencillamente, no se conocen por los llamados a respetarlos.

Esta circunstancia, a su vez, determina que se insista de nuevo en la necesidad de averiguar cuáles fueran los usos prehispánicos. Con ocasión de las informaciones o los procesos de averiguación que se llevan a cabo subsiguientemente se pone de manifiesto, por ejemplo, que en la segunda mitad del siglo XVI los pleitos entre indios son más numerosos en el Perú que en la Nueva España, así como también se dice que la labor de los protectores de indios en favor de éstos es mínima.

El examen atento de los preceptos que contiene la Recopilación de 1680, por último, revela la gran coherencia interna de este cuerpo normativo en relación con la materia analizada aquí muy brevemente.

En efecto, la Recopilación configura un sistema muy homogéneo que dispensa a la población aborígen de las Indias españolas, en orden a sus pleitos, una protección especial en la que se comprende no sólo el respeto a los Derechos

prehispánicos y el carácter sumario del proceso, sino también un régimen económico privilegiado y la intervención de los Fiscales en favor de los indígenas.

Y todo ello, en fin, sin olvidar, desde luego, que —entre los diversos cauces de la Administración de Justicia— los pleitos de indios se sustancian también, en una parte muy estimable, ante los propios órganos judiciales indígenas.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS SUSCEPTIBLES DE SER PROTEGIDOS MEDIANTE EL RECURSO DE AMPARO (*)

FRANCISCO JAVIER JIMENEZ DE CISNEROS CID

SUMARIO: I. DERECHOS Y LIBERTADES SUSCEPTIBLES DE AMPARO: 1. Introducción. 2. Derechos susceptibles de amparo y derechos protegibles mediante el procedimiento preferente y sumario de la LPJDFP: la Disposición Transitoria 2ª. 2 de la LOTC. 3. Derechos excluidos del amparo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4. Las violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas han de provenir de los Poderes públicos. 5. Titularidad de los derechos fundamentales y legitimación para interponer recurso de amparo. II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS SUSCEPTIBLES DE AMPARO: 1. El derecho a la igualdad del art. 14 CE. 2. Los derechos y libertades reconocidos en el art. 16 CE. 3. Derechos protegidos por el art. 17. 4. Los derechos fundamentales del art. 18 CE. 5. Los derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE. 6. Los derechos de reunión, asociación y participación y libre acceso a las funciones públicas. 7. Los derechos reconocidos en el art. 24 CE: la tutela judicial efectiva. 8. La libertad de enseñanza y el derecho a la educación. 9. El derecho de sindicación y el derecho a la huelga del art. 28. 10. El derecho de petición y el derecho a la objeción de conciencia. 11. Nota final.

(*) El presente trabajo constituye una crónica jurisprudencial, cerrada en abril de 1984, por lo que se ha prescindido del aparato crítico y notas a pie de página, salvo en supuestos excepcionales. **Abreviaturas utilizadas:** AISS: Administración Institucional de Servicios Socio-profesionales; Azdi.: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia; CE: Constitución española; LEA: Ley de Entidades Estatales Autónomas; LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; LPJDFP: Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; R.A.: Recurso de amparo; R.I.: Recurso de inconstitucionalidad.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 10 (PALMA DE MALLORCA 1985).

I. DERECHOS Y LIBERTADES SUSCEPTIBLES DE AMPARO

1. Introducción

El ámbito del recurso de amparo constitucional comprende los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según precisa claramente el art. 53.2 del texto constitucional y ha venido a reiterar el art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Esta protección adicional viene a cerrar el círculo de medidas y técnicas establecidas en la Constitución con el fin de garantizar este grupo de derechos fundamentales: exigencia de ley orgánica para su desarrollo: art. 81 CE; consiguiente prohibición de los Decretos legislativos como técnica de regulación sobre esta materia: art. 82.1 CE; prohibición del Decreto-Ley: art. 86.1 CE; reserva de Ley: y por tanto, prohibición de la potestad reglamentaria autónoma o *praeter legem* sobre esta materia: art. 53.1 CE; la reforma constitucional que afecte a estos derechos, sección 1ª Cap. 2º Título I: arts. 15 a 29, tiene el mismo procedimiento que la revisión total de la Constitución, aprobación por 2/3 de la Cámara, ratificación por la nueva Cámara y nueva aprobación por 2/3, y referéndum posterior para su entrada en vigor. De tal modo se ha revestido a estos derechos fundamentales, de garantías jurídicas y medios de protección, que se puede afirmar de un modo gráfico que nuestro texto constitucional configura un sistema de "Leyes en el marco de los derechos fundamentales", en contraposición al establecido en el régimen de las Leyes Fundamentales caracterizado por prever "derechos fundamentales en el marco de las Leyes" (1). Es decir, estos derechos vinculan a todos los poderes públicos, y su ejercicio sólo podrá regularse por Ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE) de modo que si la regulación legal viola el contenido esencial del derecho, estará viciada de inconstitucionalidad.

2. Derechos susceptibles de amparo y derechos protegibles mediante el procedimiento preferente y sumario de la LPJDFP: La disposición transitoria 2ª.2 de la LOTC.

Así pues, los derechos y libertades susceptibles de amparo son los recogidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE: igualdad; derecho a la vida y a la integridad física y moral, libertad ideológica, religiosa y de culto; derecho a la libertad y a la seguridad personal; derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; inviolabilidad del domicilio; secreto de las comunicaciones; derecho a elegir libremente residencia, libertad de circulación por el territorio

(1) En realidad estas frases han servido de exponente a la doctrina alemana para subrayar el nuevo Derecho Administrativo surgido bajo la Ley Fundamental de Bonn. Se quiere destacar con ello que, frente al Derecho Administrativo de Weimar en donde los derechos fundamentales estaban entregados al legislador, el principio de legalidad era suficiente para explicar el tema, hoy estos derechos vinculan al legislador. Cfr. Gallego Anabitarte, A.: "Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo", prelección al programa de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1980, págs. 40 y 41, y en el Prólogo al libro de Menendez Rexach, A.: "La Jefatura del Estado en el Derecho Público español", INAP, 1979.

nacional, y derecho a entrar y salir libremente de España; libertad de expresión, y difusión y comunicación de pensamientos, ideas y opiniones, y derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; derecho de reunión; derecho de asociación; derecho a participar en los asuntos públicos y acceder a funciones y cargos públicos; derecho a obtener tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a no ser sancionado sino con arreglo a leyes anteriores a los hechos que motiven la sanción; derecho a la educación y libertad de enseñanza, de creación de centros docentes y de cátedra; derecho a sindicarse libremente y a fundar sindicatos; derecho de huelga; derecho de petición individual y colectiva y derecho a la objeción de conciencia.

Pues bien, esta enumeración constitucional de derechos fundamentales susceptibles de amparo no coincide con la de los derechos que podían ser protegidos ante los Tribunales ordinarios por la vía del procedimiento preferente y sumario, diseñada en el propio art. 53.2 CE, pero que había sido ya desarrollada y puesta en práctica por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (LPJDFP). En efecto, el art. 1.º 2 de la citada Ley, al enumerar los derechos y libertades comprendidos en el ámbito de aplicación de la misma, dejaba fuera a otros muchos de la sección 1ª del Cap. II del Título I de la Constitución.

Para intentar remediar esta situación se dictó el Real Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero, que extendió el ámbito de la vía jurisdiccional establecida en la Ley 62/1978 a los derechos al honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, secreto de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, libre circulación por el territorio nacional, libre entrada y salida de España en los términos legales, libertad de cátedra y libertad sindical, derechos y libertades que no habían sido incluidos en la enumeración del art. 1 de la citada Ley.

Sin embargo, a pesar de esta loable extensión, quedaban fuera del ámbito de aplicación de la LPJDFP ciertos derechos fundamentales y libertades públicas, catalogados en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, algunos tan llamativos como el derecho de huelga, el derecho a obtener tutela efectiva a la objeción de conciencia y que, paradójicamente, gozaban de la protección del recurso de amparo pero no podían recurrirse ante los Tribunales ordinarios por el procedimiento preferente y sumario de la Ley 62/1978. Para solucionar esta falta de adecuación, la Disposición Transitoria Segunda Dos de la LOTC declaró extendido el ámbito de aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, a todos los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 CE y configuró, igualmente, con carácter transitorio como vía judicial previa al recurso de amparo —“garantía contencioso-administrativa”— o la vía contencioso-administrativa ordinaria, con lo que hoy coinciden derechos susceptibles de recurso de amparo y derechos susceptibles de recurso ante los Tribunales ordinarios por la vía del procedimiento preferente y sumario. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1982, de 29 de marzo, Fundamento Jurídico 3.

3. *Derechos excluidos del amparo: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Como se ha visto, no todos los derechos y deberes fundamentales (Título I de la CE) son susceptibles de ser recurridos en amparo, sino sólo los previstos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE. En consecuencia, quedan fuera del ámbito de protección del recurso de amparo la sección 2ª del Cap. 2º del Título I (De los derechos y deberes de los ciudadanos), arts. 30 a 38, excepto el 30.2 en donde se recoge la objeción de conciencia, y entre los que destacan el derecho a la propiedad privada y el derecho a la herencia (art. 33 CE) a los que se ha desprovisto de este medio jurídico de protección a diferencia de lo que ocurre en Alemania, arts. 14 en relación con el 93.1.4 a) de la Ley Fundamental de Bonn, en donde se ha establecido como garantía del derecho de propiedad contra las violaciones de los poderes públicos el recurso de queja por inconstitucionalidad; también están excluidos del ámbito del recurso de amparo el Cap. 3º del Título I de la Constitución (De los principios rectores de la política social y económica), arts. 39 a 52.

Sin embargo, a pesar de la clara redacción del art. 53.2 CE, ha sido la doctrina casuística del Tribunal Constitucional al delimitar el contenido de los derechos fundamentales la que ha ido definiendo, consiguientemente, el ámbito del recurso de amparo. Por eso es necesario analizar los distintos pronunciamientos del Tribunal que han resuelto directa o indirectamente la cuestión suscitada. Así en el Auto 297/1982, Fundamento Jurídico 1, declaró que *"el principio de autonomía de la voluntad de las partes ni el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE están protegidos por el recurso de amparo (arts. 53.2 CE y 41 LOTC)"*. Tampoco está protegida por el recurso de amparo la *seguridad jurídica*, ya que la seguridad a la que se refiere el art. 17.1 CE es la seguridad personal, paralela a la libertad individual, que no tiene nada que ver con la seguridad jurídica (S. del Tribunal Constitucional, de 30 de enero de 1981, BOE, de 24 de febrero, R.A., y Auto 305/1982). Esto ha sido ratificado una vez más por el Auto 323/1982, de 25 de octubre, que declara inadmisibile el recurso de amparo interpuesto contra el corte del suministro de un servicio público prestado por un Municipio, y en el que se alegó que tal actuación vulneraba el art. 17.1 de la CE (derecho a la libertad y seguridad), manifestando el Tribunal que la mera suspensión o corte del suministro del servicio para nada incide en el derecho a la libertad y a la seguridad personal que el art. 17 CE reconoce. Igualmente *queda fuera del ámbito del recurso de amparo el derecho a recibir una pensión*, "ya que los posibles derechos laborales alegados por la recurrente no se comprenden en el ámbito del amparo constitucional (arts. 14 a 29 y 30.2 CE), pues el derecho a percibir una pensión podría acogerse al art. 50 CE, pero dicho artículo no es de los que quedan protegidos por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal como se comprueba con la lectura de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, entendienddo este Tribunal que carece de jurisdicción sobre la cuestión planteada al deducirse la demanda sobre derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional" (Auto 388/1982, de 10 de diciembre).

En definitiva, el recurso de amparo se concede a los ciudadanos para recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2

CE, según claramente precisa el art. 53.2 de la misma, "por lo que no cabe dentro del ámbito de dicho proceso constitucional examinar derechos otorgados por otras normas distintas de aquéllas, como sucede en el caso de examen en relación con el art. 9.3 sobre seguridad jurídica y 103.1 CE, pues ambas normas no conceden derechos fundamentales protegidos con dicho amparo" (Auto 362/1982, de 24 de noviembre y Auto 329/1982, de 27 de octubre), y debe declararse su inadmisibilidad cuando pretenden dirigirse contra supuestas violaciones de los arts. 9 y 10 CE (Auto 371/1982, de 24 de noviembre) o cuando no plantean un tema de contenido constitucional referido a derechos y libertades, como en el Auto 384/1982, de 1 de diciembre, donde la cuestión era de orden civil (se trataba de una servidumbre de verter aguas pluviales) y no propia de la jurisdicción constitucional, comprendiendo por tanto al ámbito de los jueces, tal como previene el art. 117.3 CE.

4. Las violaciones de los Derechos fundamentales y libertades públicas han de provenir de los poderes públicos

Para poder recurrir en amparo es necesario que se viole alguno de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE; ahora bien, la violación del derecho fundamental debe provenir de los Poderes públicos o de sus funcionarios o agentes, a tenor de lo previsto en el art. 41.2 LOTC, lo que se ha interpretado por la doctrina como imposibilidad de recurrir en amparo las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas que tengan su origen en actos de particulares (Javier Salas, "Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas", REDA, 27 —1980— 553-562, y Cano Mata, A. "El recurso de amparo", *Edersa*, 1983) frente a una tesis minoritaria (Quadra Salcedo, "El recurso de amparo y los derechos fundamentales de la persona en las relaciones entre particulares", Cuadernos Civitas, 1981) que entiende que, también, puede interponerse el recurso de amparo frente a violaciones de los derechos fundamentales por los particulares.

El Tribunal Constitucional ha tenido ya alguna ocasión de resolver el problema planteado. En efecto, en el Auto 293/1982 declaró inadmisibile el recurso de amparo interpuesto por algunos trabajadores del Liceo Sorolla que habían sido despedidos, alegando la violación del principio de igualdad. El Tribunal Constitucional entendió, en este supuesto, que el principio de igualdad no regía frente a la actuación de la empresa, y que "*esta no es un poder público por lo que no puede ser enjuiciada en vía de amparo (arts. 43 y 44 LOTC)*". Más claramente aún se expresó en su Sentencia 78/1982, de 20 de diciembre, en donde manifestó que "el recurso de amparo limita su ámbito a la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos o libertades originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos y no por actuaciones de los particulares" (Fundamento Jurídico 1).

Sin embargo, anteriormente en dos Sentencias había admitido y otorgado el amparo contra resoluciones de entes públicos, pero que actuaban en régimen de Derecho Privado (RENFÉ) o exceptuados de la aplicación de la LEA (Entidades Gestoras de la Seguridad Social). En el primer caso, otorgó el amparo por-

que, sin entrar a considerar la naturaleza pública o privada del ente, entendió que se podía subsumir en el término "agente de los poderes públicos", contra cuyas decisiones sí cabe recurso de amparo (art. 41.2 in fine de la LOTC, S. del Tribunal Constitucional 26/1981, de 17 de julio). En el segundo de los supuestos, tampoco resuelve el tema de fondo sino que, dando por sobreentendido el carácter público de estas Entidades Gestoras, entiende que existe una laguna en la Ley de Protección Jurisdiccional colmándola al mantener que el proceso ante la Jurisdicción Laboral ordinaria debe sustituir a la contencioso-administrativa como previa al recurso de amparo, en los casos de violación de derechos fundamentales por decisiones de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social en sus relaciones con el personal a su servicio: Sentencia 65/1982, de 10 de noviembre.

Pero la cuestión, si quedaba alguna duda, se ha resuelto definitivamente con la recientísima Sentencia núm. 18/1984, de 7 de febrero (BOE, de 9 de marzo de 1984), en donde se planteó por unos particulares recurso de amparo contra la decisión de la Junta Electoral Interna de la Caja de Ahorros de Asturias, sobre elecciones de representantes del personal en los órganos de Gobierno de la Caja. El Tribunal, tras extenderse ampliamente sobre el carácter público o privado de la Caja de Ahorros —en el sentido de poderes públicos del art. 41.2 LOTC— abordó directamente la cuestión al resolver la afirmación del Ministerio fiscal según la cual la Constitución no circunscribe el recurso de amparo a los actos emanados de los poderes o entes públicos en sus arts. 53.2 y 161.2, con lo que venía a sostener la posibilidad de interponer recurso de amparo frente a actos emanados de entes que no sean públicos. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha mantenido que el art. 161.1 b) CE establece la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades reconocidos en el art. 53.2 de la misma "en los casos y formas que la Ley establezca", y que la LOTC ha venido a desarrollar en este punto la Constitución estableciendo en su art. 41.2 la posibilidad del recurso de amparo contra disposiciones, actos o simple vía de hecho de los poderes públicos, pero no de los particulares. Es decir, no cabe recurso de amparo contra violaciones de derechos fundamentales por los particulares.

No obstante, flexibiliza esta rotunda conclusión al prever una posible vía de amparo indirecta, en las relaciones entre particulares, cuando los Jueces y Tribunales no cumplen su función de restablecimiento de los derechos y libertades cuya tutela les encomiende el Ordenamiento Jurídico realizándose entonces una violación por los Poderes públicos (los Tribunales) de los derechos y libertades fundamentales que en ese momento sí es susceptible de amparo, en cuanto que se impugnará mediante el recurso de amparo la resolución judicial que no ha tutelado de forma efectiva los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos. Es decir, no cabe el recurso de amparo directamente contra los actos de los particulares, pero se puede abrir la vía constitucional impugnando la resolución judicial, en el conflicto entre los particulares, cuando ésta no ha tutelado de forma efectiva los derechos fundamentales y libertades públicas.

Esta tesis ha sido explícitamente mantenida recientemente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1984, de 12 de junio (BOE, de 11 de julio, R.A., 336/1983). El supuesto planteado consistía en el recurso de amparo interpuesto por un empresario apartado de la Junta Directiva de la Confederación Canaria de Empresarios, por haberse afiliado al partido político CDS. El Tribunal deniega, sin embargo, el amparo al haber utilizado la vía penal como previa a la constitucional, ya que la conducta, según el juez competente, no aparecía tipificada como delito.

5. Titularidad de los Derechos fundamentales y legitimación para interponer recurso de amparo.

Por último, antes de pasar al estudio pormenorizado de los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo, es necesario saber quién puede interponer este recurso.

El art. 53.2 CE prevé que “cualquier *ciudadano* podrá recabar la tutela de las libertades y derechos... a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. De esta redacción se desprende un criterio muy restringido en cuanto a la titularidad del ejercicio del recurso de amparo. El término ciudadano hace referencia a personas físicas, nacionales y en plenitud del status activus (derecho de sufragio activo y pasivo, etc.). Pero, sin embargo, este criterio es mucho más amplio a tenor del art. 162.1 b) CE que establece que están legitimados para interponer el recurso de amparo “*toda persona natural o jurídica* que invoque un interés legítimo...”.

El Tribunal Constitucional también ha tenido posibilidades de pronunciamiento en este sentido y ha manifestado que la legitimación para interponer recurso de amparo no corresponde sólo a los ciudadanos, sino a cualquier persona, natural o jurídica (arts. 162.1 CE, 46.1 b) LOTC) que sea titular de un interés legítimo, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado (S. 19/1983, de 14 de marzo. En este caso se trataba de la impugnación por la Diputación Foral de Navarra —persona jurídico-pública— de la Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal Supremo que había declarado inadmisibile su demanda por no haber efectuado ante el Tribunal Supremo el depósito necesario para recurrir).

Es decir, que la referencia que se hace en el art. 53.2 CE a “cualquier ciudadano” como sujeto que puede recabar la tutela de las libertades y derechos a través del recurso de amparo y las notas que para algunos tipifican el concepto de “ciudadano” no debe llevar a negar a las personas jurídicas el derecho a acudir en amparo frente a una eventual violación del art. 24.1 CE (S. 53/1983, de 20 de junio); lo que nos pone en relación con el tema de la titularidad de los derechos fundamentales, que no puede resolverse con carácter general en relación a todos y cada uno de los derechos, pues hay unos que no pueden referirse a las personas jurídicas, como son la libertad personal: art. 17, y el derecho a la intimidad personal y familiar: art. 18 (Auto 323/1982, de 25 de octubre y S. 19/1983, de 14 de marzo); otros que corresponden expresamente a quienes no

pueden calificarse como ciudadanos: "las comunidades", art. 16 CE, "personas jurídicas": art. 27.6, "sindicatos": art. 28.1; y por último en algún supuesto la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar como sucede con la expresión "todas las personas" del art. 24 CE. Pues bien, esta expresión ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en relación con el ámbito del derecho de que se trata y el de la tutela judicial efectiva, y comprende a "todas las personas con capacidad para ser parte en un proceso" (S. 19/1983, de 14 de marzo).

En definitiva, todas las personas naturales o jurídicas (S. 53/1983, de 20 de junio), incluso las públicas (S. 19/1983, de 14 de marzo, y S. del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982: Fondo Nacional de Garantías de riesgos de la circulación) y también los extranjeros (Autos núms. 334/1982, de 27 de octubre: caso Korkala, agente de la CIA, y 360/1982, de 24 de noviembre: caso New Hampshire Insurance Company, y S. 11/1983, de 21 de febrero: caso Korkala), podrán interponer el recurso de amparo si son titulares de un derecho fundamental o libertad pública violada o tienen un interés legítimo.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS SUSCEPTIBLES DE AMPARO

1. El Derecho a la igualdad del art. 14 CE

El derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE supone sobre todo *igualdad jurídica o igualdad ante la Ley*, y prohíbe la discriminación y la desigualdad del tratamiento legal injustificadamente. En palabras del Tribunal Constitucional el principio de igualdad veda soluciones desiguales no fundadas en razones jurídicamente atendibles y es distinto a la equidad, que consiste en un criterio de moderación de las consecuencias rigurosas a que conduce una aplicación estricta de la Ley (Ss. de 26 de febrero, 15 de julio y 15 de noviembre de 1982), esto es, la igualdad es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y esta justificación ha de apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (S. de 2 de julio de 1981, cuestión de inconstitucionalidad 223/80, en donde se declaró la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años).

Por otro lado, la Constitución ha asegurado el principio de igualdad al proclamar que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139 CE) y al reservar, como competencia exclusiva del Estado, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1º CE).

Así pues, el principio de igualdad constituye un límite al Poder legislativo al exigir igualdad de trato dado por la Ley e igualdad ante la Ley. Sin embargo, no finalizan aquí todas las vertientes del principio de igualdad, ya que éste implica también igualdad en la aplicación de la Ley lo que supone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y en el supuesto en que se aparte de los precedentes debe estar suficiente y razonablemente motivado (S. de 14 de julio de 1982, R.A. 21/82); en una palabra, el principio de igualdad comprende también el principio de igual trato, como ha sido denominado por algún sector doctrinal (Villar Palasi: "Apuntes de Derecho Administrativo", T. I, Madrid, 1977, pág. 564), pero sin que pueda jugar fuera de la legalidad, en casos de situaciones ilegales (S. de 16 de junio de 1982, R.A. 216/81; S. de 6 de julio de 1982, R.A. 164/80).

Ahora bien, quizá la aportación más trascendente del Tribunal Constitucional a la definición del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE lo constituya la nueva acepción según la cual el principio de igualdad supone tratar igual lo que es idéntico y desigualmente aquello que es desigual, esto es, la igualdad exige que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas aplicadas tienen que ser idénticas, pero, si existen elementos diferenciadores de hechos que estén justificados, la desigualdad de tratamiento en el ejercicio de derechos y libertades tiene que ser permitida (Autos 293/1982, 317/82, 326/1982, de 27 de octubre; S. 8/1982, de 4 de marzo, S. 59/1982, de 28 de julio, etc.).

2. Los Derechos y Libertades reconocidos en el art. 16 CE

El art. 16 CE contempla la libertad ideológica, religiosa y de culto, así como la aconfesionalidad estatal. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado en la Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 68/1982 contra el punto 4º del art. 9 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra, interpuesto por D. Gregorio Peces-Barba y 69 Diputados, cuya pretensión se dirigía a declarar la inconstitucionalidad de la existencia del Cuerpo Eclesiástico militar (art. 9,4º Ley 48/1981) por infringir el art. 16.3 CE. El Tribunal entiende que el principio de libertad religiosa reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualquier grupo social, y que el principio de igualdad significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico. Sin embargo, el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional sino que ofrece la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No hay violación del derecho a la libertad religiosa o de culto en el supuesto planteado, toda vez que los ciudadanos miembros de las Fuerzas Armadas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece, ni tampoco se vulnera el principio de igualdad pues no queda excluida —por la prestación en favor de los católicos— la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones.

3. *Derechos protegidos por el art. 17*

El art. 17 reconoce el derecho a la libertad y seguridad personal, seguridad que no tiene nada que ver con la seguridad jurídica sino que es paralela a la libertad individual (S. de 30 de enero de 1981, BOE de 24 de febrero de 1981, y Auto núm. 305/1982). Por otro lado, tanto la libertad como la seguridad personal deben entenderse reconocidos exclusivamente a las personas físicas y no a las personas jurídicas, lo que es avalado además por los Acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas ratificados por España y que, según el art. 10.2 CE, han de considerarse elementos interpretativos de las normas constitucionales relativas a dichos derechos y libertades (Auto 323/1982, de 25 de octubre).

La libertad personal reconocida constitucionalmente no es violada por las Sentencias de los Tribunales ordinarios que condenen a penas privativas de libertad, sino que la privación de libertad es posible, según el art. 17.1 CE, cuando se hace en los casos y forma previstos por la Ley (S. de 18 de mayo de 1981, R.A. 124/80). Pero, sin embargo, la prisión provisional —que es una privación de libertad— tiene un carácter excepcional y debe ser adoptada por resolución judicial motivada; es decir, la institución de la prisión provisional no debe ser la regla general para las personas que hayan de ser juzgadas (S. 41/1982, de 2 de julio, R.A. 196/81), sino que debe inspirarse en los criterios mantenidos en la Resolución 11 del Consejo de Europa: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial deberá tomar su decisión según las circunstancias del caso; b) debe ser una medida excepcional; c) no debe aplicarse con fines punitivos y debe ser establecida cuando sea estrictamente necesaria.

También el art. 17.3 garantiza la asistencia de abogado al detenido, lo que hay que poner en íntima relación con el art. 24.2 que constitucionaliza el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, por lo que será tratado posteriormente.

4. *Los Derechos fundamentales del art. 18 CE*

El art. 18 CE reconoce la inviolabilidad del domicilio y garantiza el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como el secreto de las comunicaciones, todos los cuales forman parte del contenido de los derechos de la personalidad.

La inviolabilidad del domicilio ha sido especialmente garantizada, en cuanto ámbito de privacidad, frente a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública al prohibir el texto constitucional los registros o entradas en él sin consentimiento del titular (que no propietario) o sin resolución judicial, excepto en los supuestos de flagrante delito (art. 18.2 CE). Esta rotunda afirmación y su interpretación por la Jurisprudencia constitucional ha venido a poner en tela de juicio el principio de ejecutividad de los actos administrativos (art. 102 LPA), que, como se sabe, consiste en la facultad que tiene

la Administración de ejecutar sus propios actos por su misma autoridad y sin necesidad de solicitar autorización judicial. Pues bien, esta ejecutoriedad de los actos administrativos y su consiguiente acción de oficio por la Administración debe ceder ante el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, según una singular jurisprudencia cuya última muestra es la S. del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero (BOE de 9 de marzo de 1984). En ella se planteaba el supuesto de la entrada de los funcionarios de un Municipio en una vivienda, que constituía el domicilio de los recurrentes, con el fin de proceder a la ejecución del acto administrativo por el que se declaraban ilegales las obras de construcción de esa planta y se ordenaba su demolición por ser ilegalizables al infringir el Planeamiento urbanístico. La citada resolución fue impugnada ante la vía contencioso-administrativa por el procedimiento previsto en la Ley 62/1978 recayendo Sentencias de la Audiencia Territorial y del Tribunal Supremo (7 de diciembre de 1982, Azdi. 7911), en las que se mantenía, entre otras cosas, que "de exigirse intervención judicial autorizatoria de la entrada para garantizar la inviolabilidad del domicilio quebraría de hecho nuestro sistema de Administración pública", por lo que interpreta nuestro Alto Tribunal que el art. 18 CE se limita a prohibir la entrada en el domicilio a efectos de registros o en el ejercicio de funciones represivas, penales o administrativas, pero sin comprender la entrada en el ejercicio de potestades administrativas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, toda vez que, además, los derechos enunciados en el art. 18 CE forman parte del bloque de los derechos de la personalidad, cuyo objeto de protección lo constituye la dignidad innata de la persona, su independencia y su intimidad, sin que quepa incluir en el ámbito de protección de este artículo los bienes materiales, la defensa de la propiedad que, en definitiva, constituía el objeto del recurso. Pero, por el contrario, el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia entiende que la resolución administrativa, o incluso la resolución judicial, que ordenan una ejecución (acto material) que sólo puede llevarse a cabo entrando en un domicilio privado no suponen por sí solas la autorización de la entrada, de modo que cuando no se obtenga el consentimiento del titular del domicilio para ello "debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas". Esto implica que si los agentes judiciales, por ejemplo, encargados de practicar un desahucio o un embargo no obtienen el consentimiento del titular o encuentran cerrada la puerta del domicilio, sólo pueden entrar en virtud de una específica autorización judicial. La conclusión, por tanto, es clara: la ejecución de una decisión judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular, y sin el consentimiento del titular o resolución judicial el acto es ilícito y supone una violación del derecho fundamental, salvo en los casos de flagrante delito o estado de necesidad. Las consecuencias y efectos que se derivarán de esta interpretación tendremos pronto ocasión de comprobarlos; baste pensar en los procedimientos de apremio y embargo por impago de multas de tráfico, sanciones pecuniarias, etc.

Por otro lado, el art. 18 CE ha garantizado otros derechos fundamentales como el honor e intimidad personal y familiar, la propia imagen y el secreto de las comunicaciones. Sobre la intimidad personal el Tribunal Constitucional ha

entendido que no se infringe este derecho cuando los Tribunales, en una Sentencia, penetran en las intenciones de un particular y determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva (S. de 30 de enero de 1981, R.A. 90/80), y que tampoco hay violación del derecho al honor cuando se refieren o declaran los hechos probados de una sentencia penal condenatoria (S. de 18 de mayo de 1981, R.A. 124/1980). En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones el Tribunal Constitucional ha entendido que no se vulnera por la publicación de una resolución de un órgano administrativo que comporte aspectos de evidente interés general: en este caso se trataba de una resolución de la Generalidad de Cataluña por la que se declaraba la suspensión de las obras de una urbanización ilegal, y en el que el promotor pretendía mantener en secreto, o reservado al menos, el acuerdo que se le notificó previamente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró que en este supuesto, no tenía relevancia jurídica el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

5. Los Derechos fundamentales recogidos en el art. 20 CE

El art. 20 CE garantiza la libertad de expresión e información que significa una ausencia de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación; pero implica, también, el reconocimiento de una institución política como es la opinión pública, estrechamente ligada a la existencia del pluralismo político que, a su vez, constituye un requisito de funcionamiento de un Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y pensamientos y la libertad en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre (S. 12/1982, de 31 de marzo, R.A. 227/81, BOE de 21 de abril).

El art. 20.1 a) reconoce el derecho a la libertad de expresión y el art. 20.1 d) establece el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (libertad de información) que no es sino una concreción de la libertad de expresión, y que sólo en los textos constitucionales recientes se encuentra diferenciada específicamente de la genérica libertad de expresión. Ambas libertades o derechos fundamentales tienen como titulares a todas las personas pero, sin embargo, la libertad de información, en la práctica, sirve de garantía a los profesionales de la búsqueda y difusión de la información.

El Tribunal Constitucional ha mantenido que la libertad de expresión (y de información) es un derecho que nace directamente de la Constitución, sin que su ejercicio tenga que ser reconocido expresamente y previamente por la Administración (S. 77/1982, de 20 de diciembre, R.A. 284/81). Este supuesto se planteó con ocasión de la denuncia presentada por el Presidente de la Federación de Asociaciones de la Prensa ante la Secretaría de Estado para la Información contra Diario 16 y otras publicaciones que aparecían y se vendían los lunes, por entender que el derecho a la aparición en los días señalados estaba reservado a las Hojas del Lunes, por la legislación vigente. Las empresas denunciadas, a su vez, solicitaron de la Administración que se les reconociese su derecho a la edición,

difusión y venta de sus publicaciones sin restricción alguna, incluyendo los lunes. Ante el silencio de la Administración y tras agotar la vía judicial previa, interpuso recurso de amparo en el que reiteraba la solicitud, recayendo sentencia desestimatoria del amparo, por entender que el silencio no ha vulnerado ni violado el derecho fundamental a la libertad de expresión y que éste no nace del reconocimiento expreso por la Administración, sino que proviene directamente de la Constitución.

Pero de poco serviría el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión y a la libre difusión de ideas y opiniones si no se reconociera a la vez que este derecho comprende también el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible. Y así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en su célebre Sentencia 12/82 de 31 de marzo, sobre la Televisión privada, en la que resolvió el recurso de amparo interpuesto por "Antena-3, S.A.". Pero, se dice igualmente en la Sentencia referida, este derecho a crear soportes o instrumentos de comunicación tiene límites, sobre todo cuando el medio de reproducción que se crea tiende a servirse de bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización, bien por su escasez, bien por razones tecnológicas, lo que en ese supuesto justificaba su sometimiento a un procedimiento de concesión, máxime cuando había de utilizarse —según la Sentencia— un bien de dominio público como es el espacio por donde deben circular las ondas radioeléctricas. Este razonamiento mereció un voto particular del Magistrado Sr. Rubio Lorente, en el que se ponía de manifiesto la contradicción en que se incurría al afirmar que el art. 20.1 a) y 20.1 d) establecen el derecho a crear los soportes e instrumentos de difusión de ideas, pensamientos e información y en cambio exigir un "decisión política" del Gobierno para poder ejercitarse, y cuya inactividad implica la negación del derecho.

También ante otra situación polémica, como fue la retirada de la acreditación a un periodista de Diario 16 destacado en la Sala del Consejo de Guerra donde se seguía la vista por los sucesos del 23 de febrero de 1981 y su consiguiente expulsión, el Tribunal Constitucional ha delimitado los perfiles de la libertad de información. En efecto, en la S. 30/82, de 1 de junio, R.A. 104/82, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por el referido periodista en los autos antes mencionados, el Tribunal declara que la "libertad de información en conexión con el principio de publicidad de los juicios (art. 120.1 CE) implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos", lo que se asegura con la asistencia de los medios de comunicación social en cuanto que tal presencia les permite adquirir la información en su fuente y transmitirla, por lo que se viola el derecho a la libertad de información suprimiendo la acreditación porque el derecho no depende de la acreditación sino que ésta es un medio de organizar el acceso a la Sala.

Ahora bien, no existen derechos ilimitados, sino que todos ellos tienen sus límites que derivan, a veces de la Constitución directamente mientras que en otras ocasiones de forma indirecta al proteger otros derechos constitucionales u otros

bienes constitucionalmente protegidos. Por eso "ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 CE) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos" (S. 2/82, de 29 de enero de 1981, R.A. 41/81; se trataba de un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Juez de Distrito de Collado-Villalba, por la que se condenaba a los recurrentes como autores de una falta de coacciones leves a la multa de 2.000 ptas. al haber gritado y proferido frases insultantes y abucheos durante una manifestación convocada como protesta por el despido de una compañera de trabajo). Es decir, que uno de los límites de los derechos fundamentales consiste en el respeto de otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, cuya titularidad la ostenten otras personas distintas.

Dentro del tema de los límites al derecho fundamental a la libre expresión merece una especial relevancia la aceptación o inadmisión de la moral como uno de los posibles límites al ejercicio del citado derecho. Con ocasión de la S. 62/82, de 15 de octubre (BOE, de 17 de noviembre de 1982), en donde se ejercitaba el recurso de amparo contra Sentencia del Tribunal Supremo por la que se condenaba al recurrente como autor de un delito de escándalo público por la publicación del libro "A ver", destinado a la educación sexual de los niños, y en donde se contenían fotografías e imágenes del comportamiento sexual de una niña de 3 años con un hombre de 24 y otros ejemplos e informes sobre la masturbación, la virginidad, etc., todo ello calificado por la Sentencia como "ejemplo de mal gusto, procacidad y chabacanería, subterfugio del impudor y mal ejemplo que dañan la moral sexual y la norma sociocultural imperante en los momentos actuales de la vida español", el Tribunal Constitucional ha manifestado que la admisión de la moral pública como límite a los derechos fundamentales ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 CE); por eso, para precisar tales garantías ha de acudir a los criterios contenidos en el Convenio de Roma. Pero sin embargo, continúa diciendo el Tribunal, "la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *minimum ético* acogido por el derecho, sino que la vulneración de ese *minimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y entre ellas, la forma de la publicidad, la distribución y los destinatarios, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores y cuando éstos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y el texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior...". Por eso, la moral juega, en este supuesto, como límite al derecho fundamental a la libertad de expresión, además de que éste tiene sus límites constitucionalmente reconocidos en el apartado 4 del art. 20, entre los que se encuentra, también, la protección de la juventud y de la infancia.

Por último, el art. 20.1 c) garantiza el derecho a la libertad de cátedra, atri-

buida a todos los docentes, sea cual sea el nivel de enseñanza en el que actúen (S. de 13 de febrero de 1981), y que consiste en la incompatibilidad con la existencia de una ciencia o doctrina oficiales (en los centros públicos) y en hacer posible, en los centros privados, un equilibrio y compatibilidad entre esta libertad y la libertad del centro al establecer su ideario, no vulnerándose aquella al imponer como límite a la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario propio del centro.

6. Los Derechos de reunión, asociación y participación y libre acceso a las funciones públicas

Reconocido en el art. 21 CE, el derecho de reunión pacífica y sin armas corresponde a todos los ciudadanos (S. del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981, R.A. 101/80) y puede ejercitarse con cualquier finalidad lícita, incluida la relativa a la acción sindical. Pero, en cambio, no comprende de forma absoluta e incondicionada el que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de los interesados un local de su titularidad ni que la Entidad donde prestan sus servicios deba soportar absoluta e incondicionadamente el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo. Por eso, y desde esta perspectiva, la exigencia de autorización administrativa para la celebración de reuniones de funcionarios en locales de la Administración y dentro del horario de trabajo, no vulnera los derechos fundamentales de los arts. 21, 22 y 28 (S. del Tribunal Constitucional 31/83, de 7 de noviembre). En cuanto a su régimen jurídico, el Tribunal había afirmado que el art. 21 CE ha derogado la regulación sustantiva de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión, pero no la regulación procedimental de la misma (S. 36/82, de 16 de junio, R.A. 193/81), de donde se derivaba que no es exigible la autorización previa para su ejercicio, pero sí el preaviso, que permite a la Administración ejercer la facultad de prohibirlo del art. 21.2 CE. Hoy, la regulación del derecho de reunión ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (BOE, del 18 de julio), en cuyo art. 3º se explicita que ninguna reunión está sometida al régimen de previa autorización. Igualmente conviene recordar que este derecho encuentra su límite en los otros derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuya titularidad pertenece a otros sujetos estando, concretamente, prohibido el ejercicio sobre terceros de una violencia moral intimidatoria durante la realización del derecho de reunión (S. de 29 de enero de 1982, R.A. 41/81).

En cuanto al derecho de asociación, el Tribunal Constitucional en contadas ocasiones ha tenido oportunidad de pronunciarse. Lo más destacable lo constituye la afirmación según la cual el derecho a crear partidos políticos es susceptible de amparo en virtud del art. 22 CE que consagra el derecho de asociación, por lo que un partido es una forma particular de asociación y el art. 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política (S. de 2 de febrero de 1981, R.A. 98/80). Hay que tener en cuenta que los partidos políticos están constitucionalizados en el art. 6 de la Ley fundamental, y por tanto no sería susceptible de amparo (arts. 14 a 29 y 30.2), y que en el propio art. 6 se recoge que su crea-

ción y el ejercicio de su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y a la Ley, por lo que nada impide que los ciudadanos puedan invocar el derecho general de asociación para constituirlos. Por otro lado, es necesario recordar que los actos de un partido político no son actos de un poder público, ya que los partidos son producto del ejercicio del derecho de libertad de asociación (S. 10/83, de 21 de febrero). También ha recordado el Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, que el derecho de asociación del art. 22.1 CE comprende no sólo, en su forma positiva, el derecho a asociarse sino también, en su faceta negativa, el derecho de no asociarse, a propósito de la impugnación de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares que subordinaba el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 27.7 CE a la pertenencia a la Asociación de Padres de alumnos (S. de 13 de febrero de 1981, R.I. 189/80).

Por último, el art. 23 CE consagra, en primer lugar, el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, y en segundo lugar, en el núm. 2 del mismo artículo, el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes. Este derecho implica también el de no ser removido de los cargos y funciones públicas a los que se accedió si no es por causas y por los procedimientos legalmente establecidos. En los casos de cargos y funciones públicas de carácter representativo, una regulación legal que sea contraria a la naturaleza de la representación violará también el derecho del representante a permanecer en el cargo. Por eso, en el supuesto de los Concejales del Ayuntamiento de Madrid que, una vez expulsados del PCE, se les destituyó del cargo de Concejales (S. 10/1983, de 21 de febrero, R.A. 144/82) el Tribunal Constitucional tras analizar la institución de la representación —tanto la sometida a mandato libre como la de mandato imperativo— y delimitar en el sentido anterior el derecho del representante a permanecer en el cargo para el que fue elegido, y haciendo caso omiso de la Ley de Elecciones Locales, declara que en los supuestos de cargos representativos no pueden ser destituidos sin su consentimiento, en razón de la interpretación efectuada del art. 23.2 CE.

También ha delimitado en la S. 18/84, de 7 de febrero, cuáles son las funciones y cargos públicos a que hace referencia el referido art. 23, excluyendo de su contenido el acceso al funcionariado, o a relaciones laborales con Administraciones Públicas. Por último, los titulares de este derecho solamente pueden serlo los ciudadanos, en su acepción más restringida, sin poder serle reconocida esta titularidad a los sindicatos (S. de 22 de julio de 1982, R.A. 56/82), a las personas jurídicas o a los extranjeros, al ser una plasmación del status activus del ciudadano y, ciertamente, el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos implica el derecho a dimitir de los mismos (S. de 11 de octubre de 1982, R.A. 40/82).

7. Los Derechos reconocidos en el art. 24 CE: La tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, es el que produce mayor número de pronunciamientos del Tribunal Constitucional (42 sentencias y 89 Autos en el año 1982), todo ello debido a la amplísima redacción constitucional que amenazó, en su momento, con convertir el recurso de amparo contra resoluciones judiciales, que hipotéticamente no habrían garantizado la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares, en una tercera instancia mediante la cual pudiera revisarse las actuaciones judiciales, valoraciones e incluso hechos probados declarados en las Sentencias judiciales. Hoy el Tribunal, en una continua y reiteradísima línea jurisprudencial, ha definido este derecho consagrado en el art. 24.1 CE como el derecho a acceder a la Jurisdicción y a que ante ella se sustancie un proceso con todas las formalidades y garantías legales en el que se ventile la pretensión jurídica del ciudadano, pero en modo alguno puede confundirse el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva con el derecho a que las decisiones de los Tribunales sean satisfactorias para los litigantes (S. de 12 de mayo y S. de 15 de julio de 1982; Autos 281/82; 287/82; 362/82, de 24 de noviembre, etc.). Es importante destacar que el Tribunal Constitucional sólo puede valorar y decidir sobre cuestiones constitucionales y que, en esta materia, el derecho del art. 24.1 CE comporta la posibilidad de acceso a la jurisdicción y el derecho a ser oído en ella y a un proceso con plenas garantías de defensa que si son ignoradas o violadas supondrá la estimación del amparo, pero que no es función del Tribunal Constitucional revisar el proceso de aplicación de la ley ordinaria que los Tribunales de Justicia llevan a cabo si en ello no están implicados derechos y libertades públicas; esto es, el Tribunal Constitucional no puede hacer, por la vía del art. 24 CE, un control de legalidad, o revisar las posibles inexactitudes de carácter procesal o sustantivo que puedan cometer los Tribunales, si no tienen el carácter de constitucional o se refieren a derechos fundamentales o libertades públicas. No es posible, por tanto, configurar al Tribunal Constitucional como una tercera instancia revisora de sentencias judiciales para todos y cada uno de los casos.

De la amplísima casuística sobre este derecho se pueden destacar los siguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional: no hay violación de este derecho en los procedimientos de ejecución sumaria, pues éstos no producen indefensión sino que consiste en una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo (S. de 18 de diciembre de 1981); tampoco existe indefensión cuando han sido los propios interesados quienes han hecho dejación de sus medios procesales de defensa o no se sigue la vía judicial correcta adecuadamente señalada por la Administración (Ss. de 16 de diciembre de 1981 y de 16 de junio de 1982). En cambio, sí se viola este derecho cuando el Juez ordinario actúa vinculado por lo resuelto por el Tribunal Eclesiástico ya que aquél debe decidir con plena Jurisdicción (S. de 26 de enero de 1981, R.A. 65/80) o cuando se deniega la ejecución a efectos civiles de una Sentencia de nulidad de matrimonio dictada por el Tribunal Eclesiástico antes del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 1979 (S. de 12 de noviembre de 1982, R.A. 131/82).

Igualmente el derecho reconocido en el art. 24.1, el acceso a la Jurisdicción, implica la afirmación de la inexistencia de actos administrativos inimpugnables, esto es, de actos administrativos dictados por la Administración Pública que no puedan ser residenciados ante la Jurisdicción contencioso-administrativa y controlados por ésta. Por eso de los arts. 24.1 y 106.1 CE se deriva la derogación del art. 40 de la LJCA, en cuanto que impedía el conocimiento por la Jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos sobre las materias allí contempladas y el apartado f) del mismo artículo en cuanto que excluía de su conocimiento los que expresamente contemplara una Ley. En este sentido y con estos términos, la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 17 de mayo (BOE, de 17 de junio de 1983, R.A. 208/1980).

De otra parte, en el apartado 2º del art. 24 CE se establecen una serie de garantías procesales que vienen a completar y asegurar el derecho al libre acceso a la jurisdicción y a un proceso con todas las garantías y formalidades legales. La primera de ellas es el *derecho a la presunción de inocencia* que ha dejado de ser un principio general para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos (Tribunales, Policía, Administración, etc.). y que establece una presunción iuris tantum que puede ser destruída por la prueba en contrario, pero cuya apreciación corresponde a la autoridad judicial (S. de 24 de julio de 1981, R.A. 25/80), lo que conlleva que para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad, obtenida de la valoración de la prueba.

También se ha recogido el *derecho a la defensa*, lo que supone el derecho de la persona a ser oída y el principio de contradicción procesal que se extienden no sólo al conjunto del procedimiento sino a todas y cada una de sus fases, y su violación producirá indefensión y vulneración, por consiguiente, del art. 24 de la CE. En este sentido el Tribunal Constitucional ha mantenido que para que exista contradicción procesal debe emplazarse a las partes en forma personal y directa, cuestionando los emplazamientos por edictos o a través del BOE que declara inaceptables tras la aprobación de la Constitución (S. de 31 de marzo de 1981 y S. de 20 de octubre de 1982, R.A. 12/82) si resulta factible la localización e identificación de los demandados.

Aparece igualmente reconocido el *derecho a la asistencia de abogado* que comporta esencialmente que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y estime más adecuado para instrumentar su propia defensa (S. de 24 de julio de 1981, R.A. 193/80). La privación de este derecho origina indefensión si no se acuerda la suspensión del proceso hasta la designación de letrado de oficio (S. de 23 de julio de 1981). Por último y con el fin de garantizar la efectiva tutela de los derechos fundamentales, se reconocen el *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, es decir, cuya duración temporal sea razonable en atención a su complejidad y comportamiento de las partes; el *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa* cuya inadmisión puede producir indefensión si bien la denegación debe generar una indefensión patente para justificar la solicitud del amparo, ya que el Tribunal Constitucional no ha sido establecido para corregir todos los vi-

cios "in procedendo"; y el *derecho a un proceso público*, que debe interpretarse de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, según lo cual el legislador puede regular la restricción del derecho a un proceso público por razones de moralidad, como lo hace el art. 680 LECrim. Y cuando un Tribunal adopta la decisión de que un juicio se celebre a puerta cerrada por tales razones, no está prejuzgando la inocencia o culpabilidad del acusado ni vulnera tampoco el derecho a la tutela efectiva de Jueves y Tribunales (S. de 15 de octubre de 1982, R.A. 185/80).

8. *La libertad de enseñanza y el derecho a la educación*

En el art. 27 aparecen constitucionalizados el derecho a la educación y el reconocimiento de la libertad de enseñanza, la cual ha sido entendida por el Tribunal Constitucional en su S. de 13 de febrero de 1981, sobre la Ley orgánica del Estatuto de Centros Escolares, como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones, y consiste en una actividad encaminada de modo sistemático a la transmisión de un cuerpo de conocimientos y valores y que implica el *derecho a crear instituciones educativas* (art. 27.6 CE) y de otra parte, el derecho de quienes llevan a cabo la función de enseñar, a *desarrollarla con libertad* dentro de los límites del puesto docente que ocupan (art. 20.1 c) CE. También se deriva de la libertad de enseñanza el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3 CE). Y todos estos derechos tienen límites que se producen, por su propia naturaleza o por su articulación con otros derechos o que surgen de los que establezcan el legislador, respetando su contenido esencial. Pero el derecho a crear centros docentes como específica manifestación de la libertad de enseñanza tiene una limitación adicional importantísima que es la establecida en el art. 27.2 CE, en donde se exige que la enseñanza debe servir determinados valores como los principios democráticos de convivencia, etc.

9. *El derecho de sindicación y el derecho a la huelga del art. 28*

En el art. 28 aparecen consagrados los derechos de sindicación y de huelga. Aquél supone la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse así como la protección frente a actos de discriminación y en concreto despidos discriminatorios. El Tribunal Constitucional ha entendido que viola el derecho a la libertad sindical el favorecimiento de unas Centrales frente a otras (se trataba de la cesión de locales de la AISS), al dotar a unas organizaciones de medios de acción que a otras se niegan e infringir la prohibición de intervención de las autoridades públicas en menoscabo de los derechos derivados de la libertad sindical (S. 99/1983), de 16 de noviembre). La libertad sindical implica no sólo la representación sino también la función de defender los intereses de los trabajadores con legitimación para el ejercicio de aquellos derechos que, aun per-

teniendo individualmente a cada trabajador, sean de necesario ejercicio colectivo, por lo que incluye no sólo la negociación colectiva y la huelga, sino también el planteamiento y solución pacífica de los conflictos colectivos (S. 37/83, de 11 de mayo).

El derecho de huelga consiste, para el Tribunal Constitucional, en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones y está atribuido a los trabajadores "utisinguli" aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. Se incluye dentro de las facultades del derecho de huelga la convocatoria, el establecimiento de las reivindicaciones, la publicidad, la negociación y la decisión de darla por finalizada (S. de 8 de abril de 1981, Recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley sobre el derecho de huelga). El ejercicio de este derecho está limitado por el propio texto constitucional al mantenimiento de los servicios esenciales que son, para el Tribunal, aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad (S. de 17 de julio de 1981, R.A. 203 y 216/80). Así pues, servicio esencial debe reunir dos características: prestación necesaria y su conexión con atenciones vitales.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que numerosas violaciones de este derecho pueden provenir de particulares o darse en relaciones jurídicas privadas lo que, según se ha visto, imposibilitaría el acceso a la vía del recurso de amparo, al exigir el art. 41.2 LOTC que esta violación proceda de los poderes públicos. Sin embargo, la vía indirecta de impugnar en amparo la resolución judicial que no hubiere tutelado eficazmente el derecho fundamental a la huelga permitiría que el Tribunal Constitucional entrara a conocer sobre el fondo del asunto para otorgar o denegar el amparo, a tenor de la constatación de la violación del derecho fundamental.

Por último, hay que señalar que el cierre patronal no supone el ejercicio del derecho de huelga por los patronos, sino que es una medida —legal— atribuida a los empresarios-patronos en caso de conflicto colectivo y prevista en el art. 37 CE, lo que implica que no tiene carácter de derecho fundamental, alegable y residenciante ante el Tribunal Constitucional, a través de la vía del recurso de amparo, aunque no por ello no tenga otras garantías, tales como la reserva de ley, prohibición del Decreto-Ley, etc.

10. *El derecho de petición y el derecho a la objeción de conciencia*

El derecho de petición es el derecho fundamental con mayor tradición y abolengo de reconocimiento constitucional, pero que hoy ha perdido toda trascendencia al haber sido sustituido con ventaja por los medios jurídicos de protección de los particulares (recursos, tutela efectiva, etc.) o por instituciones de carácter parlamentario que dan mayor agilidad y eficacia a la ratio del derecho de petición, tales como las preguntas e interpelaciones parlamentarias o las votaciones de confianza y mociones de censura y, en definitiva, porque la articula-

ción política de nuestra sociedad pasa por la existencia del pluralismo ideológico, la existencia de los partidos políticos y el reconocimiento de la libertad de asociación y de sindicación. Nuestra Constitución establece que contra su violación cabe recurso de amparo; sin embargo, el único pronunciamiento, salvo error u omisión, del Tribunal Constitucional sobre este tema, Auto 222/1982, de 23 de junio, establece que la pretensión ejercitada a través del derecho de petición de que las Cortes dictaran una disposición con rango de Ley, "que con carácter de generalidad ponga fin a las secuelas de la guerra civil" (se trataba de la petición de la promulgación de normas que extinguieran los efectos derivados de condenas impuestas a militares profesionales que permanecieron leales a la República durante la Guerra Civil), no puede encauzarse por la vía del recurso de amparo, lo que es lógico porque otra cosa sería desconocer o negar la discrecionalidad del legislador, al vincular a éste a tramitar y promulgar todo tipo de normas solicitadas a través del derecho de petición.

Y en lo que al derecho a la objeción de conciencia se refiere, consiste en un derecho subjetivo de la persona que entraña la negativa a prestar servicio militar no sólo por razones de tipo religioso sino por motivos de conciencia, sentimentales, éticos, ideológicos, políticos, intelectuales (Ley del Servicio Militar en Alemania Federal) por motivos filosóficos o morales (Ley de 15 de diciembre de 1972 en Italia) o, en definitiva, por razones humanitarias u otras de igual naturaleza (Convención Europea de Derechos del Hombre). Técnicamente, para el Tribunal Constitucional, este derecho reconocido en el art. 30.2 CE *no es el derecho a no prestar el servicio militar, sino el derecho a ser declarado exento del deber general de prestarlo y a ser sometido, en su caso, a una prestación social sustitutoria* (Fundamento Jurídico 7º de la S. del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1982).

11. *Nota final*

A la vista de los resultados obtenidos, y a pesar de la clara y rotunda redacción constitucional, se observa que es absolutamente necesario el analizar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a fin de poder conseguir comprender el verdadero alcance y contenido de los derechos fundamentales, tarea que va siendo realizada, de modo casuístico, por la jurisprudencia constitucional y que, en realidad, llenará sustantivamente las afirmaciones y descripciones del texto constitucional.

SANTIAGO BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico. (Su evolución desde Inocencio IV hasta el C.I.C. de 1983)*, Edit. Herder, Barcelona, 1985, 261 págs.

Hemos leído con verdadero interés la tesis doctoral del Dr. Santiago Bueno sobre la noción de persona jurídica canónica, editada bajo los auspicios de la Universidad de Barcelona y la Facultad de Teología de la misma Ciudad, dentro de la Col·lectània Sant Pacià, con prólogo del Prof. Víctor Reina.

La monografía ha abordado en profundidad y con gran acierto un tema que, con ser fundamental y de honda raigambre en el Derecho canónico, estaba necesitado de un adentramiento histórico en su evolución después de la genial elaboración de Sinibaldo de Fieschi, o sea a partir de los decretalistas. Asimismo, requería una seria reflexión en torno a su incidencia como instrumento de organización en la legislación del Código de 1917, que adolecía de una pobre regulación en la materia, singularmente en lo relativo a la titularidad de los bienes patrimoniales eclesiásticos. Mientras que convenía examinar los criterios de sistematización del nuevo Código, a propósito de haberse resucitado la vieja terminología de *universitas personarum* y *universitas rerum*, por un lado; y por otro, haberse introducido, como auténtica novedad, más marcadamente en el área del derecho de asociación, el concepto de persona jurídica privada, que ha roto el anterior sistema público monolítico, diversificando así en la Iglesia dos clases de personas jurídicas, es decir, las públicas y las privadas.

Tales objetivos justificaban con creces la presente investigación, que el Dr. Bueno ha llevado a cabo cumplidamente, poniéndolo ya de manifiesto en la estructuración de su obra, dividida en tres partes: La primera sobre la noción de persona jurídica desde Inocencio IV hasta la codificación; la segunda, sobre la noción de persona jurídica en la legislación y doctrina codicial de 1917; y la tercera, sobre la noción de persona jurídica en el nuevo Código. En su conjunto nos parece una labor meritoria, por el estudio concienzudo de fuentes y textos jurídicos, por su claridad de exposición y por el rigor de su crítica que se pone sobre todo de relieve en las conclusiones al final de cada capítulo.

A nuestro juicio, la tercera parte es la más lograda y donde el autor ha desarrollado un trabajo más personal, ofreciendo al lector las perspectivas más nítidas de la tarea investigadora realizada. En particular, el capítulo tercero, dedicado a las clases de personas jurídicas, y sus conclusiones, resulta verdaderamente clarificador. He aquí una síntesis: 1º) La clasificación en *universitates rerum* y *universitates personarum* es buena para un tratado sistematizador, pero no para una normativa legal, pues las personas de una u otra clase no se diferencian en el ejercicio de sus derechos ante el ordenamiento canónico; 2º) Mayor importancia reviste la diferencia entre colegiales y no colegiales en lo referente a su funcionamiento interno (vg., decisiones corporativas); 3º) Es capital la distinción entre personas públicas y privadas, con un efecto práctico inmediato: su diferente estatuto jurídico provoca serias diferencias de actuación y de relación con la jerarquía y con el derecho, a la vez que comporta diferencias de su sistema patrimonial. Pero aun así, su punto de distinción está en el orden operativo, sin que atañe a su subjetividad, ya que todos son sujetos de derecho, indistintamente.

Por los méritos apuntados, siquiera sucintamente, recomendamos este libro, que auguramos ha de ser de gran provecho para los juristas en general y de manera especial para los estudiosos del Derecho canónico.

Antonio Pérez Ramos

CONCEPCIÓN CAMARERO SUAREZ, *La Convalidación del Matrimonio Civil*, Editorial Montecorvo, S.A, Madrid, 1984, 311 págs.

“La Convalidación del matrimonio civil” es sin duda una monografía bastante completa, sobre un tema particularmente interesante dentro de la problemática que nos presenta nuestro actual Código Civil. Con este libro la autora ha pretendido exponer del modo más claro y sistemático posible el régimen jurídico de la convalidación del matrimonio civil y explicar científicamente su figura.

Si en cualquier rama de la ciencia jurídica se hace necesario el conocimiento de su historia, este interés se acusa más sin duda cuando se trata de una figura que tiene marcados sus orígenes en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico, como es la figura de la convalidación.

Actualmente los cultivadores de la ciencia jurídica secular de nuestro país, y sobre todo a partir de la reciente reforma operada en el Título IV del libro primero del Código Civil español, por Ley de 30/1981 de 7 de julio, preocupados prioritariamente por desarrollar e interpretar los preceptos legales, conceden escasa atención a la influencia del Derecho de la Iglesia en el Derecho Civil.

A nuestro juicio, la tercera parte es la más lograda y donde el autor ha desarrollado un trabajo más personal, ofreciendo al lector las perspectivas más nítidas de la tarea investigadora realizada. En particular, el capítulo tercero, dedicado a las clases de personas jurídicas, y sus conclusiones, resulta verdaderamente clarificador. He aquí una síntesis: 1º) La clasificación en *universitates rerum* y *universitates personarum* es buena para un tratado sistematizador, pero no para una normativa legal, pues las personas de una u otra clase no se diferencian en el ejercicio de sus derechos ante el ordenamiento canónico; 2º) Mayor importancia reviste la diferencia entre colegiales y no colegiales en lo referente a su funcionamiento interno (vg., decisiones corporativas); 3º) Es capital la distinción entre personas públicas y privadas, con un efecto práctico inmediato: su diferente estatuto jurídico provoca serias diferencias de actuación y de relación con la jerarquía y con el derecho, a la vez que comporta diferencias de su sistema patrimonial. Pero aun así, su punto de distinción está en el orden operativo, sin que ataña a su subjetividad, ya que todos son sujetos de derecho, indistintamente.

Por los méritos apuntados, siquiera sucintamente, recomendamos este libro, que auguramos ha de ser de gran provecho para los juristas en general y de manera especial para los estudiosos del Derecho canónico.

Antonio Pérez Ramos

CONCEPCIÓN CAMARERO SUAREZ, *La Convalidación del Matrimonio Civil*, Editorial Montecorvo, S.A, Madrid, 1984, 311 págs.

“La Convalidación del matrimonio civil” es sin duda una monografía bastante completa, sobre un tema particularmente interesante dentro de la problemática que nos presenta nuestro actual Código Civil. Con este libro la autora ha pretendido exponer del modo más claro y sistemático posible el régimen jurídico de la convalidación del matrimonio civil y explicar científicamente su figura.

Si en cualquier rama de la ciencia jurídica se hace necesario el conocimiento de su historia, este interés se acusa más sin duda cuando se trata de una figura que tiene marcados sus orígenes en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico, como es la figura de la convalidación.

Actualmente los cultivadores de la ciencia jurídica secular de nuestro país, y sobre todo a partir de la reciente reforma operada en el Título IV del libro primero del Código Civil español, por Ley de 30/1981 de 7 de julio, preocupados prioritariamente por desarrollar e interpretar los preceptos legales, conceden escasa atención a la influencia del Derecho de la Iglesia en el Derecho Civil.

Sin embargo esta influencia existe; es más, existe una interconexión entre ambos derechos que se remonta a la etapa medieval y pervive hasta nuestros días, en las que ambas ciencias jurídicas se benefician y apoyan mutuamente.

Esto es algo que la autora no ignora, seguramente por su condición de canonista, y acomete la tarea difícil de marcar con bastante claridad la influencia y aportaciones históricas concretas, tanto del Derecho Romano como del Canónico, en la institución de la convalidación, labor que se trasluce a lo largo de toda la monografía; al mismo tiempo que se pone de relieve la influencia que el Derecho Canónico ha tenido en la redacción actual de los preceptos del Código Civil, relativos a las figuras sanatorias en el matrimonio. Para conseguir estos fines y otros que veremos en el desarrollo de este comentario, la autora, en el conjunto del trabajo, utiliza el Derecho comparado y las aportaciones de la doctrina española y extranjera al respecto, con fines puramente instrumentales ya que suministran ideas útiles y calificaciones acertadas y compatibles con nuestro Ordenamiento Civil. Como resultado de todo ello, la impresión que recibe el lector de esta obra, es la de hallarse ante una labor de investigación escrupulosa, tan bien enfocada como realizada, que dignamente ha servido para doctorarse a la Profesora Camarero.

El libro se presenta dividido en cuatro capítulos. El que abre el volumen va destinado en primer lugar al análisis de la evolución histórica de la figura. En él se pone de relieve con exquisita precisión como, entre el "usus modernus" "Pandectarum" que elabora una doctrina sobre la confirmación y el Derecho Romano que no logra elaborarla, se interpone el Derecho Canónico que perfila dos figuras sanatorias que harán posible la revalidación del matrimonio: la convalidación y la sanación en la raíz, denominadas más adelante como forma ordinaria y forma extraordinaria de la revalidación del matrimonio. En segundo lugar se refiere a los antecedentes del Código Civil en esta materia, encontrándolos y mostrándolos con absoluta claridad en el Derecho Canónico. Pero aún con sus orígenes en él, la convalidación regulada en el Código Civil difiere radicalmente de la eminentemente canónica, ya que nuestro Código Civil no establece como requisito necesario un "animus" encaminado a la revalidación, e incluso, como bien indica la autora, pueden producirse convalidaciones contra lo que sería la voluntad o deseo de los cónyuges. Además la convalidación canónica se limita al fuero interno y los efectos se producen "ex nunc", mientras que en la convalidación civil se producen "ex tunc".

El capítulo segundo aparece destinado a la delimitación de las figuras sanatorias del Código Civil. La Profesora Camarero se detiene particularmente en una crítica a las diversas expresiones que utiliza la doctrina para referirse a un mismo supuesto de figura sanatoria. A partir de ahí, pone de relieve la autora, a lo largo de todo el trabajo, la idea de que la convalidación que se establece para el matrimonio en los artículos 75 y 76 y la confirmación que se instituye con carácter general para los demás contratos, constituyen el mismo instituto jurídico. Difere así de una manera radical de un gran sector de la doctrina que, aún observando como en principio son dos conceptos semejantes, las normas

de la confirmación sólo se utilizan en nuestro derecho Español para los negocios anulables y no para los nulos. La convalidación, al incidir sobre negocios nulos, produce una eficacia antes inexistente, mientras que la confirmación sólo consolida la eficacia ya producida puesto que el contrato anulable es eficaz.

Para consolidar su opinión realiza una serie de precisiones a propósito del concepto de anulabilidad, afirmando cómo el concepto de anulabilidad es extraño al Código Civil español. Asimismo examina pormenorizadamente todas las figuras sanatorias, llegando a la conclusión de la existencia de sólo tres: la convalidación o confirmación; la prescripción sanatoria y la sanación radical, figura esta última introducida por la reciente reforma del Derecho Matrimonial por Ley de 7 de julio de 1981, en el artículo 48. No obstante, no se emplea una terminología plenamente precisa (convalidación), ya que aunque tanto la sanación como la convalidación son un acto jurídico sin embargo es diferencia el hecho de que la primera proviene de la autoridad, mientras que tal no es el caso de la convalidación.

Atendiendo directamente a las figuras sanatorias del matrimonio, dedica el capítulo tercero, de mayor extensión que los precedentes, a los supuestos de convalidación, de sanación en la raíz y a las figuras afines a ellas.

Respecto a los supuestos de convalidación, analiza los orígenes de los artículos 75 y 76 enlazándolos con los orígenes de los ya derogados artículos 83 y 102, preceptos estos precedentes inmediatos de ellos, llegando a la conclusión de que tienen su origen en las Decretales "Si infantis" de Bonifacio XIII y "Ad id" e "Insuper" de Clemente III.

En el apartado referente a los supuestos de sanación hace una clara exposición del artículo 48, que sólo abarca aquellos casos en donde el matrimonio resulta nulo por impedimento de consanguinidad y edad, pero no los de defecto de forma, supuestos estos encuadrados en el artículo 53.

Al tratar el tema de las figuras afines, se contempla primero la figura de la "ratificación" y, basándose fundamentalmente en el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940, la distingue de la "Confirmación".

En segundo lugar, se hace un estudio pormenorizado de la figura del matrimonio "por poder", se profundiza tal vez de modo excesivo en el contexto del presente libro y afirmamos esto, no porque esta figura no sea importante y con trascendencia jurídica, sino porque no resulta en este punto convincente el encuadramiento que se hace de ella. A nuestro entender, se describe con excesivo detalle las características y opiniones doctrinales sobre ella, que podrían muy bien haberse resumido en pocas líneas, o quizás utilizarlas para hacer una monografía independiente.

Al estudiar esta figura el punto que merece más atención es aquel que se

refiere a los distintos supuestos de nulidad que pueden producirse por faltar algún requisito de validez o de fondo del poder y a los defectos de forma. Coincide, con la generalidad de la doctrina, en la posibilidad de que en estos últimos se aplique la convalidación por defecto de forma establecida en el artículo 78 del Código Civil. Mientras que al referirse a los supuestos de nulidad debidos a la falta de consentimiento matrimonial o a vicios del mismo o por incapacidad matrimonial la autora se inclina por la figura de la ratificación. Diferimos en este último punto con la autora ya que creemos que, en éstos casos, se puede dar realmente una convalidación y no una ratificación, porque estos supuestos de nulidad podrán ser subsanados a través de la figura sanatoria de la convalidación, pero no son ratificables, si partimos en primer lugar de que los actos nulos o anulables sólo podrán ser convalidados o confirmados y además si se contempla realmente al apoderado como "representante" y no como meramente un "nuncius", al desaparecer la incapacidad o vicio del consentimiento el poderdante puede otorgar de nuevo un consentimiento, produciéndose una convalidación. En nuestra opinión si se aplica a estos casos la figura de la ratificación, no se está utilizando una figura afin sino una forma de convalidación. La ratificación sería en este caso la especie y la convalidación el género.

Termina este capítulo, haciendo referencia a la relevancia de la buena fe en los supuestos de matrimonio con defecto de forma y se deja entrever una cuestión interesante acerca de la similitud entre la sanación en la raíz por defecto de forma, con la suplencia de jurisdicción canónica, indicando como la figura regulada en el artículo 53, responde a la llamada "suplencia".

El cuarto y último capítulo lo dedica a analizar los elementos comunes a las distintas figuras sanatorias.

Cierran la obra unas conclusiones o reflexiones personales de la autora sobre esta figura, que hay que destacar porque demuestran un estudio profundo y serio. Si partimos de que la regulación de la convalidación del matrimonio es incompleta y fragmentaria en el Código Civil, ya que sólo la regula para supuestos concretos y utilizando instrumentos diferentes, era quizás misión obligada el realizar una monografía que en cierto modo supliera este vacío, integrando, explicando y sistematizando esta figura. Es por tanto un trabajo muy útil para el momento actual. El libro que hemos reseñado se trata en definitiva de una obra llena de madurez y de seriedad científica.

Sara Acuña Guiróla

MANUEL I. CASTAÑOS-MOLLOR, *La secularidad en los escritores cristianos de los dos primeros siglos*, EUNSA, Pamplona, 1984, 201 págs.

El presente estudio, inserto en la prestigiosa *Colección Canónica de la Uni-*

refiere a los distintos supuestos de nulidad que pueden producirse por faltar algún requisito de validez o de fondo del poder y a los defectos de forma. Coincide, con la generalidad de la doctrina, en la posibilidad de que en estos últimos se aplique la convalidación por defecto de forma establecida en el artículo 78 del Código Civil. Mientras que al referirse a los supuestos de nulidad debidos a la falta de consentimiento matrimonial o a vicios del mismo o por incapacidad matrimonial la autora se inclina por la figura de la ratificación. Diferimos en este último punto con la autora ya que creemos que, en éstos casos, se puede dar realmente una convalidación y no una ratificación, porque estos supuestos de nulidad podrán ser subsanados a través de la figura sanatoria de la convalidación, pero no son ratificables, si partimos en primer lugar de que los actos nulos o anulables sólo podrán ser convalidados o confirmados y además si se contempla realmente al apoderado como "representante" y no como meramente un "nuncius", al desaparecer la incapacidad o vicio del consentimiento el poderdante puede otorgar de nuevo un consentimiento, produciéndose una convalidación. En nuestra opinión si se aplica a estos casos la figura de la ratificación, no se está utilizando una figura afin sino una forma de convalidación. La ratificación sería en este caso la especie y la convalidación el género.

Termina este capítulo, haciendo referencia a la relevancia de la buena fe en los supuestos de matrimonio con defecto de forma y se deja entrever una cuestión interesante acerca de la similitud entre la sanación en la raíz por defecto de forma, con la suplencia de jurisdicción canónica, indicando como la figura regulada en el artículo 53, responde a la llamada "suplencia".

El cuarto y último capítulo lo dedica a analizar los elementos comunes a las distintas figuras sanatorias.

Cierran la obra unas conclusiones o reflexiones personales de la autora sobre esta figura, que hay que destacar porque demuestran un estudio profundo y serio. Si partimos de que la regulación de la convalidación del matrimonio es incompleta y fragmentaria en el Código Civil, ya que sólo la regula para supuestos concretos y utilizando instrumentos diferentes, era quizás misión obligada el realizar una monografía que en cierto modo supliera este vacío, integrando, explicando y sistematizando esta figura. Es por tanto un trabajo muy útil para el momento actual. El libro que hemos reseñado se trata en definitiva de una obra llena de madurez y de seriedad científica.

Sara Acuña Guiroña

MANUEL I. CASTAÑOS-MOLLOR, *La secularidad en los escritores cristianos de los dos primeros siglos*, EUNSA, Pamplona, 1984, 201 págs.

El presente estudio, inserto en la prestigiosa *Colección Canónica de la Uni-*

versidad de Navarra, pretende realizar una exposición de la *secularidad* en los escritos de los primeros cristianos. Para ello, mediante un ágil manejo de las Fuentes canónicas, refleja la actitud del cristiano frente a la autoridad, las instituciones, las distintas actividades humanas, el ejército, los espectáculos, la ciencia, etc. Objetivo que, en su aspecto expositivo, ha sido plenamente alcanzado.

En relación con el método utilizado, el autor ha huido de "categorías u opciones previas y ajenas a los planteamientos" que trataba de analizar. Tal fidelidad a las Fuentes se ha traducido en un *método expositivo*, sin caer en la fácil tentación de los tópicos anacronismos. Quizás esta permanente actitud intelectual sea uno de los valores más sobresalientes del presente trabajo.

Una de las constantes más significativas que se advierte con la simple lectura es el *pluralismo* existente entre los cristianos que le lleva a dar soluciones diferentes a problemas similares a partir de una misma fe y un común mensaje. Lcción que puede gozar de plena actualidad, sobre todo ante el anunciado Sinodo de los Obispos (1986) en el que se analizará la misión de los laicos en la Iglesia.

En definitiva, estamos ante una monografía, bien presentada, excelentemente documentada y de fácil lectura para cuantos se sientan atraídos por el tema.

Andrés Ribas Maura

JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA, *Sector energético: Política y Derecho*, Serie Ensayos, n° 6, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, 207 págs.

En este nuevo libro de la serie Ensayos que edita la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca se trata fundamentalmente la planificación energética a partir de los años 1970, motivada por la crisis de la energía y plasmada en los Planes energéticos nacionales (PEN) de 1979 y 1983. Dentro del conjunto de la planificación energética, hay un sector —el eléctrico— que ejerce una considerable "vis atractiva" sobre los demás, hasta el punto de que bien puede decirse que en torno a él giran las preocupaciones y decisiones esenciales de los PEN citados. Jurídicamente, lo más destacable de la planificación energética, y en particular del sector eléctrico, es la intensificación de la tradicional intervención estatal en el sector, que alcanza su punto culminante, por el momento, en la Ley sobre explotación unificada del sistema eléctrico nacional de 26 de diciembre de 1984. Pero veamos con más detalle este proceso que se describe en el libro comentado.

El régimen del sector eléctrico ha adolecido de una falta de precisión en los textos, que inevitablemente se ha trasladado a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. El origen de esta imprecisión ha de ser situado en el Real

versidad de Navarra, pretende realizar una exposición de la *secularidad* en los escritos de los primeros cristianos. Para ello, mediante un ágil manejo de las Fuentes canónicas, refleja la actitud del cristiano frente a la autoridad, las instituciones, las distintas actividades humanas, el ejército, los espectáculos, la ciencia, etc. Objetivo que, en su aspecto expositivo, ha sido plenamente alcanzado.

En relación con el método utilizado, el autor ha huido de "categorías u opciones previas y ajenas a los planteamientos" que trataba de analizar. Tal fidelidad a las Fuentes se ha traducido en un *método expositivo*, sin caer en la fácil tentación de los tópicos anacronismos. Quizás esta permanente actitud intelectual sea uno de los valores más sobresalientes del presente trabajo.

Una de las constantes más significativas que se advierte con la simple lectura es el *pluralismo* existente entre los cristianos que le lleva a dar soluciones diferentes a problemas similares a partir de una misma fe y un común mensaje. Lcción que puede gozar de plena actualidad, sobre todo ante el anunciado Sinodo de los Obispos (1986) en el que se analizará la misión de los laicos en la Iglesia.

En definitiva, estamos ante una monografía, bien presentada, excelentemente documentada y de fácil lectura para cuantos se sientan atraídos por el tema.

Andrés Ribas Maura

JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA, *Sector energético: Política y Derecho*, Serie Ensayos, n° 6, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1984, 207 págs.

En este nuevo libro de la serie Ensayos que edita la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca se trata fundamentalmente la planificación energética a partir de los años 1970, motivada por la crisis de la energía y plasmada en los Planes energéticos nacionales (PEN) de 1979 y 1983. Dentro del conjunto de la planificación energética, hay un sector —el eléctrico— que ejerce una considerable "vis atractiva" sobre los demás, hasta el punto de que bien puede decirse que en torno a él giran las preocupaciones y decisiones esenciales de los PEN citados. Jurídicamente, lo más destacable de la planificación energética, y en particular del sector eléctrico, es la intensificación de la tradicional intervención estatal en el sector, que alcanza su punto culminante, por el momento, en la Ley sobre explotación unificada del sistema eléctrico nacional de 26 de diciembre de 1984. Pero veamos con más detalle este proceso que se describe en el libro comentado.

El régimen del sector eléctrico ha adolecido de una falta de precisión en los textos, que inevitablemente se ha trasladado a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. El origen de esta imprecisión ha de ser situado en el Real

Decreto de 12 de abril de 1924, cuyo artículo 1 establecía: "Se declaran servicios públicos los suministros de energía eléctrica...", expresión repetida en las disposiciones más importantes sobre el régimen de la energía eléctrica (como el Reglamento de verificaciones eléctricas y de regularidad en el suministro, aprobado por Decreto de 12 de marzo de 1954).

Las interpretaciones doctrinales de esta declaración legal han sido dispares: para unos, suministro es la fase final de distribución a los usuarios. Esta es la única actividad calificada como servicio público, y por ende sometida al otorgamiento de una concesión. Las fases previas de producción y transporte de electricidad son actividades industriales privadas, sometidas a autorización administrativa. Esta primera interpretación, que ha sido tradicionalmente dominante, supone, por tanto, la disociación y consecuente aplicación de distintos regímenes jurídicos a las tres fases precisas para que el usuario pueda finalmente consumir energía eléctrica.

Según otra interpretación, el término suministro comprende las tres fases citadas. Por tanto, toda la actividad del sector es un servicio público, concedido a particulares (o a empresas públicas del Estado, en una no desdeñable proporción). Y, finalmente, no falta una tercera interpretación, para la cual la conexión entre las distintas empresas productoras a través de la Red general peninsular, dirigida por el Estado con una intensidad creciente, convierte la fase del transporte, y la distribución por supuesto, en un servicio público. Sólo la producción constituye, según esto, una actividad privada.

En el marco de este abanico de posibles interpretaciones del régimen de la energía eléctrica se inserta el modelo de financiación del sector. En consonancia con la primera interpretación aludida —que ha sido tradicionalmente dominante—, la estructura financiera del sector se apoyaba básicamente en las ampliaciones de capital y la emisión de obligaciones, habiendo sido criticado el reducido porcentaje de autofinanciación de las empresas eléctricas españolas.

El Estado, por su parte, ha venido apoyando financieramente al sector a través de un amplio cuadro de subvenciones (entendidas en sentido amplio, esto es, bonificaciones fiscales, créditos, etc.), entre las que destacan como algo específico del sector eléctrico las llamadas "compensaciones" gestionadas por OFICO. La causa de esta peculiar subvención es la necesidad de apoyar el consumo de carbón nacional en las centrales térmicas frente a otras fuentes de energía primarias. "Compensando" a las centrales que utilizan este combustible, a través de la detracción de un porcentaje de las tarifas, se ha conseguido la unificación de las tarifas en todo el territorio nacional, objetivo básico e inalterado de la política energética española.

¿Qué han significado los PEN de 1979 —posteriormente modificado— y el de 1983 en este contexto en que se venía moviendo el sector eléctrico?. En primer lugar, el autor precisa la significación económica esencial que tuvieron ambos Planes. En los dos, la preocupación dominante será el sector eléctrico; en el PEN

79, con la finalidad de modificar la estructura del equipo generador, sustituyendo las centrales térmicas de fuel por otras que empleen carbón o combustible nuclear. Esto planteaba un grave reto financiero. En el PEN 83 ejerce un peso decisivo un factor muy distinto: ante el descenso de la demanda con respecto a las previsiones del PEN 79 y las posibilidades de un más intenso ahorro energético se frena la construcción de centrales nucleares.

Esta planificación del sector supone una intensificación de la tradicional intervención estatal, hasta el punto de que las actuaciones públicas propiciadas por los PEN citados sólo encajan en un modelo del sector eléctrico entendido como un servicio público. Así, el Estado, a través de los PEN, fija la demanda de electricidad, y en función de ella las centrales que serán construidas y sus características. Una reducción de las previsiones de la demanda llevará aparejada la de las centrales concedidas (esto es lo que hace el PEN 83), y consecuentemente, al asumir el Estado estas obligaciones debe indemnizar a las empresas. Igualmente se immiscuye el Estado en la estructura financiera de las empresas, estableciendo imperativamente sus fuentes de financiación. Lo que conllevará una corresponsabilidad del Estado, que no es ajena a algunas formas de gestión de los servicios públicos. Por otra parte, el sistema de compensaciones que había nacido por las razones apuntadas tiende a adquirir unas proporciones cada vez mayores, incorporando sucesivamente nuevos conceptos compensables. La obligatoria constitución de estos fondos, con tal intensidad, no tiene parangón dentro de la actividad industrial privada.

Y, por último y como colofón, estudia el autor la explotación unificada del sistema eléctrico nacional, que, según el Proyecto de Ley del mismo nombre manejado por el autor (hoy, Ley de 26 de diciembre de 1984, con mínimos y accesorios retoques sobre el Proyecto), es un servicio público de titularidad estatal (artículo 1). Esta explotación unificada, a través de la Red de alta tensión, es encomendada a una sociedad mixta, con mayoría de capital público, permitiendo al Estado situarse en el centro neurálgico del sistema eléctrico y convirtiendo a las empresas productoras en meros ejecutores de las decisiones del Estado.

En definitiva, los PEN de 1979 y 1983 han propiciado la decantación del régimen del sector eléctrico hacia el de un típico servicio público en todas sus fases sin distinción. La ambigua situación jurídica del sector parece, pues, inclinarse decididamente en este sentido. Este aspecto de la cuestión, con la evidente carga jurídica que encierra, no ha pasado desapercibido al legislador, cuando en el preámbulo de la citada Ley de 1984 dice que "La declaración como servicio público de la explotación unificada del sistema eléctrico nacional" (Red de alta tensión) "supone solamente *reiterar*, respecto de una parte del suministro, lo que ya había sido declarado sobre el conjunto en diversas normas legales". En definitiva, parecen extraerse ahora definitivamente las consecuencias de la lejana declaración del Decreto de 1924 antes aludido.

GERARDO SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, *Dorado Montero y la "Revista de Derecho y Sociología"*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1985, 107 págs.

El presente estudio, breve en extensión pero denso en contenido, tiene como objetivo prioritario iluminar una etapa, prácticamente desconocida, en la biografía de don Pedro Francisco García-Dorado Montero: aquella que se desarrolló durante la gestación y vida (enero-junio 1895) de la "Revista de Derecho y Sociología".

Para la realización de este interesante trabajo, parece claro —a tenor de los datos que se ofrecen— que el autor se ha servido de una doble fuente de información: el archivo personal del profesor Dorado Montero, dentro del cual —en el punto que ahora nos interesa— ocupa un lugar sobresaliente el conjunto de cartas que le dirigió el profesor Adolfo González Posada tratando el tema de la preparación de aquella empresa editorial; y la colección íntegra (seis números) de la "Revista de Derecho y Sociología", que puede consultarse en la Biblioteca Nacional.

El trabajo está estructurado en tres partes, a las que les siguen dos apéndices documentales y una nota bibliográfica. El primer capítulo se dedica a ofrecer una semblanza biográfica de quienes fundaron la mencionada publicación, los profesores Dorado Montero y Adolfo G. Posada, con especial incidencia en su orientación ideológica en aquel momento fundacional, pues tal dato, como afirma Sánchez-Granjel, resulta "de obligado conocimiento para interpretar el criterio que presidió el proceso de gestación de la Revista y posteriormente la naturaleza de su contenido". La segunda parte de este estudio se ocupa de analizar las setenta y ocho cartas que Dorado Montero recibió de Adolfo G. Posada entre los años 1891 y 1904. El autor parcela este dilatado epistolario en tres etapas de importancia desigual: las primeras cartas (septiembre de 1891 a febrero de 1893), las cartas relacionadas con la preparación y sostenimiento de la Revista (abril de 1894 a junio de 1895) y las últimas cartas (junio de 1895 a septiembre de 1904). Además de las cartas que inciden directamente en aquel proyecto intelectual, destacan, para calibrar los objetivos perseguidos y la intensidad del esfuerzo de los dos fundadores, aquellas que reflejan los arduos, y en buena medida estériles, trabajos buscando colaboraciones y suscripciones, ofreciendo su contribución personal y, especialmente, las que testimonian su impotencia ante la inevitable muerte de un empeño en el que ambos habían puesto grandes esperanzas. Finalmente, en el tercer capítulo, se analiza lo que del propósito originario consiguió hacerse realidad, esto es, la historia de la propia Revista, lo que se lleva a cabo, por una parte, ofreciendo su "historia externa" y, por otra, analizando críticamente su contenido.

Completan este trabajo dos apéndices documentales de notorio interés. El primero contiene una relación cronológica de las cartas y tarjetas escritas a Dorado Montero por G. Posada, ofreciendo al lector un breve resumen de cada texto epistolar. El segundo, más breve en extensión, ofrece el índice, ordenado alfabé-

ticamente por autores, de los trabajos que vieron la luz en la "Revista de Derecho y Sociología". Las últimas páginas se dedican, como es habitual en este tipo de estudios, a indicar la bibliografía que ha sido consultada.

A nuestro juicio, este trabajo, de lectura fácil y agradable aunque sin excesivas pretensiones, representa una interesante contribución al mejor conocimiento de la personalidad intelectual del profesor Dorado Montero y a lo que significó, en el panorama universitario español, la aparición de aquella Revista que, lamentablemente, ante el cúmulo insalvable de dificultades, no pudo contribuir, como era deseo de sus fundadores, "a enriquecer y actualizar el mundo jurídico español".

Joan Oliver Araujo

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

117. **Gestores administrativos:** no deben pertenecer obligatoriamente a las cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Dado su carácter tributario la devolución de las cuotas abonadas por aquellos ha de ser interesada ante los Tribunales Económico-Administrativos. *Sentencia de 1 de Octubre de 1984.*
118. **Actas de infracción.** Requisitos. Presunción de certeza. Alcance. Facultad revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sanciones. *Sentencia de 3 de octubre de 1984.*
119. **Actos administrativos reproducción de otros anteriores definitivos y firmes:** la causa de inadmisibilidad c) del art. 82 de la Ley Jurisdiccional no debe confundirse con la excepción de cosa juzgada que sólo se produce previa la existencia de una sentencia. En el primer supuesto cabe la petición formulada de daños y perjuicios. *Sentencia de 4 de Octubre de 1984.*
120. **Urbanismo.** Adaptación de Planes Generales de Ordenación. Alcance del art. 2.1 del Decreto-Ley de 16 de Octubre de 1981. *Sentencia de 6 de Octubre de 1984.*
121. **Actas de infracción.** Presunción de certeza: ampara los hechos comprobados por el inspector actuante en su visita. Sanciones: principio de legalidad. *Sentencia de 10 de octubre de 1984 (*).*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por D. José Luis Alemany, del Departamento de Derecho Administrativo, 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. Dr. García Fernández en lo que se refiere al Derecho del Trabajo.

122. **Urbanismo.** Jerarquía de la planificación urbanística. No pueden prevalecer los criterios del Plan Parcial enteramente contradictorios de un Plan General. Carácter excepcional de la medida de derribo de una construcción como contraria al derecho de edificar reconocido por el derecho civil. *Sentencia de 11 de Octubre de 1984 (*)*.
123. **Actas de infracción.** Sanciones: principio de legalidad. Conceptos jurídicos indeterminados. Remisión de norma en blanco. Seguridad e higiene en el trabajo. Constitución de comités en empresas con más de cien trabajadores. Obligatoriedad. *Sentencia de 15 de octubre de 1984*.
124. **Contribución Territorial Urbana:** exenciones subjetivas y objetivas. Beneficios fiscales. Inaplicabilidad a inmueble propiedad del Estado adscrito al monopolio de Petróleos. Jerarquía normativa. *Sentencia de 17 de octubre de 1984*.
125. **Funcionarios públicos.** Falta leve al no respetar ni obedecer a las autoridades y superiores, acatando sus órdenes. La Administración al sancionar no ha infringido el principio de igualdad. *Sentencia de 18 de Octubre de 1984*.
126. **Recurso de alzada.** Legitimación. Función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Alcance. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984*.
127. **Urbanismo.** Licencia otorgada por la Sección Insular de Mallorca de la Comisión Provincial de Urbanismo, por subrogación del Ayuntamiento de Palma. Es procedente la suspensión de sus efectos decretada por el Alcalde. Carácter extraordinario de dicha medida que ha de ser interpretada restrictivamente. *Sentencia de 20 de Octubre de 1984 (*)*.
128. **Funcionarios públicos.** Su traspaso a la Comunidad Autónoma. Deben de ser respetados los derechos de cualquier naturaleza que le correspondan al funcionario en dicho momento. Principio constitucional de igualdad ante la Ley. *Sentencia de 22 de Octubre de 1984*.
129. **Sanción.** Notificación defectuosa del recurso procedente. Remisión al órgano competente: facultad de la Sala de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales. *Sentencia de 23 de Octubre de 1984*.

130. **Urbanismo.** Construcción de una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable. Clasificación del terreno como de regadío en base a diversas pruebas. *Sentencia de 24 de Octubre de 1984.*
131. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Medida cautelar de suspensión provisional de un funcionario. Inadmisibilidad del recurso especial, puesto que la legalidad o no de tal medida se manifiesta en un ámbito totalmente ajeno a los derechos fundamentales y libertades públicas. *Sentencia de 24 de Octubre de 1984.*
132. **Urbanismo.** Alcance del art. 2.1, del Decreto-Ley de 16 de Octubre de 1981. Concurrencia de las circunstancias exigidas por el mismo. Procède el otorgamiento de la licencia, sin perjuicio de las garantías que se hayan de exigir en base al art. 40 del Reglamento de Gestión Urbanística. *Sentencia de 25 de Octubre de 1984.*
133. **Recaudación tributos municipales.** Premio especial de cobranza. *Sentencia de 26 de octubre de 1984.*
134. **Peritos e Ingenieros Técnicos.** La atribución de algunas competencias efectuada por el Real-Decreto 37/77 de 13 de Junio a los mismos exige que estas sean concretas, específicas y limitativas en relación a las que, con carácter general, se atribuyen a los Ingenieros con titulación superior. *Sentencia de 27 de Octubre de 1984.*
135. **Derecho Administrativo sancionador.** Es necesario atenerse a los principios que regulan el Derecho Penal. Es procedente sancionar a un arquitecto por elaborar un proyecto sin acomodarse a la calificación urbanística del suelo. *Sentencia de 30 de Octubre de 1984.*
136. **Contribuciones especiales.** Obras de abastecimiento de aguas y saneamiento. Sujeto pasivo: persona especialmente beneficiada. Beneficio especial: concepto jurídico indeterminado. *Sentencia de 31 de Octubre de 1984.*
137. **Urbanismo.** Obras sin licencia. Imposibilidad de conceptuarlas como obras provisionales o como obras a realizar en edificios fuera de ordenación. Demolición. *Sentencia de 31 de Octubre de 1984.*
138. **Funcionarios Públicos.** La facultad de la Administración de organizar y reorganizar los servicios públicos no puede ser enervada por la invocación de derechos adquiridos distintos de los alcanzados por

consolidación, que la jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1984.*

139. **Sanción.** Notificación defectuosa del recurso procedente. Remisión al órgano competente: facultad de la Sala de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1984.*
140. **Taxis.** Adquisición de automóvil y de licencia municipal de auto-taxis en subasta. Intransmisibilidad de tal licencia. Privación del objeto adjudicado por nulidad del acto que originó la supuesta transmisión. No procede reintegrar los gastos efectuados por el adquirente del taxi. Intereses legales. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1984.*
141. **Impuesto Municipal sobre Publicidad.** Sujeto pasivo. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1984.*
142. **Concurso-oposición.** Impugnación del resultado final. La desviación de poder requiere que sea probada por quién la invoca, aunque sea por presunciones. Se debe respetar la soberanía del Tribunal calificador, salvo que se justifique la existencia de dolo, coacción o infracción de las normas reglamentarias aplicables. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1984.*
143. **Sanciones.** Policía Municipal. Ausencia injustificada del servicio. La falta de desconfianza a un superior no se aprecia. *Sentencia de 9 noviembre de 1984.*
144. **Trabajo a tiempo parcial.** Base de cotización. La regulación del Estatuto de los Trabajadores precisa desarrollo reglamentario. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1984.*
145. **Minas.** Concesión directa de la explotación de mineral de caliza. Competencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial por versar el recurso sobre propiedades especiales. Naturaleza jurídica de la piedra caliza en la Ley de Minas. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984.*
146. **Notificación por correo.** Es defectuosa si no consta la condición del firmante, ni la relación que tenga con el administrado destinatario. Nulidad de actuaciones hasta el momento anterior a dictarse reso-

lución administrativa sobre el recurso de reposición planteado. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984.* *

147. **Infracciones Urbanísticas.** No es necesario exponer los motivos de la resolución cuando están presupuestos en la misma. La ulterior legalización de las obras no hace desaparecer la infracción cometida. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984.*
148. **Liquidación tributaria.** Impugnación en vía jurisdiccional: inadmisibilidad de recurso contencioso administrativo por no haber agotado la vía administrativa. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el valor de los terrenos.** *Sentencia de 17 de Noviembre de 1984.*
149. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos.** Valoración de los solares: normas reguladoras. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1984.*
150. **Urbanismo.** Suspensión de licencias en la totalidad del suelo propuesto como no urbanizable en el avance de la revisión del Plan General, y posterior por aprobación inicial del mismo. La indemnización por coste del proyecto y tasas ha de ser previamente reclamada en vía administrativa. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1984.*
151. **Urbanismo.** Los instrumentos de planeamiento son cauce adecuado para la preservación de espacios naturales de interés especial, aunque sean Planes Generales o Normas Subsidiarias de Planeamiento. La actuación legal de la Administración en materia urbanística no puede dar lugar a indemnizaciones distintas de las legalmente previstas en los supuestos de suspensión de licencias. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1984 (*).*
152. **Liquidación de cuotas a la Seguridad Social.** Régimen de recursos. Inexigibilidad de depósito previo. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1984.*
153. **Urbanismo.** Suspensión por el Consell de Mallorca de licencia urbanística otorgada por el Ayuntamiento de Santa Margarita. Autonomía municipal. Caducidad de la acción. Levantamiento de la suspensión. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1984.*
154. **Urbanismo.** Proyecto de obras de la red de saneamiento. Posibilidad de otorgamiento de licencia sin la tramitación de estudio de de-

talle o proyecto de urbanización. *Sentencia de 28 de Noviembre de 1984.*

155. **Régimen de Recursos.** Facultades de la jurisdicción contencioso-administrativa en orden a corregir defectos de procedimiento. Recurso de alzada. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1984.*
156. **Recurso de alzada.** Error del Ministerio de Trabajo en la apreciación del órgano "a quo". Efectos. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1984.*
157. **Actas de infracción.** Presunción de certeza: se extiende a los hechos consignados en el acta, no a las calificaciones jurídicas. Prestaciones de desempleo; dolo para obtenerlas; calificación. *Sentencia de 28 de Noviembre de 1984.*
158. **Infracciones Urbanísticas.** Sanción pecuniaria. Segunda sanción por continuar las obras en contra de la orden de suspensión. Procede imponer una sólo sanción correspondiente a las actuaciones que supongan el resultado final perseguido. De la sanción impuesta en segundo lugar se deducirá el importe ya pagado por la primera. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1984.*
159. **Playas.** Utilización privativa del dominio público. Aún en los casos de instalaciones desmontables en que asiste competencia a los municipios, la gestión y tutela de dichos bienes de dominio público corresponde al Estado; procedencia de la sanción impuesta al no retirar las instalaciones al final de la temporada. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1984.*
160. **Urbanismo.** Recepción de urbanización calificada de provisional. No procede la recepción definitiva y subsiguiente formalización de escritura pública, en tanto el promotor no la entregue en debidas condiciones y abone los pagos efectuados indebidamente por la administración. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984.*
161. **Funcionarios públicos.** Complemento de destino; aún constando la desestimación masiva de la petición de reconocimiento formulada por numerosos profesores, entre ellos la actora, se entra en el fondo y se estima el recurso, al no constar la publicación, o notificación individual de aquel acto administrativo. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984.*

162. **Dº Administrativo sancionador.** Notificación defectuosa por efectuarse en el hotel donde se produjo la presunta infracción y no en el domicilio del sancionado que figura en el expediente. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1984.*
163. **Expropiación forzosa.** La presunción de veracidad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación quiebra al acreditarse que han incurrido en sus apreciaciones en errores de hecho, apreciación, cálculo, o de derecho, o concurren cualesquiera circunstancias reveladoras de que el justiprecio señalado no corresponde al valor real del bien o derecho expropiado. Fijación del valor urbanístico en función del aprovechamiento medio del sector. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1984 (*).*
164. **Actas de Infracción.** Requisitos. Presunción de certeza: no alcanza a informes posteriores del Inspector de Trabajo actuante. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1984.*
165. **Actas de liquidación por descubierto.** Impugnabilidad. No es necesario depósito previo. Presunción de certeza. Alcance. *Sentencia de 6 de diciembre de 1984.*
166. **Dº Administrativo sancionador.** Carácter supletorio del procedimiento sancionador de la Ley de Procedimiento Administrativo. Es necesario atenerse a los principios jurídicos que informan al derecho Penal en materia de imposición de sanciones administrativas. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1984.*
167. **Playas.** Concurrencia de competencia entre el Estado y los Ayuntamientos. Facultad del Estado para sancionar la no retirada de instalaciones temporales autorizadas por los municipios, una vez concluido el plazo de las mismas. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1984.*
168. **Expropiación forzosa.** La sentencia en esta materia persigue la justicia del caso concreto mas que la elaboración de una doctrina, por lo que las citas jurisprudenciales tienen generalmente escasa importancia. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1984.*
169. **Impuesto Municipal sobre Solares.** Objeto del impuesto. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1984.*
170. **Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas.** Supuesto de responsabilidad subsidiaria: sucesión en la explotación al anterior

titular, sujeto pasivo fallido del impuesto. Prescripción del derecho a practicar liquidación. *Sentencia de 12 de diciembre de 1984(*)*

171. **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.** Concepto positivo y doctrinal de rendimiento irregular: no lo son los obtenidos por piloto de aviación. *Sentencia de 13 de diciembre de 1984.*
172. **Expropiación forzosa.** El terreno expropiado dispone de acceso rodado, pavimentado, suministro eléctrico traídos desde larga distancia, por lo que no se trata de una finca rústica, sino urbanizada, aunque ello hoy lo impidiera la ordenación urbanística. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1984.*
173. **Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales.** Exenciones. Cajas de Ahorro. *Sentencia de 17 de diciembre de 1984.*
174. **Dº Administrativo sancionador.** En aplicación del art. 25.1 de la Constitución tanto la infracción como la sanción administrativa deben ser destinadas por norma con rango de Ley formal, sin que pueda quedar en manos del ejecutivo la potestad de definir las y concretarlas. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1984(*)*.
175. **Acta de Liquidación.** Recurso de alzada; no exigibilidad de depósito previo. Presunción de certeza; alcance; existencia de relación laboral, no mercantil. *Sentencia de 20 de diciembre de 1984.*
176. **Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales.** Exenciones. Cajas de Ahorros. *Sentencia de 20 de diciembre de 1984.*
177. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** La sanción disciplinaria impuesta a un funcionario no puede ser cumplida sin esperar a su firmeza, cediendo el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos ante el principio de tutela judicial efectiva del art 24.1 de la Constitución. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1984.*
178. **Notificación defectuosa.** Desestimación recurso reposición. No mención recursos adecuados. **Contribuciones especiales.** *Sentencia de 22 de diciembre de 1984.*
179. **Concesión de línea regular de transporte. Audiencia al interesado.** Carácter esencial de dicho trámite, sin que, por lo general pueda subsanarse con las posibilidades de defensa atribuibles a los recur-

sos que con posterioridad puedan entablarse. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 28 de Diciembre de 1984.*

180. **Subsanación de defectos en expediente administrativo.** Calificación provisional de viviendas de protección oficial. Carácter esencial del requerimiento para subsanación de defectos, exigiendo nuevo proyecto. Desestimación de la petición de calificación definitiva al no cumplimentar dicho requerimiento. *Sentencia de 29 de Diciembre de 1984.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

121

121. ACTAS DE INFRACCION. Presunción de certeza: los hechos comprobados por el inspector actuante en su visita. Sanciones: principio de legalidad. *Sentencia de 10 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que, según el artículo 24 del Reglamento de 23 de Julio de 1971, las actas y requerimientos practicados por la Inspección de Trabajo se consideran como documentos con valor y fuerza probatorios, salvo demostración en contrario, lo que ratifica el 38 del Decreto de 10 de julio de 1975 al decir que las actas de la Inspección de Trabajo que se extiendan con arreglo a los requisitos que para cada clase se establecen en los correspondientes artículos del mismo gozarán de valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario; pero el acta citada carece, por sí sola, de los requisitos necesarios, aunque no se produzca demostración en contrario, para que entre en juego la referida presunción de certeza de las afirmaciones que en ella se contienen, porque es requisito indispensable, so pena de extender la presunción probatoria a límites que convertirían al Inspector en árbitro incontrolado de todas las situaciones imaginables, otorgando valor acreditativo a sus simples manifestaciones, salvo esa demostración en contrario, en muchos casos difícil o imposible, que se constaten directamente, se señalen y detallen *comportamiento o hechos*—no conceptos o juicios de valor— que puedan ser enjuiciados por el organismo competente a fin de determinar si constituyen o no la infracción laboral legalmente tipificada, es decir, las *premisas fácticas objetivamente determinables por la observación directa del actuante*—el artículo 1 del Reglamento Notarial de 2 de Junio de 1944 dice expresivamente que la fe pública notarial ampara, en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos— a efectos operativos de la presunción, pues en otro caso, de acuerdo con el artículo 16 del Reglamento citado, se requieren otros medios de investigación que, en el caso que nos ocupa, y pese a la afirmación vertida en el acta de haberse empleado, no sólo no aparecen documentados, sino que ni siquiera se especifican, lo que coloca al sancionado en un claro supuesto de inferioridad procedimental para desvirtuar lo que se afirma en ella; y si el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sea cual sea la Jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de sanciones, es claro que siempre ha de partirse de una prueba concluyente e inequívoca de la comisión de hechos, además, naturalmente, de estar tipificados o previstos y descritos como infracción por norma jurídica anterior, de ser antijurídicos, esto es, lesivos de un bien protegido por la Ley, y culpables o atribuibles a su autor por dolo o culpa, prueba que exige el artículo 136,1 de la Ley de Procedimiento Adminis-

trativo al ordenar la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción; y partir, como se hace, de una simple afirmación, huérfana de toda prueba, y desplazar al inculpado la carga de probar lo contrario, es decir, su inocencia, contradice los principios rectores que rigen el ius puniendi y, hoy, el principio consagrado por el artículo 24 de la Constitución; lo que excluye que haya de partirse de la presunción probatoria de las actas de los Inspectores, pero rectamente entendidas, como queda expuesto, y desplazar la obligación de destruirla e impugnarla, impugnación que, precisamente, podrá basarse en la ausencia de prueba, sin gravar al administrado con la obligación de producirla, lo que supondría condenarle en la mayoría de los casos a una indefensión casi total; en conclusión, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1982, la presunción de certeza que se otorga a las actas ha de entenderse referida a hechos comprobados en el mismo acto de la visita, cuando el acta se levanta con ocasión de ella, lo que necesariamente exige que aquellos, por su realidad objetiva y visible, sean susceptibles de apreciación directa en aquel acto, o bien que resulten acreditados in situ documentalmente o mediante testimonios allí recogidos y discrecionalmente valorados por el Inspector; y cuando los hechos, por su propia naturaleza, no son susceptibles de aquella apreciación real objetiva y directa, y tampoco se hace constancia de los elementos documentales o testimoniales que permitan una afirmación de su existencia sobre base sólida, la presunción de certeza desaparece, tal como sucede en el presente caso, en que se fijan en la que, en sentido estricto, no es un acta, sobre la base de una inoperante y desconocida comunicación del organismo interesado (la Organización de Trabajos Portuarios) y de la simple afirmación de posteriores actuaciones, sin más, lo que carece de virtualidad probatoria.

CONSIDERANDO: Que, no obstante, carece de importancia lo expuesto, ante un hecho evidente: el reconocimiento de la veracidad de lo constatado en el acta que se hace en la demanda, con la inoperante afirmación —inoperante por carecer del más mínimo apoyo probatorio, como corresponde proporcionar al actor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.214 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa— de que las operaciones se realizaban porque los trabajadores portuarios se habían negado a realizarlas.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la inconstitucionalidad planteada en cuanto a la totalidad de la referida Ordenanza aprobada por Orden Ministerial de 29 de marzo de 1974, y sin ignorar la existencia de sentencias de la Audiencia Nacional, como la de 27 de septiembre de 1982 de la Sección cuarta de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, que, en uso de la facultad otorgada a los Tribunales de declarar contrarias a la Constitución disposiciones legales o infralegales anteriores a ella que se le opongan, en virtud de su Disposición Derogatoria 3, han declarado inconstitucionales los preceptos de la Ordenanza en cuestión que imponen con carácter necesario la intervención de los trabajadores portuarios en las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba de buques, entienda la Sala que esta tesis resulta demasiado rigurosa, pues si bien la Ordenanza fue dictada antes de la promulgación del Texto Fundamental, que proclama en su artículo 35.1 el derecho al trabajo y el deber de trabajar de todos los españoles, y de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, dictada en cumplimiento del apartado 2 de tal precepto, que impone la regulación por Ley de un estatuto de los trabajadores, lo cierto es que éste no ha incluido dicha Ordenanza en las disposiciones laborales que deroga expresamente su Disposición Final 3ª, sino que, por el contrario, establece que las Ordenanzas de trabajo en vigor continuarán siendo de aplicación como derecho dispositivo en tanto no se sustituyan por convenio colectivo, ahora bien, como ya decidió esta Sala en anteriores sentencias —por lo que respecta a la materia que se enjuicia es ejemplo la de 9 de marzo del presente año —, el principio de legalidad tiene una doble vertiente: por una parte, no hay infracción ni sanción administrativa posibles sin Ley que las determine de una manera previa; y, en segundo térmi-

no, esa previsión legal, la atribución a la Administración de potestad para sancionar, tiene que realizarse precisamente a través de Ley formal, principio que tiene hoy explícito rango constitucional —nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquél momento (artículo 25.1 de la Constitución)—, con idéntica formulación que la relativa a delitos y faltas penales, equiparación muy importante para explicar el alcance del principio de legalidad en la materia sancionadora administrativa, que es un alcance idéntico al principio de Derecho penal, de donde se deriva que la tipificación normativa previa de conductas sancionables tenga que ser hecha por Ley formal y que no alcance a producirse ese efecto los simples Reglamentos; aunque ello no obsta a la validez de las remisiones normativas, o sea, a los supuestos en que la Ley reenvía a una normación ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia Ley establece, en otros términos, la Ley delegante remite a un Reglamento para completar su propia regulación, atribuyendo a la vez a la Administración la potestad de dictar dicho Reglamento; en consecuencia, el referido artículo 25.1 determina la inconstitucionalidad del 144 de la repetida Ordenanza —en el que se basan las resoluciones impugnadas para imponer la multa a la empresa recurrente—, en cuanto sanciona las “infracciones a la presente Ordenanza cometidas por el empresario o persona que lo represente”, precepto que, en manera alguna, adquiere cobertura legal por el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores, que, si bien cumple con el principio de legalidad formal en materia sancionadora, al definir las infracciones laborales de los empresarios como “las acciones u omisiones contrarias a las *disposiciones legales* en materia de trabajo”, excluye manifiestamente las Ordenanzas, las cuales, según la Disposición transitoria 2ª del aludido Estatuto, constituyen derecho dispositivo; y siguiendo una clasificación tradicional de las normas en unas de eficacia incondicionada, que excluyen o suprimen la voluntad privada, de tal modo que la regulación que establecen se impone a los interesados, los cuales no puede modificarla ni sustraerse a sus consecuencias, y en otras de eficacia condicionada, que respetan la iniciativa y la voluntad de los particulares, limitándose a reconocer los efectos de esa voluntad o a establecer una regulación supletoria, derecho dispositivo es el derecho permisivo, voluntario, facultativo o supletorio (*ius dispositivum*), contrario al imperativo, absoluto, necesario o impositivo (*ius cogens*), al que evidentemente se refiere la frase “disposiciones legales en materia de trabajo”.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede estimar el recurso; sin que se observe la existencia de los motivos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Doña C. R. C., en nombre de Isla Marítima de Contenedores, S.A., contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de septiembre de 1983, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra otra de la Dirección Provincial de 4 de marzo del mismo año, que le imponen una multa de 80.000 pesetas por infracción de normas laborales relativas al trabajo en recintos portuarios, debemos declarar y declaramos que dichos actos administrativos no son conformes a Derecho y, por tanto, los anulamos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa)

122

122. **URBANISMO.** Jerarquía de la planificación urbanística. No pueden prevalecer los criterios del Plan Parcial enteramente contradictorios de un Plan General. Caracter excepcional de la medida de derribo de una construcción como contraria al derecho de edificar reconocida por el derecho civil. *Sentencia de 11 de Octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que uno de los principios rectores de toda planificación urbanística, ante la existencia de diversos planes de diferente naturaleza y categoría pero con ámbito territorial coincidente, si no en su totalidad en partes del territorio, es el de su articulación bajo un criterio de jerarquía, lo que sitúa al Plan General en un nivel superior, y al Parcial en otro inferior, de subordinación y de mero desarrollo del primero; y no son razones puramente formales las que abonan la existencia de este principio jerárquico, sino que el superior valor formal del Plan General está al servicio de la preservación de unos valores materiales que con el mismo se pretenden conseguir; superioridad que se produce como consecuencia de la visión más amplia propia del mismo frente a la más angosta y estrecha de los Parciales, siendo éste uno de los motivos que explican dicha superioridad y el montaje de un sistema de garantías para evitar que por la vía de la reforma de los últimos quede modificado, abusivamente, el primero (sentencias de 16 de diciembre de 1970, 29 de enero, 25 y 30 de marzo de 1973 y 1 de diciembre de 1982, entre otras muchas); es decir, como dice la de 30 de enero de 1979, la actuación urbanística discurre a través del desarrollo piramidal que se inicia en la Ley del Suelo, desciende a los Planes Generales y Parciales —de carácter normativo— y llega a los proyectos de urbanización y parcelación, que no son sino instrumentos técnicos de ejecución de las directrices marcadas por los Planes y Ordenanzas, por lo que la vida de estos proyectos no pueden desenvolverse al margen de lo establecido en dicho planeamiento; y al efecto hay que tener en cuenta que no puede pretenderse que prevalezcan criterios establecidos en un Plan Parcial, enteramente contradictorios de un Plan General posterior, porque la única interpretación admisible es la de que a partir de la publicación de éste —aun en el supuesto de que no se produzca una derogación inmediata de los Planes Parciales aprobados definitivamente con anterioridad—, debe siempre primar y prevalecer sobre los Parciales preexistentes en todos aquellos extremos fundamentales en que defieran, puesto que no puede ignorarse la validez y ejecutoriedad de que gozan dichos Planes Generales, ya que desde su publicación surge el deber de obedecerlos y respetarlos, tanto por la Administración como por los administrados (sentencia de 2 de febrero de 1982).

CONSIDERANDO: Que en el caso que se contempera existen varios instrumentos urbanísticos, que, por orden cronológico, son los siguientes: Plan General del Puerto de Andraitx; Plan Parcial de Ordenación de S'Almudaina; y Plan General de Ordenación Urbana del término Municipal de Andraitx; además, naturalmente, del Plan Provincial de Baleares, vigente en la actualidad y de aplicación prioritaria en caso de ausencia o imprevisión de otro tipo de Planeamiento; pues bien, de acuerdo con lo expuesto, resulta indudable que, ante la ausencia de previsiones en las normas del planeamiento inferior, ha de acudirse a las del Plan General de Ordenación del Término Municipal para determinar có-

mo debe interpretarse el concepto ocupación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.12 de aquél: Para los terrenos en los que exista Plan General o Plan Parcial de Ordenación aprobado con anterioridad a la aprobación del presente Plan, regirá la misma normativa que en su día fue aceptada, aplicándose en estos casos las normas contenidas en el presente tan sólo con carácter complementario y supletorio, y en el 13 del Plan Parcial: En todo lo no previsto en las presentes Ordenanzas se tendrán en cuenta las Normas Generales de las Leyes y disposiciones vigentes en esta materia en la forma que se aplican en la villa de Andraitx; y la norma 4.1.6. del repetido Plan General de Ordenación del término, después de afirmar que coeficiente de ocupación es el valor obtenido al dividir la superficie de terreno ocupada por la edificación por la superficie del solar, afirma que en caso de construcciones escalonadas se entenderá que la superficie ocupada por la edificación es la de la planta que la tenga mayor; por lo que, si, como afirma el perito, nombrado de común acuerdo, D. R., Arquitecto Superior, "a simple vista puede apreciarse el escalonamiento de la obra y, a mayor abundamiento, en el cuadro de superficies del proyecto se especifica que las superficies de las plantas van reduciéndose a medida que se elevan", es obvia la aplicación de la referida norma.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la acusada divergencia entre lo construido y lo autorizado por la licencia, o sea, el "cubrimiento de un área de 92 metros cuadrados en la planta baja del edificio, en el espacio comprendido entre los aparcamientos y el edificio de apartamentos propiamente dichos" y respecto a "no haberse computado como superficie el espacio comprendido entre los pilares números 1 al 8, y 14 y 23 que sostienen una construcción de 140 metros cuadrados a la altura de la planta primera", ha de sentarse, como cuestión previa y en lo que respecta al "cubrimiento", que la entidad procedió, ante la postura municipal, a "practicar una doble pared de revestimiento mediante bloques macizados de hormigón y que se ha rellenado de tierra"; y el referido perito, después de decir que "la diferencia urbanística entre la solera" —edificación sobre terreno— "y el forjado" —construcción sobre pilares— "es nula, puesto que el recurrir a éste está motivado por un mayor aislamiento al poderse dejar un espacio entre el terreno y el suelo de la primera planta" y que "se trata de lo que en todas las edificaciones se produce al sustentar el suelo forjado (y horizontal, como es lógico) sobre los cimientos, los cuales, a su vez, se apoyan en un terreno no horizontal", afirma, y esta afirmación es asumida plenamente por la Sala, que "la superficie" —el perito entrecomilla la palabra superficie— comprendida entre el edificio de apartamentos y aparcamientos no existe a nivel de planta baja", de acuerdo con lo expresado anteriormente, y, "además, su condición de inhabitable e impracticable está asegurada tanto por el relleno de tierras, como por su total cerramiento"; conclusión idéntica a la que se llega por lo que respecta a la segunda cuestión, también por "su situación actual absolutamente inhabitable e impracticable" y por el criterio arquitectónico, idéntico al expresado, a que obedece dicho espacio.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo razonado, procede la desestimación del recurso; máxime si se considera que el cambio en la jerarquía de valores que supone el desarrollo urbanístico, con una auténtica inversión en la relación existente entre el suelo y el *ius aedificandi*, no debe ir más allá de lo necesario, puesto que el derecho de propiedad continúa amparado, incluso constitucionalmente, por lo que tiene plena vigencia la prevención del artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales al declarar que el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen, y que si fueran varios los admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual; así, conviene dejar sentado el carácter excepcional del derribo de una construcción como contrario a un derecho preexistente: ese derecho a edificar reconocido por el Código Civil, y que, en el caso que se contempla, supondría, en el rechazado caso de que se estimara la pretensión actora, un coste económico de 30.000.000 de pesetas (dictamen

pericial del folio 193), y la vigencia del llamado principio de proporcionalidad, que prohíbe la demolición cuando implique una desarmonía con la entidad de la falta que se intenta reparar, y que constituye un presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso se adopten (auto de 8 de junio de 1.981).

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

FALLAMOS: Que desestimando los recursos contencioso-administrativos, hoy acumulados, interpuestos por el Procurador D. Miguel Barceló Perelló, en nombre de Doña M. C. A., contra los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Andraitx de 14 de abril de 1.980, 15 de septiembre del mismo año, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra aquél, de 15 de septiembre también de 1.980, que rechazan las peticiones formuladas por la recurrente de 27 de junio, 19 de julio y 6 de septiembre de dicho año, y de 9 de diciembre de éste, desestimando el recurso de reposición interpuesto contra el anterior; todos ellos en relación a la realización de un edificio de viviendas en la parcela resultante de la agrupación de los solares 1, 2, 3, 7, 8, y 9 de la Urbanización del Puerto de Andraitx, debemos declarar y declaramos que los actos administrativos impugnados se ajustan a Derecho sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

127

127. URBANISMO. Licencia otorgada por la Sección Insular de Mallorca de la Comisión Provincial de Urbanismo, por subrogación del Ayuntamiento de Palma. Es procedente la suspensión de sus efectos decretada por el Alcalde. Carácter extraordinario de dicha medida que ha de ser interpretada restrictivamente. *Sentencia de 20 de Octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión suscitada en el presente proceso especial, tramitado conforme al artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, se concreta a determinar si procede levantar la suspensión acordada o, por el contrario, acordar la anulación, por infracción urbanística manifiesta y grave, de la licencia otorgada por la Sección Insular de Mallorca de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares en fecha 29 de marzo de 1.984 a D. M.E.S. para la construcción de un edificio en las calles; y ello como consecuencia de la suspensión de los efectos de la misma ordenada por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 30 de abril de 1.984.

CONSIDERANDO: Que, previamente, por elementales razones procesales, procede analizar los problemas formales planteados, que son los siguientes: 1º/ Si a partir de la

promulgación de la Ley de 28 de Octubre de 1.981 subsiste la potestad suspensiva de acuerdos de Corporaciones Locales o de Organismos-subrogados en sus competencias, o si, por el contrario, todos los preceptos que la regulaban han de reputarse derogados expresa o tácitamente; 2º/ Si la competencia para acordar la suspensión corresponde al Alcalde solamente cuando las licencias provengan del órgano municipal competente, o si, también, puede ordenarla cuando aquéllas provengan de otro extraño, que las otorgó por subrogación; y 3º/ Si se produjo la caducidad del plazo de tres días que la ley establece para dar traslado a la Sala del acuerdo suspensivo.

CONSIDERANDO: Que la nota más destacada del cambio legislativo operado por la Ley 40/1.981, de 28 de octubre, es la de que, a consecuencia de la misma y según se recoge en el Real Decreto de 29 de Diciembre del mismo año, han quedado derogados, entre otros preceptos, los que en la Ley de Régimen Local de 24 de Junio de 1.955, en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de Mayo de 1.952 y hasta en el Real Decreto-Ley 3/1.981, de 16 de Enero, regulaban el acuerdo de suspensión de los actos de las Corporaciones Locales, supuestamente ilegales, por parte de los Presidentes de las mismas o de los Gobernadores Civiles en las respectivas Provincias, ya que el cambio implica que tal suspensión no se produce por determinación de estas autoridades, sino, ministerio legis, como consecuencia automática de la impugnación de los referidos actos, pero supeditada, en su condición de medida cautelar y provisional, a lo que disponga sobre ello el Tribunal de lo Contencioso competente, quien "deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a treinta días"; lo que, sin duda, obedece a la actitud de reducir en lo posible la actuación de la Administración del Estado, procesalizando y judicializando al máximo estas operaciones revisoras de la legalidad de ciertos actos de la Administración Local, restringiendo la intervención de aquélla al papel de parte que impetra la tutela de un Tribunal de Justicia y sólo en aquellos casos en que afecten directamente a materias de la competencia del Estado; ahora bien, esta nueva legislación no elimina la facultad suspensiva a que se refiere el artículo 186 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1.976, como se deduce del contenido del Real Decreto 3.183/81, de 29 de Diciembre, que al establecer una tabla de preceptos vigentes y derogados como consecuencia de la publicación de la Ley 40/1.981, deroga los 49.2 y 3, 50 y, muy significativamente, el 224.1, sin referirse al citado, que, en consecuencia, ha de reputarse vigente.

CONSIDERANDO: Que sin desconocer una tendencia jurisprudencial y doctrinal contraria, lo cierto es que la tesis más compartida, que esta Sala ya asumió en anteriores resoluciones, es la que, con base en lo dispuesto en el artículo 220 del Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1.976 —Las decisiones que adoptaren... las Comisiones Provinciales de Urbanismo... mediante justificada subrogación en el ejercicio de la competencia municipal se considerarán como actos de la Corporación titular, a los solos efectos de los recursos admisibles—, sostiene que en el término "recurso" debe entenderse comprendida 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 las que competan 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 de suspensión de los efectos de las licencias que concede a los Alcaldes el artículo 186 del Texto Refundido citado, pues cualquiera 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 1.975, así como 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 artículo 137 de la Constitución; y en virtud de ello, así como del usual significado jurídico del comentado término, procede declarar que, en aplicación conjunta de los mencionados artículos 186 y 220, los Alcaldes tienen facultad para suspender, por razones de manifiesta infracción urbanística grave, los efectos de las licencias que concedan las Comisiones Provinciales de Urbanismo (sentencias de 20 de octubre de 1.980, 15 de marzo de 1.983 y 13 de marzo de 1.984)

CONSIDERANDO: Que el artículo 362 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1.955 establece que la facultad que ostentan los Presidentes de las Corporaciones Locales para suspender la ejecución de los acuerdos de las mismas habrá de decretarse dentro de los tres días siguientes a aquél en que se hubiera tomado el acuerdo; por otra parte el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1.956 preceptúa que en los casos en que los Presidentes de las Corporaciones Locales... supendan los acuerdos de aquéllas por infracción manifiesta de las leyes, darán traslado de la suspensión a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial respectiva en el plazo de tres días.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo, en reiteradas y acordes resoluciones (sentencias de 9 de febrero y 16 de octubre de 1.969, 9 de marzo y 24 de noviembre de 1.960, 7 de mayo de 1.962, 27 de febrero de 1.967, 19 de febrero de 1.972 y 19 de Abril de 1.979), ha establecido que el dar traslado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el plazo de tres días actúa de "conditio juris", y su omisión acarrea la caducidad de la acción, enseñando la de 28 de mayo de 1.980 que la ley manda que la autoridad que acuerde la suspensión proceda, en el plazo de tres días, a dar traslado directo del acuerdo a la Sala, y es claro que dado el carácter inderogable del término, el incumplimiento de la exigencia del traslado acarrea la imposibilidad legal de subsanación o cumplimiento a posteriori, teniendo en cuenta el carácter fatal de los plazos en este campo (artículo 121 de la Ley de esta Jurisdicción), lo que unido al carácter de condición en sentido técnico atribuido a la necesaria puesta en conocimiento del Tribunal, su no cumplimiento lleva consigo la ineficacia de la suspensión decretada; pero es rechazable la tesis de la extemporaneidad que se invoca con base en que habiéndose adoptado el Decreto de la Alcaldía el 30 de abril de 1.984 y dándose por recibido en la Sala el 5 de mayo siguiente, habían transcurrido los tres días, aun descontando el 1º de mayo por inhábil —el cual, en verdad, debe excluirse del cómputo por tratarse de una actuación administrativa y ser, por ende, de aplicación el artículo 60 de la Ley de Procedimiento de 17 de julio de 1.958 (sentencias de 18 de mayo y 8 de junio de 1.982)—; y es rechazable porque debe entenderse que el plazo se cumple siempre que la remisión de las actuaciones al órgano judicial se efectúa dentro del mismo —en el caso que se enjuicia se remitió el día 3—, no sólo porque así se deduce de la propia literalidad del precepto, que en su primer párrafo emplea la expresión "darán traslado" y en el segundo "recibido el traslado", lo que implica diferenciación temporal en el sentido de que remisión y recepción están separadas en el tiempo, sino, también, porque sería contrario a los más elementales principios de la hermenéutica entender que traslado es sinónimo de recepción, pues en tal hipótesis a la autoridad administrativa tendría que sustraer algún día del plazo con el fin de evitar que un retraso en el traslado a la Sala pudiera hacer ineficaz la suspensión, lo que implicaría privarle de parte del tiempo que la Ley le concede, o bien la viabilidad de la suspensión quedaría supeditada a la diligencia o morosidad del servicio de Correos o de cualquier otro medio de transmisión que se utilizare, es decir, la fiscalización judicial de la suspensión del acuerdo dependería no de la actividad o inactividad del órgano administrativo competente, sino de la de servicios auxiliares (sentencia primeramente citada).

CONSIDERANDO: Que con lo establecido en el artículo 27 de la Ley del Suelo se

arbitra un procedimiento para armonizar el interés público y el privado, pues las licencias otorgadas cuando es inminente la entrada en vigor de una nueva ordenación pueden pugnar abiertamente con ésta, obstaculizando su realización y creando, como dice la sentencia de 18 de diciembre de 1.979, situaciones aberrantes, como las permisivas de edificios inicialmente afectados por el régimen de fuera de ordenación; de ahí que la Ley de Reforma de 1.975, en su claro propósito de potenciar la institución, introdujera la suspensión automática, manteniendo la facultativa, cuya armonización dió lugar a diversas interpretaciones, clarificada por el artículo 8 del Decreto Ley de 16 de octubre de 1.981; pero ese automatismo no exime del cumplimiento de los trámites formales necesarios para la ejecutividad de la aprobación inicial por el órgano competente, como la delimitación de zonas del territorio objeto del planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente, publicación del acuerdo y, como exigencia del artículo 121.1 del Reglamento de Planeamiento de 23 de Junio de 1.978, la notificación del acuerdo a quienes tuvieran presentadas solicitudes de licencia con anterioridad a la fecha de su adopción, notificación que también exige implícitamente el artículo 8.5 del Decreto Ley de 16 de octubre de 1.981 al decir que "los acuerdos de suspensión se adoptarán con las formalidades previstas en el Reglamento de Planeamiento", poniendo así fin, dada su jerarquía normativa, a la dudosa legalidad del requisito de que se trata al suponer un plus establecido en el Reglamento respecto a los exigidos por la Ley; pues bien, si es cierto que el Proyecto de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma fue aprobado en sesión celebrada el 2 de septiembre de 1.983, sometido a información pública, con determinación de zonas que se grafían en los denominados Planos de suspensión de Licencias, en los que consta incluido el solar de autos, también lo que se ha omitido la notificación al interesado, preceptiva al haber éste solicitado la licencia el día 26 de julio del mismo año 1.983, informada favorablemente por los Servicios Técnicos de Arquitectura y Urbanismo y por la Comisión del Patrimonio Histórico-Artístico; por lo que, y pese a las discrepancias del proyecto con las normas del futuro Plan General, y sin perjuicio de cualesquiera otros procedimientos, por cuanto no se produce cosa juzgada (sentencia de 24 de mayo de 1.982), o subsanaciones procedentes, procede levantar la suspensión de los efectos de la licencia de obras de que se trata; máxime si se considera que la suspensión es una medida cautelar que comporta una importante limitación al ejercicio de facultades dominicales, por lo que sus normas reguladoras deben interpretarse restrictivamente (Sentencias de 20 de noviembre de 1.976 y 16 de junio de 1.977), y que el cambio en la jerarquía de valores que supone el desarrollo urbanístico, con una auténtica inversión en la relación existente entre el suelo y el *ius aedificandi*, no debe ir más lejos de lo necesario, puesto que el derecho de propiedad continúa amparado, incluso constitucionalmente, en nuestro Ordenamiento jurídico.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que en el procedimiento especial nº 133 de 1.984, seguido de acuerdo con los trámites establecidos en el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, debemos declarar y declaramos que el Decreto de la Alcaldía de Palma de Mallorca de 30 de abril de 1.984, que suspende los efectos de la licencia concedida por la Sección Insular de Mallorca de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares de 29 de Marzo de 1.984, para la construcción de un edificio en las calles de esta ciudad a D. M.E.S., no es conforme a Derecho, por lo que procede levantar la referida suspensión; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

146

146. NOTIFICACIÓN POR CORREO. Es defectuosa si no consta la condición del firmante, ni la relación que tenga con el administrado destinatario. Nulidad de actuaciones hasta el momento anterior a dictarse resolución administrativa sobre el recurso de reposición planteado. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar el acuerdo del Consell General Interinsular de les Illes Balears de 9 de junio de 1.983, que declara "la inadmisión del recurso de reposición interpuesto por D. F.P.F. contra la resolución recaída en el expediente sancionador nº 223/81 de la Consellería de Turismo del C.G.I. de Baleares, por extemporáneo".

CONSIDERANDO: Que la impugnabilidad no se extiende al acto primitivo de la Administración, que al haber sido objeto de resolución decisoria de signo positivo o negativo en la reposición no puede traerse a debate judicial, en el que solamente cabe resolver sobre la legalidad o ilegalidad del contenido del acto dictado en virtud de tal recurso administrativo, que no fue ni confirmatorio ni anulatorio del recurrido administrativamente, sino que, absteniéndose de resolver sobre el fondo, se limitó a declarar la inadmisión del recurso; por lo que, si esta Jurisdicción confirmase la expresada inadmisibilidad de éste es evidente que el acto primero —de imposición de la multa— ganaría firmeza; pero si este Tribunal declara la ilegalidad y anula, por tanto, la resolución administrativa que, absteniéndose de entrar a resolver sobre la cuestión de derecho material que motivó dicho recurso, se limitó a declarar éste inadmisibile, entonces la revocación de tal inadmisión deja jurídicamente expedita la vía a la Administración para entrar a conocer y resolver sobre la cuestión de fondo, debiendo, en consecuencia, remitirse el expediente administrativo al Consell General Interinsular, hoy Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, para que decida sobre los problemas que en aquél se plantean, porque no es admisible que la Jurisdicción, sustituyendo o subrogándose en funciones que sólo competen a la Administración, decida sobre las cuestiones en que rehuyó entrar, pues de este modo extendería aquélla en forma no justificada su función revisora, como reiteradamente ha apreciado la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 11 de marzo de 1.970, 4 de abril de 1.972, 14 de febrero de 1.973, 4 de mayo de 1.974 y 26 de mayo de 1.975).

CONSIDERANDO: Que el recurso de reposición se interpuso el 18 de marzo de 1.982, por lo que el único problema que se suscita es el de determinar el valor de la notificación verificada por correo, en cuyo Aviso de Recibo aparece como hecha el 12 de febrero de 1.982 —el plazo para interponer aquél es el de un mes a contar de la notificación (artículo 52 de la Ley Jurisdiccional)—, constando en el lugar indicado para la firma del destinatario una ilegible, por lo que, de aceptarse como válida aquella fecha, el recurso había sido interpuesto extemporáneamente, como entendió la resolución recurrida; pero una constante jurisprudencia ha establecido (sentencias de 17 de marzo y 5 de mayo de 1.975 y 21 de mayo de 1.980, así como las que en ellas se citan) que el artículo 80.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con la norma 5ª del artículo 2 de la Orden del Mi-

nisterio de la Gobernación de 20 de Octubre de 1.958, exigen que se haga constar la condición del firmante que reciba el certificado, ya que para que el acto o acuerdo que se notifica despliegue sus efectos o eficacia frente al notificado es preciso que se comunique con todos los requisitos formales, entre otros haciendo constar, cuando no sea el propio destinatario —como sucede en el presente caso (folio 49 de los autos)—, la relación que tenga con éste la persona que lo recibe, si es familiar, dependiente, criado o vecino, mayor de 14 años; por lo que, si ninguna de estas circunstancias figura en el referido Aviso se está en presencia de una notificación defectuosa que impide que se pueda estimar la inadmisibilidad, porque no puede perjudicar a la parte recurrente tomar como fecha de notificación la que se diga en aquél cuando no se acredita de modo auténtico la persona a quien se entregó ni el verdadero día en que realmente llegó a sus manos, en cuyo caso ha de estimarse, en cuanto a la fecha, la que manifieste el interesado, que en el supuesto que se contempla es la del 17 de febrero de 1.982, lo que determina que el recurso de reposición haya de estimarse formulado dentro del plazo, precisamente el último día del mismo;

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede la estimación del recurso; sin que se observe la existencia de los motivos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Gabriel Buades Salom, en nombre de D. F.P.R., contra el acuerdo del Consell General Interinsular de Baleares de 9 de junio de 1.983, que declara la inadmisión del recurso de reposición interpuesto por aquél contra la resolución recaída en el expediente sancionador nº 223/81 de la Consellería de Turismo, por extemporáneo, debemos declarar y declaramos que el acto administrativo impugnado no es conforme a Derecho, y, por ende, lo anulamos, debiendo reponerse el expediente administrativo a momento hábil para que el referido Organo, hoy Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dicte resolución estimando o desestimando el recurso de reposición, admitiéndolo y entrando a resolver lo que proceda según Ley sobre las cuestiones planteadas, para lo cual se le remitirá el expediente con testimonio de esta resolución; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

151

151. URBANISMO. Los instrumentos de planeamiento son cauce adecuado para la preservación de espacios naturales de interés especial, aunque sean Planes Generales o Normas Subsidiarias de Planeamiento. La actuación legal de la Administración en materia urbanística no puede dar lugar a indemnizaciones distintas de las legalmente previstas en los supuestos de suspensión de licencias. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que los recursos contencioso-administrativos números 108 y 273 de 1.983, hoy acumulados, tienen por objeto impugnar el acuerdo del Consell Executiu del Consell General Interinsular de Baleares de 24 de Febrero de 1.983, así como la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra él, que suspende el Plan General de Ordenación Urbana de Mahón en el espacio natural denominado Torrenteres y Penyasegats de la Costa Sur de Menorca, término municipal de Mahón, y el del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Baleares el 22 de agosto de 1.983, y también la denegación por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto, que aprueba con carácter definitivo, entre otras, las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento relativas al referido espacio natural; acuerdos que se basan en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1.976.

CONSIDERANDO: Que la impugnación se apoya en que: a) la Comisión de Urbanismo de Baleares no emitió el preceptivo informe; b) el acto recurrido primeramente carece de motivación; c) vulnera el artículo 113 de la Constitución, conforme al cual es obligatorio cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales; d) se ha incurrido en desviación de poder, ya que se han ejercitado las potestades administrativas dimanantes del artículo 51.1 de la Ley del Suelo, para fines distintos de los expresamente fijados en la norma; e) las Normas Subsidiarias no se corresponden, en su contenido, con lo establecido en la Legislación Urbanística; y f) ha existido, posiblemente, una satisfacción extraprocesal de la pretensión actora.

CONSIDERANDO: Que siguiendo un orden procesal lógico resulta inadecuado seguir el establecido anteriormente, que es el de las demandas, y procedente empezar por el estudio de la cuestión enunciada en el apartado d) pues es evidente que su estimación supone la imposibilidad de iniciar un nuevo procedimiento con el mismo apoyo legal, que deviene inviable de forma absoluta, y, además, determina la procedencia o no de la estimación de la planteada en el epígrafe c), que en parte se basa en la existencia de desviación de poder, pues se afirma que se inició y tramitó con el fin de incumplir los mandatos de la sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1.982, que ordena al Ayuntamiento de Mahón que apruebe inicialmente el Plan Parcial de Ordenación "Binicalaf Nou" y continúe la tramitación para su aprobación provisional, por lo que el problema se imbrica en el anterior, y, además, no puede hacerse la imputación de que se vulnera el artículo 113 de la Constitución si el procedimiento seguido en el legalmente establecido; y, por último, de aceptarse las dos objeciones primeramente citadas, sin más, podría iniciarse un nuevo procedimiento, idéntico al que ahora se revisa, subsanando las infracciones procedimentales acusadas.

CONSIDERANDO: Que el artículo 51.1 de la Ley del Suelo autoriza la suspensión de la vigencia de los Planes para acordar su revisión; pero no puede aceptarse la tesis de la parte recurrente de que la intención de la Administración Autónoma Balear no es aquella revisión, sino eludir la normativa de la Ley 15/1.975, de 2 de mayo, porque el Consell Executiu, en su reunión de 4 de marzo de 1.982, y el Pleno del Consell General Interinsular, en la de 29 de los mismos mes y año, al aprobar las Directrices Generales sobre Política de Suelo, establecieron que "La Ley 15/75, de 2 de mayo, sobre Espacios Naturales Protegidos, es el instrumento adecuado para la protección selectiva de aquellos espacios naturales que por sus características generales o específicas deban ser protegidos; sin embargo, el proceso de edificación en dichos espacios viene regulado, como en el resto del territorio, por la Ley del Suelo, por lo que se pueden considerar ambas Leyes complementarias en la defensa de espacios de interés especial. La política de suelo del Consell General Interinsular debe permitir la preservación de estos espacios naturales de interés especial

del proceso urbanizador, mediante su declaración como Elementos Singulares, Parajes Preservados o Paisajes Protegidos en los *Instrumentos de Planeamiento*. A este efecto, el Consell General Interinsular considera que existen unos espacios naturales de interés municipal y otros espacios naturales de interés insular. Los primeros deberán ser recogidos en los *Planes Generales de Ordenación Urbana o en las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal...*” (folio 25 del expediente administrativo; los subrayados son nuestros); y el informe de la Comisión Central de Urbanismo, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Dirección General de Acción Territorial y Urbanismo, informa favorablemente la suspensión “por cuanto aparece debidamente acreditado en la documentación remitida que la *ejecución del planeamiento urbanístico vigente* en las áreas delimitadas podría provocar consecuencias negativas de carácter irreversible, incompatibles con los intereses públicos de conservación y protección de dichos espacios naturales, que han sido declarados preferentes por los órganos regionales competentes, todo lo cual aconseja la adopción de la medida precautoria propuesta, que permita la realización de un detallado *estudio de la ordenación que resulte procedente para tales áreas*” (folios 2 y 3); aparte de que, según reiterada jurisprudencia (sentencias de 2 de mayo de 1.972, 28 de abril de 1.976 y 23 de enero de 1.980, en otras muchas), la desviación de poder debe ser probada por quién la invoca, si no con una prueba directa y plena, que, dada su naturaleza, sería inoperante, sí por la de presunciones, de las que se deduzca que la Administración se ha salido del cauce finalista y ético a que le constriñe la Ley, lo que no puede confundirse con las meras suspicacias, sospechas o recelos, que en manera alguna pueden prevalecer contra el principio de legalidad de los actos administrativos, que en el presente caso, además, se apoya en el informe del Órgano superior de carácter consultivo en materia de planeamiento, y urbanismo, como expresa el artículo 210 de la Ley del Suelo, y es claro que como tales han de calificarse las afirmaciones de que todavía no se ha procedido a la revisión del Plan General, porque es indudable que la elaboración de éste requiere una larga preparación, que dado el tiempo transcurrido no es aún deducible el propósito de no llevarlo a cabo y que no se han superado los plazos legales.

CONSIDERANDO: Que es absolutamente rechazable la alegación de que los actos impugnados persiguen “una finalidad absolutamente vedada por la Ley, cual es la de impedir que pueda cumplirse en sus propios términos la sentencia dictada” por esta Sala “con fecha 16 de septiembre de 1.982”, y “todo parece apuntar a que la combatida suspensión ha sido una reacción de la Administración ante el referido pronunciamiento jurisdiccional, que ha ganado firmeza, con el fin de hallar una aparente cobertura que deje paralizado el proceso aprobatorio del Plan Parcial de Ordenación “Binicalaf Nou”; y ello porque esta grave afirmación, aparte de contradecir flagrantemente la afirmación que también se vierte en la primera demanda en el sentido de que “El Consell General Interinsular, posiblemente por una falta de información, ignora que por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca en sentencia dictada el 16 de septiembre de 1.982, se condenó al Ayuntamiento de Mahón...”, resulta improbadada y falta de la más mínima verosimilitud, pues no es concebible que se haya procedido con esta intención, que sería perfectamente reprochable en todos sus aspectos, jurídicos y no jurídicos, a suspender la vigencia del Planeamiento en los espacios naturales que cita, que no se circunscriben solamente a la propiedad de la parte actora; y es inaceptable, igualmente, que ello implique una infracción constitucional al impedirse el cumplimiento de la repetida sentencia, pues la imposibilidad de realizar los trámites subsiguientes para la aprobación provisional del Plan Parcial de referencia surgen indirectamente del ejercicio de una potestad legal, no de una deliberada obstaculización al cumplimiento de una resolución judicial.

CONSIDERANDO: Que del análisis conjunto de los apartados c) y d) del artículo 4º del Real Decreto de 7 de septiembre de 1.979, sobre transferencia de competencias de la

Administración del Estado, se deduce la procedencia de solicitar el informe a la Comisión Central de Urbanismo y no a la Provincial de Baleares, porque si el primero de los apartados citados lo considera necesario, hasta que no se apruebe el correspondiente Plan Director Territorial, en los supuestos de aprobación definitiva de Planes, Programas de Actuación Urbanística y Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento que se refieran a Palma de Mallorca, otras poblaciones de más de cincuenta mil habitantes y, en todo caso, los que afecten a varios municipios —el informe de autos se refiere a los términos municipales de Alcudia, Andraitx, Artá, Campos del Puerto, Ferrerías, Ciudadela, Lluchmayor, Mahón y Muro—, resulta lógico exigirlo igualmente en los supuestos de suspensión de su vigencia; además, se expresa literalmente que se verifica la consulta por "el hecho de que esta Comunidad Autónoma no ha creado todavía el correspondiente órgano que sustituya a esta Comisión en virtud de lo establecido en el R.D. 2245/79, de 7 de septiembre", concretamente en su artículo 6º, lo que, obviamente, determina la procedencia de requerir tal informe de la Comisión Central, que, por otra parte, se consideró competente, ya que lo emite a los efectos prevenidos en aquella disposición; y aunque así no se entendiera, la sustitución del órgano emisor del dictamen, teniendo en cuenta el carácter de superior que ostenta la Comisión Central y la dependencia de la Provincial respecto del Consejo General Interinsular, ha de estimarse que no supone un caso de nulidad de pleno derecho, ni siquiera de anulabilidad (artículo 47 y 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo), sino un supuesto de actuación irregular del apartado 2 del referido artículo 48, por no producir indefensión ni comprometer el fin del acto, ni, en consecuencia, traspasar éste con efectos anulatorios.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que los artículos 43 y 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo exigen que los actos administrativos limitativos de derechos subjetivos sean motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, no lo es menos que el de 24 de febrero de 1.983 los expone con claridad, aunque, en lo que el actor expone respecto a la exclusión del área de Binicalaf, se limita a decir escuetamente que el Ayuntamiento de Maó no justifica el porqué de la misma; y el Tribunal Supremo ha interpretado la aludida exigencia de forma muy amplia, declarando que los actos administrativos no pueden ser tratados con el rigorismo formal de las resoluciones judiciales, sino que basta que de su total contexto resulten elementos suficientes para identificarlos por sus causas y para sus consecuencias, ya que la finalidad del artículo 43 del citado Cuerpo legal no puede ser otra que la que se dé a conocer al interesado el fundamento de lo decidido, para que, caso de resultarle desfavorable, sin ignorancia ni obstáculo alguno, pueda examinar y rebatir las motivaciones, sin que quepa confundir la brevedad y concisión de términos de los actos administrativos resolutorios con la falta de motivación, ni necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido este requisito con que, aun sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución, y, en todo caso, que tal vicio no haga incidir el acto en nulidad, o, lo que es igual, no determine, según establece el artículo 48 de dicha Ley, la indefensión de los interesados, o, por su entidad, la carencia en el mismo de los requisitos formales necesarios para alcanzar su fin (sentencia de 23 de marzo y 30 de junio de 1.982), lo que, manifiestamente, no ocurre en el supuesto ahora enjuiciado.

CONSIDERANDO: Que la Memoria Normativa, Informativa y Justificativa cumple las previsiones de los artículos 70.4 y 71.3 de la Ley del Suelo y de los concordantes del Reglamento del Planeamiento; en efecto, afirman (folio 31) que tendrán vigencia hasta que se produzcan la aprobación de la revisión o adaptación del correspondiente P.G.O.U., y establece, en relación con los apartados del segundo de los artículos citados: a) los fines y objetivos siguiendo las directrices de la Estrategia Mundial para la Conservación del Medio Ambiente (EMC) de la O.N.U., recogidas por la llamada Estrategia Española, que,

en definitiva, son: la lucha contra la contaminación de todo tipo, la prevención y lucha contra los incendios forestales, la racionalización del aprovechamiento de los recursos renovables y no renovables y la política de suelo que sea adecuada y ordene el proceso urbanizador (folio 10); b) la delimitación de los territorios y núcleos que constituyen su ámbito de aplicación, perfectamente realizada con la aportación de los planos correspondientes; c) —no se determinan las relaciones e incidencias con el planeamiento que complementan (el precepto dice “en su caso”), por la especial naturaleza de las mismas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 51 del aludido texto legal—; d) y e) las normas urbanísticas y las previsiones para edificios y servicios públicos, y para fines de interés social o comunitario tienen su reglamentación general (folios 31 al 40), singular (42 al 44) y respecto al denominado Paraje Preservado (46 y 47), así como la relativa a las viviendas rústicas tradicionales ya existentes (folio 49), las edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social (51), las construcciones dedicadas a la explotación agrícola-ganadera, las viviendas unifamiliares, con especificación del número de viviendas edificables y de las características de la edificación, y, por último, las normas para construir en zonas forestales.

CONSIDERANDO: Que en el acto de la vista se solicitó que se declare la existencia de daños y perjuicios, en el supuesto de que el recurso fuese desestimado, como es procedente, de conformidad con lo expuesto; y aun reconociendo la realidad de alguna resolución del Tribunal Supremo que niega la posibilidad de dicha declaración si no se ha solicitado previamente en la demanda, ya que ello supone una desviación procesal, porque se pide una modificación del petitum y no, como es procedente, una concreción del quantum del mismo, lo cierto es que otras autorizan tal petición con base en que el artículo 79.3 utiliza la palabra “existencia” —en el acto de la vista, dice, el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia de daños y perjuicios— y en que no sería lógico obligar a la iniciación de un nuevo procedimiento administrativo sobre la cuestión de la indemnización, que puede ser resuelta en el proceso de que se trata; ahora bien, aunque es cierto que el recurrente ha tenido perjuicios como consecuencia de las decisiones de la Administración, también lo es que aquellos se derivan de la actuación legal y normal de la misma, lo cual impide que sean indemnizables, aparte de que el actor no fijó su cuantía ni propuso las bases sobre las que debería determinarse en fase de ejecución de sentencia; y este criterio es el que sigue la Ley del Suelo en el supuesto de suspensión de licencias, de incuestionable analogía con el actual, por lo que resulta equitativo reconocer el derecho del recurrente, de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 27 —citado en el 51—, a ser indemnizado del coste oficial de los proyectos y a la devolución, en su caso, de las tasas municipales.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que desestimando los recursos, hoy acumulados, interpuestos por el Procurador D. Jaime Cloquell Clar, en nombre de D. J.M.G., contra el acuerdo del Consell Executiu del Consell General Interinsular de Baleares de 24 de febrero de 1.983, que suspende el Plan General de Ordenación Urbana de Mahón en los espacios naturales denominados S'Albufera des Grau y S'Illa den Colom, Es Verger, Torreneres y Penyasegats de la Costa Sud de Menorca, término municipal de Mahón, y el del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Baleares de 22 de agosto de 1.983, que aprueba con carácter definitivo, entre otras, las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento relativas al espacio natural Torreneres y Penyasegats, así como contra la desestimación presunta de los sendos recursos de reposición formulados contra ellos, debemos declarar y declaramos que los actos impugnados se ajustan a Derecho; así como el derecho del re-

currente a ser indemnizado del coste oficial de los proyectos y a la devolución, en su caso, de las tasas municipales; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

163

163. EXPROPIACIÓN FORZOSA. La presunción de veracidad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación quiebra al acreditarse que han incurrido en sus apreciaciones en errores de hecho, apreciación, cálculo, o de derecho, o concurren cualesquiera circunstancias reveladoras de que el justiprecio señalado no corresponde al valor real del bien o derecho expropiado. Fijación del valor urbanístico en función del aprovechamiento medio del sector. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que los presentes recursos contencioso-administrativos acumulados, interpuestos por determinados propietarios de terrenos sujetos a expropiación forzosa para la ejecución del Plan Parcial del Sector Coll d'En Rebassa (término municipal de Palma), así como también por la propia Junta de Compensación constituida para dicha ejecución, beneficiaria de la expropiación, tienen por objeto el Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación de Baleares de 5 de Enero de 1.983, por el que se fijó el justiprecio de tales inmuebles expropiados, basando todos los recurrentes la impugnación de dicho justiprecio, tanto en lo que se refiere a las partidas que integran los de cada inmueble constituidas por el valor de los terrenos, como a los correspondientes al valor de las edificaciones, obras e instalaciones y al de las indemnizaciones, en supuestos o pretendidos errores del Jurado en su estimación.

CONSIDERANDO: Que sin perjuicio de examinarlos todos por separado, conviene precisar como premisa fundamental aplicable a todos los motivos alegados, que si bien es cierto que es doctrina jurisprudencial reiterada que por conocida no es preciso citar, la de presunción "iuris tantum" de acuerdo y prevalencia de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación basado en su variada composición y en la formación jurídica y técnica de sus miembros precisamente exigida para asegurar la independencia y objetividad de su actuación, no es posible desconocer, sin embargo, que la propia doctrina jurisprudencial en otras innumerables sentencias, de las que citaremos por todas, las de 27 de Septiembre de 1.978, y 6 de Octubre del mismo año, proclama que sus apreciaciones no son vinculantes y lo fijado en ellas se corresponde a lo que la doctrina conoce como concepto jurídico indeterminado y por tanto sujeto a control jurisdiccional, así como que aquella presunción de veracidad quiebra cuando en la adopción de sus acuerdos, estos Jurados

incidan en errores de hecho, de apreciación o de cálculo, o de derecho concurren cualesquiera circunstancias reveladoras de que el justiprecio señalado no corresponde al valor real del bien o derecho expropiado, ya que el designio fundamental inspirador del Instituto de la Expropiación Forzosa es que el titular reciba una compensación dineraria de ese valor real y efectivo, sin representar una merma injustificada de su patrimonio, pero sin que tampoco constituya un enriquecimiento injusto.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere al valor de los terrenos, en virtud de aquellos principios aplicables a toda clase de expropiaciones y de las reglas que rigen las expropiaciones por razones urbanísticas contenidas en la Ley del Suelo (Texto Refundido promulgado por Real Decreto 1346/1976 de 9 de Abril) y en su Reglamento de Gestión Urbanística (Real Decreto 3288/1978 de 25 de Agosto) es preciso rechazar las valoraciones que hizo la Junta de Compensación beneficiaria en su hoja de aprecio del valor inicial de los predios expropiados por el rendimiento bruto que les corresponde en la explotación rústica efectiva o de que fuera naturalmente susceptible (valoración del Ingeniero Agrónomo D. J. G. a los folios 18 y siguientes del expediente), pues esta valoración realizada en base al artículo 104 a) de la Ley del Suelo y 140.1 a) del Reglamento, olvida que los terrenos en cuestión han de ser clasificados como suelo urbanizable programado al estar comprendidos en un sector calificado como suelo de reserva urbana en el Plan General Municipal aun no adaptado y que ha sido ordenado por Plan Parcial en desarrollo de aquél Plan General, por lo que les corresponde tal clasificación a tenor del artículo 3 del Real Decreto-Ley 16/1.981 de 16 de Octubre, de adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana, en relación con el artículo 79.2. a) de la Ley del Suelo, lo que obliga a tasarlos con arreglo a su valor urbanístico a tenor de lo dispuesto en los artículos 108 de la Ley y 139 en relación al 143 del Reglamento de Gestión al no constar por estimación pública que el valor inicial sea superior al urbanístico, sino que, al contrario, del conjunto de la prueba practicada aparece clara la superioridad de éste sobre aquel; como también procede rechazar las del órgano administrativo —Comisión Provincial de Urbanismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 138 en relación con el 127.1 de la Ley y concordantes del Reglamento— en cuanto que este organismo resolutorio en vía administrativa previa a la actuación del Jurado en su caso, determinó el valor urbanístico de los bienes expropiados deduciendo del correspondiente al terreno propiamente dicho el de las obras, edificaciones e instalaciones, en contra del principio general en esta materia que fué ya sentado por el artículo 85.7 de la Ley del Suelo anterior y la Jurisprudencia que lo interpretó (por ejemplo las sentencias de 8 de Mayo y 22 de Diciembre de 1.979) y que hoy ha sido consagrado por el artículo 106.1 de la Ley actual de que las plantaciones, obras, edificaciones e instalaciones que existan en el suelo se justiprecien con independencia del mismo e incrementen su cuantía en el valor total del inmueble; como, asimismo es preciso rechazar la valoración de la mayor parte de los recurrentes expropiados que pretende sea la de 955 pesetas el metro cuadrado (hecho sexto de su demanda) con apoyo en el artículo 104.5 de la Ley y 143 del Reglamento, cantidad que el Ayuntamiento de Palma señaló para los terrenos de la calle Cardenal Rossell a efectos del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos, puesto que si bien han probado la exactitud de la cifra en lo que a los años 1.979 y 1.980 se refiere mediante certificación de la Alcaldía (folio 650 de los autos), no han probado en modo alguno, tal como le correspondía con arreglo a las reglas procesales sobre la carga de la prueba, el que los terrenos expropiados de su propiedad lindan o tan ni siquiera sean próximos, con la calle Cardenal Rossell.

CONSIDERANDO: Que no constando en el expediente ni en los autos el rendimiento que al aprovechamiento de los terrenos se atribuye a efectos fiscales, aparece evidente que el valor urbanístico ha de determinarse en función del aprovechamiento medio del sector, tal como han realizado el Arquitecto miembro del Jurado cuya valoración aceptó éste y

los Arquitectos que como Peritos judiciales han informado en los autos a petición y por nombramiento de común acuerdo de todas las partes recurrentes, las expropiadas y la beneficiaria de las expropiaciones y tal como disponen los artículos 105 de la Ley y 146 del Reglamento.

CONSIDERANDO: Que, sin embargo, la apreciación del conjunto de la prueba pericial con arreglo a la sana crítica, sobre todo teniendo en cuenta que el dictamen pericial que se acepta como base del cálculo del valor urbanístico, no tiene en cuenta la deducción del valor de los terrenos de cesión obligatoria que prevé el artículo 105.2 de la Ley o del exceso respecto al aprovechamiento medio de todo el suelo urbanizable programado, en palabras del artículo 146, b) del Reglamento de Gestión, obliga a esta Sala a reducir aquel índice de 12,76% a un índice de 10%, equivalente a 1.083 pesetas el metro cuadrado, habida cuenta del valor de la construcción industrial que fija el propio Jurado, pues de otra forma resultaría el enriquecimiento injusto de los expropiados respecto a los propietarios de terrenos que formaron parte de la Junta de Compensación que tendrían que soportar ellos solos la cesión obligatoria de terrenos correspondientes a todo el sector, como también de la cifra resultante de 1.083 pesetas el metro cuadrado, para llegar a un correcto valor urbanístico, hay que deducir el 10% correspondiente a la cesión obligatoria y gratuita a favor del Ayuntamiento que ordena el artículo 84.3 b) de la Ley del Suelo, pues como dicen las Sentencias del T.S. de 24 de Febrero y 3 de Diciembre de 1.982, esta deducción es necesaria al tratarse de expropiación iniciada después de la entrada en vigor de la Ley del Suelo; como asimismo procede disminuir el valor urbanístico resultante en un 10% en consideración a la particularidad específica de los terrenos de estar atravesados por una línea de alta tensión, tal como realizó el Jurado y autoriza el artículo 105.3 de la Ley del Suelo; de cuyas disminuciones resulta un valor urbanístico de los terrenos expropiados de 866,40 pesetas el metro cuadrado.

CONSIDERANDO: Que finalmente, por aplicación supletoria de la Ley de Expropiación Forzosa en lo no dispuesto por la Ley del Suelo (artículo 143), tal como ha hecho el Jurado, procede añadir a las cantidades relacionadas en el anterior considerando el 5% del premio de afección (artículo 47 de la Ley y 47 de su Reglamento).

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

FALLAMOS: Que estimando en parte los recursos contencioso-administrativos acumulados interpuestos por D^a V. M., en nombre de D. J. V. P., por D. A. F. P., por D^a C. R. T. y dos más, por D. G. M. O., por D. A. M. F., por D. P. M. C. y dos más y desestimando el también interpuesto por la Junta de Compensación para la ejecución del Plan Parcial Coll d'En Rebassa contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación de Baleares de 5 de Enero de 1.983 por el que se justipreciaron determinadas fincas propiedad de los recurrentes para la ejecución del Plan Parcial del Sector Coll d'En Rebassa y contra las desestimaciones tácitas y expresa de su reposición, anulando parcialmente dicho acuerdo, debemos declarar y declaramos que el justiprecio de dichas fincas en la parte expropiada asciende a las siguientes cantidades:..., sobre cuyas cantidades se aplicará el interés legal hasta su completo pago, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

170. IMPUESTO GENERAL SOBRE EL TRAFICO DE EMPRESAS. Supuestos de responsabilidad subsidiaria: sucesión en la explotación al anterior titular, sujeto pasivo fallido del impuesto. Prescripción del derecho a practicar liquidación. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D^a. C. S. B., tiene por objeto el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de fecha 28 de Julio de 1.983 por el que, en relación con la reclamación de la recurrente contra acuerdo de la Administración de Tributos de fecha 13 de Enero de 1.979, en el que se la declaró responsable subsidiaria de las deudas tributarias por el Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (IGTE), ejercicios 1.972 a 1.974, correspondientes al sujeto pasivo D. J. M. M. por la explotación del Hotel G. B. de C'an Picafort, municipio de Santa Margarita (Mallorca), dado que dicho contribuyente fué declarado fallido y se considera a D^a. C. S. continuadora de la explotación de la empresa, se acordó: 1) Anular las liquidaciones correspondientes a los años 1.972 y 1.973; y 2) confirmar el derecho de la Administración a practicar la liquidación correspondiente a 1.974; fundando la demanda su pretensión de nulidad del Acuerdo recurrido judicialmente, de igual manera que ya lo hizo en vía administrativa, en dos motivos: a) faltar en la recurrente la condición de sucesora del Sr. M. M. en la explotación del Hotel G. B.; y b) prescripción extintiva del derecho de la Administración Tributaria a practicar la liquidación de 1.974 del I.G.T.E. al Sr. M. M., de la misma forma que habían prescrito las correspondientes a 1.972 y 1.973.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere al primer motivo, es preciso rechazar las alegaciones de la demandante referidas a no haber sucedido directamente en la explotación del negocio al contribuyente declarado fallido, por haber sido asumida la sucesión por la Compañía, S.I.B.U.S.A. propietario de la industria, en virtud del convenio de rescisión del contrato, de arrendamiento entre aquel y ésta, con efectos desde el día 30 de noviembre de 1.974 (documento al folio 20 y vuelto de los autos), pues sin perjuicio de que el documento privado donde se plasma dicho convenio, no ha sido reconocido legalmente por ninguno de los firmantes y de que en todo caso, dicha fecha no podría contarse respecto a la Administración Tributaria como tercero, hasta el día de la muerte del anterior titular, el 12 de Febrero de 1.977 (certificación al folio 10 del expediente), a tenor de lo dispuesto en los artículos 1225 y siguientes del Código Civil y aun siendo cierto, como se hace constar en el acto recurrido de la Administración de Tributos, que el contribuyente fallido D. J. M. M., causó baja en la licencia Fiscal para la explotación del Hotel el 5 de Noviembre de 1.974 y que hasta cinco meses después, el 25 de abril de 1.975, no se dió de alta la recurrente D^a. C. S., no es menos cierto que en el periodo intermedio, por la lógica causa de inexistencia de turismo de invierno, nadie ejerció la titularidad fiscal de la explotación de la empresa hotelera, hasta que se dió de alta la recurrente, asumiendo el ejercicio de la actividad económica del anterior titular y por consiguiente el patrimonio separado o unidad económica objeto de imposición, sin haber solicitado de la Administración certificación detallada de las deudas y demás responsabilidades tributarias derivadas

del ejercicio de la actividad, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1 y 3. del Reglamento General de Recaudación aprobado por Decreto 3.154/68 de 14 de Noviembre, la Administración Tributaria puede exigirle la deuda tributaria derivada del ejercicio de la explotación por el anterior titular.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, hay que estimar prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda Tributaria por el Convenio P.M. 506/74, mediante la oportuna liquidación, de la misma forma que el propio acto impugnado declaró prescritas las obligaciones tributarias de los años anteriores, pues como se reconoce en él, no consta en el expediente se practicara liquidación al contribuyente Sr. M. M. y menos que se le notificara para su pago en periodo voluntario, infringiéndose así el artículo 124 de la Ley General Tributaria, nº 230/63 de 28 de Diciembre y comenzando a contarse el plazo de la prescripción desde el día del devengo (artículo 65. a) de la misma Ley) que, en lo que respecta al I.G.T.E. que grava las actividades de servicios como las hoteleras, se devenga el impuesto, cuando se presten aquellos servicios (artículo 8. c) del Decreto 3361/71 de 23 de Diciembre de 1.971, que promulga el Reglamento del I.G.T.E.) que al ser de tracto sucesivo, han de extenderse a la duración de todo el ejercicio, es decir hasta el 31 de Diciembre de 1.974 y no —como pretende la Administración demandada— hasta el 20 de Junio del año siguiente en que finalizaba el plazo del pago voluntario, ya que no se trata, como cree la Administración, de la prescripción de la acción para exigir el plazo de las deudas tributarias liquidadas (artículo 64. b)), sino de la prescripción del derecho a practicar la liquidación, puesto que tratándose de un convenio provincial, debió de efectuarse la notificación de la cuota individual al contribuyente Sr. M. M., a tenor de lo dispuesto en el artículo 17.1. de la Orden de 3 de Mayo de 1.966, para que pudiera tenerse en cuenta el plazo voluntario primero o único que establece su artículo 18. a), citado por el acto impugnado en apoyo de su tesis; sin que, por otra parte, pueda entenderse interrumpido el plazo de esta prescripción, hasta el día 9 de Mayo de 1.980, es decir, pasados los cinco años, en que se notificó a la recurrente su responsabilidad subsidiaria de las deudas tributarias de D. J. M. M., pues el expediente de gestión recaudatoria no tiene más actuaciones que las correspondientes a la vía de apremio, por lo que la interrupción de la prescripción a que se refiere el artículo 66.1 a) de la Ley General Tributaria, no pudo producirse nada mas que por el conocimiento formal del obligado al pago, mediante las actuaciones del Recaudador que han de entenderse con el apremiado (artículo 63.2. del Reglamento General de Recaudación aprobado por Decreto 3.154/68 de 14 de Noviembre) y como dice el propio acto impugnado, las notificaciones de las providencias de apremio no han sido hechas de forma reglamentaria, toda vez que en la diligencia de notificación no constan los requisitos prescritos por el artículo 99, 2. 3. y 4. del Reglamento y los prescritos en la Regla 55.1. de la Instrucción General (D. 2.260/69), ya que no figura la identificación y el caracter del preceptor, existiendo solo una rúbrica no uniforme en las notificaciones que figuran en el expediente, por lo que no puede acreditarse quien fué el receptor ni el caracter con que actuó.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a. C. S. B. contra el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 28 de Julio de 1.983, que confirmó el derecho de la Administración a practicar la liquidación 22052 por el convenio P.M. 506/74, desestimando reclamación de la demandante, debemos declarar y declaramos dicho acto administrativo únicamente en lo que a este pronunciamiento se refiere, contrario al Ordenamiento Jurídico y en consecuencia lo anulamos en esta parte, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

174. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. En aplicación del art. 25.1 de la Constitución tanto la infracción como la sanción administrativa deben ser determinadas por norma con rango de Ley formal, sin que pueda quedar en manos del ejecutivo la potestad de definir las y concretarlas. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que entrando ya, pues, en la cuestión de fondo del recurso, es decir, si los pronunciamientos que contienen los actos administrativos impugnados son o no contrarios al Ordenamiento Jurídico, es preciso estudiar por separado cada una de las decisiones que constituyen su contenido, dada su distinta naturaleza que ha producido que incluso sean numeradas separadamente en la parte dispositiva de la resolución del Director del Puerto de Palma de Mallorca, de 3 de Julio de 1981, ya que mientras la señalada con el ordinal 1º, es un acto administrativo sancionador resolutorio de un expediente donde se han observado los trámites propios de los de esta naturaleza: cargos, alegaciones, etc., la numerada con la 2ª. se limita a señalar un nuevo plazo para el cumplimiento de una obligación, anteriormente requerido y emplazado; por lo que entrando en el examen del pronunciamiento sancionador, hay que recordar lo ya dicho en otras sentencias de esta Sala sobre actos administrativos de esta naturaleza que, en esencia, se reduce a 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, como han confirmado las posteriores a la Constitución, como las de 29 de Septiembre y 10 de Noviembre de 1980, y 13 de Octubre de 1981, la consagración constitucional de este principio y el que del examen del artículo 163 y de la Disposición Derogatoria 3 del propio Texto Fundamental aparezca 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 solo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan a inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, hacen aconsejable indagar la cobertura legal que ampara las disposiciones que declara infringidas el acto administrativo impugnado, puesto que el principio de legalidad constitucional, tal como debe ser entendido impone no solo el que exista una disposición normativa que prevea con anterioridad el hecho constitutivo de la infracción administrativa —tipicidad de la infracción— y que establezca la sanción correspondiente a la infracción —legalidad de la sanción—, sino que exige también que tanto uno como otro aspecto del principio —infracción y sanción— sean determinados por norma con rango de Ley formal, sin que en garantía de la libertad y seguridad, pueda quedar en manos del ejecutivo la potestad de definir las infracciones y concretar sus sanciones o, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Marzo de 1981 (recurso de amparo nº 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".

CONSIDERANDO: Que sobre este problema y como quiera que los actos administrativos impugnados citan como infringidos preceptos que en la jerarquía normativa os-

tentan solo la categoría de simples Decretos y de Orden Ministerial, es decir, disposiciones del Ejecutivo de carácter general pero de rango inferior a la Ley y hasta al Decreto-Ley, como son el Reglamento de Juntas de Puertos promulgado por Decreto 1350/70 de 9 de Abril, el Decreto 2356/75 de 11 de Septiembre que regula las infracciones administrativas causadas en relación con los puertos españoles y las sanciones aplicables, y la Orden Ministerial de 14 de Mayo de 1976 sobre el Servicio de Policía y Régimen del Puerto de Palma de Mallorca, es preciso buscar la cobertura legal de tales disposiciones, puesto que la reserva legal debe permitir que la Ley remita expresa o tácitamente la determinación concreta del precepto sancionador a una autoridad distinta y de rango inferior, constituyéndose así en "Ley penal en blanco", en la terminología doctrinal, que no es otra en el supuesto que nos ocupa, que la Ley 27/68 de 20 de Junio sobre Administración de los Puertos y regulación de las Juntas, citada por la resolución ministerial resolutoria del recurso de alzada, que al establecer en su artículo 7º, letra m) las Competencias de las Juntas, les otorga la de "imponer sanciones dentro de los límites establecidos por Decreto dictado a propuesta del Ministerio de Obras Públicas", delegando así, en disposiciones de carácter general del Ejecutivo, la facultad de rellenar la Ley en blanco, si bien, en su artículo 9º, c) otorga al Director la facultad de sancionar dentro de los límites que fijen los Reglamentos de Policía y Servicios, cuyas prescripciones se repiten, sin más desarrollo, en los artículos 17, m) y 21, c) del Reglamento citado (D. 1350/70).

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por H. de M., S.A. contra la resolución del Director del Puerto de Palma de Mallorca de 3 de Julio de 1981 que le impuso multa de 1.000 pesetas por incumplimiento de obligaciones derivadas de la concesión de la que es titular en dicho Puerto y le señaló "nuevo plazo para presentar informe técnico en relación al saneamiento de un talud inmediato a aquella y le compelió a la adopción de medidas de seguridad mientras se realiza el saneamiento y contra la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 4 de Marzo de 1983 que le desestimó recurso de alzada interpuesto contra el anterior, debemos declarar y declaramos tales actos administrativos conformes con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia, los confirmamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

C. INDICE ANALITICO

- Actas Infracción, 118, 121, 123, 137, 164.
 Actas Liquidación, 165, 175.
 Actos Administrativos, 119.
 Arquitectos, 135.
 Audiencia del Interesado, 179.
- Beneficios Fiscales:
 Contribución Territorial Urbana, 124.
 Bienes de dominio Público, 159, 167.
- Calizas, 145.
 Cámaras oficiales de Industria, Comercio y Navegación, 117.
 Complemento de destino, 161.
 Concesión Administrativa, 179.
 Concurso-Oposición, 142.
 Contribución:
 Especial, 136, 178.
 Territorial Urbana, 124.
 Cosa Juzgada, 119.
- Daños y perjuicios, 119, 150, 151.
 Derecho a la igualdad, 128.
 Derechos adquiridos, 128, 138.
 Derechos fundamentales, 131, 177.
 Desviación de poder, 142.
- Estudio de detalle, 154.
 Exención tributaria:
 Contribución territorial urbana, 124.
 Licencia Fiscal Actividades Comerciales e Industriales, 173, 176.
- Expropiación Forzosa, 163, 168, 172.
- Funcionarios Públicos:
 Complemento de destino, 161.
 Derechos adquiridos, 128, 138.
 Sanciones disciplinarias, 125, 131, 143, 177.
 Transferencia a la Comunidad Autónoma, 128.
- Gestores Administrativos, 117.
- Impuesto:
 Actividades Comerciales e Industriales, 173, 176.
 Contribución Territorial Urbana, 124.
 Municipal Incremento Valor Terrenos, 143, 149.
 Municipal Publicidad, 141.
 Municipal Solares, 169.
 Rentá Personas Físicas, 171.
 Tráfico Empresas, 170.
- Ingenieros Técnicos, 134.
 Ingenieros Superiores, 134.
 Infracciones Urbanísticas, 122, 137, 147, 158.
- Legalización Obras, 147.
 Licencia de Obras, 127, 132, 147, 150, 154.
 Liquidación de cuotas, 152.
 Liquidación Tributaria:
 Impugnación, 143.
 Prescripción del Derecho, 170.

Minas, 145.

Normas Subsidiarias de Planeamiento, 151.

Notificaciones por Correo, 146.

Notificaciones defectuosas, 146, 161, 162.

Obras sin Licencia, 137, 147.

Peritos, 134.

Plan General, 120, 122, 151.

Plan Parcial, 122.

Playas, 159, 167.

Prescripción:

Liquidación Tributaria

Principio de ejecutividad de los actos administrativos, 177.

Principio de igualdad ante la Ley, 128.

Principio de tutela judicial efectiva, 177.

Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, 131, 137.

Proyecto de Urbanización, 154.

Recaudación Tributaria:

Tributos Municipales, 133.

Recursos Régimen, 155.

Recurso de Alzada, 126.

Responsable Tributario:

Impuesto Tráfico Empresas, 136.

Sanciones administrativas, 129, 135, 139, 147, 158, 159, 162, 166, 174.

Subsanación de defectos, 180.

Suelo no Urbanizable, 130.

Sujeto Pasivo:

Contribuciones Especiales, 136.

Impuesto Municipal Publicidad, 141.

Impuesto Tráfico de Empresas, 170.

Suspensión del otorgamiento de Licencias, 150.

Suspensión de los efectos de la Licencia, 127, 153.

Taxis, 140.

Trabajo a tiempo Parcial, 144.

Tribunales Económico-Administrativos, 117.

Urbanización, 150.

Viviendas de Protección Oficial.

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

227. **Tercería de Dominio.** Implica el ejercicio de una acción reivindicatoria. El tercerista debe probar que adquirió el bien trabado con anterioridad a la fecha del embargo. Inadmisión del recurso. *Sentencia de 7 de septiembre de 1984.*
228. **Acción Declarativa.** Existencia de un camino entre las fincas de los contendientes. Valoración de la prueba practicada. No es jurídicamente admisible la sentencia de primera instancia que se funda en la apreciación de mayores perjuicios derivados de la reapertura del camino. Prescripción: inexistencia. *Sentencia de 7 de septiembre de 1984.*
229. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocios. Motivos: cesión y subarriendo; obras in consentidas que modifican la configuración del local. No existe cesión o subarriendo si no se prueba de forma notoria la realidad de tal hecho. Existen obras in consentidas cuando se realicen durante la vigencia del contrato y no supongan la puesta en marcha del negocio. Necesidad, por tanto, del consentimiento expreso del arrendador. *Sentencia de 10 de septiembre de 1984*.*
230. **Indemnización de daños.** Responsabilidad del padre sobre conducción negligente del hijo menor en aplicación del art. 1903 Cc. Culpa *in vigilando*. Responsabilidad directa. Es de apreciar, igualmente, exceso de velocidad por parte del perjudicado. Compensación parcial de culpa. Doctrina jurisprudencial. *Sentencia de 11 de septiembre de 1984.*

(1) La selección jurisprudencial ha sido realizada por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares J. Ferrer Marcel. En la presentación han colaborado los Profesores C. Gutiérrez González e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal.

231. **Reclamación de cantidad.** Valoración del informe pericial (vid. art. 632 Lec). **Condena en costas.** Temeridad en la parte demandada. *Sentencia de 11 de septiembre de 1984.*
232. **Retracto legal de colindantes.** Caducidad de la acción. No inscripción en el Registro. Conocimiento notorio por el retrayente de la venta mucho antes del ejercicio de la acción. Inexistencia de naturaleza rústica en la finca de los retrayentes y la que se pretende retraer. *Sentencia de 13 de septiembre de 1984.*
233. **Litisconsorcio pasivo necesario.** La acción ejercitada tiene como fundamento el art. 1902 Cc (responsabilidad extracontractual). Las obligaciones derivadas del art. 1902 Cc son siempre solidarias cuando haya habido varios intervinientes en la producción del daño. La solidaridad, a tenor del art. 1144 Cc, excluye el litisconsorcio necesario. **Prescripción.** La acción por daño o faltas en los objetos de transporte, a tenor del art. 952, II C.com., no podrán ser ejercitadas sin el preceptivo “protesto”; no obstante, tal precepto tiene incidencia en la responsabilidad contractual, y no —como en este caso— en las acciones derivadas de culpa extracontractual. **Culpa in eligendo.** Es requisito indispensable la relación jerárquica, de dependencia o subordinación entre la empresa que produce el daño y la demandada. Inexistencia. *Sentencia de 17 de septiembre de 1984*.*
234. **Nulidad de contrato.** Falta de interés al tener el actor tan sólo un derecho de expectativa consistente en que su hermana fallezca sin ordenar su sucesión “mortis causa”. Falta de prueba que acredite la demencia senil. *Sentencia de 17 de septiembre de 1984.*
235. **Arrendamientos urbanos.** Necesidad de consentimiento expreso para ceder o subarrendar. La mera introducción de un tercero determina la presunción “iuris tantum” de la existencia de la causa resolutive. Inversión de la carga de la prueba. *Sentencia de 17 de septiembre de 1984.*
236. **Reclamación de cantidad.** Motivo no planteado en la parte positiva del pleito. Preclusión. *Sentencia de 18 de septiembre de 1984.*
237. **Contrato de transporte.** Prohibición de retener el transportista las mercancías no entregadas hasta el cobro del transporte. Necesidad de depositarlas para posterior venta judicial —si llega el caso— en cantidad suficiente para el cobro del precio del transporte. **Prescripción.** Inexistencia. **Reclamación de cantidad.** Fijación de cuantías

adeudadas entre los contendientes. Compensación. *Sentencia de 18 de septiembre de 1984**.

238. **Arrendamientos urbanos.** Uso por el arrendatario de dependencias que componen el local arrendado a un tercero. Legitimación del propietario para ejercer la acción contra el arrendatario, estando fuera de la litis el primer arrendatario y perjudicado directo por el uso de las dependencias por él arrendadas. *Sentencia de 19 de septiembre de 1984**.
239. **Resolución de contrato de compraventa.** Incumplimiento por el comprador de sus obligaciones. Las cantidades ya satisfechas por el comprador al vendedor se computan como indemnización de daños y perjuicios. *Sentencia de 19 de septiembre de 1984.*
240. **Daños.** El arrendatario debe correr con los gastos originados en la vivienda arrendada por conductas negligentes y maliciosas de él o de quienes convivan con él. Presunción "iuris tantum" de culpabilidad del arrendatario. *Sentencia de 19 de septiembre de 1984.*
241. **Juicio ejecutivo del automóvil.** Culpa exclusiva de la víctima. Inexistencia. Exceso de velocidad de la motocicleta. *Sentencia de 19 de septiembre de 1984.*
242. **Desahucio.** Expiración del plazo contractual. *Sentencia del 22 de septiembre de 1984.*
243. **Impugnación de acuerdos sociales.** Lesión de intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas. Inexistencia. *Sentencia de 22 de septiembre de 1984.*
244. **Reclamación de cantidad.** Determinación de la cuantía. *Sentencia de 22 de septiembre de 1984.*
245. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. Aplicación del art. 118 LAU. Necesidad de obras imprescindibles para que el conjunto del edificio reúna las mínimas condiciones. El valor de las obras supera el 50% del valor del inmueble, excluido el valor del suelo. *Sentencia de 24 de septiembre de 1984**.
246. **Contrato de préstamo.** Inexistencia. El pago del tercero lo ha sido con ánimo de liberalidad tal y como se desprende de la prueba prac-

- ticada. Inexistencia de documento alguno en que se constate el prestamo. Relaciones íntimas entre el hoy actor y la demandada. Constitución del actor en heredero de la demandada, con consentimiento de aquél. *Sentencia de 25 de septiembre de 1984.*
247. **Reclamación de daños.** Culpa extracontractual derivada de accidente de circulación. Condena solidaria al conductor, propietario del vehículo y compañía de seguros. *Sentencia de 25 de septiembre de 1984.*
248. **Reclamación de daños.** Inexistencia de responsabilidad en la empresa constructora del camión-volquete. Caducidad de la acción por defecto de fabricación. Causa del accidente motivada sólo y exclusivamente por la conducta negligente del comprador. *Sentencia de 2 de septiembre de 1984.*
249. **Impugnación de honorarios de letrado.** Exclusión en la tasación de costas de los honorarios minutados por partidas correspondientes a actuaciones no procesales. Intereses legales desde la fecha en que gana firmeza la sentencia que condena en costas. *Sentencia de 25 de septiembre de 1984.*
250. **Resolución de contrato.** Voluntad rebelde del comprador de incumplir la obligación de pagar el precio convenido. *Sentencia de 25 de septiembre de 1984.*
251. **Impugnación de acuerdos sociales.** Es válida la convocatoria de Junta General de accionistas por los administradores que continúan en sus cargos, aun después de haber caducado aquellos, hasta tanto no sean sustituidos efectivamente (doctrina del T.S.). El acuerdo "agradecer los servicios prestados a los consejeros salientes" es un acuerdo de pura cortesía que no aprueba su gestión ni prejuzga ni enerva la responsabilidad de los consejeros con base en el art. 80 LSA. *Sentencia de 26 de septiembre de 1984.*
252. **Arrendamientos urbanos.** Local de negocios. Inexistencia de la causa 5ª del art. 114 LAU. *Sentencia de 26 de septiembre de 1984.*
253. **Resolución de contrato.** Compromiso del comprador a cumplir alternativamente alguna de las fórmulas suscritas. Incumplimiento de obligaciones. Fijación de la indemnización correspondiente. *Sentencia de 28 de septiembre de 1984.*
254. **Contrato de transporte.** Pérdida de la mercancía por la entrega de

- la misma a determinadas personas sin comprobar previamente su personalidad. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 28 de septiembre de 1984.*
255. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato por introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia. Innecesariedad por parte del arrendador de calificación exacta de la figura jurídica correspondiente o título por el que lo disfruta el tercero, lo que produce inversión de la carga de la prueba. *Sentencia de 29 de septiembre de 1984*.*
256. **Reclamación de cantidad.** Corresponde al demandado la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que alega, así como los de carácter negativo difícilmente demostrables por la parte adversa. *Sentencia de 29 de septiembre de 1984.*
257. **Contrato normativo o “pactum de modo contrahendo”.** Inaplicabilidad del art. 114 de la LECrim. *Sentencia de 29 de septiembre de 1984.*
258. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato por obras no consentidas. Diversos hechos que presumen el consentimiento de las obras. Excepción de inadecuación de procedimiento apreciable de oficio. *Sentencia de 2 de octubre de 1984.*
259. **Póliza de seguro.** Obligación de la entidad aseguradora de soportar el estado de riesgo producido por la circulación o tenencia del vehículo asegurado; hecho independiente de la mercancía que tal vehículo pueda transportar —elemento inocuo para el riesgo—. Prescripción extintiva interrumpida por el acto de conciliación. *Sentencia de 2 de octubre de 1984*.*
260. **Litisconsorcio pasivo necesario:** inexistencia. Autenticidad, a efectos de casación, de las certificaciones o testimonios de actuaciones practicadas en otros procesos. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 2 de octubre de 1984.*
261. **Póliza de seguro obligatorio.** Contrato normativo o “pactum de modo contrahendo”. “Actio ex stipulatu”. Prescripción extintiva sometida al régimen del Código civil, art. 1964. Excepción de falta de legitimación pasiva: cuestión de fondo. Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario: inexistencia. *Sentencia de 8 de octubre de 1984.*

262. **Recurso de apelación.** Ambito. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 8 de octubre de 1984.*
263. **Servidumbre de paso.** Inexistencia de salida a camino público. El paso del predio sirviente es el acceso más natural. *Sentencia de 8 de octubre de 1984.*
264. **Contrato de compraventa.** Interpretación: el pago del impuesto sobre sucesiones merece la consideración de gasto imputable al otorgamiento de la escritura de compraventa, debiendo correr a cargo de la sociedad compradora, según el clausulado contractual. *Sentencia de 8 de octubre de 1984.*
265. **Ejecución de sentencia.** Incidente de previo y especial pronunciamiento, de admisibilidad dudosa. En este período procesal sólo tienen cabida las actuaciones encaminadas a dar efectivo cumplimiento al fallo de la sentencia, pero no a revisar las prestaciones correspondientes, hayan sido o no debatidas en puridad anteriormente. *Sentencia de 10 de octubre de 1984*.*
266. **Separación matrimonial.** Valoración de la prueba testifical. Apreciación conjunta de la prueba. Ausencia de la fundamentación en la desestimación de la reconvenición: omisión meramente formal ya que ésta (la fundamentación) se infiere técnica y lógicamente. *Sentencia de 10 de octubre de 1984.*
267. **Juicio ejecutivo.** Pluspetición. Estimación del recurso basada en prueba pericial acordada para mejor proveer. *Sentencia de 15 de octubre de 1984.*
268. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Nulidad por culpa exclusiva de la víctima. A la responsabilidad por riesgo de la Compañía Aseguradora que da origen a indemnización de daños y perjuicios causados por vehículo asegurado, es oponible la excepción de culpa exclusiva del perjudicado. Límites del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor. *Sentencia de 17 de octubre de 1984.*
269. **Retracto.** Derecho de adquisición preferente del inquilino en caso de adjudicación de la vivienda que ocupare por consecuencia de división de cosa común. La adjudicación de la vivienda por división de la cosa común no adquirida por herencia o legado, produce los mismos efectos que la venta en orden al retracto (SS. de 30 de junio

de 1962; 15 de junio de 1964; 27 de abril de 1966). Plazo de caducidad de sesenta días naturales para el ejercicio del derecho de retracto, a contar desde el siguiente de la notificación fehaciente que debe hacerse en todo caso al adquirente al inquilino (SS. de 5 de octubre de 1967 y 19 de diciembre de 1968). Necesidad de consignación del precio de transmisión o fianza de consignarlo cuando sea conocido, en una cifra que no puede ser tomada como expresiva de su auténtico valor. Ambito del juicio de retracto. *Sentencia de 17 de octubre de 1984**.

270. **Juicio ejecutivo cambiario.** Nulidad por carecer la cambial de fuerza ejecutiva, dada la defectuosa notificación de su protesto. Inexistencia de tal motivo de nulidad, ya que el no ser inmediato vecino aquél a quien se notificó el protesto es inoperante a tenor del art. 505,2 del Código de comercio y el Preámbulo de la Ley 47/1967, de 23 de julio. *Sentencia de 17 de octubre de 1984.*
271. **Propiedad horizontal.** Uso privativo a determinados copropietarios de un elemento común. Requisitos para la autorización de tal uso. Impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios. Falta de notificación a los ausentes; omisión ésta no subsanable por la no oposición de los ahora disidentes durante diez años. Prescripción adquisitiva: inexistencia, por haber sido impugnado el título posesorio con anterioridad al transcurso del plazo de diez años exigidos por el art. 1945 del Código civil. *Sentencia de 17 de octubre de 1984**.
272. **Daños por incendio.** Contrato de seguro, con cobertura múltiple de comercio. Doctrina legal. Ambito. La acción ejercitada, fundada en un seguro de cobertura múltiple por incendio del vehículo de motor sin estar en circulación, es distinta de la acción basada en un seguro por uso y circulación de vehículos a motor, por lo que la Compañía aseguradora —conocedora de las cláusulas transcritas en la póliza por ella suscrita— se hace merecedora de la condena en costas al realizar una oposición temeraria. *Sentencia de 18 de octubre de 1984**.
273. **Derechos reales inscritos.** Presunción de tenencia y pertenencia en favor del titular inscrito: presunción “*iuris tantum*” desvirtuable por prueba en contrario, lo que ocurre en el supuesto de autos. *Sentencia de 18 de octubre de 1984.*
274. **Prueba.** Valoración de la actividad probatoria. Carga de la prue-

ba. *Sentencia de 19 de octubre de 1984.*

275. **Nulidad de acuerdos sociales.** No va contra la Ley y los Estatutos, ni lesiona a la entidad en beneficio de algún socio, el acuerdo que decide que la entidad sea dirigida y administrada por un único Administrador con la denominación de Gerente, y no por Consejo de Administración, ya que la relación accionista-administrador no es de mandato, sino órgano administrativo al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombraron (S. de 29 de Nov. de 1969). Ni vulnera la Ley ni los Estatutos el nombramiento de Administrador con unas características determinadas —pues el único requisito imprescindible es la necesaria capacidad de obligarse—. *Sentencia de 24 de octubre de 1984*.*
276. **Nulidad de matrimonio civil.** El matrimonio de un súbdito panameño y una española, celebrado en la sede del Consulado de la República de Panamá ante el Cónsul honorario es perfectamente válido, sin que obste a ello la no intervención del Juez de Distrito. Delimitación del concepto de Jurisdicción. No desempeñan función jurisdiccional los Jueces en la celebración de los matrimonios civiles, sino que su intervención se circunscribe a simples encargados del Registro civil, competentes para autorizar el matrimonio civil. Principio de reciprocidad propio del Derecho Internacional privado. *Sentencia de 24 de octubre de 1984*.*
277. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos: inexistencia por cuanto se desprende del propio reconocimiento del ejecutado. Falta de exigibilidad y de liquidez de la letra firmada en blanco: inexistencia, dado que el deudor firmante de una letra con alguna mención en blanco se declara de antemano conforme con el texto que en su día resulte completo. *Sentencia de 24 de octubre de 1984.*
278. **Divorcio.** Patria potestad. Uso de la vivienda familiar correspondiente a los hijos —como titulares de los intereses más necesitados de protección—. Obligación de contribuir a los alimentos de la hija. Pensión compensatoria: no procede al no darse el desequilibrio económico —“coditio iuris” del mismo—. Liquidación del régimen económico matrimonial en fase de ejecución de sentencia. *Sentencia de 25 de octubre de 1984.*
279. **Separación matrimonial.** Imposibilidad de convivencia pacífica. Pensión compensatoria; no se acredita el empeoramiento económico que motive tal pensión, amén de darse la convivencia marital de la re-

- currente con otro hombre, lo que impide el nacimiento de tal derecho. *Sentencia de 25 de octubre de 1984.*
280. **Divorcio.** Cese en la vida común. Inicio del cómputo en supuesto de separación dictada por los tribunales eclesiásticos con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede de 1979; es el de sentencia y no el del reconocimiento de sus efectos civiles. El cese de la convivencia es compatible con la coexistencia de los esposos en el mismo domicilio siempre que no haya duda de que la misma no supone reanudación de la vida conyugal normal. La adopción de las medidas subsiguientes previstas en el art. 91, no están precisadas de rogación si concurren las circunstancias precisas para acordarlas. *Sentencia de 27 de octubre de 1984.*
281. **Divorcio.** Pensión compensatoria; cumple, además, función alimenticia. Medidas asegurativas: su procedencia en este caso visto el impuntual pago de las pensiones que le incumbía satisfacer. Condena del marido a tener permanentemente depositados en el juzgado de 1ª instancia el importe de dos pensiones. *Sentencia de 27 de octubre de 1984.*
282. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: improcedencia por no producirse desequilibrio al explotar la esposa que la solicita el mismo negocio que antes de producirse la separación. Litis expensas: su improcedencia al no haber acreditado la esposa falta de medios para litigar ni la obtención de beneficio de justicia gratuita debido a la posición del esposo. *Sentencia de 29 de octubre de 1984.*
283. **Culpa extracontractual.** Prescripción de la acción: interrupción de la misma: es hábil para operarla la remisión de un telegrama requiriendo de pago debiéndose computar la fecha desde la emisión y no a partir de la recepción. Nueva interrupción por acto de conciliación no seguido de demanda de acuerdo con el art. 497 Lec; alcance de este precepto que viene referido a la usucapión. Doctrina del T.S. *Sentencia de 29 de octubre de 1984*.*
284. **Reclamación de cantidad.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 29 de octubre de 1984.*
285. **Alimentos.** Improcedente reclamación, en el ámbito de este juicio especial, de los vencidos con anterioridad a la demanda. Régimen jurídico aplicable en esta materia: Ley del Estado del demandado. *Sentencia de 30 de octubre de 1984.*

286. **Tercería de dominio.** Venta otorgada por representante autorizado expresamente en Junta general no ratificada con posterioridad. Denegación, por tal causa, de la inscripción registral. Es título preferente a una anotación de embargo anterior a aquella escritura y posterior a su acceso al registro. Alcance de tales anotaciones preventivas. Tercería de dominio y reconvencción: tales acciones son posibles en estos procedimientos cuando se dirigen contra el tercerista y están encaminadas a obtener la nulidad o ineficacia de su título, siempre que no se vean afectados terceros. Acción pauliana o revocatoria. Su carácter subsidiario y requisitos para el éxito de la misma: análisis de los mismos a la luz de la prueba practicada. Desestimación de la acción. *Sentencia de 31 de octubre de 1984**.
287. **Incompetencia de jurisdicción y arbitraje.** No la supone el convenio preliminar sino el otorgamiento del compromiso o la pendencia de su formalización judicial. Acciones indemnizatorias al amparo del convenio de 15 de diciembre de 1981 entre el hoy Insalud y el Instituto Nacional de entidades aseguradoras de automóviles: las acciones que dimanen de él tienen el carácter de dimanantes de un contrato. Naturaleza jurídica de tal convenio y su alcance. Litispendencia: atendida tal naturaleza y finalidad no afecta a su eficacia la pendencia de cuestión criminal. Territorialidad: el hecho de que el siniestro tuviera lugar en el extranjero no excluye la aplicabilidad del convenio; tampoco la culpabilidad o no del conductor del vehículo asegurado. *Sentencia de 31 de octubre de 1984**.
288. **Divorcio.** Pensión compensatoria: descansa sobre el presupuesto de que sea la ruptura del vínculo la causante del desequilibrio en que se fundamenta su concesión por lo que no procede la misma cuando tal ruptura arranca desde hace quince años, habiendo, desde entonces, vivido los cónyuges con plena independencia económica. *Sentencia de 31 de octubre de 1984*.
289. **Divorcio.** Pensión compensatoria: no puede ser concedida de oficio estando precisada, por tanto, de la correspondiente rogación que no se puede ingerir de la simple cita del correspondiente precepto legal. *Sentencia de 2 de noviembre de 1984**.
290. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima: desestimación de la excepción que está precisada, en todo caso, de prueba, a cargo de quien la opone, de la adopción de las llamadas maniobras de fortuna. Temporalidad, circunstancias del lugar que las posibilitan y previsión de un mal mayor del que se trata de evitar.

Análisis del supuesto de hecho. *Sentencia de 3 de noviembre de 1984**.

291. **Títulos nobiliarios.** Necesidad de vocar al pleito a todos cuantos puedan verse afectados por la sentencia aunque el pleito versó solamente sobre una de las mercedes de que estuviere en posesión y derecho el antecesor y los no llamados no sean cabeza de la línea fundada por éste respecto a tal merced en litigio. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 5 de noviembre de 1984.*
292. **Embargo preventivo.** Título: lo constituye la sentencia que da lugar al desahucio. Motivo racional: existe atendida la cuantía de la deuda, su causa y la exigua responsabilidad mueble del deudor. *Sentencia de 5 de noviembre de 1984**.
293. **Separación matrimonial.** Interpretación de las normas legales que regulan la materia. Alcance de las obligaciones y derechos que las mismas imponen a los cónyuges. *Sentencia de 6 de noviembre de 1984**.
294. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo. Nulidad del juicio por iliquidez de la deuda: la determina la no aportación de certificación en que conste el saldo deudor, intervenida por corredor de comercio, prevista en la póliza a efectos de determinación de tal saldo. *Sentencia de 7 de noviembre de 1984.*
295. **Contrato de seguro de incendio.** Falta de legitimación activa del dueño de la cosa siniestrada al no ser tomador del seguro ni contener la póliza estipulación a su favor, figurando en aquélla como dueño un arrendatario. Diferencias, a efectos de legitimación, entre los seguros de incendio y los de responsabilidad civil. Responsabilidad del arrendatario. *Sentencia de 7 de noviembre de 1984**.
296. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 7 de noviembre de 1984.*
297. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Sus efectos alcanzan a quienes traen causa del comprador cuyo contrato quedó resuelto al apreciarse mala fe en la adquisición de tales terceros al haber confiado exclusivamente en la imagen y palabra del vendedor. Indemnización de daños y perjuicios. Inexistencia. *Sentencia de 7 de noviembre de 1984.*

298. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por traspaso. *Sentencia de 8 de noviembre de 1984.*
299. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia. Dudosa prueba del supuesto de hecho que debería haberse completado mediante las correspondientes diligencias para mejor proveer. *Sentencia de 8 de noviembre de 1984.*
300. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: presupuestos para su concesión: la impide que quien la postual lleve un tres de vida similar al del propio cónyuge. Estudio del supuesto de hecho. Denegación de la pensión. *Sentencia de 8 de noviembre de 1984.*
301. **Abuso de derecho.** Requisitos para que se dé: subjetivos (intención de perjudicar), objetivos (falta de un fin serio y legítimo): Doctrina del T.S. *Sentencia de 12 de noviembre de 1984.*
302. **Servidumbre de luces y vistas.** Acción negatoria y requisitos para el éxito de la misma. Adquisición de la misma por prescripción: dado su carácter negativo, al estar abiertos los huecos en pared propia del dominante, el término prescriptivo se inicia a partir del hecho obstativo al dueño del predio sirviente. Modalidades de actos de esta naturaleza en la jurisprudencia. Acción reivindicatoria: requisitos para su éxito. *Sentencia de 12 de noviembre de 1984*.*
303. **Interpretación de los negocios jurídicos.** Alcance de la fuerza probatoria de la escritura pública. Compraventa de inmueble: determinación de lo que fue exactamente objeto de la misma. Actos propios: va contra los mismos el litigante que desdice lo afirmado por su procurador en acto de conciliación. *Sentencia de 12 de noviembre de 1984.*
304. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre: local arrendado para "custoria, exposición y reparaciones eléctricas de automóviles". No contradice el concepto de cierre el hecho de que, mediante precio, varios vecinos guarden en el local vehículos de su propiedad (lo que supone una situación de subarriendo) ya que la custodia lleva implícita servicios de guarda, vigilancia y control que aquí no se dan y resultan contradichos por el hecho de que cada usuario tenga llave del local. Estimación de la demanda. *Sentencia de 12 de noviembre de 1984.*
305. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por declaración administra-

- tiva de ruina. *Sentencia de 12 de noviembre de 1984.*
306. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre: lo supone el uso no habitual y la realización de actividades esporádicas. Es prueba decisiva el reconocimiento extrajudicial del arrendatario aduciendo tratarse de un local de temporada. *Sentencia de 15 de noviembre de 1984.*
307. **Sepultura / Derecho funerario.** La disponibilidad de los restos humanos no puede atribuírsela en exclusiva uno de los descendientes por lo que carece de protección legal el traslado unilateral de los mismos a otro panteón sin la aquiescencia de los restantes deudos del finado. *Sentencia de 19 de noviembre de 1984.*
308. **Divorcio.** Competencia territorial: Al venir predeterminada por la ley, carecen de relevancia los actos de sumisión expresa o tácita. *Sentencia de 19 de noviembre de 1984.*
309. **Tercería de dominio.** Título inexistente por simulado, lo que conlleva el rechazo de la tercería. Compraventa simulada por falsedad de la causa de la atribución patrimonial. "Datio in solutum". Donación encubierta bajo la forma de contrato de compraventa. Doctrina del Tribunal Supremo acerca de la simulación de los negocios jurídicos y su impugnación por terceros perjudicados. *Sentencia de 19 de noviembre de 1984*.*
310. **Contrato de agente afecto de seguros.** Incompetencia de jurisdicción: sólo es apreciable cuando la cuestión litigiosa debe quedar sometida a la decisión de otro órgano jurisdiccional distinto del que conoce de ellas, lo que no ocurre en el caso de autos. Doctrina del Tribunal Supremo sobre los documentos contemplados en el art. 504 LEC. *Sentencia de 20 de noviembre de 1984.*
311. **Reclamación de cantidad.** Resolución de contrato de compraventa por mútuo acuerdo: inexistencia. Falta de prueba de los hechos extintivos de la obligación alegados por el demandado. La buena fe como principio de la contratación mercantil. *Sentencia de 21 de noviembre de 1984.*
312. **Separación matrimonial.** Uso de la vivienda familiar. Desestimación del recurso de apelación. *Sentencia de 22 de noviembre de 1984.*
313. **Honorarios de arquitecto.** Calificación del contrato celebrado en-

tre las partes como de arrendamiento de obra. Doctrina del Tribunal Supremo. Incumplimiento de la prestación prometida por el arquitecto. "Exceptio non adimpleti contractus", invocada con éxito. *Sentencia de 22 de noviembre de 1984**.

314. **Reclamación de cantidad.** Prestación de asistencia personal. Compraventa sometida a condición resolutoria: nulidad del contrato por cuanto como compraventa era simulada, y como donación no se ajustaba a la preceptiva legal. Prescripción trienal; inexistencia. *Sentencia de 23 de noviembre de 1984.*
315. **Daños.** Naturaleza privativa de la terraza correspondiente al piso propiedad de los demandados, cuyo mal estado causa daños al actor. Doctrina del Tribunal Supremo acerca de los elementos y servicios comunes contenidos en el art. 396 C. civil: es una relación simplemente enumerativa, y no supone "numerus clausus". Innecesariedad, dado el carácter privativo y no común de dicha terraza, de dirigir la demanda contra los dueños de las restantes partes del total inmueble. *Sentencia de 23 de noviembre de 1984.*
316. **Acción reivindicatoria.** Requisitos. Pozo destinado al aprovechamiento de aguas subterráneas. Normativa aplicable. Principio de accesoriedad, según el cual las aguas serán públicas o privadas según sea público o privado el predio en que se hallen. *Sentencia de 26 de noviembre de 1984*.*
317. **Contrato de seguro.** Interpretación. *Sentencia de 26 de noviembre de 1984.*
318. **Excepción de falta de legitimación pasiva.** Doctrina jurisprudencial. El no tener el demandado el carácter con el que se le demanda constituye cuestión de fondo que no afecta a la válida constitución de la litis. Presunción "iuris tantum" de exactitud del Registro de la Propiedad, que puede ser destruida con la demostración de que su contenido no concuerda con la realidad jurídica. No afecta al carácter del demandado (propietario del inmueble) el hecho de que en el Registro de la Propiedad conste dicho inmueble a nombre de una sociedad en la que el demandado es único administrador. Doctrina jurisprudencial de los actos propios. Imposición de las costas causadas en primera instancia por la evidente mala fe del demandado. *Sentencia de 27 de noviembre de 1984*.*
319. **Contrato de seguro.** Interpretación. Prórroga tácita de la vigencia

- del contrato. Inexistencia de la excepción de prescripción, no susceptible de ser apreciada de oficio por los Tribunales. *Sentencia de 27 de noviembre de 1984.*
320. **Acción de resarcimiento de daños.** Falta de prueba objetiva del actor que acredite los pedimentos de la demanda. *Sentencia de 28 de noviembre de 1984.*
321. **Arrendamientos urbanos.** Resolución por cierre del local. “Justa causa” en el cierre del local. Doctrina del T.S. Desestimación del recurso. *Sentencia de 29 de noviembre de 1984.*
322. **Tercería de dominio.** Necesidad inexcusable de justificación de la titularidad dominical del tercerista: aplicación del art. 464 Cc. cuando el bien embargado es mueble. Los bienes embargados —objeto de demanda de tercería— forman parte del ajuar doméstico, siendo, por tanto, de pertenencia de ambos cónyuges aun cuando su adquisición se hubiese verificado con dinero de uno de ellos. Desestimación del recurso al no ser los bienes objeto de tercería de la exclusiva propiedad de la terceristas. *Sentencia de 30 de noviembre de 1984.*
323. **Documentos.** Tiempo de aportación en el proceso. Doctrina del T.S. sobre los documentos básicos para el ejercicio de la acción. *Sentencia de 30 de noviembre de 1984.*
324. **Acción de resarcimiento de daños.** Contrato de adhesión: interpretación. De acuerdo con el art. 1.288 Cc., en caso de duda sobre alguna cláusula debe acogerse la interpretación más favorable a la parte que se limitó a firmar tal contrato. Prohibición de la renuncia previa de los derechos de los consumidores y usuarios, entre cuyos derechos se reconocen el de indemnización de los daños causados. Normativa aplicable. Condena en costas. *Sentencia de 30 de noviembre de 1984*.*
325. **Contrato de obra.** “*Exceptio non rite adimpleti contractus*”: carga de la prueba por quien la invoca, no sólo de los defectos alegados sino también de la suficiente entidad de aquellos defectos capaz de romper el equilibrio patrimonial objeto de restauración mediante la invocada defensa. *Sentencia de 30 de noviembre de 1984.*
326. **Reclamación de cantidad.** Contrato de servicio. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 4 de diciembre de 1984.*

327. **Impugnación de acuerdos sociales.** Legitimación activa: necesidad del impugnante de haber hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado. Doctrina del T.S. acerca de este requisito de procedibilidad. Inexigencia al impugnante (accionista y administrador) de salvar expresamente su voto como requisito para el ejercicio de la acción de impugnación. Nulidad del acuerdo de la Junta General de Accionistas aprobatorio de la Memoria, Balance y Cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente al ejercicio social del año 1983. Desestimación de la demanda. El ánimo de lucro que constituye el fin fundamental de las sociedades no impide poder realizar actos dispositivos a título de liberalidad. Tampoco el acuerdo impugnado resulta lesivo para los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas; carga de la prueba al demandante de la realidad del resultado lesivo y de los beneficios privativos que de él se derivan. *Sentencia de 5 de diciembre de 1984**.
328. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria. Doble calificación por el juez "a quo" de tal conducta (lesiones y violación de los deberes conyugales) que conducen a una sola consecuencia jurídica en la esfera civil: la separación matrimonial. Determinación de la cuantía de la pensión alimenticia. *Sentencia de 5 de diciembre de 1984.*
329. **Reclamación de cantidad.** Valor de la prueba pericial. Se confirma la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 6 de diciembre de 1984.*
330. **Recurso de apelación.** Incomparecencia del letrado recurrente. Desestimación del recurso. *Sentencia de 6 de diciembre de 1984.*
331. **Separación matrimonial.** Inexistencia de las causas 1ª y 2ª del art. 82 Cc. Estimación del recurso. *Sentencia de 6 de diciembre de 1984.*
332. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Concepto. Doctrina del T.S. La determinación y calificación de un inmueble como edificación definitiva o provisional, a los efectos de los arts. 78 y ss. LAU, debe ser discutida con la intervención de todos los arrendatarios, y no con uno solo de ellos como sucede en el caso de autos. *Sentencia de 7 de diciembre de 1984**.
333. **Contrato de mandato.** Daños y perjuicios producidos en la embarcación durante el período de tiempo que estuvo en poder del mandatario para su venta. Indemnización por parte del mandatario. Por otra parte, los gastos ordinarios de conservación de dicha embar-

cación serán de cargo del propietario. *Sentencia de 7 de diciembre de 1984.*

334. **Derecho de sobreedificación.** El reforzamiento de columnas y la acomodación de la fachada son efectos naturales del ejercicio de tal derecho, y como tal deben ser soportados por los demás copropietarios. La alteración de cuotas en los gastos comunitarios es tema subsiguiente a la edificación. *Sentencia de 10 de diciembre de 1984.*
335. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del arrendamiento por expiración del término contractual. Validez de la renuncia de la prórroga forzosa cuando ésta se produce después de haber quedado tal derecho (beneficio de prórroga legal) incorporado al patrimonio del arrendatario. *Sentencia de 11 de diciembre de 1984*.*
336. **Reclamación de cantidad.** Traspaso de local de negocios. Cuantía fijada en contrato simulado (declarado por el juez "a quo" y el tribunal "ad quem") de fecha posterior a los efectos de rebajar el precio del traspaso —concretamente a la mitad— para evitar el pago total al propietario del porcentaje pactado. **Condena en costas.** Estimación del recurso dando lugar a la condena en costas en 1ª instancia por temeridad de la parte demandada. *Sentencia de 12 de diciembre de 1984*.*
337. **Divorcio.** Derechos del progenitor e hijos menores que no vivan juntos a relacionarse personalmente (art. 94 y 161 Cc.). Confirmación de la sentencia apelada en todos sus términos. *Sentencia de 12 de diciembre de 1984.*
338. **Juicio ejecutivo.** Excepción de pago. Desestimación. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 13 de diciembre de 1984.*
339. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Inexistencia. Ejercicio de acción extracontractual al amparo del art. 1.902 Cc. y de la norma estatutaria de la comunidad de propietarios. No es necesario traer a la litis a los constructores del edificio. *Sentencia de 14 de diciembre de 1984.*
340. **Arquitectos.** Incumplimiento de los deberes propios por el Colegio oficial de arquitectos. Reparación de los daños causados. Doctrina del T.S. *Sentencia de 14 de diciembre de 1984.*
341. **Legitimación activa.** La tiene cualquier copropietario de la comunidad para defender su participación indivisa en los elementos co-

munes. Realización de obras incontinentadas: lo son la colocación de toldos en la terraza de la vivienda del demandado que modifican la configuración y aspecto externo de la fachada, sin autorización expresa de los copropietarios. *Sentencia de 17 de diciembre de 1984.*

342. **Tercería de dominio.** El tercerista no acredita la titularidad del bien con anterioridad a la traba. Valor probatorio de la fecha del documento privado. No afecta a terceros. *Sentencia de 18 de diciembre de 1984.*

343. **Litisorcicio pasivo necesario.** No es necesario demandar a la sociedad que se encuentra disuelta y en estado legal de liquidación. Construcción de pared sin consentimiento de los propietarios. Demolición. *Sentencia de 18 de diciembre de 1984.*

344. **Litisorcicio pasivo necesario.** Doctrina del T.S.. Prospera la excepción cuando no es vocada a la litis, en solicitud de declaración de la actora como hijo extramatrimonial, la madre natural de ésta y los herederos de aquélla con su legítimo esposo y padre legal de la actora. *Sentencia de 20 de diciembre de 1984*.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

229

229. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocios. Motivos: cesión y subarriendo; obras incontestadas que modifican la configuración del local. No existe cesión o subarriendo si no se prueba de forma notoria la realidad de tal hecho. Existen obras incontestadas cuando se realicen durante la vigencia del contrato y no supongan la puesta en marcha del negocio. Necesidad, por tanto, del consentimiento expreso del arrendador. *Sentencia de 10 de septiembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que ejercita el actor, ahora recurrente, acción resolutoria del arrendamiento sobre el local de negocio de su propiedad, sito en la calle Santa Florentina nº 133 de Palma de Mallorca, que tiene concertado con el demandado, fundándola en las causas 2ª y 5ª del artículo 114 de la Ley Arrendaticia Urbana, por cesión o subarriendo incontestado, en favor de un tercero, también demandado, y en la causa 7ª del citado precepto, en razón de haber efectuado el arrendatario obras incontestadas que modifican la configuración del local, todas las cuales fueron, sin embargo, rechazadas por la sentencia apelada, que desestimó íntegramente las pretensiones del actor.

CONSIDERANDO: Que las pruebas obrantes en autos acerca de la pretendida introducción de un tercero ajeno a la relación locativa en el uso y disfrute del objeto arrendado, son de manera notoria insuficientes para acreditar la realidad de tal hecho, pues la instancia dirigida a la pertinente autoridad gubernativa con fecha de 13 de Julio de 1977 por un tal M.N.M. en súplica de que se le autorizara a poner a su nombre la industria de Bar con sede en el local litigioso y la efectiva concesión de la licencia solicitada el 29 de Agosto siguiente, no demuestran, por sí solas y sin ayuda de más elementos de convicción, que el citado Sr. N. llegara en la realidad a regentar el establecimiento en algún instante, ni en qué concepto, máxime cuando dicha persona nunca ha podido ser localizada y el arrendatario manifiesta reiteradamente desconocerla, por lo que, en cuanto a las causas 2ª y 5ª resolutorias invocadas y sin necesidad de ulteriores razonamientos, procede la desestimación de la demanda y la absolución del codemandado D. M.N., según hace la sentencia que se impugna.

CONSIDERANDO: Que distinta suerte corresponde a la otra causa de resolución que se alega, 7ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, toda vez que consta debidamente acreditado merced a las pruebas testifical, pericial y confesión, así como a

través de las manifestaciones hechas ante Notario por el arrendatario, que éste realizó en el interior del local obras consistentes en el levantamiento de dos tabiques de albañilería que, llegando hasta el techo, delimitan y cierran un espacio o habitación, en el que procedió a montar una cocina de cuatro quemadores de gas, planchas, fregadero y accesorios, los cuales es obvio que modifican la configuración del local arrendado al alterar la distribución de sus originales volumen y superficie, variando su fisonomía de manera esencial y sensible, todo ello sin haber obtenido el consentimiento expreso del arrendador; la sentencia apelada, no obstante, desestima también este motivo legal de resolución, apreciando, en argumentación sostenida por la parte apelada en la vista del recurso, que dichas obras habían sido efectuadas en fechas próximas a la celebración del contrato y eran necesarias para la utilización del objeto arrendado conforme su destino; es reiterada doctrina jurisprudencial al respecto que todo contrato de arrendamiento de un local de negocio lleva implícita la autorización necesaria para la realización de las obras precisas a la instalación de la industria para que el local fué arrendado, pero referida y limitada tal autorización al tiempo de puesta en marcha del negocio, sin que quepa extenderla a aquellas otras llevadas a cabo ulteriormente durante la vigencia del contrato por ser convenientes para el desenvolvimiento del negocio que exigen ya el consentimiento expreso del arrendador o, en su caso, la autorización judicial (Sentencias 13 de Febrero, 21 de Abril y 27 de Junio de 1962, 11 de Marzo, 27 de Mayo y 30 de Octubre de 1963, 21 de Febrero y 14 de Marzo de 1964, 27 de Febrero de 1965, 6 de Diciembre de 1967, 20 de Marzo y 2 de Abril de 1969, etc.) y en la presente "litis" es de observar que: a) con anterioridad a la celebración del contrato de arrendamiento de fecha 30 de Junio de 1972 que liga a las partes, el local ya venía siendo empleado como bar, por lo que, al no variar su destino, en principio aparecen como innecesarias las obras de acondicionamiento, sin que el arrendatario haya demostrado por el contrario, que hubiera precisión de ellas en razón de una presunta distinta "orientación comercial"; b) contradiciendo esta eventualidad, en el texto del contrato obrante al folio 7 y que está reconocido por el demandado en prueba de confesión, se dice que "el arrendatario declara haber recibido el local con las condiciones para el recto destino y uso contratado y, hallándose en estas condiciones, se obliga a su conservación y entretenimiento"; y c) por la resultancia de la prueba pericial practicada a instancias de la parte actora, cabe fijar la época de construcción de los tabiques en el año 1975 es decir, unos tres años después de la celebración del contrato, lapso de tiempo excesivo que impide conectarlo con las necesidades de puesta en marcha del negocio, y así el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de Marzo de 1966 ya afirmó que las obras realizadas al cabo de más de medio año de puesto el local en actividad negocial no pueden estimarse como de adaptación, y si bien el apelado ha pretendido poner en duda el acierto de aquella prueba, es lo cierto que no ha demostrado, por total ausencia de actividad encaminada a tal fin, que el año de construcción fuera otro diferente, siendo así que, comprobada la realidad de la innovación modificativa, es de su incumbencia justificar que concurren cuantas condiciones la hacen lícita, de una parte, a modo de excepción, y, de otra, porque, con arreglo al criterio de facilidad probatoria, es él quien dispone de los medios (declaración de los albañiles, factura de sus servicios y de la compra de materiales y aparatos, etc.) idóneos conducentes a fijar con exacta precisión el momento constructivo; de todo lo cual se desprende la aplicabilidad de la causa de resolución invocada al amparo del número 7 del artículo 114 de la Ley Arrendaticia, por no merecer las obras el calificativo de necesarias a la instalación de la industria, sino de mera mejora posterior o conveniencia, procediendo por ello, con estimación parcial del recurso de apelación, revocar la sentencia apelada y dar lugar al desalojo interesado.

CONSIDERANDO: Que al estimarse sólo en parte los pedimentos de la demanda, cada parte habrá de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, de conformidad al artículo 149 n.º 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a las de la primera instancia, sin que tampoco haya lugar a efectuar especial imposición a ninguna de ellas de las producidas en esta alzada.

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 Miguel Barceló Perelló en nombre y representación de M. V. P. contra la sen-

tencia dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca en los autos de que este rollo dimana, el cinco de Septiembre de mil novecientos ochenta y tres, debemos revocar y revocamos dicha sentencia a la que dejamos sin efecto, y con estimación parcial de la demanda formulada por el mencionado Procurador contra D. M.F.V., debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de arrendamiento de fecha treinta de Junio de mil novecientos setenta y dos sobre el local de negocio conocido por B.B., por causa de realización de obras incontestadas que modifican la configuración del local, condenando a D. M.F. a que lo desaloje dentro del plazo legal, con apercibimiento de lanzamiento si no lo hiciere; y desestimando en cambio la demanda en cuanto se funda en la cesión, subarriendo o traspaso incontestado del local, debemos absolver y absolvemos de dicha causa de resolución al citado Don M.F. así como a M.N.M., todo ello sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

Dada la rebeldía de Don M.N.M., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el término de tres días, no se insta su notificación personal. (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez).

233

233. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. La acción ejercitada tiene como fundamento el art. 1902 Cc (responsabilidad extracontractual). Las obligaciones derivadas del art. 1902 Cc son siempre solidarias cuando haya habido varios intervinientes en la producción del daño. La solidaridad, a tenor del art. 1144 Cc, excluye el litisconsorcio necesario. **Prescripción.** La acción por daño o faltas en los objetos de transporte, a tenor del art. 952, II C.com., no podrán ser ejercitadas sin el preceptivo "protesto"; no obstante, tal precepto tiene incidencia en la responsabilidad contractual, y no —como en este caso— en las acciones derivadas de la culpa extracontractual. **Culpa in eligendo.** Es requisito indispensable la relación jerárquica, de dependencia o subordinación entre la empresa que produce el daño y la demanda. **Inexistencia.** *Sentencia de 17 de septiembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la primera cuestión a dilucidar en el presente recurso y con carácter preferente a las demás propuestas, estriba en determinar si la parte actora-recurrente, dados los hechos que alega en su demanda, puede ejercitar —como lo hace— acción para resarcimiento de daños derivados de culpa extracontractual con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil, o si, al contrario, como repetidamente sostiene el demandado Sr. P. sólo puede acudir a las acciones que nacen del contrato de transporte terrestre, cuestión que, pese a no haber sido abordada por la sentencia apelada, resulta primordial para la

adecuada resolución de las restantes, ya que es diferente el régimen jurídico a que se someten unas y otras e inclusive, las personas que, "prima facie" han de responder frente a cargador.

CONSIDERANDO: Que tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de diciembre de 1980 que "en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en un contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que el perjudicado por la doble infracción (contractual y extracontractual) sea la misma persona, es decir, el acreedor contractual, y que la doble infracción haya sido cometida por una misma persona el deudor contractual, por sí o por medio de sus dependientes, sin que ello suponga poder exigir en ningún caso dos responsabilidades, sino simplemente optar entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin" y que si bien el principio general es en estos supuestos la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual, existen excepciones derivadas de la doctrina de la unidad del concepto de culpa civil y en este sentido recuerda la Sentencia de 9 de Marzo de 1983 de dicho Alto Tribunal que son numerosas las decisiones jurisprudenciales que declaran aplicables los artículos 1902 y siguientes, no obstante la preexistencia de una relación obligacional; en consecuencia, reclamándose por la actora determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios sufridos por causa de desperfectos ocasionados supuestamente a un aparato espectómetro modelo FT-80 A en las operaciones de carga y descarga llevadas a cabo por el transportista D. M.P. encargado de su traslado entre los almacenes de I.C. en el Aeropuerto de Palma de Mallorca y la F.C.Q. de dicha capital, aunque las relaciones que mediaban entre C.R. M. S.A., la A.A.M. y la empresa T.M.P. eran netamente contractuales, y, en concreto, las propias de una comisión mercantil y de un transporte terrestre, en cada caso, sin que la intervención de la A.A.B.M. S.L. fuera más allá de facilitar la puesta en contacto a los interesados (folios 139, 224 y 260), puede lícitamente la demandante, con arreglo a la doctrina jurisprudencial antes expuesta, acudir a la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual, pues bajo la típica obligación del porteador de entregar los efectos cargados en el mismo estado en que se hallaban al tiempo de recibirlos, sin detrimento ni menoscabo alguno (artículo 363 del Código de Comercio), subyace el deber general de cuidado impuesto por el principio de "neminem laedere", fundamento último del artículo 1902 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, acogiendo la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario invocada por ambas partes demandadas, dicta pronunciamiento absolutorio en la instancia por entender que, habiendo sido varios los porteadores que intervinieron en el transporte del aparato espectómetro desde su origen en la localidad de San Francisco (California) hasta su destino final en la F.C.Q. de Palma de Mallorca, y pudiendo ocurrir que fuera cualquiera de ellos y no el Sr. P., el causante de los desperfectos descritos, la adecuada constitución de la relación jurídico-procesal exigía la llamada al proceso de todas cuantas personas tomaron parte en aquél, argumento que ha de rechazarse, por cuanto que, afirmando el actor que fue precisamente la empresa T.M.P. la productora de los desperfectos, a tal aserto concreto debe circunscribirse la controversia, y porque el Tribunal Supremo tiene establecido en Sentencia de 6 de Noviembre de 1980 y demás que en ella se citan, que las obligaciones derivadas del artículo 1902 del Código sustantivo son siempre solidarias, cuando haya o pueda haber varios intervinientes en la producción del daño, lo que determina que si los causantes o intervinientes son varios, sobre cada uno de ellos pesará la obligación solidaria de reparar íntegramente el daño, sin perjuicio de que en la relación interna entre los mismos la deuda pueda presumirse dividida en tantas partes iguales como deudores haya, de donde se concluye en la inexistencia de litis consorcio pasivo necesario cuando sólo se demanda a uno o varios, pero no a todos, como autoriza el artículo 1144 del Código Civil; razones que dan lugar a que se estime el recurso de apelación interpuesto por la demandante y haya de revocarse la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que también alegan los demandados para oponerse a la preten-

sión de la actora, aparte de la excepción de prescripción, que fué expresamente desestimada por la sentencia recurrida y a cuyo rechazo se aquietaron, la decadencia o perjuicio de la acción de resarcimiento por incumplimiento del párrafo segundo del n° 2 del artículo 952 del Código Mercantil, en cuya virtud las acciones por daños o faltas en los objetos transportados no podrán ser ejercitadas si al tiempo de la entrega de las respectivas expediciones, o dentro de las veinticuatro horas siguientes cuando se trate de daños que no aparezcan al exterior de los bultos recibidos, no se hubiesen formalizado los correspondientes protestos o reservas, exigencia que, en efecto, no fué atendida, pero cuya falta no acarrea en el presente supuesto las consecuencias que se postulan, pues el Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 18 de Junio de 1979, recaída sobre un caso sustancialmente análogo al de autos, que el transcrito precepto es norma relativa a la prescripción mercantil de las acciones nacidas del contrato de transporte, pero no a las derivadas de la culpa extracontractual, con régimen propio.

CONSIDERANDO: Que se denuncian, asimismo, determinadas irregularidades y deficiencias en el aviso de seguro remitido por C.R.M. S.A. a la Compañía aseguradora S., aquí recurrente al objeto de incluir la expedición del aparato espectómetro dentro de la cobertura de la póliza flotante que ambas tenían concertada, cuales son, que el transporte debía iniciarse en Zug (Suiza), cuando en realidad partió de San Francisco (California); que el valor asegurado fué el de 8.840.000 pesetas, mientras que en la Aduana española se declaró el de 8.396.971 pesetas; que el aviso está fechado a 22 de Septiembre de 1981, en tanto que la mercancía salió del puerto de origen el día 3 del mismo mes; que los bultos consignados son tres en lugar de los cuatro verdaderos y que, por último, su peso tampoco coincide con el real, todo lo cual, a juicio de los demandados, entraña inexactitudes en la declaración del asegurado determinantes de la nulidad del contrato de seguro a tenor del "artículo 381 del Código de Comercio"; prescindiendo de otras consideraciones, no pueden sin embargo los demandados hacer valer tales defectos del aviso de aplicación frente a la Compañía aseguradora que, habiéndolo aceptado como válido, pretende resarcirse, con cargo a los presuntos causantes del hecho ilícito, de la indemnización, que satisfazo a su asegurado, conforme le imponía la póliza, pues aquéllos son terceros ajenos al contrato y no pueden actuar acciones que no son suyas, ni tutelar intereses que no les corresponden, además de que el derecho del asegurador a repetir contra los responsables del siniestro, no se funda exclusivamente en el artículo 43 de la vigente Ley de Seguro de 8 de Octubre de 1980, que le autoriza a subrogarse en los derechos y acciones del perjudicado, sino también en el artículo 1158 del Código Civil, que concede acción de reembolso, y nace en puridad del concreto y preciso hecho del pago.

CONSIDERANDO: Que la parte actora, dentro de la órbita extracontractual por ella elegida, dirige su reclamación, además de contra el transportista a quien reputa causante material de los desperfectos habidos en el aparato porteadado, contra el titular de la A.A.M., que, encargado por C.R.M. S.A. de gestionar el despacho en aduana y el traslado hasta la F.C.Q. del espectómetro, concertó el porte con el señor P., empresario profesionalmente dedicado a tal actividad, achacándole culpa "in eligendo" con pretendida base en el artículo 1903 del Código Civil, con olvido de que la responsabilidad por hecho de otro que contempla el citado precepto requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica, de dependencia o de subordinación entre el ejecutor del hecho dañoso y el demandado, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 de Junio 1979, 4 de Enero 1982, 7 de Octubre y 2 de Noviembre de 1983 que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo en cuestión, puesto 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, sometiendo los a su vigilancia o dirección, eventualidad ésta que no tuvo efecto en el caso debatido, por lo que, cualesquiera fueren las responsabilidades que, en el marco contractual, incumban al comisionista frente al comitente por razón de los actos del porteador (artículo 379 del Código Mercantil), carece el demandado D. J.M.B. de toda responsabilidad de origen extracontractual, procediendo, por ello, absolverle de la reclamación que se le formula.

CONSIDERANDO: Que si bien la representación del otro codemandado, Sr. P., niega rotundamente que las cajas transportadas sufrieran caídas o golpes durante las operaciones de porte efectuadas por su patrocinado y, en consecuencia, la autoría de éste en los desperfectos producidos en aquellas, la conjunta y racional apreciación de las pruebas practicadas conduce a la afirmación de que los daños que presentaban determinados elementos del aparato espectómetro, fueron causados, al menos, en ocasión de su descarga en la F. al emplearse procedimientos inadecuados e insuficientes para ello, pues, pese a las matizaciones del testigo D. A. C. (folio 135), es lo cierto que en la carta de 19 de Octubre de 1981 (folio 24) redactada por el D. F. taxativamente se afirma que "una de las cajas al ser descargada del camión recibió un golpe con desperfectos en la caja y posiblemente en el imán con salida de un líquido", lo que corroboran los informes del G. T. (folios 26 a 32) y de la A. A. (folios 102 a 106) y, sobre todo, la nota de entrega obrante al folio 25 en la que el propio D. M. P. escribió, a instancias del conserje de la F. y una vez descargados los bultos, pero no antes, ni en otro lugar, como sostiene su representación, (confesión del Sr. P., posiciones 4ª, 5ª y 7ª al folio 142 y posición 5ª al folio 180, e informe al folio 175), la frase "1 caja de cartón conteniendo la máquina tapadera rota sin revisar", en tanto que, por contra, no realizó ninguna protesta, ni opuso objeción al estado en que se hallaban las cajas, cuando procedió a recogerlas de los almacenes de Iberia Cargo, pasividad inexplicable en un transportista avezado, si fuere cierto que uno de los bultos presentaba ya al exterior anormalidades visibles ello, aparte de que los peritos dictaminan al folio 169 que, para que se varíe la distancia entre los electroimanes, —sustancial alteración entre todas las producidas—, "no basta un movimiento de zarandeo o desplazamiento del bulto sino que es necesaria una colisión con una cierta violencia", y es de notar, al respecto, que lo más que indican los testigos propuestos por el demandado, y no todos (Sr. C.), es que vieron manchas de humedad, al cargar en el camión, pero no la tapadera rota que se apreció en el punto de destino y a la que alude la nota de entrega citada, lo que hace sospechar de la existencia de un golpe violento intermedio, fácil de producir cuando se descarga manualmente un bulto de un peso, indicado en la envoltura, de 520 kg. entre tres personas, sin más ayuda que unas cuerdas deslizándolo a tierra sobre la rampa formada por la puerta trasera del camión, en lugar de acudir al empleo de medios más seguros, como el camión-grúa utilizado en ocasión posterior; de lo expuesto se desprende, no sólo que el transportista demandado fué el causante material del evento dañoso, sino, también, que éste se produjo al no haber adoptado las medidas de precaución, precisas en la manipulación de carga tan pesada y, al tiempo, tan frágil, ni aplicada la diligencia que las circunstancias requerían (artículo 1104 del Código Civil), por lo que habrá de responder de los daños y perjuicios causados, de conformidad a lo que dispone el artículo 1902 del citado Cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que la demandante S. S. A. satisfizo a su aseguradora, C. R. M. S. A. la suma total de 2.029.459 pesetas el día 4 de Octubre de 1982 en concepto de liquidación por razón del siniestro de autos, (folio 223), siendo éste el íntegro importe que ahora reclama en virtud de la subrogación a que le autoriza el artículo 43 de la Ley de Seguro para reembolsarse a cargo de los responsables del mismo, cantidad contra la que se alega, de un lado, que el departamento técnico de la casa C. R. M. S. A. facturó a precio excesivo los trabajos de montaje del espectómetro, y, de otro, que en la fecha de la factura correspondiente a la reparación del aparato en California, que asciende a 7.000 dólares, la moneda norteamericana se cambió en el mercado de divisas a 102,41 pesetas, y no a las 113,40, empleadas en el cálculo de la liquidación, objeciones ambas que deben rechazarse, puesto que no se ha practicado ninguna prueba con el fin de demostrar que por la realización de unos trabajos tan especializados y complejos como aquéllos, deba cobrarse precio inferior y porque el contravalor en pesetas ha de calcularse, no por el cambio que regía en la fecha de la factura, sino por el aplicable el día en que se efectuó el pago, que no coincide con aquél, sino que fué posterior, como el mismo documento revela al conceder un aplazamiento de 90 días (folios 54 y 55) para el abono.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto, procede condenar al demandado D. M. P. V., al pago de los 2.029.459 pesetas solicitadas en la demanda y, al tratarse de cantidad líquida, también al de los intereses legales de ella desde la fecha de la interpelación judicial, en aplicación de los artículos 1.100 y 1.108 del Código sustantivo.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad, ni mala fé en las partes a fines de especial imposición de las costas producidas en ambas instancias.

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

FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don A.O.V. en nombre y representación de S.C.A.S.G. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el dieciséis de Enero de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía de los que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, dejándola sin efecto; y estimando la demanda deducida por el citado recurrente contra M.P.V., debemos condenar y condenamos a dicho demandado a que satisfaga a la actora la suma de dos millones veintinueve mil cuatrocientas cincuenta y nueve pesetas (2.029.459,- ptas.) con más sus intereses legales desde la interpelación judicial hasta la fecha de esta sentencia y con los prescritos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde ella en adelante hasta su completo pago; asimismo debemos absolver y absolvemos al otro demandado J.M.B. de la reclamación contra él formulada, todo sin hacer especial imposición de las costas producidas en ambas instancias. (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez).

237

237. CONTRATO DE TRANSPORTE. Prohibición de retener el transportista las mercancías no entregadas hasta el cobro del transporte. Necesidad de depositarlas para posterior venta judicial —si llega el caso— en cantidad suficiente para el cobro del precio del transporte. **Prescripción.** Inexistencia. **Reclamación de cantidad.** Fijación de cuantías adeudadas entre los contendientes. Compensación. *Sentencia de 18 de septiembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial reiteradamente sostenida que “nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aun concibiendo el recurso de apelación como una simple revisión del proceso del primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración de todos sus trámites, permite sin embargo al Tribunal “ad quem” conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito (Sentencia de 6 de Julio de 1962) y que “cuando la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio” (Sentencia de 23 de Marzo de 1963).

CONSIDERANDO: Que al hilo de lo anteriormente sentado, conviene señalar que, operaciones mercantiles celebradas casi todas ellas en el año 1982 por al hoy actor, don M.C.R., titular de C.J. de esta plaza, como cargador y la entidad demandada, T.M. S.A. como porteadora, y pendientes en el día de hoy, constituyen la compleja y amplia materia de este juicio declarativo, en el que la parte actora postula la restitución de ciertos bultos de géneros de su propiedad que la entidad demandada tiene en su poder, por devolución

o no aceptación por sus destinatarios, así como el pago de indemnizaciones y restitución de cierta cantidad de dinero de un reembolso, a lo que la demanda se opone, e insta, por vía reconvenzional, que la contraparte le pague la suma de 42.256 pesetas, que por compensación le adeuda, según resulta de la cuenta corriente mantenida por los hoy litigantes.

CONSIDERANDO: Que las partes están concordes en que las partidas reseñadas en los cuatro primeros números del hecho primero de la demanda instauradora de esta litis —dos bultos de géneros destinados a don A. S. de Riopa (Albacete), un bulto de géneros para R.A., de Tabernes Blanques (Valencia), dos bultos de géneros cuyo destinatario fué don M.R.F. de Lugo, y otro bulto de géneros destinados a don R.R.F., del Caserío de Montijo (Granada)—, están en poder de la compañía demandada, T.M. S.A., por no aceptación o devolución por sus destinatarios. La expresada entidad de transportes retiene en su poder dichas mercancías, interín, según manifiesta, no le pague el actor los portes devengados y no satisfechos, tanto los de remisión como los de retorno de las mercaderías, invocando en apoyo de tal retención el artículo 6, párrafo segundo de la Orden de fecha 27 de Agosto de 1951 del Ministerio de Obras Públicas, que declara que “No obstante lo dispuesto en el artículo 368 del Código de Comercio, la Agencia podrá retener la entrega de la mercancía hasta que se haya hecho pago de las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, y, en su caso, proceder con arreglo a lo que determinan los artículos 374 al 376 de la misma Ley sustantiva mercantil”, así como el artículo 9.2 de la Orden de fecha 30 de Noviembre de 1981 del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones que dice: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 368 y 369 del Código de Comercio, la Empresa podrá retener la entrega de la mercancía, entre tanto el destinatario o el cargador, respectivamente, le adeuden los gastos indicados en el párrafo anterior, en relación a estas u otras expediciones que correspondan a dicho usuario y, en su caso, proceder con arreglo a lo que determinan los artículos 374 al 376 del Código de Comercio”.

CONSIDERANDO: Que dejando aparte la cuestión de si los transcritos artículos —órdenes ministeriales— respetan o no el principio de jerarquía normativa que garantiza la Constitución de 1978 —artículo 9.3 y que sustenta el artículo 1.2 del Código Civil al proclamar que “carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”, hay que tener bien presente, como lo destacó en el acto de la vista el Letrado de la parte-reconvenida, que tales órdenes ministeriales aprueban un Reglamento-tipo, o sea que se trata de un modelo para que las agencias de transportes puedan acomodar, si les interesa, sus propios reglamentos a tal “tipo” legal, señalándose en la orden ministerial de 1951 citada que los reglamentos adaptados debían ser presentados dentro del plazo legal; y en las presentes actuaciones no consta que T.M. S.A. tenga aprobado reglamento que le faculte para llevar a cabo la retención de los efectos porteados hasta que se le abonen los portes devengados, por lo que el impago del precio del transporte y gastos complementarios de las referidas expediciones quedan sometidos a la normativa general del transporte terrestre contenida en el Código de Comercio.

CONSIDERANDO: Que la ley concede al portador para asegurar el percibo de sus créditos, facilitando la rápida liquidación del contrato y estimulando al porteador para que acepte cualquier proposición de transporte sin necesidad de realizar averiguaciones sobre la solvencia del cargador, un crédito real sobre las mercancías transportadas, en lugar del simple crédito personal derivado del contrato. Este privilegio del porteador se configura de distinta manera en las legislaciones: pues mientras en unas, la garantía es muy amplia —se trata de una prenda sobre las mercancías que nace con la toma de posesión por el porteador y subsiste después de la entrega al consignatario durante un breve plazo— en otras, se concede al porteador un derecho de retención sobre la mercancía mientras no sea satisfecho en los créditos derivados del transporte. A diferencia del Código Civil que concede en algunos supuestos la facultad de prolongar la tenencia de una cosa, por razón de un crédito relacionado con ella, hasta el pago del mismo —artículos 453, 522, 1600, 1730, 1780 y 1866—, nuestro Código de Comercio no autoriza al porteador para retener la mercancía mientras no perciba el precio y los gastos del transporte: al contrario, le obliga a depositar judicialmente la mercancía (artículo 396); no tiene obligación de entregarla al destinatario, o al cargador en caso de no aceptación o devolución por el consignatario de la mercancía —que es el presente caso—, pero si depositarla. Este depósito que el Código

de Comercio de 1829 preveía solo para el caso de no hallarse el consignatario en el domicilio indicado en la carta de porte y para el que rehusase recibir los efectos, se extiende por el Código vigente al caso de negativa de pago. El porteador para hacer efectivo el derecho especial sobre las mercancías transportadas —artículo 375—, puede exigir la venta judicial de los géneros que condujo, en cantidad suficiente para cubrir el precio del transporte y los gastos que hubiere suplido. Por ello, T.M. debe restituir al actor, al no tener derecho de retención, los géneros referidos en los cuatro primeros apartados del hecho Primero de la demanda.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la partida señalada en el número quinto del hecho Primero del escrito inicial de esta litis —dos bultos de géneros, remitidos en Febrero de 1982 a don S.M., de Bilibao—, consta en autos declaración, a presencia judicial, del destinatario de la mercancía, que se le entregó los géneros remitidos por C.J. de Palma de Mallorca y que en la propia carta de portes se estampó la frase “cobrar al Remitente” y posteriormente tuvo que devolver aquéllas que no habían sido solicitadas (folio 151), por lo que no es de recibo el escrito de T.G. de Vitoria de que de dichos bultos no se hizo cargo el señor M., por lo que los devolvieron a A. de Palma de Mallorca (folio 7 del presente rollo), y por ello carece de base real la afirmación del actor de que dichas mercancías las tiene en su poder la entidad demandada —hecho que niega ésta—, lo que determina el rechazo de la pretensión del demandante de que T.M. S.A. le restituya los expresados dos bultos de géneros.

CONSIDERANDO: Que la petición de indemnización solicitada por el titular de C.J., “por pérdida de atractivo comercial de los géneros, por influjo de la moda” de las mercaderías que tiene en su poder retenidas la entidad demandada y que el Letrado del actor en el acto de la vista señaló como promedio, a la vista del dictamen del perito, en un 60% del valor de las mercaderías —precio de factura—, se desestima, dada la clase e índole de la mercancía —abrelatas, molinillos, bandejas, miniaturas, cajas musicales y portafotos—, objetos a los que el transcurso de algo más de un año, no altera su valor comercial; ya que los Organos judiciales han de apreciar la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

CONSIDERANDO: Que la parte demandada ha reconocido expresamente el hecho segundo del escrito inicial de este juicio: haber recibido de C.J. dos bultos de géneros para el envío de Mr. L.M. de Cartagena, envío verificado contra reembolso de 37.345 pesetas, suma que la entidad demandada cobró y retiene para, con la deducción de un 3% por comisión de cobro, compensar con cantidades que le adeuda el actor, por lo que se estima el reintegro postulado.

CONSIDERANDO: Que la excepción de prescripción de un año (nº 2 del artículo 952 del Código de Comercio) esgrimida frente a la petición de indemnización por pérdida del envío de 5 bultos de géneros a don D.P. de Calamocha (Teruel) —hecho tercero de la demanda—, no puede prosperar por no haber transcurrido dicho plazo ya que la mercancía que se entregó al porteador el 10 de Julio y constan en autos cartas de fecha 29 de Abril, 11 de Mayo, 1 y 3 Junio, 2, 14 y 27 Julio, 17 Agosto y 14 de Septiembre de 1982 (folios 24/32), reclamando noticias del envío e indemnización por la pérdida, y la demanda se interpuso el 12 de Julio de 1983. Entrando en la cuestión de fondo de esta operación mercantil, consta acreditado que los referidos cinco bultos fueron remitidos y devueltos por su destinatario —“ya que no había pedido esa mercancía” según declaró a presencia judicial el señor P. (folio 180)—, y se encuentran en poder de la entidad demandada, por lo que se ha de desestimar la indemnización que se solicitaba por la no entrega de las mercancías a su destinatario.

CONSIDERANDO: Que también ha reconocido la compañía demandada la certeza del hecho cuarto del escrito instaurador de esta litis: entrega de cuatro bultos de géneros para su transporte a Cartagena para su entrega a don A.M.A., de los que sólo se entregaron dos, ya que se extraviaron los otros dos. Surge por tal pérdida la responsabilidad del porteador por incumplimiento de la obligación fundamental y típica que pesa sobre él: ha-

cer llegar todas las mercaderías al destinatario, en buen estado y dentro del plazo convenido, al no haber probado que la pérdida de los géneros se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas (artículo 361 del Código de Comercio). Este, consecuente con la tendencia de liquidar con rapidez las relaciones entre cargador y porteador, de acuerdo con la tendencia general del Derecho mercantil a impersonalizar estas relaciones, no indemnizar la pérdida sufrida en concreto, ni la ganancia dejada de percibir, sino tan solo "el valor que tuvieren los efectos no entregados, en el punto donde debieron serlo y en la época en que corresponde hacer su entrega" (artículo 363 del repetido Cuerpo legal); valor que de los géneros no entregados a su destinatario señor M.A., se estima el que señala el peritaje emitido —extremo segundo— (folio 130), que acepta los precios que constan en la relación obrante a los folios 38 y 39 que ascienden a un total de 102.558 pesetas.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen de la reconvencción, se estima probadas o reconocidas en las actuaciones, las siguientes cantidades a favor de T.M. S.A. y a cargo del reconvenido, a saber: 1º) 46.655 pesetas, importe del talón nominativo librado por el reconvenido contra su cuenta corriente en la Caja de Ahorros "SA NOSTRA" el 9 de Julio de 1982 (folio 83) y entregado en pago de ciertas facturas que adeudaba a la entidad porteadora mencionada, talón que no fué abonado por no ser conforme (posición 14). 2º) 20.341 pesetas, importe de la factura nº 266 de A. (reconocida en el escrito de contestación a la reconvencción). 3º) 19.707 pesetas, por portes debidos a cargo del reconvenido, por mercaderías para él remitidas por don P.N. de Ibiza y A. de Barcelona (folios 90/94). 4º) 6.501 pesetas, importe de la factura nº 777 de T.M. (reconocida igualmente en el escrito de contestación a la reconvencción). 5º) 1.120 pesetas, por comisión del 3% en el cobro de la mercadería remitida por C. J. a D. L.M. de Cartagena a reembolso de 37.345 pesetas (envío relatado en el hecho segundo de la demanda inicial de este juicio). 6º) 2.930 pesetas por portes de envío remitido, a portes debido, por el reconvenido a C. de Ciudadela (Menorca) de 8 bultos de géneros (folios 99/101). 7º) 1.488 pesetas por portes de un bulto de géneros remitido, a portes debidos, por el reconvenido a Don V.S. de Valencia, que lo devolvió (folios 102/105). 8º) 7.549 pesetas, por portes del envío de cinco bultos a don D.P., de Calamocha (Teruel) que los devolvió y están en poder del reconveniente (folios 79/81), como se expone en el considerando noveno de esta resolución. 9º) 4.493 pesetas por portes de dos bultos de géneros remitidos, a portes debidos, a don A.S., de la localidad de Riopa (Albacete), que no los aceptó y fueron devueltos y están en poder de la entidad porteadora (folios 58/81) —nº 1 de hecho primero de la demanda instauradora de este pleito—. 10º) 1.943 pesetas, portes de un bulto de géneros remitido, a portes debidos, R.A. de Tabernas Blancas (Valencia), (folios 62/63) que fué igualmente devuelto por su destinatario y se encuentra en poder de la reconveniente —nº 2 del hecho primero de la supradicha demanda—. 11º) 2.326 pesetas por portes de un bulto de géneros remitido, a portes debidos, a don R.R.F., Caserio de Montijo (Granada) que también fué devuelto por su destinatario (folios 70/74) y obran en poder de T.M. S.A. en esta ciudad —nº 4 del hecho primero de la expresada demanda—. 12º) 7.292 pesetas por portes de dos bultos de géneros expedidos, a portes debidos, a nombre de don M.R.F. de Lugo, igualmente devueltos (folios 64/69) y están en poder de la entidad reconveniente —nº 3 del hecho primero de la supradicha demanda inicial— y 13º) 3.810 pesetas por portes de dos bultos enviados a don S.M. de Bilbao, que fueron recibidos por su destinatario (folios 76/78), si bien declaró que "posteriormente tuvo que devolver aquellas que no habían sido solicitadas" como se expuso en el considerando sexto de esta sentencia, no habiéndose probado ni reconocido que los géneros que se afirman devueltos estén en poder de T.M. S.A. La suma de dichas cantidades asciende a 128.236 pesetas, de cuyo importe hay que descontar 48.655 pesetas por la transferencia bancaria que don M.C.R. ha hecho a favor de T.M. S.A., según ésta reconoce en el hecho segundo de su reconvencción, lo que arroja la cantidad de 79.581 pesetas, como adeudada por el Sr. C. a la citada compañía de transportes.

CONSIDERANDO: Que por los razonamientos anteriormente expuestos resulta: A) que el importe de las pretensiones pecuniarias estimadas a favor de don M.C.R. y a cargo de T.M. S.A. asciende a 139.903 pesetas ---37.345 pesetas por el reembolso cobrado al destinatario de la mercancía, don L.M. y 102.558 pesetas por la pérdida de dos bultos de géne-

ros de los cuatro remitidos a don A.M.A., de Cartagena—; y B) que la suma de las cantidades adeudadas por el señor C.R. a T.M. S.A., asciende, restando el importe del giro bancario reconocido, a 79.581 pesetas; deudas que, al compensarse al concurrir las circunstancias establecidas en el artículo 1.196 del Código Civil, determina la extinción de una y otra en la cantidad concurrente, según determina el artículo 1.202 del mismo Código, y cuyo remanente o diferencia de 60.322 pesetas es la cantidad que debe pagar T.M. S.A. a don M.C.R.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé en los litigantes 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, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don M.C.R. y estimando parcialmente el interpuesto en nombre y representación de T.M. S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diecinueve de Diciembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo en cuanto se oponga a la presente: I) Que, estimando en parte la demanda deducida por don M.C.R. contra T.M. S.A., debemos condenar y condenamos a la entidad demandada: a) a hacer entrega al actor de los géneros propiedad de éste, retenidos en su poder y relacionados en los cuatro primeros números del hecho primero de la demanda. b) con rechazo de la excepción de prescripción esgrimida, a pagar al demandante sesenta mil trescientas veintidos pesetas, suma que devengará intereses legales desde la interpelación judicial hasta el día de hoy y desde esta fecha, hasta su total abono, el señalado en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Absolviendo a la demandada de las demás pretensiones contra ella formuladas. II) Que desestimando la reconvencción formulada, debemos absolver y absolvemos de ella, a don M.C.R. III) Sin hacer expresa imposición de las costas de primera instancia; confir-mándola en el resto. Sin condena de costas en esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

238

238. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Uso por el arrendatario de dependencias que componen el local arrendado a un tercero. Legitimación del propietario para ejercer la acción contra el arrendatario, estando fuera de la litis el primer arrendatario y perjudicado directo por el uso de las dependencias por él arrendadas. *Sentencia de 19 de septiembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que para resolver las dos cuestiones debatidas —obligación de la demanda de desalojar la habitación correspondiente al local contiguo a su vivienda, y obligación de la misma litigante de indemnizar a la actora los perjuicios derivados de tal

ocupación— son antecedentes necesarios los siguientes: *Primero*.- Entre la actora, como propietaria, y don O.M.P., tercero ajeno a este proceso, como arrendatario, se concertó, el uno de febrero de 1976, contrato de arrendamiento del local sito en la planta baja, derecha, del n.º 29 de la calle Maestro Bretón, de Palma de Mallorca, formado por dos habitaciones y su pequeño aseo; *Segunda*.- Dos años y dos meses después del precitado convenio, la actora, también en su condición de propietaria, y la demandada, como única arrendataria, celebraron contrato de arrendamiento de la vivienda contigua al local antes referido; compuesta por dos habitaciones, una sala-comedor, cocina y aseo, y *Tercero*.- A mediados de 1980, la demandada, ahora recurrente, sin autorización alguna e invocando necesidad propia, hizo suyo el uso de una de las dos dependencias que componen el local arrendado al citado ausente de la litis.

CONSIDERANDO: Que los hechos precitados conducen a establecer, sobre la temática del desalojo, conclusión idéntica a la impugnada, por cuanto sustentan el rechazo de los específicos motivos impugnativos, en base a las razones siguientes: A) La actora, en su condición de propietaria arrendadora, está legitimada para accionar la demandada recurrente, tanto porque la normativa contenida en el artículo 1560, párrafo primero, del Código Civil, si bien dispensa al arrendador de la obligación de responder de la perturbación de mero hecho que un tercero cause en el uso de la finca arrendada, sin embargo no le prohíbe accionar frente al perturbador, al objeto de mantener al arrendatario en el uso íntegro y pacífico de la cosa cedida, como porque la extralimitación arrendaticia que, en el supuesto litigioso, conlleva la indebida ocupación, debe ser corregida al objeto de mantener el inicial equilibrio prestacional; B) La demandada, en quien concurre la doble circunstancia de haber intervenido como otorgante en el contrato arrendaticio cuyo incumplimiento se denuncia, y de usar, sin título alguno, una dependencia cedida en arriendo por la actora a tercera persona, debe soportar, en tal específica situación procesal, las pretensiones deducidas en su contra; y C) Si bien es cierto que el actor debe traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, en unos casos, para impedir que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio y, en otros, para evitar la eventualidad de sentencias contradictorias entre sí, no es menos cierto que, como enseñan las Sentencias de 24-2 y 27-10-1983, cuando tales riesgos no existen por fundamentarse la pretensión actuada en una relación jurídica contractual o extracontractual en la que sólo aparecen como elementos subjetivos el actor y el demandado, debe regir el principio general que faculta al primero para demandar a quien tenga por conveniente, sin que la invocación por la demandada de terceros, como son, a los efectos de esta litis, la persona que convive con la demandada y el arrendatario perturbado en su uso de la cosa arrendada, puedan alterar dicho principio.

CONSIDERANDO: Que, sin embargo, la segunda cuestión —indemnización de perjuicios— debe resolverse favorablemente a la tesis impugnativa, por cuanto excusado normativamente el arrendador de responder de las perturbaciones de hecho causadas por tercero, concedida acción directa al arrendatario perturbado en su derecho, e inexistente pronunciamiento judicial que legitime el impago de la renta correspondiente al arrendamiento de la cosa cuyo uso ha sido objeto de la perturbación de hecho —impago que, en la tesis actora, se compensa con la indemnización pretendida—, es claro que no existe, entre el acto y posterior conducta de la demandada y el impago mencionado, la relación causal necesaria para acceder a la pretensión que la actora dedujo, en segundo término, mediante el escrito inicial del proceso.

CONSIDERANDO: Que el contenido parcialmente revocatorio de esta resolución motiva que no se formule declaración expresa sobre las costas de esta instancia.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña M.T.C.P., contra la sentencia dictada el siete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Palma en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en lo referido, exclusivamente, al pronunciamiento estimatorio de la pretensión indemnizatoria, de la que, ahora y previa desestimación parcial de la demanda, debemos absolver y absolvemos a la demandada, sin hacer

expresa declaración sobre las costas causadas en esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

245

245. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. Aplicación del art. 118 LAU. Necesidad de obras imprescindibles para que el conjunto del edificio reúna las mínimas condiciones. El valor de las obras supera el 50% del valor del inmueble, excluido el valor del suelo. *Sentencia de 24 de septiembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el actor, recurrente principal, tacha de incongruente a la sentencia de primera instancia por haber desestimado la demanda de resolución de arrendamiento de local de negocio que se funda en la causa recogida en el artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, mediante el acogimiento de lo que denomina excepción no invocada por el demandado, sin tener presente que dicha sentencia no acudió a excepción alguna, entendiendo por tal en su sentido propio un hecho nuevo que se opone a la prosperabilidad de la pretensión del actor y sólo puede ser introducido en el proceso por el demandado, sino que rechazó la demanda por entender que los hechos alegados y que fueron objeto de prueba en el pleito, ni aunque fueren ciertos, constituían el supuesto fáctico de la causa resolutoria citada, argumento jurídico ciertamente no utilizado por el demandado en la contestación, pero cuyo empleo, pese al silencio de éste, no entraña incongruencia, toda vez que es doctrina jurisprudencial conocida, de la que se muestra, por todas, la Sentencia de 3 de Julio de 1979, que mientras el Juzgador se halle vinculado a los hechos debidamente alegados, no ocurre lo propio con las normas aducidas por las partes, porque ello hay que combinarlo con los deberes y poderes del Juez para aplicar la norma adecuada, de acuerdo con la norma "da mihi factum dabo tibi ius", con lo que la no designación de norma por la parte, su alegación errónea o su imprecisión al citar varias en sus escritos, no tendrán repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa, de tal suerte que la sentencia que respeta los hechos, aunque el fundamento jurídico o el punto de vista normativo sea distinto, no incurre en el defecto alegado.

CONSIDERANDO: Que sostiene la sentencia apelada que la causa resolutoria del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos "viene establecida en directa y exclusiva referencia a la vivienda o local de negocio arrendado, sobre cuyo valor —descontado el del solar— y el de las obras necesarias ha de establecerse el juicio comparativo legalmente establecido en aras a determinar si el siniestro es equiparable a la destrucción", y que si el juicio comparativo se pretende establecer sobre el total inmueble, del que sólo constituye una parte el local arrendado, la única causa invocable sería la prevista en el apartado 10 del artículo 114 del citado texto, de donde concluye que, habiéndose centrado el debate litigioso sobre el total edificio y no sobre el local, procede rechazar la demanda, razona-

miento que esta Sala no comparte, toda vez que el local comercial de autos, que ocupa la parte izquierda de la planta baja del inmueble propiedad de la actora con fachada a la Avenida Antonio Maura de esta capital, el que cuenta, además, con otras cuatro plantas/pisos desde hace varios años deshabitadas y cubierta, forma parte integrante del total edificio, el cual constituye, según es ya fácilmente apreciable por el examen de las fotografías aportadas por el demandado, una unidad arquitectónica inescindible, de la que, a los fines de subsistencia y seguridad, no cabe conferir al local comercial existente en la planta baja una consideración separada e independiente, como si físicamente pudiera seguir suerte diversa del resto del inmueble, y pervivir al margen de él, y ello es así hasta el punto de que entre las obras imprescindibles para que el conjunto edificado reúna las mínimas condiciones de higiene y seguridad, se hallan el repicado y saneamiento de todos los muros estructurales del edificio y de la tabiquería de 0,08 metros de espesor y el reforzamiento mediante la intercalación de viguetas metálicas del forjado del techo de la planta baja, según los dictámenes periciales emitidos, es decir, que se, trata de obras que directamente afectan a elementos configuradores del local arrendado mismo, pero, al tiempo, comunes a la global edificación, a las que han de añadirse las demás numerosas exigencias por las otras partes de la construcción, ya que declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1967 que es imposible concebir las obras en función exclusiva del local, si, dado el estado de la finca, solamente pueden llevarse a cabo con garantías de eficacia, procediendo a una consolidación total del inmueble; siendo, pues, que, en el presente caso, todo el edificio y también, por lo tanto, el objeto arrendado, precisa de importantes reparaciones, cobra aplicación la doctrina jurisprudencial fijada, entre otras varias, por las Sentencias de 3 de Julio de 1957, 27 de Noviembre de 1958, 1 de Julio de 1959, 1 de Marzo de 1965, 24 de Febrero de 1970, 22 de Diciembre de 1973 y, en particular, por la de 1 de Diciembre de 1972, con arreglo a la cual el 50% a que alude el párrafo segundo del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos hay que referirlo al coste total de la obra necesaria para volver el inmueble a su utilización normal y no a la parte de dichas obras que afecten en concreto al local objeto del arrendamiento, pues la intención de la norma es volver el inmueble en su totalidad al ser y estado que tenía antes del siniestro, lo que determina deba rechazarse la argumentación de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que la confrontación de los diversos dictámenes periciales emitidos, efectuada conforme las reglas de la sana crítica, a que se remite el artículo 632 de la Ley Procesal, obliga a atribuir mayor eficacia a los que apoyan la tesis de la parte actora-recurrente, toda vez que vienen a corroborar en todos sus aspectos sustanciales el informe técnico confeccionado por el Arquitecto Sr. Balaguer, presentado con la demanda, cuyo detalle y precisión han de prevalecer por sobre las premisas genéricas e inconcretas en que sustentan sus conclusiones los dos únicos peritos favorables a la tesis del demandado, además de que uno de éstos, Sr. G., emite dos dictámenes contradictorios, pues mientras que en el obrante en el ramo de prueba del demandado afirma que el valor de la construcción actual, sin contar el valor del solar, alcanza los 12.614.000 pesetas y el de las obras necesarias los 5.425.000 pesetas (folio 108), en el otro ramo de prueba no disiente del valor asignado al edificio por el Sr. Balaguer, que lo limita a 8.821.713 pesetas, y que es aceptado por los restantes Arquitectos, sino de la necesidad de determinadas reparaciones, cuyo importe, unido al de otros gastos de indispensable cómputo, como son los horarios de los técnicos y la licencia municipal de obras, reducen el coste de las obras a la suma de 5.701.314 pesetas, en lugar de los 6.311.466 que calculan los otros peritos (folios 86 a 88), cantidad menor, pero que supera con creces, en todo caso, el 50% del aceptado valor del inmueble, resultando de este modo acreditada la concurrencia del supuesto de hecho que, con arreglo al párrafo 2º del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, permite instar la resolución del arriendo, con independencia de la causa que le dió origen, pues "la causa de resolución contemplada por el citado artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es una pérdida técnica, fundada exclusivamente en la desproporción económica entre el resultado perseguido y su coste de producción" (Sentencia 4 de Diciembre de 1970), sin perjuicio, en caso de culpa o negligencia, de la acción que asiste al arrendatario para reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por el arrendador (Sentencias 30 de Mayo de 1951, 30 de Septiembre de 1957, 19 de Diciembre de 1964, 28 de Febrero de 1975).

CONSIDERANDO: Que procede por lo expuesto dar lugar al recurso de apelación formulado por el demandante, sin que, en consecuencia, sea preciso entrar ya en el examen del deducido por vía de adhesión por el demandado, mediante el que denuncia la inaplicación por la sentencia combatida del párrafo 1º del artículo 149 de la Ley especial, relativo a la preceptiva imposición de las costas de la primera instancia al litigante cuyos pedimentos fueren totalmente rechazados.

CONSIDERANDO: Que en virtud de ese mismo precepto habrán de imponerse las costas de primera instancia al demandado, sin que se aprecie temeridad en las partes en orden a la condena al pago de las causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS: Que dando lugar al recurso de apelación interpuesto por Doña P. F. G. contra la sentencia dictada el dos de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad en los autos de que este rollo dimana, y rechazando el que interpone por vía de adhesión Don J. P. M., debemos revocar y revocamos dicha sentencia; y con estimación de la demanda formulada por la Sra. F. G., debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio a que este pleito se refiere, condenando al demandado D. J. P. a estar y pasar por esta declaración y a que lo desaloje, con apercibimiento de lanzamiento, si no lo hiciera dentro del plazo legal; todo ello con expresa imposición de las costas de la primera instancia a Don J. P. M. y sin hacer especial condena de ellas en cuanto a las causadas en la alzada (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez).

255

255. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución de contrato por introducción de un terreno ajeno a la relación arrendaticia. Innecesariedad por parte del arrendador de calificación exacta de la figura jurídica correspondiente o título por el que lo disfruta el tercero, lo que produce inversión de la carga de la prueba. *Sentencia de 29 de septiembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la introducción de la demandada doña M. R. B. en el uso del local objeto de la debatida relación arrendaticia es un hecho que las partes litigantes han concordado en el proceso, si bien otorgándole, cada una de ellas, distinta significación, pues mientras la actora lo califica de cesión o subarriendo-sancionable por ilegal, el codemandado recurrente afirma que tal hecho responde a la ayuda que, por causa de enfermedad, le presta su compañera de vida.

CONSIDERANDO: Que para resolver la procedencia de la causa resolutoria invocada —causa nº 2 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos— es necesario destacar la doctrina jurisprudencial que esta Sala sistematizó en Sentencia de 15-2-1982: A) La introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia en el local o vivienda arren-

dados genera la presunción de la existencia de la expresada causa resolutoria (Sentencias de 7-5-1958, 8-3-1963, 13-5 y 12-7-1970 y 22-6-1973, entre otras), siendo tal presunción, como expresamente señala la jurisprudencia referida, el natural resultado de la propia naturaleza clandestina en que tales ilícitos negocios se desenvuelven; B) Por los mismos motivos, tampoco precisa que el actor-arrendador tenga que "fijar el título por el que lo disfrute, si es cesión o subarriendo, ni si es total o parcial, absoluta o compartida, ni si es onerosa o gratuita, por que basta que se de la introducción de tercera persona, usándola en su nombre y provecho, para que proceda la resolución del contrato, ya que esta causa tiene su razón de ser en que el arrendatario adquiere por el contrato el derecho de uso, pero no su disposición (Sentencia 19-10-1972), por lo que no tiene "necesidad de calificar exactamente la figura jurídica correspondiente, dada la dificultad, inherente a la clandestinidad, en que normalmente se desenvuelven estos negocios, extraños a la intervención y a las posibilidades fiscalizadoras del arrendador (Sentencias de 13-5-1970, 6-3-1971, 29-2-1972 y 1-6-1973); y C) Consecuencia de lo anteriormente proclamado se produce una inversión de la carga de la prueba, al tener que justificar el arrendatario-demandado la legalidad de la introducción del tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada (Sentencia 10-4-1970).

CONSIDERANDO: Que la aplicación de la doctrina expuesta conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, por cuanto si, en primer término, ha sido concordado el hecho básico de la ocupación y explotación del local de negocio por tercero ajeno a la relación arrendaticia, como es la codemandada declarada en rebeldía, y si, en segundo lugar, no ha sido ofrecido medio probatorio alguno tendente a verificar la enfermedad y relación cuasi-matrimonial más arriba aludidas, sino que estas circunstancias, ofrecidas como motivo justificativo de la ocupación, se evidencian como no ajustadas a la realidad, desde el momento que el propio arrendatario reconoce, en confesión judicial, ignorar el domicilio de la ocupante del local, y la actora acredita, mediante las certificaciones expedidas por la Asociación Empresarial de Restauración de Mallorca y por la entidad Gas y Electricidad de Palma de Mallorca, que el bar sito en el local arrendado está inscrito a nombre de la ocupante/demandada, y que ésta, tercera ajena al convenio arrendaticio, resulta ser la titular del contrato de suministro de energía eléctrica para dicho negocio, es llano concluir que el pronunciamiento resolutorio es el procedente para poner término a la litis.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian motivos para hacer especial declaración sobre el pago de las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don M. H. T. contra la sentencia dictada el cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Palma en el juicio arrendaticio de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada.

Dada la incomparecencia de doña M. S. S. y doña M. R. B., notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

cia del vehículo asegurado; hecho independiente de la mercancía que tal vehículo pueda transportar —elemento inócuo para el riesgo—. Prescripción extintiva interrumpida por el acto de conciliación. *Sentencia de 2 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el contenido de los escritos principales del proceso, el de la resolución que puso término a la primera instancia del mismo y el de la impugnación formulada contra ella por el actor, motiva que en esta alzada deban resolverse las cuestiones siguientes: *Primera.* - Determinar si la acción contractual ejercitada ha prescrito, y *Segunda.* - Establecer si la entidad aseguradora debe hacer frente a las indemnizaciones a cuyo pago ha sido condenado por la jurisdicción penal el asegurado-actor-recurrente.

CONSIDERANDO: Que son antecedentes necesarios para resolver las cuestiones enunciadas los siguientes: A) El enjuiciamiento del hecho que constituye la causa mediata de la pretensión aquí actuada terminó con sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid el 30 de mayo de 1981, firme desde el 16 de julio del mismo año, (Sentencia nº 162. Sumario nº 106/79 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid), en cuyo primer resultando se declara probado: "Que el procesado J. R. M. D., de buena conducta y sin antecedentes penales, sobre las cero quince horas del día catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, conducía a velocidad aproximada de treinta kilómetros por hora, por la carretera Madrid-Cádiz, dirección esta última, el camión Pegaso matrícula S-1577-A, asegurado en la Compañía Mare Nostrum con carga de veinticuatro mil quinientos noventa y seis kilos de ácido clorhídrico, estando autorizada carga máxima de veintitres mil kilos y al llegar a las inmediaciones del kilómetro siete quinientos, aún advirtiendo que a setenta metros aproximadamente había un semáforo con fase en rojo, no intentó de inmediato detener su vehículo, y al aproximarse al semáforo en cuestión, en donde se hallaban parados los turismos M-949.684 y M-8437-AB, aún cuando actuó sobre el sistema de frenado, existiendo huellas de frenada en la calzada en nueve cuarenta metros de longitud, embistió por la parte posterior al Seat 127, M-8437-AB que le precedía, vehículo éste que a su vez desplazó varios metros al Seat 850, M-949.684 que se encontraba delante. La cabina del camión del procesado y el Seat 127 M-8437-AB quedaron calcinados. Los daños de este coche, el Seat 127, se evalúan en ciento ochenta mil pesetas, los del turismo M-949.684 se tasan en cincuenta y siete mil pesetas y los del camión en doscientas quince mil pesetas. El vehículo M-8437-AB era propiedad de su conductor I. B. I., y murieron calcinados I. B., así como su hijo A. B. C. e I. B. C. que curó en diecisiete días de asistencia e impedimento. El vehículo M-949.684 es propiedad de su conductor A. F. G. y resultaron con lesiones A. F. que curaron en tres días de asistencia y uno de impedimento y los ocupantes J. F. G. que curó en tres días de asistencia e impedimento y C. M. M. que curó en setenta días de asistencia e impedimento."; B) La parte dispositiva de dicha resolución es del tenor siguiente: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. R. M. D., como responsable en concepto de autor de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos y resultado de muerte, lesiones y daños, ... y al pago de las siguientes indemnizaciones: A los herederos de I. B. I. tres millones de pesetas, a los herederos de A. B. C. un millón de pesetas, a I. B. C., treinta y cuatro mil pesetas, a A. F. G. seis mil pesetas, a J. F. G. seis mil pesetas y a C. M. M. ciento cuarenta mil pesetas, cantidades que en primer término hará efectivas, dentro de los límites del Seguro de la Compañía Aseguradora "Mare Nostrum", e indemnización por los daños de ciento ochenta mil pesetas a los herederos de I. B. I. y cincuenta y siete mil novecientas pesetas a A. F. G...."; C) La entidad Mare Nostrum, mediante cartas remitidas el 14 de diciembre de 1978 y el 18 de diciembre de 1979, comunicó al actor su negativa de asumir las consecuencias del siniestro, por causa de "...no habersele declarado en el momento oportuno la clase de mercancía que transportaba el vehículo, y no haber cobrado por ello la parte de prima que corresponde por tarifa al riesgo de transporte de mercancías peligrosas..." (primera de las comunicaciones citadas), y de "...indicios de que

el exceso de carga pudiera haber influido en la circunstancia del fallo de frenos..." (segunda comunicación), y D) El 18 de noviembre de 1981 se celebró el acto de conciliación previo a la demanda rectora de este pleito, la cual fué presentada el 17 de noviembre de 1982.

CONSIDERANDO: Que la temática de la prescripción debe resolverse de forma contraria a la impugnada, por cuanto el plazo de un año estipulado por los contratantes en el artículo 21 de la Póliza como tiempo válido para que el asegurado ejercitase su acción contra la decisión de la aseguradora de denegar la indemnización, no ha transcurrido por cuanto: A) El día inicial de tal plazo prescriptivo será el estipulado en la Póliza —“desde el momento del recibo de la propuesta o notificación hecha por el asegurador”— únicamente cuando en él sea posible ejercitar la acción, pero no, como sucede en el supuesto litigioso, cuando la existencia de una causa penal haga aplicable, dada la identidad parcial entre el hecho enjuiciado en la misma y el que se ofrecería como base de la cuestión sometida a decisión en la jurisdicción civil, —clase de mercancía transportada e incidencia de la misma en el siniestro—, la normativa contenida en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, en tal caso, sólo después de la terminación de la vía penal será posible para el asegurado ejercitar su acción, y B) Desde el día en que adquirió firmeza la resolución que puso término al procedimiento penal —16 de julio de 1981— hasta el día en que se presentó la demanda rectora de esta litis —17 de noviembre de 1982—, no ha transcurrido el estipulado plazo de un año, pues éste fué interrumpido el 18 de noviembre de 1981 por causa del acto de conciliación celebrado, y ello, pese a no ir seguido de demanda en el plazo de los dos meses siguientes, dado que la más reciente jurisprudencia, de la que es exponente la Sentencia de 9 de diciembre de 1983, entiende que “el artículo 479 de la L.E.C. a tenor del cual si no se promoviese el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia no producirá este el efecto de interrumpir la prescripción, ha de entenderse referido, por ser anterior al C.C., a los preceptos de éste y, por tanto, no a la prescripción extintiva regida por los artículos 1961 al 1975, sino a la usucapión, que es materia de los artículos 1940 a 1960 y se corresponde con el 1947, y así la prescripción corta anual del nº 2 del 1968, que aquí importa, como todas las otras de las clases de las liberatorias o de acciones, se rigen por el 1973, interrumpiéndose no sólo por su ejercicio ante los Tribunales, sino también por reclamación extrajudicial del acreedor, categoría en la que se inscribe la mera presentación de la papeleta de conciliación, (23-3 y 16-11-1968 y 8 y 17-4-1980), cuando más el acto de conciliación, seguido o no de la demanda deducida en los dos meses a continuación...”

CONSIDERANDO: Que para determinar si el hecho dañoso del que el asegurado actor fué autor está dentro del riesgo previsto en la póliza de seguro debatida, es decir, para establecer si la entidad aseguradora demandada está contractualmente obligada a soportar las consecuencias económicas derivadas de aquel hecho, es necesario precisar que el riesgo, elemento que junto con la aportación de un sustitutivo económico fundamentan el concepto del seguro, es, utilizando la terminología de un sector doctrinal, un estado (estado de riesgo) que se produce por consecuencia de un hecho determinado, y éste, en el supuesto litigioso y dado el tipo contractual del seguro concertado —“seguro voluntario de vehículos a motor”— no es otro que la circulación o tenencia del vehículo asegurado. Hecho creador del estado de riesgo que, a tenor del cláusulado conjunto de la póliza concertada, es independiente de la mercancía que un vehículo como el asegurado pueda transportar, pues ésta se considera, por causa de sus propiedades específicas, bien como elemento inocuo para el riesgo, en cuyo supuesto la prima inicialmente calculada no es alterada, bien como elemento agravatorio del mismo, sea por su mayor susceptibilidad al deterioro, sea por su potencialidad para producir el siniestro o para aumentar los efectos de éste, en cuyo caso la prima será aumentada al objeto de hacerla equivalente preciso del riesgo que en cada caso asume la entidad aseguradora, la cual, por tal razón, si bien no deberá soportar las consecuencias económicas del siniestro cuando éste haya sido realización del plus agravatorio no cubierto, en cuanto contractualmente excluido, si deberá hacerlo cuando el daño en el patrimonio del asegurado tenga su origen en la realización del riesgo —riesgo básico— cubierto.

CONSIDERANDO: Que el sentido de reciprocidad contractual más arriba expuesto como correspondiente a la póliza de seguro debatida no queda contrariado por las condi-

ciones particulares de la misma, pues ni la duodécima, cuyo texto literal es "Transporte de mercancías explosivas o peligrosas. Queda completamente excluido de las garantías de esta póliza, el transporte de materias inflamables o explosivas y/o combustibles líquidos o gaseosos y/o sosa, ácidos y demás sustancias peligrosas o corrosivas", ni la decimotercera, que literalmente dice: "Mercancías excluidas del seguro. Quedan excluidos de las garantías del seguro los siniestros acaecidos en ocasión de los transportes señalados en las anteriores cláusulas 8, 9, 10, 11 y 12, siempre que alguna de ellas no haya sido consignada en las condiciones particulares", posibilitan otra exclusión de siniestro distinto al que afecte a las mercancías cuyo transporte esté excluido, o al que se produzca por consecuencia del transporte de mercancías excluidas —caso del ácido clorhídrico por su elevado índice de peligrosidad—, pues ambos serían realización de riesgo no cubierto, pero no, pretextando vagos términos contractuales como "...en ocasión de..." (condición particular decimotercera) o "...realizando el vehículo transporte de..." (condición general undécima), cuando el excluido ácido clorhídrico —o con parificable efecto el exceso de carga— haya sido tan irrelevante para la realización del siniestro, que éste se hubiere producido en igual forma y con idénticos efectos si la mercancía transportada fuera de las no excluidas, pues estimar lo contrario sería atentar contra la lógica contractual, entender que lo caprichoso motivó el pacto de seguro y concluir que la aseguradora, pese a percibir la prima calculada por el riesgo del hecho circulatorio y al amparo de un riesgo no realizado, no tiene obligación de pagar las indemnizaciones que, como responsabilidad civil, fueron impuestas al asegurado por causa de una conducción cuyo componente de imprudencia se concretó en no accionar el sistema de frenado con la antelación exigida por los detenidos vehículos precedentes.

CONSIDERANDO: Que habiendo sido condenado el actor a pagar, como consta en la transcrita parte dispositiva de la sentencia que puso término al juicio penal, distintas indemnizaciones por un total de 4.423.900 pesetas, y acreditado que la entidad aseguradora demandada ha satisfecho la suma de 618.600 pesetas en cumplimiento de las obligaciones derivadas del Certificado de Seguro Obligatorio, el quantum a que ahora debe condenarse a dicha entidad es el de 3.805.300 pesetas, como diferencia entre los dos importes citados y cantidad a que, en definitiva, ha venido a contraerse su improcedente rechazo del siniestro. Quantum que la sociedad aseguradora, en cumplimiento de la obligación nacida del pacto de seguro y dado que no consta acreditado que el asegurado-actor lo haya hecho efectivo total o parcialmente, deberá abonarlo ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como órgano jurisdiccional que dictó la sentencia estimatoria de las acciones reparatorias del patrimonio de los terceros perjudicados y entiendo de la ejecución de la misma, pues con tal modo de cumplimiento se liberará al asegurado del daño que sobre su patrimonio supone este referido pronunciamiento judicial condenatorio y ejecutable.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108 del Código Civil la entidad aseguradora abonará ante el órgano judicial citado y en la ejecutoria correspondiente, los intereses legales que la suma de 3.805.300 pesetas haya devenido o devengue por causa de su impago.

CONSIDERANDO: Que sólo para el supuesto de que el asegurado-actor acreditara haber hecho efectiva alguna indemnización, la entidad demandada reintegrara a dicho litigante el pago realizado —reduciéndose en el mismo quantum la prestación ante el órgano judicial— y los intereses legales correspondientes al mismo desde la fecha de su realización.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian motivos para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, ni, dado el tenor de esta resolución, sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don J. R. M. D. contra la sentencia dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma, el treinta de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revo-

car y revocamos dicha resolución, y desestimando la excepción de prescripción, y estimando como estimamos la demanda interpuesta por el citado recurrente contra la entidad MARE NOSTRUM S.A. debemos condenar y condenamos a esta demandada a que satisfaga ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid en ejecución de la sentencia penal referida en el segundo considerando de esta resolución la cantidad de tres millones ochocientos cinco mil trescientas pesetas (3.805.300 ptas.) por causa de las indemnizaciones a cuyo pago fué condenado el recurrente y la correspondiente a los intereses legales que el impago de dicha suma haya producido o pueda producir en la ejecución del pronunciamiento penal.

Sólo para el supuesto de que el actor acreditase haber satisfecho, total o parcialmente, alguna indemnización, se condena a la entidad Mare Nostrum S.A. a que reintegre a dicho litigante tal pago y los intereses legales del mismo desde su realización (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

265

265. EJECUCION DE SENTENCIA. Incidente de previo y especial pronunciamiento, de admisibilidad dudosa. En este período procesal sólo tienen cabida las actuaciones encaminadas a dar efectivo cumplimiento al fallo de la sentencia, pero no a revisar las prestaciones correspondientes, hayan sido o no debatidas en puridad anteriormente. *Sentencia de 10 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que todo el proceso de ejecución de las sentencias firmes se halla sometido a la finalidad propia de llevar a efecto y cumplimiento lo resuelto en ellas (Sentencias 24-noviembre-1961, 8-mayo-1963, 26-mayo y 28-noviembre-1980, etc.), mediante diligencias "cuyo único objeto es traducir en realidad lo resuelto en la litis" (Sentencia 4-enero-1964), sin que el órgano jurisdiccional pueda, en este trámite, de dicho contenido exclusivo, efectuar pronunciamientos que no se ajusten a las declaraciones que la sentencia contenga o que modifiquen, alteren o decidan nuevos derechos, ampliando o reduciendo los términos de la resolución, cuyo cumplimiento vincula a los contendientes y al juzgador (Sentencias de 18-diciembre-1962, 23-abril-1963, 28-abril-1981), incurriendo en extralimitación cuando, en dicho período, decide puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la ejecutoria o provee en contradicción con lo ejecutoriado (artículo 1695, hoy nº 2 del artículo 1687 de la Ley Procesal Civil), esto es, "cuando sobre la base de la sentencia de cuya ejecución se trate, se ventila una cuestión nueva no discutida en el pleito ni decidida en aquélla, o cuando, con infracción de la cosa juzgada, se otorga más o menos o cosa distinta de lo mandado en la sentencia, pues habiéndose de estar a la esencia de ésta, es inoperante cuanto exceda del fallo" (Sentencias 15-junio-1963, 9-marzo-1979); límites que rigen en el trámite de ejecución para todas las resoluciones que recaigan en él, tanto en los supuestos e incidencias reguladas en los artículos 919 a 950 de la Ley de Enjuiciamiento, como en los incidentes de previo y especial pronunciamiento que se susciten, según se desprende de las Sentencias de 2 de abril de 1960, 24 de noviembre de 1966 y 16 de febrero de 1979 del Tribunal Supremo, pues en ningún caso, ni por ningún concepto, cabe, de una u otra manera, en dicho trámite, la revisión del fallo firme, revestido de la autoridad que emana de la cosa juzgada, o la introducción de cuestiones nuevas, aducibles, pero no aducidas oportunamente en el pleito en que recayó la ejecutoria.

CONSIDERANDO: Que este contenido prefijado e inmutable de la fase de ejecución hace inviable la pretensión que la parte actora —a través de un incidente de previo y especial pronunciamiento de admisibilidad ya por sí dudosa—, deduce dentro de ella con el propósito de conseguir una reducción del precio estipulado por los litigantes el 25 de noviembre de 1971 para el ejercicio del derecho de opción a comprar determinado solar, fundándose en sobrevenida alteración de la normativa urbanística que disminuye notablemente la edificabilidad del mismo, con rotura —en su particular entender— de la equivalencia real de las prestaciones correspondientes, toda vez que esta cuestión, al margen de todo otro género de valoraciones, resulta por completo ajena y extraña al ámbito de este período procesal, en el que solo tienen cabida las actuaciones encaminadas a dar puro y efectivo cumplimiento al fallo de la sentencia recaída en estos autos el 14 de febrero de 1974 y que alcanzó firmeza al ser consentida por las partes, el cual, tras declarar que la actora, hoy recurrente, había ejercitado en tiempo y forma la opción de compra convenida con el señor R., condenó a éste al otorgamiento de “la correspondiente escritura pública de venta del solar descrito en el pacto primero del documento de 25 de noviembre de 1971, con entrega simultánea por la entidad demandante al demandado vendedor de los avales bancarios correspondientes a los tres plazos anuales e intereses a que se refiere el citado documento”, por lo que es obvio que el planteamiento de aquella cuestión, haya sido o no debatida en puridad anteriormente, persigue la modificación de los términos en que ha de llevarse a efecto la ejecutoria, resultado inadmisibles, según se ha expuesto, que, sin más, da lugar al rechazo de la demanda incidental formulada y al del recurso que pretende sostenerla, sin que, por ello, sea menester entrar en el examen de los otros puntos alegados por la recurrente y, en particular, el de la presunta inconstitucionalidad del artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento, adecuadamente tratado, por otra parte, por el Juzgador de Primera Instancia en su auto de 22 de marzo de 1983.

CONSIDERANDO: Que conviene precisar, por último, que la vía procesal y el momento escogidos por el apelante para deducir la pretensión que se repele, no pueden encontrar amparo en una alusión efectuada “orbiter dicta” en el sexto Considerando del auto dictado por esta Sala el 11 de julio de 1975 en ocasión de otro incidente surgido en esta misma ejecución, frente a la claridad y rotundidad de los preceptos legales y la doctrina jurisprudencial al principio reseñados, más aún cuando dicho considerando sienta la rotunda afirmación de que la alegada existencia de unos supuestos que alteran las bases del negocio jurídico es “cuestión extraña a este trámite” y la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1976, confirmatoria de la resolución de esta Sala, asimismo sienta que no pueden tomarse en consideración “razones metajurídicas como la depreciación actual del solar”.

CONSIDERANDO: Que en el trámite de ejecución de sentencia el complejo derecho regulado en el artículo 24 de la Constitución española, tan repetidamente citado por la parte apelante, “se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano que ha obtenido la sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad” (S. T.C. 29-junio-1983); la reiterada actitud destructorionista de dicha parte, contraria asimismo al mandato del artículo 118 del mismo Texto Fundamental, que, hasta el momento, ha logrado impedir por mecanismos diversos se cumpla el fallo de una resolución judicial, dictada el 14 de febrero de 1974 y que ganó firmeza el 30 de marzo siguiente, a la que pudo combatir en su día con los recursos ordinarios y extraordinarios estatuidos al efecto, lo que hizo, y que ahora culmina en una apelación contra la sentencia que desestimó su pretensión incidental con base en precisos y acertados, y, en realidad, no atacados, fundamentos entre los que, desde luego, no se halla la falta de prueba en el incidente, como se ha querido sostener en el acto de la vista, evidencia temeridad que acarrea la justa imposición de las costas de esta segunda instancia.

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

FALLAMOS: Que no dando lugar a la apelación interpuesta por la representación procesal del S.E. S.A. contra la sentencia dictada el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia

cia número Dos de esta ciudad en los autos de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la apelante (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez).

271

271. PROPIEDAD HORIZONTAL. Uso privativo a determinados copropietarios de un elemento común. Requisitos para la autorización de tal uso. Impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios. Falta de notificación a los ausentes; omisión ésta no subsanable por la no oposición de los ahora disidentes durante diez años. Prescripción adquisitiva: inexistencia, por haber sido impugnado el título posesorio con anterioridad al transcurso del plazo de diez años exigidos por el art. 1495 del Código civil. *Sentencia de 17 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la utilización exclusiva de un elemento común, como es la zona de patio interior perteneciente a la Comunidad de propietarios del Edificio sito en los nº 2, 2A, 2B y 2C del Camino de Salard, de Palma de Mallorca, por los propietarios de las plantas bajas que tienen acceso al mismo, ha sido objeto de las dos cuestiones siguientes: *Primera.* - Analizar si la autorización concedida por la Junta de Propietarios celebrada el día 17 de diciembre de 1971 —autorización que, en el parecer de los demandados recurrentes, legitima el uso del patio— es válida, y *Segunda.* - Determinar si, con fundamento en tal uso, los demandantes, como pretenden en demanda reconventional, han adquirido por prescripción, bien el dominio del patio, bien el derecho a su utilización privativa.

CONSIDERANDO: Que un análisis adecuado de la primera cuestión exige precisar que si bien es cierto que la calificación ab initio del patio como elemento común por naturaleza no impide, con apoyo en la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal y en el párrafo 3º de su art. 5º, atribuir su uso privativo a determinados copropietarios, no lo es menos que ello, tal uso privativo, deberá haberse dispuesto en el título constitutivo, en los estatutos, o, en su defecto, acordado por unanimidad en la forma prevista en la norma primera del artículo 16 del citado texto legal.

CONSIDERANDO: Que la concesión en el turno de "ruegos y preguntas" de una autorización como la debatida, si bien vicia la constitución de la Junta en cuanto la citación para la misma no pudo contener, y ello es ineludible requisito pues todo copropietario tiene derecho a conocerla, la indicación de los asuntos objeto de estudio y votación, sin embargo no produce la inexistencia del acuerdo, siempre que éste se halle dentro de las atribuciones de la Junta y sea aprobado por unanimidad, la cual sólo puede entenderse existente si todos los asistentes a la reunión han estado conformes y si, notificado en legal forma el acuerdo a los ausentes, éstos no manifestaren su oposición concreta por escrito dentro del mes siguiente a la notificación.

CONSIDERANDO: Que siendo competencia de la Junta de Propietarios, como mas arriba se ha dicho, la adopción de acuerdos como el impugnado, y concordada la conformidad de los asistentes a la sesión en que se adoptó, la cuestión queda circunscrita a determinar si, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley especial, la acción impugnatoria ejercitada mediante la demanda rectora de la litis ha prescrito. Cuestión que exige analizar, pues así lo impone la lógica conceptual, si el acuerdo impugnado fué notificado a los ausentes en el modo fehaciente y detallado exigido por la Ley, es decir, si la obligada notificación se realizó con garantías de autenticidad, al objeto de evitar que con mala fe se pueda adoptar un acuerdo aprovechando la inasistencia de algún titular a la sesión, y con la concurrencia de suficientes detalles que posibiliten un conocimiento del acuerdo y permitan, en consecuencia, adoptar una decisión sobre su impugnación.

CONSIDERANDO: Que analizado, con tal finalidad, el material litisdecisorio, y sin necesidad de apreciar la concurrencia de los requisitos precitados con el rigor que impone la naturaleza de un acuerdo como el impugnado, la conclusión debe ser contraria a la tesis de los recurrentes, por cuanto tal acuerdo —acuerdo invocado como título legitimador del uso— no fué notificado en modo alguno a los ausentes. Omisión que no puede entenderse subsanada, como impugnativamente se pretendió, por la no oposición de los ahora disidentes durante el tiempo de diez años, tanto porque ha sido verificada la existencia de un continuo desacuerdo que si bien no se manifestó de manera formal y escrita, sí lo hizo en el ámbito de la convivencia diaria, como porque, un acuerdo por el que se atribuye a determinados copropietarios el uso privativo de un elemento común debe ser, dada la alteración del principio general que disciplina la utilización y disfrute de los elementos comunes y la notable importancia de su ámbito, conocido por todos los copropietarios en una dimensión cuya exactitud no se evidencia necesariamente por el simple ejercicio del derecho de uso concedido, sino mediante el escrupuloso cumplimiento de la normativa legal.

CONSIDERANDO: Que la conclusión anterior, en cuanto viabilizadora de la formalizada oposición al acuerdo, impide la existencia de la unanimidad exigida por el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal e impone, como consecuencia de faltar el elemento volitivo que daría plena vida legal al acuerdo, la confirmación de la resolución impugnada, la cual, atendido el contenido de su parte dispositiva, deberá completarse, por exigencia del principio de congruencia, con la resolución correspondiente a la pretensión reconvenicional, que será necesariamente desestimatoria no sólo porque la inexistencia del acuerdo impide el nacimiento de cualquiera de los dos derechos postulados, sino también porque, primero y en relación con la adquisición del dominio del patio, la posesión de éste no ha sido en concepto de dueño, sino por causa de licencia, como resulta del propio título invocado —autorización de la Junta— y reconocen los demandados durante el proceso (artículos 1941, 1942 y 1948 del Código Civil), y segundo y en relación también con la adquisición del derecho de utilización privativa, los copropietarios disidentes han impugnado el título con anterioridad al transcurso del plazo de diez años exigido por el invocado artículo 1945 del Código Civil, pues el uso del patio, supuesto que se iniciare el 17 de diciembre de 1971, fecha del acuerdo autorizante, quedó interrumpido el 14 de diciembre de 1981, por causa de acto conciliatorio que, pese a lo argumentado por los demandados, sí fué seguido de demanda presentada en los dos meses siguientes, como resulta de la diligencia de presentación obrante al final del escrito rector de esta litis.

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..., contra la sentencia dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, el quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos esta resolución, completándola con la desestimación, que ahora acordamos, de la demanda reconvenicional formulada por los recurrentes, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

272. DAÑOS POR INCENDIO. Contrato de seguro, con cobertura múltiple de comercio. Doctrina legal. Ambito. La acción ejercitada, fundada en un seguro de cobertura múltiple por incendio del vehículo de motor sin estar en circulación, es distinta de la acción basada en un seguro por uso y circulación de vehículos a motor, por lo que la Compañía aseguradora —conocedora de las cláusulas transcritas en la póliza por ella suscrita— se hace merecedora de la condena en costas al realizar una oposición temeraria. *Sentencia de 18 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, que condena a don R. G. O., dueño del Restaurante P. sito en ..., de Paguera, término municipal de Calviá, y a la Compañía "Fenix Peninsular, Sociedad Anónima de Seguros" a que solidariamente indemnicen al actor, don J. D. M. P., en la suma de 260.276 pesetas más los intereses correspondientes, por los daños sufridos en su vehículo marca Renault, modelo 12, matrícula PM-6194-M, al ser alcanzado por el incendio que se produjo en dicho establecimiento el día 27 de septiembre de 1982 y llegar el fuego hasta el lugar —próximo al edificio del restaurante— donde estaba estacionado, así como también les condena al pago de las costas procesales, es impugnada por la Compañía aseguradora —el codemandado señor G. O. fué declarado en rebeldía por los siguientes motivos: a) por ser el fallo recaído contrario al criterio sustentado por esta Sala en sentencia de 18 de noviembre de 1980 que excluyó de la obligación de indemnizar por razón de un seguro, los daños causados por el incendio de un vehículo de motor, por no estar en movimiento o circulando, que es el supuesto que ahora se contempla en esta alzada; y b) por ser improcedente la condena de costas impuesta.

CONSIDERANDO: Que, para llenar una amplia y sentida laguna normativa sustantiva, ya que tanto los escasos artículos del Código Civil, como los raquíticos del Código de Comercio no satisfacían ni estaban concordados con las exigencias y fines que actualmente desempeña el contrato de seguro en la moderna sociedad y en su economía —el seguro funciona bajo la forma de una garantía recíproca más bien que bajo la forma de operaciones aisladas—, se promulgó la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro, que recoge los principios y criterios sustentados por la jurisprudencia y los propugnados por la moderna doctrina científica; así en la sección primera —preliminar— del Título Primero, tras definir el contrato de seguro —artículo 1º—, declara que "las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado" (artículo 2º), que las condiciones generales en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados (artículo 3º), y que el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizados por escrito —artículo 5º—. Igualmente cabe destacar que la citada Ley especial distingue y regula por separado los "Seguros contra daños" (Título II) el "Seguro de personas" (Título III) —seguros de concreta cobertura y seguros de abstracta cobertura, respectivamente—, y dentro de aquella clase de seguro regula sus distintas modalidades: de incendio, contra robo, de transporte terrestre, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil, así como el reaseguro; y dentro del seguro de persona, regula el seguro sobre vida, el de accidentes, y el de enfermedad y asistencia sanitaria. Su disposición final deroga los artículos 1791 al 1797

del Código Civil, los artículos 380 a 433 del Código de Comercio y cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de dicha Ley.

CONSIDERANDO: Que el seguro de cobertura múltiple de comercio, concertado por los hoy codemandados y que empezó a regir el 11-8-82, asegura el "continente" y el "contenido" del Restaurante P. —entendiéndose a los efectos de la póliza suscrita, según en ella se indica, por "continente", el local donde el Asegurado tiene instalado el comercio objeto del Seguro, cimientos, tabiques, suelos, techos, etcétera, y por "contenido", el mobiliario, enseres, ajuar comercial y mercancías propias del comercio asegurado—, y se rige, así lo expresa una declaración contenida en la póliza, por lo dispuesto por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de seguro. El suscrito por los hoy codemandos, cuya póliza, en fotocopia, consta unido a los folios 10/30 de este rolo, cubre, entre otros riesgos, el de responsabilidad civil del asegurado al 100 % de la suma asegurada por el continente y contenido —5 y 3 millones respectivamente— y su artículo 2.5.1. declara lo siguiente: "Responsabilidad Civil. La Compañía garantiza el pago de las indemnizaciones que judicialmente la fueran impuestas al Asegurado por la Responsabilidad Civil que le fuera legalmente imputada, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1902 al 1910 del Código Civil, por daños causados a terceros en sus personas o bienes, que tengan su origen en el contenido y explotación del comercio objeto del Seguro, y siempre que tales hechos ocurran en el interior del recinto comercial o dentro de un radio de acción inferior a 100 metros del mismo. Queda, pues, cubierta tanto la responsabilidad directa del Asegurado, por hechos propios, como la que tenga su origen en actos del personal a su servicio, en el ejercicio de su actividad profesional a las órdenes del Asegurado. Asimismo se incluye la responsabilidad que tenga su origen en algún siniestro de los cubiertos por las garantías de este mismo artículo".

CONSIDERANDO: Que al constar probado que el incendio que se produjo el día 27 de septiembre de 1982 en Paguera (Calviá), en la carretera de Andraitx, se inició en el restaurante P., asegurado con cobertura múltiple de comercio —entre ellos el de riesgo de incendio— por la entidad apelante-demandada, alcanzó al turismo matrícula PM-6194-M, propiedad del hoy apelado-actor, que estaba aparcado cerca de dicho establecimiento —se estima que estaba estacionado a una distancia muy inferior a 100 metros del mencionado restaurante—, es por lo que a tenor de las cláusulas antes transcritas y del artículo 73 de la citada Ley 50/1980, procede reiterar la obligación de la recurrente, como entidad aseguradora, de abonar la indemnización reclamada, que es el importe de los daños causados, cuya cuantía está dentro del límite asumido por ella y tener el perjudicado acción directa contra el asegurado para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar (artículo 76 de la supradicha Ley especial); sin que a ello pueda oponerse con éxito, que esta Sala en sentencia de fecha 18 de noviembre de 1980 desestimó la pretensión indemnizatoria promovida contra una Compañía aseguradora por incendio de un vehículo de motor por no estar éste circulando o en movimiento, ya que la reclamación se basaba en un seguro por uso y circulación de vehículos de motor y en el presente caso, la acción ejercitada se funda en un seguro de cobertura múltiple, que comprende el riesgo de incendio y el de responsabilidad civil del asegurado por los daños causados a terceros, en sus personas y bienes, como consecuencia o derivación de aquel siniestro, y sus pólizas son bien distintas; lo que determina la desestimación del primer motivo impugnativo.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir el segundo motivo de apelación, al ser temeraria la oposición formulada en primera instancia, al conocer perfectamente la Compañía aseguradora demandada su obligación de pagar la indemnización por daños reclamada de adverso, dados los claros términos de las cláusulas antes transcritas de la póliza por ella suscrita, y no tener relación técnico-jurídica el supuesto contemplado en la sentencia invocada por ella con el presente caso, el ser bien distintos los seguros y pólizas suscritas por las Compañías Aseguradoras demandadas.

CONSIDERANDO: Que al confirmarse la sentencia apelada, procede, de conformidad con el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condena de las costas de esta segunda instancia a la parte recurrente.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de la entidad Fenix Peninsular, Sociedad Anónima de Seguros, debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veinticuatro 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 declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Dada la incomparecencia del actor Don J. D. M. y del demandado rebelde Don R. G. O., notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

275

275. NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES. No va contra la Ley y los Estatutos, ni lesiona a la entidad en beneficio de algún socio, el acuerdo que decide que la entidad sea dirigida y administrada por un único Administrador con la denominación de Gerente, y no por Consejo de Administración, ya que la relación accionista-administrador no es de mandato, sino órgano administrativo al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombraron (S. de 29 de nov. de 1969). Ni vulnera la Ley ni los Estatutos el nombramiento de Administrador con unas características determinadas —pues el único requisito imprescindible es la necesaria capacidad de obligarse. *Sentencia de 24 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la parte actora, al amparo de la norma contenida en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, solicita se declare la nulidad de los cuatro primeros acuerdos adoptados por la Junta General Extraordinaria celebrada el 30 de junio de 1983, por entender que es contrario a la Ley y a los Estatutos: A) Sustituir el Consejo de Administración por un administrador único (acuerdos primero y segundo); B) Nombrar administrador a quien, como don R. A., no tiene nacionalidad española, ni permiso de residencia, ni carta de trabajo (acuerdo tercero), y C) Ratificar la actuación que el citado señor A. había llevado a cabo en virtud de nombramiento realizado en una Junta que, como la General Extraordinaria celebrada el 1 de mayo de 1982, había sido suspendida judicialmente.

CONSIDERANDO: Que el enjuiciamiento de las invocadas causas de impugnación, realizado con la ponderación y cautela recomendadas por el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de octubre de 1955 y de 10 de octubre de 1980 al objeto de no invadir "la esfera de acción reservada por la Ley o por los Estatutos a los órganos de la Sociedad, sin perjui-

cio, claro es, de que con plena libertad de acción, siempre ajustada a derecho, el Juzgador pueda y deba revisar los acuerdos de aquéllos si el proceso ofrece demostración suficientemente razonable de que el organismo social se ha extralimitado por exceso o por defecto en el ejercicio de sus facultades legales o estatutarias o ha causado lesión a la entidad en beneficio de algún socio", conduce a desestimar íntegramente la pretensión anulatoria, por cuanto: A) En el primer motivo enunciado no se aprecia violación de la Ley ni de los Estatutos, pues éstos fueron modificados, en el extremo relativo al número de administradores, por órgano competente para ello, como a tenor del artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas, es la Junta General Extraordinaria, y cumpliendo los requisitos que sobre el orden del día y concurrencia de socios y capital exige el artículo 84 de la citada normativa especial. Conclusión que desde la perspectiva del tercer supuesto prevenido en el artículo 67 de la Ley debe mantenerse igualmente, pues del motivo que se analiza no se desprende que los acuerdos sean lesivos de los intereses sociales en beneficio de uno o varios socios, tanto porque el hecho de que un grupo de accionistas tenga en el Consejo un administrador único nombrado por ellos —posibilidad que desaparece al aprobarse la figura del administrador único— no confiere prerrogativa alguna, ya que, como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de noviembre de 1969 "la relación de accionista-administrador no es de mandato, sino que éste, una vez nombrado, pasa a ser órgano administrativo al servicio de los intereses de la sociedad, no de los que lo nombraron", como porque el privar a los grupos minoritarios de tal facultad de nombramiento —facultad que no corresponde a todos los grupos cuando el número de éstos es superior al de administradores— tampoco acarrea a los mismos un perjuicio irreparable, puesto que, como declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 de noviembre de 1969 y 2 de marzo de 1977, recogidas en la de 10 de octubre de 1980, "las responsabilidades de los administradores están fijadas en los artículos 79, 80 y 81 de la Ley, y el derecho de censura de la gestión administrativa, siempre podrá ser ejercitado por cada accionista en las Juntas Ordinarias o en las Extraordinarias"; B) En el segundo motivo invocado como causa de nulidad no hay vulneración de Ley o de Estatutos, por cuanto no existe normativa especial o disposición estatutaria, como pudo existir pues la Ley deja en libertad a los Estatutos para que impongan los requisitos que se estime necesarios al nombramiento de administrador, que exija para ejercer el cargo poseer una nacionalidad determinada o tener domicilio en el país en que la sociedad desenvuelve sus actividades, por lo que es válido el nombramiento de quien tiene —no le ha sido negado— el único requisito imprescindible cual es la necesaria capacidad civil de obligarse sin estar sometido a limitación alguna, y C) Igual destino corresponde al último motivo alegado, dado que ni ha sido declarada la nulidad del acto objeto de ratificación, como sería necesario para declarar la ilegalidad del acuerdo ratificador, ni éste, en cuanto transmite el apoyo o confianza de la mayoría, incurre en alguno de los tres supuestos prevenidos en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en la norma undécima del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas procede condenar a los actores al pago de las costas causadas.

FALLAMOS: Que desestimando la demanda formulada por P. V. P. contra E.D.A.S.A. debemos absolver y absolvemos a esta demandada de los pedimentos formulados en su contra, con expresa condena de los actores al pago de las costas de este procedimiento (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

276. NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL. El matrimonio de un súbdito panameño y una española, celebrado en la sede del Consulado de la República de Panamá ante el Cónsul honorario es perfectamente válido, sin que obste a ello la no intervención del Juez de Distrito. Delimitación del concepto de Jurisdicción. No desempeñan función jurisdiccional los Jueces en la celebración de los matrimonios civiles, sino que su intervención se circunscribe a simples encargados del Registro civil, competentes para autorizar el matrimonio civil. Principio de reciprocidad propio del Derecho Internacional privado. *Sentencia de 24 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída que desestima la demanda interpuesta por doña C. M. P. B. y declara no haber lugar a declarar la nulidad del matrimonio civil contraído por la actora con don J. M. P. R. ante el señor Consul Honorario de la República de Panamá en Palma de Mallorca, el día 19 de diciembre de 1979, es apelada por la demandante, aduciendo, como ya lo hiciera en primera instancia como fundamento de su pretensión, que la jurisdicción es un atributo inseparable de la soberanía y la soberanía no puede cederse ni delegarse jamás, y si su matrimonio civil se celebró en España, tenía que haberse llevado a cabo para su validez, según estatúa el artículo 101 en anterior redacción del Código Civil, con intervención del Juez municipal —hoy de Distrito— o del que en su lugar deba autorizarlo —se refiere siempre a funcionarios españoles en los supuestos excepcionales previstos por la Ley—, no comprendiendo por tanto a funcionarios extranjeros ni a dependientes de un país extranjero, por lo que el expresado matrimonio, celebrado por una española en España ante un Consul extranjero es nulo de pleno derecho, según la recurrente.

CONSIDERANDO: Que conviene concretar en primer lugar el concepto de jurisdicción, término reiteradamente utilizado por la parte apelante-actora tanto en su escrito de demanda como en su informe oral en el acto de la vista de esta alzada. La jurisdicción es la función del Estado que se desarrolla en el proceso; por consiguiente, los conceptos de proceso y jurisdicción son correlativos; la jurisdicción es la actividad de la administración de justicia en sentido propio. La Constitución Española vigente proclama que "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial..." (artículo 117.1) y "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan" (artículo 117.3). Que la jurisdicción —actividad de administrar justicia— compete exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, no ha de llevar a la conclusión de que toda actividad judicial es jurisdiccional, basta citar como ejemplo, la legalización de documentos y de ciertos libros que llevan a cabo los Juzgados. Duplicidad de funciones judiciales —jurisdiccionales y no jurisdiccionales— que la propia Constitución Española reconoce y consagra —artículo 117.4—, de suerte que si bien es cierto que toda actividad jurisdiccional es, en nuestro Derecho, judicial, no lo es a la inversa: toda actividad judicial no es jurisdiccional. Concretado tal concepto, básico para el examen y resolución de esta litis, hay que señalar: A) que los Jueces en la celebración de los matrimonios civiles intervienen como encargados del

Registro Civil, así lo declara el actual artículo 51 n° 1 del Código Civil, —su carácter de órgano de dicho Registro se afirma en el apartado primero del artículo 10 de la Ley del Registro Civil—, de suerte que, en tal actividad —atribuida por la ley en garantía de un derecho público— no desempeña una función jurisdiccional; de ahí que el Alcalde en su caso, o el delegado designado reglamentariamente, el funcionario diplomático o consular, como órganos del Registro Civil sean, en los casos previstos por la ley, competentes para autorizar el matrimonio civil (artículo 51 ya mencionado); y B) que la Ley del Registro Civil nunca utiliza la palabra “jurisdicción”, aunque la actora-apelante la consigna en su demanda y la pronunció en su informe “in voce” en el acto de la vista de esta segunda instancia, como vocablo existente en determinados preceptos de dicha Ley; en ella se habla a menudo de “competencia”, sobre todo en los Títulos III y IV, así se dice “el Registro competente”, “el Juez encargado del Registro que tenga competencia”, “el encargado del Registro competente” etcétera, sin que sea lícito identificar los conceptos de jurisdicción y competencia: aquella, como ya se expuso, es una función de la soberanía del Estado y por tanto exclusivamente suya, mientras el concepto de la competencia implica criterio, bien cuantitativo bien cualitativo, de distribución de una materia, ya sea ésta jurisdiccional, ya administrativa, ya gubernativa.

CONSIDERANDO: Que al establecer la legislación patria que los españoles pueden contraer matrimonio civil ante el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero —párrafo tercero del artículo 100 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 7 de Julio de 1981—, se ha de reconocer validez por el principio de reciprocidad que impera en el Derecho internacional privado, a los matrimonios celebrados en España por los extranjeros ante sus representaciones competentes acreditadas en España, siempre que la aplicación de la ley extranjera no resulte contraria al orden público (artículo 12.3 del Código Civil). Al celebrarse dichos matrimonios en las sedes diplomáticas o consulares respectivas, que gozan del privilegio de extraterritorialidad que corresponde hoy, según la moderna doctrina internacionalista, con la noción de inmunidad (artículo 22 del Convenio de Viena de 18 de Abril de 1961, al que se ha adherido España el 21 de Noviembre de 1967), la cual presupone el carácter de territorio nacional de tales edificios, es por lo que las formas y solemnidades de los actos autorizados por los funcionarios diplomáticos o consulares se han de regir por la ley de su país (párrafo primero del artículo 11 del Código Civil). Como el matrimonio civil objeto de esta litis, se celebró entre un súbdito panameño y una española —la hoy apelante-actora— en la sede del Consulado de la República de Panamá en esta ciudad, ante el Cónsul honorario acreditado en esta población, con facultades, según la legislación de dicha república centroamericana, para “actuar como Juez en la celebración de matrimonios” (folio 54) y al haberse observado todos los requisitos legales estatuidos al efecto por dicha legislación extranjera —normativa que se ha acreditado (folios 55/68)— no se aprecia el motivo de nulidad que ha sido reiterado en esta segunda instancia. Criterio que sustenta la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de fechas 14 de Marzo de 1967, 22 de Mayo de 1969 y 18 de Noviembre de 1976. Sin que a ello pueda oponerse, como señala el juez “a quo”, la falta de inscripción del citado matrimonio en el Registro Civil, ya que tal omisión no afecta a su validez sino a la plenitud de sus efectos civiles (artículo 61 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos jurídicos de la sentencia recaída, procede, previa desestimación del recurso formulado, la confirmación del fallo impugnado.

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

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de doña C.M.P.B., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha diecisiete 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 juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada.

Dada la rebeldía del codemandado Don J.M.P.R., notifíquesele esta sentencia en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si no se insta, en el plazo de tres días, su notificación personal. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

283

283. CULPA EXTRA CONTRACTUAL. Prescripción de la acción; interrupción de la misma: es hábil para operarla la remisión de un telegrama requiriendo de pago debiéndose computar la fecha desde la emisión y no a partir de la recepción. Nueva interrupción por acto de conciliación no seguido de demanda de acuerdo con el art. 497 Lec; alcance de este precepto que viene referido a la usucapión. *Doctrina del T.S. Sentencia de 29 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejercitada por la entidad W., Sociedad Suiza de Seguros, para que el demandado, don M.R.A. le abone la suma de 59.083 pesetas más intereses legales, cantidad que la compañía actora satisfizo por la reparación de los daños causados en el turismo matrícula P.M.8406-V, propiedad de doña M.O.R.O., asegurado por la entidad demandante, al ser alcanzado el día 14 de Abril de 1982 por el vehículo de motor del demandado, don M.R.A. éste opone: a) prescripción de la acción, y b) improcedencia de la reclamación, por no haber culpa ni infracción de norma de tráfico alguna por su parte, en el referido accidente.

CONSIDERANDO: Que son hechos admitidos por las partes o probados, básicos para la resolución de la presente litis, los siguientes: Primero.- El turismo marca Citroen, modelo Dyane 6, matrícula PM-8406-V, propiedad de doña M.O.R.O., asegurado por la compañía demandante circulaba el día 14 de Abril de 1982 por la calle Burdils del lugar de P.C., término municipal de Manacor, y al girar hacia su izquierda para introducirse en la Avenida Juan Servera, fué alcanzado por el coche marca SEAT, modelo 127, matrícula PM-4901-L, conducido por su propietario, el hoy demandado, al no respetar la señal preceptiva de tráfico de STOP, que le afectaba existente en el cruce de la vía por donde circulaba —calle Americo Vespucio— con la referida avenida. Segundo.- Como consecuencia de la expresada colisión, el turismo matrícula PM-8406-V, sufrió diversos desperfectos cuya reparación ascendió a 59.083 pesetas (folio 7) cuya factura fué satisfecha por la compañía actora folio 8). Tercero.- El día 13 de Abril de 1983 la entidad demandante remitió al demandado un telegrama requiriéndole de pago de dicha cantidad por el expresado concepto (folio 9). Cuarto.- El 15 de Junio de 1983 se celebró, sin avenencia, acto de conciliación entre las hoy litigantes (folio 10). Y quinto.- La demanda, instauradora de esta litis, fué presentada en el Juzgado de Primera instancia de Manacor el 13 de Septiembre de 1983 (folio 11).

CONSIDERANDO: Que entrando en el exámen de la excepción formulada —prescripción de la acción ejercitada—, conviene señalar que la prescripción está basada en el transcurso de cierto lapso de tiempo; pero este simple hecho no puede ni crear ni extinguir un derecho, ya que es necesario que se le añada otro elemento que consistirá, según los casos, en un acto o en una abstención o usucapión, este elemento es la posesión, es decir, el hecho de ejercitar un derecho real (dominio, usufructo, servidumbre): al cabo de cierto tiempo, el poseedor llega a ser titular del derecho que ejercita, si ya no lo era anteriormente. En la prescripción extintiva, el elemento que junto con el transcurso del tiempo opera la extinción del derecho, es la inacción del titular de ese derecho. Todos los derechos, tanto los reales como los de crédito, están sujetos a extinguirse por efecto de la prescripción. Puede suceder que ciertas circunstancias impidan el curso de la prescripción, de modo que, o bien no se cuente el tiempo mientras existan aquéllas, pero volviendo a correr la prescripción iniciada una vez aquéllas hayan desaparecido; suspensión de la prescripción (quiescencia, "praescriptio dormiens"); o bien de suerte que igualmente sea inútil el tiempo transcurrido, pudiendo solo una vez desaparecido el obstáculo, empezar una nueva prescripción: interrupción de la prescripción, que es la que estatuye y regula el Código Civil. Este, en su artículo 1973, expone las causas legales por las que puede ser interrumpida en su curso la prescripción de las acciones, a saber: a) por su ejercicio ante los Tribunales, b) por reclamación extrajudicial del acreedor, y c) por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.

CONSIDERANDO: Que el accidente de tráfico de que dimana la acción aquiliana ejercitada por subrogación por la entidad Aseguradora actora, tuvo lugar el 14 de Abril de 1982 y el día 13 de Abril de 1983, o sea el anterior al transcurso de un año desde aquella fecha —plazo de prescripción señalado para las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia, según estatuye el ordinal segundo del artículo 1968 del Código Civil—, la compañía actora remitió al demandado un telegrama con el siguiente texto: "Le requerimos pago 59.083 pesetas daños causados a nuestro asegurado todo riesgo PM-8406-V, colisión 14-4-82, P.C., apercibimiento acciones judiciales" (folio 6), acto éste que según la parte demandada carece de eficacia de interrumpir el plazo de prescripción de la acción instada, aserto éste que se ha de rechazar ya que el Tribunal Supremo últimamente sustenta, a estos efectos, el criterio de que "reclamación extrajudicial implica toda carta o telegrama requiriendo de pago al deudor" (Sentencia de 16 de Marzo de 1981), y la fecha que debe computarse para la interrupción de la prescripción, es la de la emisión del telegrama y no la de su recepción como sostiene el demandado, por las siguientes razones: a) porque el citado artículo 1973 dice reclamación del acreedor, o sea acto propio de él y no de terceras personas, que serían las que llevarían a cabo la entrega del telegrama al demandado; y b) porque ello implica una actividad, un cese en la pasividad del acreedor que destruye la presunción de abandono o renuncia que la inacción del crédito mantenía, y que constituye, según la teoría subjetiva, el fundamento de la prescripción extintiva. Consecuencia de la remisión al demandado de dicho telegrama determinó, además de la interrupción expresa, el inicio de un nuevo plazo de prescripción que fué a su vez interrumpido por el acto de conciliación celebrado, sin avenencia, el 15 de Junio de 1983 por los litigantes (folio 10), no obstante no haberse interpuesto la demanda iniciadora de este pleito dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación mencionado ya que la más reciente jurisprudencia, de la que es exponente la Sentencia de 9 de Diciembre de 1983, entiende que "el artículo 479 de la L.E.C. a tenor del cual si no se promoviese el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación sin avenencia no producirá éste el efecto de interrumpir la prescripción, ha de entenderse referido, por ser anterior al C.C., a los preceptos de éste y, por tanto, no a la prescripción extintiva regida por los artículos 1961 al 1975, sino a la usucapión, que es materia de los artículos 1940 a 1960 y se corresponde con el 1947, y así la prescripción corta anual del nº 2 del 1968, que aquí importa, como todas las otras de las clases de las liberatorias o de acciones, se rigen por el 1973, interrumpiéndose no sólo por su ejercicio ante los Tribunales, sino también por reclamación extrajudicial del acreedor, categoría en la que se inscribe la mera presentación de la papeleta de conciliación (23-3 y 16-11-1968 y 8 y 17-4-1980), cuando más el acto de conciliación, seguido o no de la demanda deducida en los dos meses a continuación...". Pero aún admitiendo que el acto de conciliación celebrado no tuviera eficacia de interrumpir la prescrip-

ción por no haberse formulado la demanda dentro de los dos meses siguientes a dicho acto judicial, como sustenta el juez "a quo", su resultado respecto a la prosperabilidad de la excepción examinada sería el mismo ya que como se expuso, con la remisión el 13 de Abril de 1983 del telegrama mencionado al demandado se inició un nuevo plazo de un año de prescripción de la acción de la demandante que no había transcurrido cuando se formuló la demanda —13 de Septiembre de 1983 (folio 11)—. Por todo ello procede rechazar la excepción de prescripción de la acción esgrimida y entrar en el estudio del fondo de la cuestión.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se aprecia que el accidente de tráfico que se produjo el día 14 de Abril de 1982 en el cruce de las calles Burdils, Américo Vespucio y Avenida Juan Servera, del lugar Porto Cristo (Manacor), fué culpa del demandado por no respetar la señal de tráfico preceptiva de STOP, así resulta claramente del croquis obrante en las actuaciones (folio 4), documento reconocido por el demandado (posición 2ª) si bien manifestó que había un coche Ford Fiesta de alquiler detenido obstaculizándole la visibilidad, lo que no le exime de culpa, ya que ante tal circunstancia tenía que haber extremado su atención y cuidado en la conducción de su vehículo, como tampoco es óbice a su actuación culposa que hiciera en tal cruce la parada obligatoria, ya que la señal de tráfico de STOP no sólo obliga al conductor a detener su vehículo ante la próxima línea de detención o, si no existe, ante el bordo exterior de la vía a que se aproxime, sino también a ceder el paso a los vehículos que por ella circulen —artículo 171 b) II A 16 del Código de la Circulación—, lo que no observó el demandado. Como consecuencia de dicha infracción reglamentaria, que implica un patente acto culposo, el frontal del vehículo del demandado colisionó con la parte lateral derecha del turismo matrícula PM-8406-V (posición 3ª del demandado) causándole desperfectos cuya reparación ascendió a 59.083 pesetas (folio 7), que fueron pagadas por la compañía actora (folio 8); lo que determina la estimación de la demanda y del recurso interpuesto, siendo indiferente, a los efectos de este pleito, que el turismo PM-8406-V fuera conducido, cuando ocurrió el accidente, por don S.B.R., y no por la propietaria del vehículo.

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

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de la entidad W., Sociedad Suiza de Seguros, debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha doce de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Juez de Primera instancia de Manacor, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que desestimando la excepción previa formulada, y estimando la demanda deducida en nombre y representación de la entidad W., Sociedad Suiza de Seguros contra don M.R.A., debemos condenar y condenamos al demandado a que abone a la compañía actora la suma de Cincuenta y nueve mil ochenta y tres pesetas, más los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy, que desde esta fecha serán los prevenidos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alaban).

286

286. TERCERIA DE DOMINIO. Venta otorgada por representante autorizado expresamente en Junta general no ratificada con posterioridad. Denegación, por tal causa, de la inscripción registral. Es título preferente a una anotación de embargo anterior a aquella escritura y posterior a su acceso al registro. Alcance de tales anotaciones preventivas. Tercería de dominio y reconvencción: tales acciones son posibles en estos procedimientos cuando se dirigen contra el tercerista y están encaminadas a obtener la nulidad o ineficacia de su título, siempre que no se vean afectados terceros. Acción paulatina o revocatoria. Su carácter subsidiario y requisitos para el éxito de la misma: análisis de los mismos a la luz de la prueba practicada. Desestimación de la acción. *Sentencia de 31 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que dos son las cuestiones suscitadas por los recurrentes, demandados en la presente tercería de dominio, : a) preferencia de la anotación preventiva del embargo trabado a su instancia sobre la finca en litigio como de propiedad de la codemandada, en situación de rebeldía, P. S.A., en méritos del expediente de ejecución por la vía de apremio n° 256/81 de los tramitados por la Magistratura de Trabajo n° 14 de Barcelona, por sobre el título de dominio invocado por la actora-apelada, consistente en escritura pública de venta otorgada por P. S.A. en su favor el 8 de octubre de 1980; b) rescisión de la mencionada compraventa por haber sido efectuada en fraude de acreedores.

CONSIDERANDO: Que para el examen del primero de los temas enunciados hay que dejar previa constancia de que en el otorgamiento de la citada escritura pública de compraventa intervino en nombre y representación de la entidad vendedora, D. J. M. F. D., quien acreditó su cualidad de representante por medio de certificación librada por el secretario de la Junta General Universal y Extraordinaria de P. S.A. con el visto bueno de su presidente, —cuyas respectivas firmas aparecen legitimadas por Notario—, recogiendo el acuerdo adoptado por unanimidad en la Junta celebrada el 22 de enero de 1980 para vender la finca de que aquí se trata y "delegar en los letrados D. J. A. P. R. y D. J. M. F. A., de Barcelona, confiriendo a los mismos los poderes especiales que en derecho procedan, a fin de que, conjunta o indistintamente puedan, en nombre y representación de la Sociedad, otorgar escritura pública de compraventa y los documentos privados que sean necesarios de venta de la finca número 38.483,... siendo válida la venta sin necesidad de ratificación por la Junta de accionistas, y pudiendo proceder, cuando proceda y de acuerdo con lo que se pacte, a entregar la posesión de finca al comprador", habiendo sido incorporado el original de dicha certificación a la matriz del instrumento notarial, como parte integrante de la misma; en consecuencia, pese a la nota calificadora del Sr. Registrador de la Propiedad extendida el 24 de diciembre de 1981, suspendiendo la inscripción por el defecto subsanable de falta de poder en la forma prescrita por el n° 5 del artículo 1280 del Código Civil a favor del representante de la compañía vendedora, carece de toda aplicación al presente supuesto el párrafo 2° del artículo 1258 del Código, declarador de la ineficacia del contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga su autorización o representación legal, a no ser que sea ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgue, ratificación que, si es cierto que produce efectos retroactivos de suerte que el negocio

se considera como válido y eficaz desde el principio, no perjudica, sin embargo, los derechos legítimamente adquiridos interin por terceros (Sentencias 25-junio-1946 y 23-octubre-1980), toda vez que el apoderamiento no está sujeto a requisito sustancial de forma alguno y puede conferirse de modo expreso a tácito y aquél por instrumento público o privado y aún de palabra (artículo 1710), sin que la exigencia del n° 5 del artículo 1280 tenga otro alcance que el de poderse compeler los contratantes a observarla conforme el artículo 1279 (Sentencia 9-enero-1964), y dado que el señor F. incuestionablemente tenía poder de representación de P. S.A. con el carácter especial que impone el párrafo 2° del artículo 1713 para realizar enajenaciones u otros actos de riguroso dominio, según acredita la certificación del acuerdo adoptado por la Junta General de accionistas precitada, ha de concluirse en que el contrato de compraventa de la finca litigiosa, reflejo en la escritura pública de 8 de octubre de 1980, tuvo existencia desde luego, con plena validez por concurrir todos los requisitos exigidos por el artículo 1261, y aptitud para constituir título traslativo de la propiedad del bien inmueble sin necesidad de ratificación posterior de los contratantes, ni ningún otro acto ulterior de integración esencial del negocio, todo ello sin perjuicio de que, al limitado y exclusivo fin de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, cuyo valor, salvo excepciones que no son del caso, no es constitutiva, sino meramente declarativa o de publicidad, se entendiera resultaba indispensable la constancia del apoderamiento en precisa escritura pública.

CONSIDERANDO: Que siendo, pues, plenamente válida la compraventa instrumentalizada en la escritura notarial de continua referencia, cuyo otorgamiento, además, equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato a tenor del párrafo 2° del artículo 1462 del Código, produciendo de tal suerte la transmisión del derecho de dominio, dicho título, a pesar de que sólo tuvo acceso definitivo al Registro con fecha de 31 de mayo de 1982, prevalece sobre el embargo trabado en beneficio de los apelantes el 7 de octubre de 1981 (folio 360) y que fué anotado preventivamente con efectos desde el 28 de diciembre de 1981, con arreglo a la reiteradísima doctrina jurisprudencial, que acertadamente transcribe la sentencia apelada, y que proclama que "la anotación preventiva de embargo no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados con anterioridad a la fecha de la anotación, ni, por tanto, el favorecido por ésta goza de los beneficios protectores de la fé pública registral de los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, aunque aquellos actos dispositivos anteriores no esten inscritos, porque el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente posee y que estén incorporados a su patrimonio el tal momento" (Sentencia 13-diciembre-1982, por todas); razones por las que se impone la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto al primer extremo planteado.

CONSIDERANDO: Que, por el contrario, debe rechazarse la argumentación a que acude dicha sentencia para no entrar a resolver acerca de la acción revocatoria ejercitada por los demandados apelantes en vía reconventional, pues si, ciertamente, como regla general no es posible deducir reconvencción contra uno de los codemandados, ha cuidado, no obstante, el Tribunal Supremo de señalar que dicho principio tienen excepciones, en especial afectantes a las tercerías de dominio en las que, por ser parte el ejecutante, y el ejecutado como demandados por imperativo del artículo 1539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la persona que afirma se propietaria de los bienes embargados como demandante, cabe reconvencción que se enderece exclusivamente a obtener la declaración de ineficacia o nulidad del título esgrimido por el tercerista, si no aparecen afectadas por el contrato personas distintas de aquéllas, por envolver la demanda reconventional una excepción para invalidar los efectos del título de la actora y constituir el supuesto necesario para obtener la desestimación de la demanda (Sentencias 21-abril 1961, 26-junio-1979, 18-julio-1983), como en la presente litis sucede, razón por la que ha de desestimarse la falta de litis consorcio pasivo necesario que aprecia la resolución de primer grado, y entrar en el examen de la cuestión debatida.

CONSIDERANDO: Que la acción Pauliana o de revocación de enajenaciones efectuadas en fraude de acreedores es una acción de tipo rescisorio, recogida en el Código Civil en los artículos 1111 y 1291 a 1299, que, según la doctrina jurisprudencial sentada por, entre otras, las Sentencias de 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 10 de octubre de 1957, 7 de enero de 1958 y 28 de enero de 1966, y la doctrina científica más autorizada,

precisa de los siguientes requisitos: 1º) que exista un crédito a favor del actor; 2º) que el deudor realice una enajenación u otorgue un acto dispositivo posterior en beneficio de un tercero, proporcionándole una ventaja patrimonial; 3º) que tales enajenación o acto dispositivo produzcan un perjuicio al acreedor ("eventus damni"), sin que éste tenga otro recurso legal para obtener la reparación de dicho perjuicio, toda vez que esta acción tiene carácter subsidiario (artículos 1291 n° 3 y 1294); 4º) que la enajenación sea fraudulenta (consilium fraudis"), aun cuando se discute si este elemento consiste en la intención del deudor de perjudicar a los acreedores, en la simple conciencia de que los perjudica o bien en el designio de sustraer bienes a su acción; y 5º) que, tratándose de enajenación onerosa, el adquirente sea cómplice del fraude por conocer y hallarse al tanto del mismo; requisitos cuya concurrencia debe ser demostrada de manera cumplida por quien ejercita la acción y alega el fraude.

CONSIDERANDO: Que, inaplicables las presunciones favorables al carácter fraudulento de la enajenación establecidas en el artículo 1297 del Código Civil, no han justificado los actores reconvinientes que se reúnan en la compraventa impugnada los antedichos presupuestos de la acción revocatoria, ya que: a) no se acredita debidamente en autos que, antes del 8 de octubre de 1980, ostentaran contra P. S.A. los créditos que relatan en el apartado F del hecho quinto de la contestación (folios 156 y 157) por las cuantías que citan, ya que no existe otra prueba segura de su existencia que el acto de conciliación celebrado el 11 de junio de 1983, en que la representación de la empresa reconoció adeudar la global suma de 24.473.890 pesetas (folio 325), cuyo pago se comprometió a efectuar el día siguiente, sin que basten a dicho fin con las imprecisas referencias contenidas en los documentos obrantes a los folios 146, 147 y 150; b) tampoco existe prueba ninguna de que la vendedora procediera a enajenar la finca con propósito o simple conciencia de causar un perjuicio a sus trabajadores al privarles de elementos patrimoniales sobre los que satisfacer sus presuntos créditos; y c) en cualquier caso, falta el más mínimo atisbo o indicio de complicidad o connivencia en ese eventual fraude por parte de la entidad compradora, quien no consta tenga o haya tenido con P. S.A. otras relaciones que las derivadas del contrato suspecto y que, por otra parte, hubo de satisfacer por la finca adquirida la suma total de 35.240.903 pesetas, de las que 14.474.103 corresponden al levantamiento de una carga hipotecaria (folio 235), notablemente superior a la pagada por el cesionario del remate, Sr. V. B., en la subasta celebrada el 27 de mayo de 1982, (folio 603) con intervención de los mismos reconvinientes, dato que evidencia la normalidad de la transacción; razones todas por las que procede rechazar, en cuanto al fondo, la reconvencción planteada, sin que tal pronunciamiento, frente a la absolución en la instancia primeramente decretada, implique "reformatio in peius", como declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 20 y 22 de junio de 1983.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad, ni mala fé en las partes a fines de imposición especial del pago de las costas de esta instancia.

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

FALLAMOS: Que no dando lugar al recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. M. S. R. contra la sentencia dictada en veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y tres por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca en los autos de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente los pronunciamientos de dicha resolución estimatorios de la demanda formulada por B. S.A.; y revocando la sentencia en cuanto absuelve en la instancia a la actora de la reconvencción efectuada por los demandados comparecidos, debemos rechazar y rechazamos la pretensión reconvenccional deducida, absolviendo de ella, en cuanto al fondo, a los reconvenidos, todo ello sin especial imposición de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez)

287. INCOMPETENCIA DE JURISDICCION Y ARBITRAJE. No la supone el convenio preliminar sino el otorgamiento del compromiso o la pendencia de su formalización judicial. Acciones indemnizatorias al amparo del convenio de 15 de diciembre de 1981 entre le hoy Insalud y el Instituto Nacional de entidades aseguradoras de automóviles: las acciones que dimanen de él tienen el carácter de dimanantes de un contrato. Naturaleza jurídica de tal convenio y su alcance. Litispendencia: atendida tal naturaleza y finalidad no afecta a su eficacia la pendencia de cuestión criminal. Territorialidad. el hecho de que el siniestro tuviera lugar en el extranjero no excluye la aplicabilidad del convenio; tampoco la culpabilidad o no del conductor del vehículo asegurado. *Sentencia de 31 de octubre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que, íntegramente acogida por la sentencia de primer grado la pretensión de condena al pago de 322.140 pesetas con más sus intereses, deducida por el Insalud, parte actora, reproduce en esta alzada C. A. I. S.A., parte demandada y ahora recurrente, las mismas excepciones y motivos de oposición que articuló en primera instancia, es decir: a) incompetencia de Jurisdicción al amparo del nº 1 del artículo 533 de la Ley Procesal y artículo 19 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitraje de Derecho privado, que funda en la séptima estipulación, apartado segundo del Convenio suscrito el 15 de diciembre de 1981, que establece que deberán dirimirse cuantas controversias existan entre Entidades Aseguradoras y Centros Sanitarios a través del arbitraje; b) litis pendencia, al amparo del nº 5 del citado artículo 533, ya que en los Juzgados de Tarbes (Francia) se tramita juicio por el accidente de circulación en que supuestamente resultaron lesionadas las personas a quienes prestó asistencia sanitaria la demandante; y c) inaplicabilidad del Convenio a los accidentes ocurridos fuera del territorio nacional y ausencia de culpa en el conductor del vehículo asegurado.

CONSIDERANDO: Que debe rechazarse la incompetencia de jurisdicción invocada, por cuanto es sólo el otorgamiento del compromiso o la pendencia de su formalización judicial lo que impide a los jueces y tribunales conocer de la controversia, conforme resulta de los artículos 11 y 19 de la Ley de arbitraje, pero no el simple convenio preparatorio o preliminar, figura distinta de aquél, que es lo establecido en las cláusulas 7ª, 8ª, 9ª (nºs 7 y 8) y 19ª, fundamentalmente del Convenio suscrito entre el ya extinguido Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, el Instituto Nacional de la Salud y la UNES-PA al estipular que las partes "se obligan a someter las diferencias que en el ámbito de aplicación del mismo puedan presentar a la Comisión de Vigilancia y Arbitraje, al objeto de evitar cualquier contienda judicial para su resolución" (cláusula 8ª, párrafo 1º), y en tal sentido es doctrina jurisprudencial, de la que son exponente las Sentencias de 20-noviembre-1968 y 31-diciembre-1969 entre otras, que, "fuera del caso de cuando voluntariamente se formaliza, solamente el compromiso, bien iniciado ante el Juzgado, esto es pendencia del mismo, o formalizado judicialmente, impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida o que se someta o que se intente someter por la vía jurisdiccional" (Sentencia 11-octubre-1979).

CONSIDERANDO: Que repetidamente viene declarando esta Sala en Sentencias de

22 de mayo de 1979, 6 de mayo y 22 de septiembre de 1981 y 29 de septiembre del corriente año, entre otras varias, que la acción que en estos casos ejercita el Insalud, no es de las nacidas de la comisión de un delito o falta (artículo 1092 del Código Civil), ni de hechos en que intervienga culpa o negligencia no penadas por la Ley (artículo 1093), sino que tiene origen contractual (artículo 1091), pues el Convenio en que se funda la demanda tiene naturaleza inequívocamente contractual, caracterizada por las siguientes notas: a) se trata de una estipulación contractual, sometida al ámbito o esfera de la autonomía de la voluntad y no derivada de la ley ("obligatio ex lege"), o de la responsabilidad extracontractual; b) se trata de un contrato normativo o "pactum de modo contrahendo", es decir, regulador de la disciplina de negocios jurídicos eventuales o futuros; con arreglo a dicho Convenio (cláusula 9ª, n° 6), la obligación de pago a cargo de la entidad aseguradora dimana del estricto hecho de la prestación asistencial a los lesionados, cualquiera fuere la culpabilidad, valorable en otros ámbitos jurídicos, de los conductores implicados en el accidente, lo que determina la absoluta irrelevancia de la causa criminal pendiente, ante Tribunales extranjeros pues, como también indicó la sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1982, la responsabilidad o irresponsabilidad de la persona asegurada no enerva, ni extingue la obligación de la aseguradora nacida del Convenio, cuya única finalidad y razón de ser se halla en favorecer el rápido desembolso de los gastos de asistencia sanitaria con independencia de la responsabilidad de la persona atendida; procediendo con arreglo a lo expuesto el rechazo de la segunda excepción examinada.

CONSIDERANDO: Que tampoco son acogibles las restantes razones por las que la recurrente se opone a la pretensión de la apelada, ya que: a) comprende el ámbito del repetido Convenio, según su estipulación segunda, "las asistencias prestadas a los lesionados por accidentes producidos por uso y circulación de vehículos obligados a concretar el seguro obligatorio del Automóvil", sin que se aprecie en todo su clausulado elemento ninguno que autorice a interpretar que fué propósito de las partes excluir de su esfera de aplicación las atenciones sanitarias prestadas en España pero en ocasión de accidentes acaecidos en el extranjero, a pesar de la concurrencia de todos los demás presupuestos para el nacimiento de la obligación de pagar las mismas, como en el presente supuesto ocurre, pues el autobús matricula B-4571-D, en que viajaban las personas lesionadas, se hallaba amparado por Certificado Internacional de Seguro (Carta Verde) expedido por la Compañía demandada (folios 141 y 141), además de que en suma la relación de servicios de cuya retribución se trata, tuvo efecto y pleno desarrollo en España y no fuera; y b) la culpabilidad o inculpabilidad del conductor del vehículo asegurado en la generación del accidente de tráfico es circunstancia indiferente para el nacimiento y efectividad de las obligaciones asumidas en virtud del Convenio, como resulta, en particular, del apartado 6º de la estipulación 9ª, en la que se pacta que "en los supuestos en que intervegan dos o más vehículos no podrá nunca alegarse como causa para no hacerse cargo de los gastos de asistencia sanitaria, el hecho de que la culpabilidad de dicho siniestro y por tanto la obligación de indemnizar, sea imputable al conductor del otro vehículo", sino que, con abstracción absoluta de tal elemento valorativo, los distintos Aseguradores deberán hacer frente a los gastos por asistencia sanitaria en la forma dispuesta en el artículo 12 n° 1 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles (estipulación 2ª, apartado b); en consecuencia, dado que, además y por último, la carta remitida por la apelante a la Asistencia Sanitaria "Virgen de Lluch" el 18 de diciembre de 1982, y que obra en los folios 6, 14, 20, 26, 32, 39 y 45, acredita la recepción de las facturas cuyo importe aquí se reclama, y dado que, asimismo, quedan justificadas en autos las razones determinantes de la tardanza en su envío a los fines señalados en la regla 4ª de la estipulación novena, procede la íntegra confirmación de la sentencia apelada y el correlativo rechazo del recurso que contra ella se interpone.

CONSIDERANDO: Que las costas de esta alzada deben imponerse a la parte recurrente por mandato del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por CRESA S.A., contra la sentencia dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad el veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta

y cuatro, debemos confirmar y confirmamos la misma en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez)

289

289. DIVORCIO. Pensión compensatoria: no puede ser concedida de oficio estando precisada, por tanto, de la correspondiente rogación que no se puede ingerir de la simple cita del correspondiente precepto legal. *Sentencia de 2 de noviembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que el recurso que ahora se resuelve, circunscrito por expresa manifestación vertida en el acto de su vista a la temática de la pensión regulada por el art. 97 del Código Civil, debe rechazarse en base a las razones siguientes: *Primera.* Los Tribunales o pueden "ex officio", sino a instancia de cónyuge perjudicado, declarar el derecho de éste a percibir la pensión de carácter indemnizatorio o compensatorio regulada por la norma contenida en el art. 97 del Código Civil, pues así resulta del propio origen, finalidad y régimen normativo de tal prestación económica, la cual, consiguientemente, no figura en la enumeración que la norma del art. 91 del mismo texto legal hace de los temas sobre los que el Juez deberá adoptar, en sentencias o en ejecución de éstas, las medidas correspondientes; *Segunda.* La recurrente no ha postulado el derecho a percibir la pensión mencionada —falta de postulación admitida implícitamente en el alegato impugnativo por cuanto mediante éste se pretendió una declaración de oficio— como resulta de la lectura del escrito de contestación a la demanda, pues no puede entenderse que la simple transcripción en la fundamentación jurídica del mismo del texto del art. 97 del Código Civil sea, no ya, como es preceptivo, precisa designación cualitativa y cuantitativa de lo pedido, sino mera postulación del derecho, máxime cuando la pensión a que se refiere el relato fáctico no es la compensatoria que ahora se deniega, sino la de viudedad a que se contrae la norma tercera de la Disposición Adicional décima de la Ley de 7 de julio de 1981, y *Tercera.* Si a efectos argumentativos se admitiera haber sido pretendido el derecho a percibir tal pensión, la prueba practicada no permite conocer cual sea la posición económica del otro cónyuge, ni cual fuere la situación económica disfrutada por los consortes en el último periodo de normalidad matrimonial, siendo que el conocimiento de tales datos es necesario al objeto de realizar el análisis comparativo que permita establecer si se ha producido el desequilibrio económico normativamente exigido y si, caso positivo, el mismo produce el empeoramiento económico igualmente tratado como conditio iuris fundamental por la normativa contenida en el art. 97 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que no existen motivos para hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta instancia.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. M. M. F. LL., contra la sentencia de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en el proceso matrimonial de que trae causa este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello)

290

290. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO. Culpa exclusiva de la víctima: desestimación de la excepción que está precisada, en todo caso, de prueba, a cargo de quien la opone, de la adopción de las llamadas maniobras de fortuna. Temporalidad, circunstancias del lugar que las posibilitan y previsión de un mal mayor del que se trata de evitar. Análisis del supuesto de hecho. *Sentencia de 3 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la cuestión sometida a esta alzada —cuestión consistente en determinar si ha existido culpa exclusiva de la víctima— es necesario precisar, a modo de premisas jurídicas, que: *Primero.* - Es criterio reiterado de esta Sala, a partir de lo establecido por el Tribunal en Sentencia de 10 de julio de 1969, ratificada por la de 17 de noviembre de 1973, que el agente del daño debe probar no sólo su total ausencia de culpa o reprochabilidad, sino también la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño, pues la citada sentencia del Tribunal Supremo declara que "Las propias normas objetivas de comportamiento exigen que en la realización de esas maniobras anormales, también llamadas de "fortuna", el conductor ha de optar por aquella que conforme a la técnica y la experiencia sea la más oportuna y eficaz en el caso concreto para impedir la transformación en daño del peligro creado por la culpa ajena"; *Segundo.* - No obstante lo anterior, el sistema del seguro obligatorio no descansa en una pura relación objetiva, sino en un esquema de responsabilidad "cuasi-objetiva" o "de responsabilidad objetiva atenuada", que impone reconducir la previsión de esas maniobras evasivas a su verdadero ámbito, que no es otro, como declaró esta Sala en Sentencia de 14 de diciembre de 1981, recogida en la de 8 de febrero de 1982, que el impuesto, con arreglo al art. 1104 del Código Civil, por las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar, pues entender lo contrario sería equivalente a esterilizar el sistema y convertir en mera fórmula teórica la posibilidad defensiva que se analiza y *Tercero.* - Para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna dirigidas a evitar o cuando menos aminorar el daño causado por la culpa de la víctima, resulta preciso, como declaró esta Sala en la antes citada Sentencia de 8 de febrero de 1982: a) La temporaneidad de la maniobra evasiva, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar la maniobra evasiva.... b) Que las circunstancias de lugar posibiliten la realización de una maniobra de naturaleza defensiva o "de fortuna" que altere

la normal y precedentemente correcta conducción por parte del agente, y c) Que las mismas circunstancias no impidan la adopción de tal maniobra cuando de adoptarla pudiera seguirse un mal más grave, al ser obviamente aplicables al caso la doctrina del estado de necesidad, que no es exclusiva del derecho penal.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de la precitada doctrina al supuesto litigioso motiva el rechazo de la excepción invocada por la entidad aseguradora, por cuanto, contrariamente a lo argumentado en la sentencia recurrida, el momento clave para resolver de forma adecuada la cuestión debatida no es aquél en que ciclomotorista y ciclomotor, tras caer a la calzada, invadieron mediante giros la zona correspondiente a la circulación del vehículo asegurado en la sociedad demandada —situación que haciendo inexigible cualquier maniobra evasiva, por ser de imposible realización, impondría como exclusiva causa del accidente la acción del propio fallecido—, sino aquel otro en que el conductor del turismo se apercibió de que el ciclomotorista, después de salir de la curva orientada hacia su derecha, comenzó a perder el equilibrio hasta caer al suelo, pues en tal tiempo anterior resultaba ya exigible la adopción de una maniobra evasiva que debió concretarse, no en la continuación rectilínea de la circulación del turismo, sea cual fuere su velocidad, sino en la desviación de éste hacia su derecha al objeto de dejar libre el mayor espacio posible como reclamaba la previsible invasión de carril contrario y consecuente colisión frontal. Posibilidad de maniobrar eliminando o reduciendo el daño anunciado por el apercibido riesgo frente a la que no puede invocarse: A) La inexistencia de espacio temporal entre la acción desequilibrada del ciclomotorista seguida de caída a la calzada y la posterior invasión de carril contrario seguida de colisión fronto-lateral, pues la propia acción de frenado realizada por el conductor del turismo, al iniciarse cuando la invasión no se había producido, evidencia, a la vez que el apercibimiento del riesgo, el afirmado tiempo posibilitador de la maniobra; ni B) La existencia de un peligro más grave, que como dato obstativo subyace en la defensa de la entidad recurrida, (pregunta cuarta del interrogatorio obrante al folio 44), por cuanto en el atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico consta que “el ancho de la calzada es 7,30 mts. provisto su borde derecho (el que ahora interesa) de cuneta de tierra de una anchura de 2,00 mts. seguido de zona de pinar”.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la sociedad demandada el pago de las costas causadas en la primera instancia, sin que dado en tenor de ésta resolución proceda hacer declaración alguna sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Don A. C. P. contra la sentencia de fecha dos de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y previa desestimación de la oposición formulada por la entidad M. N. y estimación de la demanda contra ella formulada por el recurrente, debemos acordar y acordamos seguir adelante la ejecución despachada contra los bienes y derechos de la entidad M. N. hasta hacer trance y remate de los mismos y con su producto entero y cumplido pago al actor de la suma de setecientos cincuenta mil pesetas (750.000 pts.) de principal, más la correspondiente a los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, a los prevenidos en el art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución y a las costas de la primera instancia, sin que proceda hacer declaración alguna sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

292

292. **EMBARGO PREVENTIVO.** Título: lo constituye la sentencia que da lugar al desahucio. Motivo racional: existe atendida la cuantía de la deuda, su causa y la exigua responsabilidad mueble del deudor. *Sentencia de 5 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que la cuestión sometida a esta alzada consiste en determinar si en el supuesto litigioso —embargo preventivo de bienes propiedad de la entidad recurrente— concurren los requisitos que sobre la existencia de la deuda y el periculum in mora exige la normativa contenida en el art. 1400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuestión que debe resolverse afirmativamente, por cuanto de lo actuado resulta que: A) La exigencia documental del crédito, entendida como apariencia de derecho instrumentado o como un principio de prueba por escrito, ha sido cumplida por los demandados incidentales-actores principales mediante la aportación, por testimonio, de la sentencia firme que, poniendo término al juicio arrendaticio instado por ellos contra la sociedad recurrente, declaraba haber lugar al desahucio de esta litigante por causa del impago de rentas correspondientes al arriendo de un local. Cumplimiento que, en primer lugar, no puede desvirtuarse combatiendo la bondad del título-resolución aportado, pues ello es ajeno al ámbito de un trámite puramente cautelar, y, en segundo término, debe entenderse suficiente en cuanto ha sido complementado, en aplicación de lo dispuesto por el párrafo segundo del art. 1401 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la fijación, precedente a la adopción de la medida solicitada, de una contracautela, y B) La racionalidad de la motivación justificativa del embargo —racionalidad no necesitada de prueba plena— resulta evidente cuando la entidad oponente es, a los efectos que ahora importa, deudora de rentas arrendaticias por un total aproximado a los once millones de pesetas, carece de bienes raíces y no tiene más bienes propios que las dos grúas objeto de la traba preventiva cuyo alzamiento también en esta instancia debe recharzarse.

CONSIDERANDO: Que la inexistencia de seria argumentación contraria a la procedencia del embargo decretado, motiva que la interposición y mantenimiento del recurso que ahora se resuelve sea conducta, por temeraria, merecedora de la condena al pago de las costas de esta instancia.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad M., S.A. contra la sentencia de fecha trece de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio incidental de oposición a embargo preventivo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa condena de la recurrente al pago de las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

293. SEPARACION MATRIMONIAL. Interpretación de las normas legales que regulan la materia. Alcance de las obligaciones y derechos que las mismas imponen a los cónyuges. *Sentencia de 6 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que acordada por la sentencia de primera instancia la separación conyugal a instancias de la actora, que invocó para ello la causa recogida en el n.º 1 del artículo 82 del Código Civil, consistente en "la conducta injuriosa o vejatoria y cualquiera otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales", por entender el juez "a quo" que la medida viene exigida por la "excesivamente difícil convivencia del matrimonio de autos", situación que aprecia a través de las alegaciones efectuadas por las partes y las pruebas practicadas, recurre al marido demandado dicha resolución porque, a su juicio, la razón señalada no integra ninguna de las causas o motivos por los que la vigente Ley autoriza a decretar la separación judicial del matrimonio, sin que tampoco concurra alguna de las expresamente previstas con tal virtualidad.

CONSIDERANDO: Que toda interpretación de los preceptos introducidos en el Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de Julio, para regular la separación conyugal, ha de ser realizada, —como, en general, la de cualquier otra norma jurídica—, desde la perspectiva de los criterios de hermenéutica determinados en el n.º 1 del artículo 3º de dicho Cuerpo sustantivo, entre los que destacan, a los especiales y concretos fines de la presente resolución y dado el carácter eminentemente vivo de la institución matrimonial, la referencia a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados y la primacía que se atribuye a su espíritu y finalidad, por lo que, en todo caso, al hacer uso de dicha normativa, deben tenerse en cuenta los extremos siguientes: a) que superado el antiguo sistema de separación de tipo exclusivamente causal, concebido como sanción de la conducta de uno de los cónyuges contraria al orden jurídico del matrimonio, la reforma operada en el año 1983, que admite la separación a petición o con el consentimiento de ambos esposos sin necesidad de expresar los motivos y que amplía el elenco de causas por las que uno solo de ellos puede solicitar la adopción de la medida, incorporando supuestos de hecho ajenos por entero a la idea de culpa (artículos 81 y 82), la conceptúa, más bien, como remedio o salida de las situaciones de deterioro de la convivencia en que resulta razonablemente previsible la imposibilidad de su continuación, y b) los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, que enumeran los artículos 67 y 68 del Código, y cuya violación grave o reiterada es causa legal de separación (artículo 82 n.º 1), no tienen el contenido rígido y restrictivo que podría hacer creer una superficial lectura, sino que abarcan, a modo de cláusulas generales impuestas por la complejidad de la materia, de muy difícil formulación positiva, todo el sustituto, en sus múltiples y variados aspectos y facetas, de las relaciones personales de los esposos, que constituye la base de una auténtica convivencia matrimonial; así, el deber de vivir juntos que proclama el artículo 68, no se reduce a la simple y escueta coexistencia bajo el mismo techo, sino que, con un sentido mucho más profundo, alcanza a las ideas de la comunidad vital y participación; el deber de ayuda tampoco se circunscribe a la mera prestación de auxilios materiales, sino que comprende asimismo todas las asistencias de carácter moral, espiritual y afectivo; en cuanto al deber de respeto, proclamado el principio de igualdad entre el marido y la mujer (artículo 66) y suprimido todo matiz autoritario y de subordinación en las relaciones mutuas, queda vulnerado, no sólo con las conductas atentatorias a la dignidad, pública y privada, del otro cónyuge, sino también con las que impidan o coarten el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 de la Constitución);

la infracción de éstos y los demás deberes conyugales así concebidos, si es grave o se produce de manera reiterada, superando el nivel de las simples discusiones o desavenencias pasajeras y de poca importancia, al tiempo que destruye la base de la convivencia en el matrimonio, y hace imposible la continuación de la vida conjunta, constituye una de las causas que autoriza a solicitar la separación judicial a tenor del citado n° 1 del artículo 82.

CONSIDERANDO: Que, por ello, debidamente acreditado en la litis merced a las distintas pruebas practicadas, entre las que se halla el documento firmado el 18 de Marzo de 1983 por los dos cónyuges en intento frustrado de enderezar su vida matrimonial, que el recurrente ha mantenido a lo largo de los últimos años un comportamiento caracterizado por la hostilidad y agresividad contra su mujer; que en repetidas ocasiones la ha insultado y recriminado con dureza en público, circunstancia que no pierde su valor como contraria a la dignidad de la esposa por haber tenido efecto en el trabajo y en un momento de sobrecarga emocional y tensión nerviosa y que, en fin, ha dejado en completo olvido y abandono a la demandante, todo lo cual ha desembocado en una situación de desapego, enfrentamientos y tirantezas entre los cónyuges difícilmente superable y que ha destruido la posibilidad de vida en común, cuyo mantenimiento deviene intolerable para la mujer y, por ende inexigible, procede la confirmación de la sentencia que decreta la separación del matrimonio al amparo del n° 1 del artículo 82 invocado y el rechazo del recurso que contra ella se interpone.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS: Que no dando lugar al recurso de apelación interpuesto por don A. G. C., debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad el nueve de Marzo de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de que este rollo dimana, sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes. (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jinevez).

302

302. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. Acción negatoria y requisitos para el éxito de la misma. Adquisición de la misma por prescripción: dado su carácter negativo, al estar abiertos los huecos en pared propia del dominante, el término prescriptivo se inicia a partir del hecho obstativo al dueño del predio sirviente. Modalidades de actos de esta naturaleza en la jurisprudencia. Acción reivindicatoria: requisitos para su éxito. *Sentencia de 12 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que a la acción negatoria instada por don J. L. G. P., encaminada a que se declare que la finca de su propiedad sita en el número 48 de la calle C's

Vidal de la localidad de Andraitx, está libre de toda clase de servidumbre, se oponen los demandados, don V., don M. y doña A. B. R., aduciendo haber adquirido por prescripción el derecho a tener vistas sobre dicha finca y, por vía reconvenicional, postulan: 1º) la declaración de que los reconvinientes son propietarios de la franja de terreno de 20 centímetros sobre la que ha edificado el muro de hormigón y bloques levantado por el reconvenido, con condena a éste a reintegrar dicha porción de terreno, retirando del mismo la edificación realizada; 2º) que se declare que los reconvinientes han adquirido el derecho a tener vistas sobre la finca antes mencionada del reconvenido, en la forma y modo que lo han hecho hasta la fecha; y 3º) que se expida mandamiento al Registro de la Propiedad para que inscriba la servidumbre a favor de las fincas de los reconvinientes sobre el fundo del señor G.

CONSIDERANDO: Que para el ejercicio de la acción negatoria, con cuyo estudio se entra en el examen de la demanda inicial, se requiere: a) que el actor justifique en principio su derecho de propiedad (requisito aquí cumplido ya que ha presentado al escritura pública de compra de dicha finca y su inscripción en el Registro de la Propiedad —folios 3/5—, gozando con ello del principio hipotecario de legitimación registral —párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria—) y b) que pruebe la perturbación que el demandado la haya causado en el goce de su propiedad (elemento igualmente acreditado al constar en autos copia del requerimiento notarial que los demandados le practicaron para que limitase la altura del muro o pared que construye sobre terreno de su propiedad, de forma que no tape ni merme la visibilidad o luz de que disponen los requirentes —folios 7 y 8—). En cambio no es preciso para el ejercicio de dicha acción que el actor pruebe la inexistencia de la servidumbre o derecho real pretendidos por el tercero, pues es principio de Derecho que la propiedad se presume libre, y que el que sostiene la existencia de limitaciones a la misma es quien debe probarlas. En el Registro de la Propiedad no figura ninguna servidumbre sobre la finca expresada, según documento obrante al folio 6.

CONSIDERANDO: Que la oposición de los demandados a la acción negatoria promovida se fundamenta, como también la de su pretensión reconvenicional instada en el apartado segundo del suplico de su escrito de reconvenición, en haber adquirido el derecho a tener vistas sobre la finca del señor G. P. por el transcurso de 20 años sin que el actor ni los anteriores propietarios del inmueble obstaculizaran el derecho de los demandados ni sus antecesores en la propiedad de sus fincas, invocando al efecto el artículo 537 del Código Civil. Es de obligada cita sobre esta materia, la aleccionadora sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1982 que declara que, limitada por el Código Civil la prescripción adquisitiva de las servidumbres prediales a las que reúnan las notas de continuidad y aparéncia —artículo 537—, criterio restrictivo que se aparta del más amplio mantenido por el Derecho anterior, en cuanto autorizaba la usucapión de las servidumbres continuas no aparentes —Partida 3ª, Título 31, Leyes 14 y 15—, y del seguido por algunos ordenamientos forales —artículos 147 y 148 de la Compilación del Derecho Civil en Aragón y Ley 397 del Fuero Nuevo navarro—, para el cómputo del plazo de veinte años con arreglo a lo dispuesto en el artículo 538 habrá de tenerse en cuenta: a) que prescindiendo de las controversias doctrinales en punto a la prescribibilidad de las servidumbres negativas, es uniforme la jurisprudencia que atribuye este carácter a la de luces y vistas cuando las ventanas o huecos están abiertos en pared propia del dominante —Sentencias, entre otras muchas, de 9 de febrero de 1907, 15 de marzo de 1934, 14 de marzo de 1957, 2 de octubre de 1964, 21 de diciembre de 1970 y 12 de marzo de 1975—, “porque —razona esta última— el dueño del predio dominante no impone al dueño sirviente la obligación de dejar de hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, sino únicamente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, como es el tapar los huecos levantando pared en su terreno”; y b) que el “acto formal” prohibido a que alude el artículo 538 —análogamente el artículo 343, párrafo 1º, de la Compilación catalana habla al efecto de actos opuestos a la libertad del predio sirviente, que revelen la intención de tener servidumbre—, será aquél que de manera directa obste a que el propietario del predio sirviente haga uso de unas facultades dominicales incompatibles con el invocado derecho real en cosa ajena, por lo cual el *inicio del término prescriptivo tendrá* lugar ese “dies contradictionis” en que acontece la conducta impeditiva del ejercicio por el otro elemento subjetivo de la relación de la plenitud de su señorío sobre el fundo, cual ocurre cuando se tiende

a privar al dueño de la finca a que el gravamen afecta de la facultad de edificar sobre la misma (Sentencia de 31 de mayo de 1890) o se entabla demanda interdicial dirigida a suspender la construcción que tapa los huecos (Sentencias de 15 de marzo de 1934 y 12 de marzo de 1975), o se practica requerimiento o realiza comunciación al otro propietario a fin de que se abstenga de edificar quitando al dominante la luz (Sentencias de 9 de febrero de 1907, 19 de junio de 1951 y 8 de junio de 1962), sin olvidar que según repetida doctrina jurisprudencial antes de la práctica del acto *obstativo los huecos se presumen de tolerancia* (Sentencias de 31 de mayo de 1890, 8 de junio de 1962 y 2 de octubre de 1964, entre otras).

CONSIDERANDO: Que, consecuentemente con la doctrina que se acaba de exponer, resulta obvia la inconsistencia de la oposición de los demandados y de su pretensión reconvenicional de que se declare haber adquirido una servidumbre de vistas sobre el fundo del señor G. P., ya que no consta en autos prueba alguna que acredite o resulte que se haya prohibido al señor G. P. hacer algo en su finca, exceptuado el aludido requerimiento notarial que se practicó en este mismo año 1984, como lo han confesado los propios demandados (posición 6ª), lo que excluye el plazo de usucapación que señala el mencionado artículo 537; pero aún admitiendo, a efectos meramente dialécticos, que el plazo de 20 años hubiera de contarse desde las fechas en que se construyeron las ventanas y balcones de las casas de los hoy apelantes que dan a la finca del actor-reconvenido, tampoco podría prosperar las referidas pretensiones de los hoy recurrentes, ya que en contra de lo que su Dirección Letrada afirmó en el acto de la vista de esta alzada, de las escrituras públicas de compraventa de las fincas de los demandados-reconvinientes, no resulta ni se desprende haber transcurrido el supradicho plazo de 20 años. En efecto, en las referidas escrituras solo se aportaron dos, cada una referente a una sola finca y son tres las fincas de los demandados se hace constar, en la de fecha 11 de julio de 1967, que don V. B. R. adquirió "una porción de terreno solar (antes casa de la planta baja y un piso)" (folios numerados con los cardinales 24, 25 y 26), y en la otra escritura, con data, 9 de septiembre de 1967, que don M. B. R. compró "una pieza de tierra de campo, con una casa en ella adjunta" (folios 27/29), sin que en ellas se mencionen o se haga referencia alguna a las casas de los demandados, cuyas ventanas y balcones resultan afectados en sus vistas sobre la finca del hoy apelado, por la construcción que el señor G. P. lleva a cabo en su fundo, ya que dichas casas son de reciente construcción, como se aprecia de las fotografías adjuntas a los folios 37 y 38 —la más antigua de ellas tiene menos de 7 años de antigüedad, según dictamen del Aparejador don A. M. F. V. (folios 68/75), siendo revelador a estos efectos el dato que destaca el citado perito que los bloques de hormigón con que están construidas las casas de los demandados no se conocieron en Mallorca hasta finales de 1974 (folio 71)—. Conviene igualmente señalar que dichas tres casas cuyas luces y vistas resultan manifiestamente afectadas por la construcción del muro que el actor-reconvenido levanta en su predio están edificadas a menos de dos metros de la línea de colindancia de la finca del hoy apelado (folio 73) se construyeron sin proyecto de Arquitecto sin dirección de Arquitecto ni Aparejador (posición 4ª de las confesiones de don V. y don M. B. R.) y sin licencia de obra municipal (folio 92 bis).

CONSIDERANDO: Que al rechazarse la pretendida prescripción adquisitiva de la servidumbre de vistas sobre la finca del señor G. P., cae por su base y por ello se ha de rechazar, la petición de que se expida mandamiento al Registro de la Propiedad, para que se inscriba en él la referida servidumbre predial; con lo que queda como única cuestión fundamental a dilucidar en esta litis, la relativa a si procede o no la declaración instada de que los reconvinientes son propietarios de la franja de terreno de 20 centímetros sobre la que se ha edificado el muro de hormigón y bloques y que se condene al señor G. P. a reintegrar dicha porción de terreno retirando del mismo la edificación realizada; pretensión ésta ejercitada con base en el artículo 348 del Código Civil, cuyo párrafo segundo proclama que "el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla". Como dice, entre otras muchas, la Sentencia de 12 de noviembre de 1964, debe tener en cuenta que, "determinado por una copiosa jurisprudencia, son requisitos esenciales para el éxito de la acción reivindicatoria, los de justo título de dominio a favor del actor, identificación de la finca objeto de éste y que ella sea detentada o poseída por el demandado" (Sentencia de 9 de junio de 1983), y en el presente caso, el primer requisito men-

cionado, básico y fundamental, no se ha acreditado, ya que de las dos escrituras públicas de compraventa aportadas con el escrito de contestación a la demanda inicial, no consta ni se deduce de ellas que los reconvinientes sean propietarios de la franja de terreno de 20 centímetros de anchura que reivindican, que por cierto en dicho escrito de contestación se afirma que es de 30 centímetros de ancho; amén que según el dictamen de dicho perito (folio 71), el terreno sobre que se alza la expresada pared en construcción pertenece a la finca número 48 de la calle C'as Vidal —la del actor-reconvenido aquí apelado—.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede desestimar la totalidad de la reconvenición formulada y por ende la apelación interpuesta, lo que conlleva la confirmación del fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que el párrafo último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la sentencia confirmatoria deberá contener condena de costas al apelante.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don V., don M. y doña A. B. R., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veinticuatro de mayo 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 declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio LLovet Alabau).

313

313. HONORARIOS DE ARQUITECTO. Calificación del contrato celebrado entre las partes como de arrendamiento de obra. Doctrina del Tribunal Supremo. Incumplimiento de la prestación prometida por el arquitecto. "Exceptio non adimpleti contractus", invocada con éxito. *Sentencia de 22 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de primera instancia, acogiendo en su integridad las pretensiones deducidas por el actor, encaminadas a lograr el cobro de los honorarios correspondientes a la confección de un proyecto arquitectónico, condena al demandado a pagar las 165.307 pesetas reclamadas, con imposición además, de las costas producidas; apelada la sentencia por el demandado, son antecedentes fácticos de los que hay que partir para la adecuada resolución del recurso, los siguientes: 1º) el 12 de mayo de 1980, el recurrente, D. G. A. F. encargó al arquitecto demandante, mediante la suscripción de la correspondiente hoja oficial, un proyecto básico y de ejecución de adición de piso primero para vivienda familiar en la edificación existente en el nº 50 de la calle Rech de Bini-salem; 2º) fueron instrucciones específicas del comitente, que la nueva obra no debía obs-

taculizar el uso y empleo a que estaba destinada la planta baja, donde se halla ubicado un almacén de frutos secos, cereales piensos compuestos, dotado de molino y báscula para el pesaje de los camiones de gran tonelaje que acceden al interior para realizar tareas de carga y descarga, tal como se desprende de las manifestaciones efectuadas por el Aparejador Sr. M. G. que actuó de intermediario entre las partes, al responder a las preguntas 10ª y 11ª en prueba testifical (folio 72); 3º) en el proyecto confeccionado por el actor, se prevé la ejecución de varios pilares en la planta baja del edificio, de los que tres se sitúan en la zona de paso de los vehículos y, en particular, uno de ellos, nº 7, en el centro mismo de esa zona de paso, y el nº 8 exactamente sobre la báscula destinada a pesaje de camiones, de suerte que, de llevarse a la realidad dicho proyecto, quedaría imposibilitado el tránsito y movimiento de los camiones, tal como pone de relieve, sin contradicción eficaz bastante, el dictamen pericial, único emitido en autos, que obra a los folios 74 y 75; y 4º) entendiendo el Sr. A. que el proyecto era defectuoso e inadecuado por esta causa, se negó a satisfacer el importe de los honorarios reclamados por su redactor, el arquitecto ahora apelado.

CONSIDERANDO: Que el contrato celebrado entre las partes debe ser calificado como de arrendamiento de obra, pues que el arquitecto no se obligó por él a la mera prestación de su actividad profesional en interés del cliente, sino a la producción de un determinado resultado útil para el otro contratante, constituido por un proyecto para la construcción de un piso destinado a vivienda sobre edificio preexistente, con sujeción a ciertas condiciones derivadas del uso a que éste se dedica, ya que, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1964, este contrato, "según lo define el artículo 1544 del Código Civil no consiste, pura y simplemente, en la ejecución de un encargo con obstrucción (sic) 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), al que, con o sin suministro de material (artículo 1588) se encamina la actividad creadora del primero", de tal modo que, al ser su principal característica el resultado del trabajo, "la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada de recibo, quedando esta declaración supeditada a resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella" (Sentencia 14 octubre 1968); en consecuencia, puesto que el proyecto arquitectónico confeccionado por el demandante no se ajusta a las instrucciones dadas por el comitente incorporadas al contenido del negocio, ni reúne todas las características estipuladas en aspectos, no intrascendentes o meramente secundarios, sino sustanciales, pues su puesta en práctica impediría la actividad industrial que se desarrolla en el almacén inferior, cuya continuidad y mantenimiento se elevó a la categoría de condición básica, ha de concluirse que el actor no realizó la prestación que había prometido y, por lo tanto y en virtud de la llamada "exceptio non adimpleti contractus" o excepción de contrato no cumplido, opuesta por la contraparte, que, según conocida doctrina jurisprudencial y científica, y en base a los artículos 1100, párrafo último y 1124 del Código Civil, es propia de las obligaciones bilaterales en razón del vínculo de reciprocidad que liga a las respectivas prestaciones, tampoco puede ser obligado el otro contratante, aquí demandado y ahora recurrente, a cumplir la suya, es decir, a pagar el precio que se le reclama a título de contraprestación de una obra, que no satisface el fin del negocio concertado, (artículo 1544) solución ésta de no existir el deber de pagar honorarios, también acogida por el Tribunal Supremo en otros supuestos en que el proyecto redactado por el arquitecto carecía de las condiciones de viabilidad requeridas para que la obra pudiera ejecutarse, como son el contemplado por, entre otras, la Sentencia de 19 de junio de 1982 —no obtención de la licencia municipal—, y de la Sentencia de 3 de noviembre de 1983, —aprobación de Plan General de Ordenación Urbana y territorial que impide la realización de la obra—; por todo lo expuesto procede, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Sr. A. F., la revocación de la sentencia apelada y el rechazo de la demanda deducida por el arquitecto Sr. D. O.

CONSIDERANDO: Que no procede imponer a ninguna de las partes el pago de las costas producidas en ambas instancias.

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

FALLAMOS: Que dando lugar al recurso de apelación interpuesto por don C. A. F., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca con fecha de veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, a la que dejamos sin efecto; y rechazando la demanda formulada por don F. O. F., debemos absolver y absolvemos de ella al apelante, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Javier Muñoz Jiménez).

316

316. ACCION REIVINDICATORIA. Requisitos. Pozo destinado al aprovechamiento de aguas subterráneas. Normativa aplicable. Principio de accesoriadad, según el cual las aguas serán públicas o privadas según sea público o privado el predio en que se hallen. *Sentencia de 26 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que si, en primer término, ha sido indiscutida la posibilidad de que el bien reivindicado por el actor sea objeto de propiedad privada, por cuanto tratándose de un pozo destinado al aprovechamiento de aguas subterráneas es aplicable la normativa contenida en los artículos 408, 3º y 418 del Código Civil y 18 de la Ley de Aguas, la cual lejos de imponer el dominio público como único dominio posible sobre aquellas aguas, establece, en aplicación del principio de accesoriadad, que las mismas serán públicas o privadas según sea público o privado el predio en el que se hallen, y si, en segundo lugar, no ha sido opuesta la existencia de explotación preexistente alguna que, por preferente, hubiera de ser respetada, la cuestión litigiosa se reduce a determinar si en el supuesto debatido concurren los requisitos tradicional y reiteradamente exigidos por la Jurisprudencia para el éxito de la acción reivindicatoria y, más concretamente, dado que han sido concordados los relativos a la identificación del pozo y a la posesión de éste por el Ayuntamiento recurrente, si el actor ha acreditado su dominio sobre el referido bien por medio de un título que, a tenor de constante jurisprudencia, debe ser atendido no como documento preconstitutivo, sino como justificación dominical (Sentencias 4-12-1931, 10-4-63, 24-6-66, etc.) pues como ya declaró el Tribunal Supremo en la antigua sentencia de 3 de diciembre de 1928 "se entiende por título en derecho civil, tanto la causa en cuya virtud es poseída o se adquiere alguna cosa, como el instrumento con que se acredita el derecho que sobre la misma pertenece a quien la ostenta y para lograr la efectividad ejercita la acción, ya que ésta nace del derecho en la cosa y ordinariamente de las mismas fuentes que las obligaciones y es consecuencia de los modos de adquirir la propiedad".

CONSIDERANDO: Que acreditado mediante el reconocimiento judicial practicado en la primera instancia que el alumbramiento reivindicado está situado fuera del cercado que el actor colocó en la finca de su propiedad y fuera del camino público asfaltado que discurre próximo a la misma, es decir, en la porción de terreno sin asfaltar existente entre los mencionados cercado y camino, el núcleo del debate ha quedado referido a establecer si tal porción de terreno pertenece al demandante, como éste afirmó en la demanda rectora de la litis y razona el juez a que en la sentencia recurrida, o, por el contrario y como argu-

menta impugnativamente el Ayuntamiento demandado tal exigible justificación no ha sido llevada a cabo.

CONSIDERANDO: Que analizado con la finalidad precitada el material litisdecisorio resulta acreditado lo siguiente: 1º) El camino público con el que linda la finca propiedad del actor fué construido en época reciente, ensanchándose para ello, mediante las cesiones de terreno realizadas por varios propietarios entre los que se hallaba el actor, el camino de "escorbais" existente; 2º) Después de la mencionada cesión de terreno y como por causa del ensanche el camino público quedará adjunto a la finca propiedad del actor, este litigante retranqueó unos cinco metros la barrera de entrada a dicho inmueble al objeto de dejar una zona de terreno que permitiera una fácil maniobra de los vehículos; 3º) En la zona que por consecuencia del retranqueo quedó fuera del cercado del predio perteneciente al demandante se halla situado el pozo reivindicado, y 4º) En la parte de la finca cercada existe un estanque que por medio de una mina se comunica con el pozo objeto de la acción ejercitada.

CONSIDERANDO: Que lo anterior permite concluir no sólo que el Ayuntamiento demandado carece de cualquier título legitimador de la detentación que actualmente tiene sobre el pozo discutido, —conclusión que sería insuficiente para mantener un pronunciamiento estimatorio de la pretensión actuada sino que el actor es propietario del bien reivindicado en cuanto ha acreditado ser actual titular del terreno en que aquél se halla, pues tal porción de tierra no fué cedida para el ensanchamiento del camino de escorbais —caso contrario formaría parte del camino público— sino que quedó, por causa del retranqueo de la barrera de entrada y sin que ello menguara en modo alguno el dominio del actor, fuera de la valla con la que se cerca el resto del predio. Conclusión frente a la que no puede invocarse con eficacia: A) La ausencia de toda referencia al pozo en la descripción que de la finca se tiene en la escritura de manifestación y aceptación de herencia incorporada con la demanda, por cuanto, como ya se razonó en el primer fundamento de esta resolución, no es exigible la presentación de un título escrito que demuestre por sí solo que el actor ostenta el dominio, sino que basta la verificación de éste por los distintos medios de prueba que la Ley admite; B) El dominio público del pozo, pues tal dominio, sobre quedar excluido al estar acreditado el privado, fué invocado sin el menor apoyo justificativo y con la finalidad de fundamentarlo en el fracaso probatorio del demandante, ni C) La falta de reivindicación del terreno en que se halla situado el pozo, dado que éste y no aquél es el bien poseído sin título alguno por el Ayuntamiento demandado, ahora recurrente.

CONSIDERANDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente.

FALLAMOS: Que desestimado el recurso de apelación interpuesto por el A.M. contra la sentencia dictada el veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y tres, por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Manacor en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa condena de la parte recurrente al pago de las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

318. EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA.

Doctrina jurisprudencial. El no tener el demandado el carácter con el que se le demanda constituye cuestión de fondo que no afecta a la válida constitución de la litis. Presunción "iuris tantum" de exactitud del Registro de la Propiedad, que puede ser destruida con la demostración de que su contenido no concuerda con la realidad jurídica. No afecta el carácter del demandado (propietario del inmueble) el hecho de que en el Registro de la Propiedad conste dicho inmueble a nombre de una sociedad en la que el demandado es el único administrador. Doctrina jurisprudencial de los actos propios. Imposición de las costas causadas en primera instancia por la evidente mala fe del demandado. *Sentencia de 27 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejercitada por el Presidente de la Comunidad de Propietarios de los edificios Tagomago y Sa Punta, sitios en la Villa de Santa Eulalia del Río (Isla de Ibiza) contra don J.R.M. en reclamación de la cantidad de 1.491.436 pesetas más intereses por cuotas devengadas e impagadas en los gastos generales de la Comunidad de propietarios del edificio Sa Punta, el demandado opone la excepción dilatoria 4ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no tener el carácter con que se le demanda, ya que él no es ni ha sido nunca propietario de apartamento alguno en el referido edificio de Sa Punta, como resulta de la certificación del Registro de la Propiedad que presentó (folios 27 y 28), y por no admitir que lo que se le reclama pueda ser únicamente por gastos de comunidad.

CONSIDERANDO: Que las excepciones dilatorias, que son las excepciones propiamente dichas y que se fundan en un óbice a la admisibilidad de la relación jurídico-procesal, la falta de un presupuesto del proceso, se enumeran en el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma taxativa y excluyentemente ("solo serán admisibles como excepciones dilatorias") y entre ellas, hay que mencionar, por haber sido invocada expresamente por el ahora apelado, la 4ª, que dice: "la falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter de representación con que se le demanda".

CONSIDERANDO: Que sobre la expresada excepción conviene previamente mencionar, por lo aleccionadora que es, la sentencia de fecha 10 de Julio de 1982, que declara que la legitimación, figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo —"legitimatío ad causam"— como adjetivo —"legitimatío ad processum"—, constituye una especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar —capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho adjetivo— y la claramente real y afectiva de "disposición" o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto al acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta.

CONSIDERANDO: Que al promover el Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio Sa Punta, sito en la villa de Santa Eulalia del Rio —que representa a dicha comunidad en juicio y fuera de él en los asuntos que la afectan (párrafo primero del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1960)—, demanda contra don J.R.M., reclamándole el pago de cierta suma de dinero que, según el actor adeuda a dicha comunidad por cuotas devengadas e impagadas por gastos generales de los apartamentos que mas adelante se mencionan, y al comparecer en autos el señor R.M., en nombre propio, quedó la relación jurídico-procesal de esta litis válidamente constituida, no dándose por tanto la excepción dilatoria esgrimida. Cuestión distinta es si el señor R.M. está obligado o no a satisfacer la cantidad reclamada, ya que esto afecta a la relación jurídico material de este juicio, cuyo examen, como cuestión de fondo, se lleva a cabo seguidamente.

CONSIDERANDO: Que la cantidad reclamada —1.491.436 pesetas— importe total de las cuotas devengadas y no satisfechas por los gastos de comunidad de los apartamentos números 2, 8, 9, 46, 46B, 47, 54, 55, 62, 70B, 73, 79, 79B y 80 del expresado edificio Sa Punta, correspondiente a los años 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982, su pago incumbe, según la parte apelante-actora, al demandado, lo que éste rechaza en base a que, a tenor del artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1960, las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo 9 —que son las que se reclaman en este juicio han de ser cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, y según certificados del Registro de la Propiedad de Ibiza, los mencionados apartamentos son propiedad en la actualidad o lo han sido con anterioridad, de la entidad S.S.L. (folios 128/163).

CONSIDERANDO: Que la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad, como "iuris tantum" que es, puede quedar destruida con la demostración de que su contenido no concuerda con la realidad jurídica (Sentencia de 6 de Junio de 1979), y mal puede invocar la fuerza legitimadora de la constancia tabular que proclama el apartado primero del artículo 28 de la Ley hipotecaria el demandado, cuando éste, constructor del expresado edificio Sa Punta (posición 1ª) y administrador único de S.S.L., entidad que según el Registro es o ha sido la titular de todos los expresados apartamentos, siempre ha manifestado y actuado, en nombre propio, como dueño, de los referidos apartamentos, y así consta en autos, a saber: a) en la comparecencia que realizó el día 17 de Septiembre de 1979, juntamente con otros copropietarios, ante el notario de la ciudad de Ibiza, don G.L.F.R., para que dicho fedatario público llevase a cabo un requerimiento al Secretario Administrador del edificio Sa Punta, comparecencia que el señor R.M. hizo "por su propio derecho de propietario", (folios 73/76), requerimiento notarial que se practicó. b) en la demanda que interpuso, en unión con otros copropietarios del supradicho edificio, el día 4 de febrero de 1980 en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ibiza contra los Presidentes de las Comunidades de Propietarios de los edificios T.S. —autos de juicio de mayor cuantía n° 38/1980—, en cuyo hecho Primero se declara que el Sr. R.M. es propietario de los apartamentos 2, 8, 9, 46, 46B, 47, 55, 62, 73, 79, 79B y 80 del bloque Sa Punta (folio 79). c) en el escrito de conclusión de dicho juicio de mayor cuantía, que su representación procesal presentó, firmado con su Letrado, se afirma, como "hechos objeto del pleito" que "la personalidad de los actores, en relación ejercitada en esta "litis" resulta acreditada de la documentación obrante en autos, que no ha sido impugnada, en todo ni en parte por la parte adversa" (folio 118); y d) al asistir, como propietario, a la Asamblea General Ordinaria de Propietarios del edificio Sa Punta, celebrada el 3 de Agosto de 1979 —según se afirma en el hecho sexto del escrito de demanda del citado juicio declarativo de mayor cuantía en el que postuló la declaración de nulidad de dicha Asamblea General (folio 80)—. Actos estos, que dan entrada en juego al principio "venire contra factum proprium non valet", sancionado como indica la sentencia de 16 de Noviembre de 1960, en centenares sentencias del Tribunal Supremo que alteran el alma del principio que ya en Roma se sancionó en la regla "Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam" (Digesto 50, 17, 75), y de los que, de una manera clara y contundente, se desprende que los expresados apartamentos del edificio Sa Punta, no obstante estar o haber estado inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de S.C.S.L. son o han sido, propiedad del demandado-apelado don J.R.M., administrador único de dicha entidad mercantil.

CONSIDERANDO: Que la alegación igualmente opuesta por el demandado de que

los presupuestos de dicha comunidad de propietarios y en razón de ellos se le formula la reclamación de 1.491.436 pesetas, no pueden ser gastos de la comunidad, es de total inoperancia, pues se trata de una mera opinión, sin prueba alguna sobre su certeza, amén que tales presupuestos fueron aprobados en su día y adquirieron el carácter de firmes al no ser impugnados en su momento oportuno.

CONSIDERANDO: Que el artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que el propietario que no cumpliera las obligaciones referidas en el número quinto del artículo 9 de la misma Ley, en la forma y tiempo determinados por la junta, será requerido de pago en forma fehaciente, y de no verificarlo éste en el plazo de quince días, se le podrá exigir por vía judicial; y como consta acreditado en autos por certificaciones expedidas por el Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio S.P. (folios 4/10), la certeza y cuantía de la reclamación, así como que con fecha 18 de Marzo de 1983 el demandado fué requerido de pago en acto de conciliación (folios 11 y 12), habiendo confesado a presencia judicial "que no ha pagado nunca" (posición 4ª) las cuotas cuyo importe total se le reclama en este juicio, es por lo que procede, previa revocación de la sentencia recaída, estimar la demanda.

CONSIDERANDO: Que se aprecia patente mala fé en el demandado, como resulta: a) del citado acto de conciliación, en el que manifestó que se oponía a la demanda presentada en todas sus partes por no ser ciertos los hechos tal como vienen relatados en la misma, y al ser invitado a que precisara las manifestaciones alegadas de no ser ciertos los hechos de la demanda, contrareplicó, insistiendo en las manifestaciones ya hechas; b) en su escrito de contestación adujo como causa de su oposición no ser él el propietario de los expresados apartamentos, aportando únicamente una certificación del Registro de la Propiedad de que tales fincas no se hallaban inscritas a su nombre, omitiendo que los apartamentos estaban inscritos a nombre de una sociedad limitada de la que él es único administrador; y c) esta misma fundamentación a su oposición la mantuvo en el escrito de réplica; lo que determina la imposición de las costas devengadas en primera instancia al demandado, y no hacer especial imposición de las causadas en este recurso, dada la revocación acordada.

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don J.O.L.L. como Presidente de las Comunidades de Propietarios de los edificios T. y S.P., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintinueve de Febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Ibiza en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que estimando la demanda formulada en nombre y representación de don J.O.L.L. como Presidente de las Comunidades de Propietarios de los edificios T. y S.P., sitos en la villa de Santa Eulalia del Rio, contra don J.R.M., debemos condenar y condenamos al demandado a que pague al actor la cantidad de un millón cuatrocientas noventa y una mil cuatrocientas treinta y seis pesetas más los intereses legales de dicha suma desde la interposición de la demanda hasta el día de hoy, y a partir de esta fecha, los intereses serán, hasta su pago, los señalados en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con expresa imposición de las costas de primera instancia al demandado don J.R.M. por su mala fé y sin hacer especial imposición de las devengadas en esta alzada. (Ponente: Julio Llovet Alaban).

324

324. ACCION DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS. Contrato de adhesión: interpretación. De acuerdo con el art. 1288 Cc, en caso de duda sobre alguna cláusula debe acogerse la interpretación más favorable a la parte que se limitó a firmar tal contrato. Prohibición de la renuncia previa de los derechos de los consumidores y usuarios, entre cuyos derechos se reconoce el de indemnización de los daños causados. Normativa aplicable. Condena en costas. *Sentencia de 30 de noviembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída es apelada por (EMAYA): A) porque se le condena a pagar al actor la cantidad de 82.363 pesetas por los daños sufridos por este en el sótano de su establecimiento B.L., sito en la A.S.F. núm. 15 de esta ciudad y en los enseres que en el mismo establecimiento se hallaban cuando, en la madrugada del día 20 de abril de 1983, se produjo su inundación por escape de agua procedente de la instalación exterior que da suministro al edificio mencionado; y B) por la imposición a EMAYA de las costas de litigio.

CONSIDERANDO: Que la condena mencionada en primer lugar, solución a la cuestión de fondo de esta litis, se impugna por cuanto el artículo 24 de las Condiciones Generales del contrato de suministro de agua, celebrado por la entidad hoy recurrente con el actor, declara que "el Servicio Municipalizado no acepta responsabilidad alguna, por los daños que al inmueble o a los géneros o apartados, situados en su interior, pueda causar una fuga de agua, bien sea a través del contador, de las llaves o grifos o de la acometida" (folio 36). La validez y consiguiente eficacia jurídica de tal cláusula se ha de examinar especialmente por cuanto forma parte de un contrato que, tanto la doctrina científica como jurisprudencial, denomina de adhesión, en el que se restringe de forma notoria el juego de la autonomía de la voluntad que rige en materia de contratación privada y cuyo principio proclama el artículo 1255 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que según puso de manifiesto el Letrado de la parte recurrente en el acto de la vista, la solución de la cuestión planteada en este proceso, está en la determinación de la parte contratante sobre la que recae la obligación de conservación de la acometida —tubería que arranca de la red general de distribución del agua, que tiene luego una válvula con llave situada en una arqueta cerrada con una tapa que está a ras del suelo de la acera, y que llega hasta el contador o contadores de los usuarios—, ya que tal obligación no se consigna expresamente en dicho contrato, si bien dicha parte mantuvo la tesis de que tal obligación recae sobre los usuarios, ya que al quedar toda la acometida instalada, propiedad del dueño del inmueble o del abonado, según dispone "in fine" el artículo 16 de las citadas cláusulas generales, ello lleva consigo, como complemento de tal derecho de dominio sobre la acometida, la obligación de conservarla. Tesis esta que se ha de rechazar por las siguientes razones: Primera.- Ya que tratándose, como ya se ha indicado, de un contrato de los llamados de adhesión, en caso de duda sobre la significación o alcance de las cláusulas generales de la póliza —redactadas por la Compañía suministradora sin intervención alguna de la otra parte contratante—, se ha de adoptar, de acuerdo con la regla del artículo 1288 del Código civil, la interpretación mas favorable a la parte que se ha limitado a firmar el contrato, ya que tal indeterminación —falta de debida concreción es imputable a la empresa hoy recurrente; sin que ello pueda estimarse modificado o alterado, a los efectos de esta litis, por el hecho de haber obtenido las cláusulas generales de

la póliza, aprobación administrativa (folio 107). Segunda.- Porque de la interpretación sistemática que propugna el artículo 1285 del citado Código —las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras—, se desprende del condicionado general del contrato de suministro de agua mencionado, que la obligación de conservar la acometida recae exclusivamente sobre la empresa suministradora, ya que ella es la única que está facultada para realizar las oportunas reparaciones en dichas instalaciones, como lo ha afirmado el testigo don S.R.S., ingeniero al servicio de EMAYA (pregunta cuarta: folio 103 vuelto); y Tercera.- Por que la exoneración de responsabilidad contenida en el transcrito artículo 24 del condicionado general de la póliza suscrita, implica en realidad una renuncia anticipada a los derechos reconocidos por la Ley, que sólo es válida cuando no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros —artículo 6.2 del Código Civil—, lo que no acaece en el presente caso, aunque afirmó lo contrario la Dirección Letrada de la apelante en su informe ante esta Sala. Las normas jurídicas hay que interpretarlas, según preceptúa el artículo 3.1 del citado Cuerpo Igal, teniendo presente, entre otros elementos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas; y, plasmando esa realidad social y con el fin de dar cumplimiento al mandato del artículo 51.1 de la Constitución vigente —“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos—, se ha promulgado la reciente Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en su artículo 2.3 proclama que es nula “la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios”, y entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios que dicha Ley reconoce está el “de indemnización o reparación de los daños y perjuicios causados” —artículo 2.1 c)—, especificándose en dicha Ley —artículo 1.2— que “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarias finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. Sin que el hecho de que no se haya aprobado el Reglamento o Reglamentos para la aplicación y desarrollo de dicha Ley especial de 1984, haga inoperante su cita, ya que su invocación es formulada como expresión de la realidad social imperante y de cumplimiento de un mandato constitucional.

CONSIDERANDO: Que entrando en el examen del segundo motivo de apelación, que recae sobre el extremo relativo a la condena en costas impuestas en el fallo impugnado a la hoy recurrente, hay que señalar, como la declaró esta misma Sala en su sentencia 98/1973, de 23 de Octubre, que “una larga tradición histórica que arranca del Digesto (Vespiano 5, 179, pr.) y que continua en una Constitución de Valentiniano III del año 369, recogida en el Código Theodosiano (4, 18, 1) viene adoptando como criterio contrario al normal de que cada parte pague las costas causadas a su instancia el de la condena a una de ellas, la vencida, tras valorar su conducta dolosa (mala fe) o culposa (temeridad), en la forma elegantemente ayudada por nuestras Leyes de Partidas (3^a, 12, 8): “maliciosamente, sabiendo que non han derecho en la cosa”; doctrina aplicable al caso ahora decidido por aplicación del artículo 1902 del Código Civil y reiterada doctrina legal, pues según se deduce de los anteriores fundamentos no se puede asignar a la posición procesal de la entidad demandada la nota de buena fé, como tampoco la de mala fé, que le atribuye el Juez “a quo”, sino la de conducta culposa —temeridad—; puntualización esta que conlleva sin embargo la confirmación de la condena de costas impuesta en el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados considerandos de las sentencia apelada procede, previa desestimación del recurso formulado, confirmar la resolución impugnada.

CONSIDERANDO: Que el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la sentencia confirmatoria deberá contener condena de costas al apelante.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de (EMAYA), debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha catorce de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con condena de las costas de esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Julio Llovet Alabau).

327

327. IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. Legitimación activa: necesidad del impugnante de haber hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado. Doctrina del T.S. acerca de este requisito de procedibilidad. Inexigencia al impugnante (accionista y administrador) de salvar expresamente su voto como requisito para el ejercicio de la acción de impugnación. Nulidad del acuerdo de la Junta General de Accionistas aprobatorio de la Memoria, Balance y Cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente al ejercicio social del año 1983. Desestimación de la demanda. El ánimo de lucro que constituye el fin fundamental de las sociedades no impide poder realizar actos dispositivos a título de liberalidad. Tampoco el acuerdo impugnado resulta lesivo para los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas: carga de la prueba al demandante de la realidad del resultado lesivo y de los beneficios privativos que de él se derivan. *Sentencia de 5 de diciembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que persigue el actor en su demanda que se declare la nulidad de pleno derecho, en tanto que contrario a la Ley y al amparo del artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, del acuerdo adoptado por la Junta General Ordinaria de Accionistas de "N.H.M. S.A." celebrada el 15 de Junio de 1984, aprobatorio de la Memoria, Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias correspondientes al ejercicio social del año 1983, por entender se incluyen en ellos gastos derivados de indemnizaciones, salarios y pagos a la Seguridad Social por razón de determinado personal de la construcción, que no son deudas de la entidad mercantil, sino de D. J.R.R., principal accionista de ella, o de otra sociedad anónima, denominada "C.R. S.A."; pretensión a la que se opone la compañía demandada aduciendo sustancialmente: a) falta de legitimación en el actor por no haber hecho constar en el acta de la Junta su oposición al acuerdo impugnado; b) falta de legitimación porque como miembro integrante del Consejo de Administración, no salvó expresamente su voto en relación al acuerdo del Consejo que aprobó los documentos contables, luego presentados a la Junta General; y c) carácter beneficioso para la sociedad de la operación de que derivan las partidas contables tachadas y conducta del impugnante en relación a la misma, contraria a sus propios actos.

CONSIDERANDO: Que dispone en inciso primero del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas que "están legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado", y si bien es cierto que este requisito de procedibilidad no se satisface con la mera emisión del voto en contra, pues la oposición debe manifestarse con posterioridad a la adopción del acuerdo y este sólo adquiere existencia como resultado del debate y la votación de los accionistas, según constituye reiterada doctrina jurisprudencial expuesta; entre otras varias, en las sentencias de 30 de enero de 1970, 27 de abril de 1973, 19 de enero de 1974, 30 de enero de 1976, 5 de enero de 1978 y 4 de marzo de 1980, también lo es que la Ley no impone fórmula alguna predeterminada para la expresión de disconformidad, bastando con que conste de modo suficientemente claro, (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1970, 31 de enero de 1972, 19 de enero de 1974 y 22 de junio de 1979), y por ello, al reflejar el borrador del acta obrante a los folios 16 a 19 —que no ha sido tachado de inexacto—, que, tras resultar aprobado el punto primero del orden del día, relativo al examen y aprobación de la Memoria, Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias, así como de la gestión social del ejercicio 1983, el ahora accionante, Sr. M., expresó los motivos que le habían llevado a votar en contra, quedó cumplida aquella exigencia legal, pues esa expresión posterior entraña la pública manifestación de una voluntad de discrepancia y de no aquietamiento ante el acuerdo logrado mediante el voto de la mayoría, equivalente a la oposición requerida por la Ley, por lo que procede el rechazo del primer motivo de defensa a la demanda articulada.

CONSIDERANDO: Que idéntica suerte ha de seguir el segundo argumento que se alega, por cuanto que la acción de impugnación que ejercita en el presente procedimiento especial del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, el Sr. M. no contradice la conducta que mantuvo en la reunión del Consejo de Administración, al que pertenece desde el 15 de Junio de 1983 (f. 33), celebrada el 2 de Mayo de 1984 al objeto de cumplir las prescripciones del artículo 102 en orden a formular el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria explicativa del ejercicio social último, toda vez que, según acredita el conjunto examen de la prueba practicada sobre el particular y, en concreto, las respuestas de los testigos Srs. N. y B. (fs. 191 y 193) y del actor (f. 199, posición 16^a), de las que se desprende que el borrador del actor de la reunión acompaña a los fs. 47 y 48 de estos autos estaba ya redactada con carácter previo por el Sr. Secretario y que dicho borrador es inexacto, ya que no recoge las numerosas preguntas que realizó el Sr. M. sobre diversos aspectos contables, además de que, en todo caso no dice el mismo si el punto segundo fue adoptado por unanimidad o mayoría, no es cierto que votara el demandante de manera afirmativa a favor de dichos documentos, sino que se reservó su decisión hasta conocer el criterio de otro administrador, censor de cuentas, que no asistió al acto, postura que, si no impidió la válida adopción del acuerdo por parte del Consejo, para la que sólo son precisos los votos favorables de la mayoría absoluta de los Consejeros concurrentes a la sesión (artículo 78 p^o 1^o), tampoco constituye obstáculo, ni le vincula a no atacar posteriormente el acuerdo de la Junta General aprobatorio de unos documentos a los que, ni como administrador, ni como simple accionista, prestó aquiescencia o conformidad, sin que en modo alguno quepa exigirle, como se pretende por la entidad demandada, que salvara entonces expresamente su voto, pues que la Ley impone en su artículo 79 esta protesta positiva de oposición tan sólo como condición para que el Administrador que la haga, quede exento de la responsabilidad, dimanante de acuerdos del Consejo dañosos para la Sociedad, exigible mediante la acción establecida en el siguiente artículo 80, pero no somete a ella el ejercicio de las acciones de impugnación, de acuerdos sociales reguladas en el artículo 67 por parte de quien reúna la doble cualidad de accionista y administrador, como en el presente supuesto sucede.

CONSIDERANDO: Que sobre la base fáctica alegada —inclusión en el Balance y demás documentos de contabilidad pertenecientes al ejercicio social del año 1983 de débitos que, se dice, no corresponden a la sociedad, sino a uno de sus accionistas, o bien a otra sociedad anónima diferente—, postula el actor que se declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo aprobatorio; adoptado por la Junta General, por ser el mismo "contrario a la Ley o porque las Sociedades, según señala el artículo 1165 (sic) del Código Civil, tienen por definición el ánimo de lucro y no pueden en consecuencia efectuar actos gratuitos"

(hecho 4º del escrito iniciador de esta litis), motivo que pone de relieve el erróneo planteamiento en que incurre la demanda, toda vez que, dentro de las tres categorías de acuerdos sociales susceptibles de impugnación que contempla el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas, solamente los contrarios a la Ley adolecen de la nulidad radical pretendida, en tanto que los otros, es decir, los que se opongan a los Estatutos, como regla general, y los que lesionan, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, son simplemente anulables, siendo menester, para que aquella nulidad radical pueda ser apreciada, que los acuerdos combatidos vulneren normas legales imperativas o prohibitivas (artículo 6º, nº 3 del Código Civil) y a tal efecto cabe observar que, si bien es verdad que el fin fundamental de las sociedades civiles y mercantiles, es la obtención de un lucro común partible entre los socios (artículos 1665 del Código Civil y 116 párrafo 1º del Código de Comercio), ningún precepto impide que puedan realizar, siquiera a título de liberalidad, ni restringe en ese sentido la general capacidad de obrar que el artículo 38 del Código Civil reconoce a las personas jurídicas, de tal suerte que, aunque fuera cierto que, N.H.M. S.A. hubiese asumido el pago, con cargo a su patrimonio, de determinadas deudas ajenas a su tráfico y actividad sin contrapartida de ninguna especie, no procedería declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo, por no ser aplicable a tal supuesto de hecho el motivo legal de impugnación invocado; pero es que, aunque se salvara esta deficiencia de enfoque en atención a que, en definitiva, el resultado final perseguido consiste en la ineficacia de un concreto acto de la Junta General Ordinaria de Accionistas, a que la pretensión ha sido deducida a tal fin dentro del plazo de caducidad marcado por el artículo 68 y a que, en realidad, el debate y la actividad probatoria de las partes ha versado, sustancialmente, sobre el carácter dañino o favorable para el común de la operación que dió origen a las partidas contables atacadas, y se transmutara la acción de nulidad en otra encaminada a la mera anulación del acuerdo en razón de resultar lesivo a los intereses sociales en beneficio de uno o varios accionistas, tampoco podría prosperar la pretensión del demandante, por cuanto que los presuntos daños inferidos a la entidad no dimanar, propiamente, del pago de salarios, indemnizaciones por despido y cotizaciones a la Seguridad Social efectuados durante el año 1983, siendo de la incorporación a la nómina de trabajadores dependientes de N.H.M. S.A., de personal procedente de C.R.S.A., de personal procedente de C.R.S.A. y del establecimiento de las correspondientes relaciones laborales con ellos, a que aquellos gastos obedecen, hecho que, conforme acredita de manera indubitada la prueba obrante en autos y, singularmente, los documentos unidos a los folios 34 a 38, el libro de matrícula de personal (folios 39 a 46) y el propio tenor de la posición 5ª redactado por el mismo accionante para su absolución por el representante de la parte adversa, tuvo efecto en el año 1980, siendo tales pagos consecuencia necesaria de unas relaciones laborales, que ya existían con anterioridad al ejercicio social, cuyo resultado económico deben reflejar con claridad y exactitud el Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias combatidos, y eran, además, conocidas por el actor, puesto que, si como indica el perito censor jurado de cuentas en el dictamen emitido en esta litis a instancia de las partes (folios 108 a 115) "en los libros auxiliares y principales de N.H.M., S.A. aparecen contabilizados los pagos de las nóminas de los obreros de la construcción de la propia plantilla correspondientes a la segunda mitad de 1980 y a los años 1981, 1982 y 1983", forzosamente debe presumirse (artículo 1253 del Código Civil) que también llegaron esos datos reveladores a su conocimiento a través de la auditoría de la contabilidad que, según confiesa al absolver afirmativamente las posiciones 2ª y 3ª en prueba de confesión (folio 199), fue practicada a su instancia y la de otros accionistas minoritarios a finales de 1982 y cuyo resultado, aunque mantenido en secreto, no le motivó pese a ello, a formular entonces reclamación alguna contra los Administradores por causa de la contratación de tales trabajadores, ni le impidió tampoco votar de manera favorable en la Junta General celebrada el 15 de Junio de 1983 el Balance, Memoria y Cuenta de Pérdidas y Ganancias correspondientes al ejercicio económico de 1982 (folios 204 a 208), cuenta ésta en la que, con arreglo al artículo 105 de la Ley de Sociedades Anónimas, han de figurar separadamente y en la parte relativa a los gastos, los satisfechos por salarios y sueldos y el importe de los seguros sociales, con lo que vino a prestar su conformidad a que la sociedad tuviera a su cargo aquel personal del ramo de la construcción, de modo que no puede ahora válidamente y sin contradecirse atacar la realización de pagos que son jurídicamente debidos en virtud de las relaciones contractuales aceptadas; aparte de que, ya por último, tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 1970, 22 de Diciembre de 1970, 9 de Octubre de 1971, 10 de Enero

de 1973 y 11 de Noviembre de 1980, entre otras, que incumbe al demandante la demostración de la realidad del resultado lesivo y de los beneficios privativos que de él se derivan, y no ha justificado el Sr. M. en el presente litigio de modo suficiente que el total de los desembolsos realizados por N.H.M.,S.A. en cumplimiento de las obligaciones asumidas con la contratación de trabajadores procedentes de C.R.,S.A., sea superior al valor de la maquinaria, herramientas e instalaciones que ingresaron en el patrimonio social al mismo tiempo, incrementado con el ahorro de las cantidades que, en concepto de beneficio industrial e impuesto de tráfico de empresas, hubiera debido de satisfacer por razón de las obras practicadas a partir del año 1980 en adelante, caso de haberlo sido, no por aquel propio personal, sino por un tercero, y, en definitiva, que la repetida contratación hubiese resultado finalmente perjudicial para los intereses sociales, demostración fácil de conseguir con bae en la contabilidad de la sociedad demandada, para cuyo libre examen el actor reconoce que no se le ha puesto ningún tipo de traba (posición 15ª).

CONSIDERANDO: Que procede por todo ello la íntegra desestimación de la demanda y, por ende, la imposición de las costas causadas al actor, en virtud de lo que prescribe el párrafo 1º del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas de manera imperativa.

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

FALLAMOS: Que desestimando íntegramente la demanda formulada por J.L.M.P. en solicitud de que se declare la nulidad de pleno derecho del acuerdo tomado por la Junta General Ordinaria de Accionistas de N.H.M.,S.A. con fecha de 15 de Junio de 1984, debemos absolver y absolvemos de dicha pretensión a la entidad demandada, con expresa imposición al actor de las costas causadas en este litigio. (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jimenez).

332

332. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. Concepto. Doctrina del T.S. La determinación y calificación de un inmueble como edificación definitiva o provisional, a los efectos de los art. 78 y ss. LAU, debe ser discutida con la intervención de todos los arrendatarios, y no con uno solo de ellos como sucede en el caso de autos. *Sentencia de 7 de diciembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que impugnada por las actoras la sentencia recaída en la primera instancia de los presentes autos de juicio declarativo de mayor cuantía, que, acogiendo la excepción de litis consorcio pasivo necesario primeramente opuesta por el demandado, le absolvió sin entrar en el fondo de las cuestiones debatidas en la litis, son antecedentes a tener en cuenta para resolver con acierto sobre dicho recurso, según se obtienen de los escritos de alegaciones de las partes y de los documentos aportados, los que siguen: 1º) las demandantes son copropietarias de una edificación, compuesta únicamente de planta baja de 232 m2. de cabida, que está situada en el barrio de L.M., en pleno entro comercial

de la ciudad de Ibiza, y cuenta con fachada a las calles E.M., R. y J.A.P.R. 2º) en dicho edificio existen tres locales de negocio que, en la actualidad, están arrendados, separadamente, a los herederos de D. F.C., Dña. T.C., a Dña. A.M.M. y a D. J.S.T., quienes tienen instaladas y explotan en ellos una tienda de pinturas, una galería de arte y una auto-escuela, respectivamente. 3º) el contrato de arrendamiento concertado el 1 de Septiembre de 1976 con el aquí demandado Sr. S. incluye cláusula particular del siguiente tenor: "queda convenido entre las dos partes que, en caso de que los Sres. R.B. quisieran proceder a tirar lo construido, derruyéndolo, y a realizar sobre lo derruido una construcción, o sea, un nuevo edificio, el arrendatario Sr. S.T., siempre que se le dé un preaviso de seis meses de antelación, viene obligado a salir del local de negocios arrendado, por todo el tiempo que durare la construcción, teniendo el derecho, una vez terminado el nuevo edificio, a reintegrarse en local de parecidas condiciones, ubicación y superficie, exceptuada la parte que hay que otorgar para la escalera al inmueble, con los aumentos legales que la Ley previene para tal caso"; 4º) habiendo acordado los condueños el derribo del edificio para levantar uno nuevo con el máximo volumen urbanísticamente autorizado el 7 de Abril de 1982 y por conducto notarial notificaron dicho propósito a cada uno de los arrendatarios, denegándoles la prórroga del arriendo y requiriéndoles a la vez para que procedieran al desalojo de sus respectivos locales en término de un año sin otro derecho que el de percibir una indemnización equivalente al importe de una anualidad de renta, por calificar el inmueble de "simple edificación provisional"; 5º) en el requerimiento destinado al Sr. S. se le intimó además y de manera previa, a que se pronunciara sobre determinados puntos supuestamente oscuros de la cláusula antes transcrita y a que dejara libre su local en el plazo de 6 meses para gozar del derecho de reintegro convenido; 6º) no consta que alguno de los arrendatarios haya atendido los términos del requerimiento; y 7º) los actores dirigen su demanda de manera exclusiva contra el Sr. S.T., en súplica de que judicialmente se declare que "el inmueble" en el que radica el local arrendado... merece la calificación legal de provisional", que "de acuerdo con tal calificación legal, carece el citado demandado de derecho de retorno en los términos establecidos por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos", que el único derecho que asiste al Sr. S. es de origen contractual y que, en fin, éste ha quedado resuelto por causa de incumplimiento de la obligación de desalojar en el plazo de 6 meses y, además, ha perdido también el derecho a percibir la indemnización fijada por la Ley de Arrendamientos Urbanos para el supuesto de demolición de edificaciones de naturaleza provisional.

CONSIDERANDO: Que la excepción de litis consorcio-pasivo necesario, de creación eminentemente jurisprudencial y cuyo principal fundamento ha de buscarse en el principio de audiencia bilateral o contradicción, que hoy tiene rango constitucional (artículo 24 de la Constitución), como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1984, impone que el litigio deba de ventilarse con todas las personas que tengan un interés directo, legítimo, y actual en la relación jurídico-material controvertida y que puedan resultar afectadas, de algún modo, por la resolución judicial que le ponga fin; y así declara dicho Alto Tribunal en su sentencia de 16 de febrero de 1978: "a) que en virtud de tal principio, como nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no debe dictarse una sentencia, cuando haya de afectar a quien no ha sido parte en el proceso —sentencias de 11 de enero de 1945, 4 de enero de 1947 y 21 de noviembre de 1959—; b) que, para evitar que puedan dictarse sentencias contradictorias, hay que procurar que estén presentes en el proceso, todos los que puedan resultar afectados por el fallo que en él se pronuncie y que no quede fuera alguno que, posteriormente, pueda ser objeto de otro proceso sobre la misma relación de derecho material controvertido en el anterior —sentencias de 16 de mayo de 1960 y 26 de noviembre de 1964—; c) que de no seguirse esas normas, se produciría la posibilidad de que los diferentes fallos fueren contradictorios entre sí y de imposible ejecución —sentencias de 9 de febrero de 1966, 6 de octubre de 1972 y 2 de marzo de 1974—; y d) que con ello se pondría en tela de juicio la fuerza de la cosa juzgada material —sentencias de 22 de junio de 1965, 13 de abril de 1966 y 10 de octubre de 1967—", y asimismo en la de 29 de febrero de 1980 que "si bien la resolución recaída en un litigio sólo genera, en términos generales, efectos para las partes procesales, es innegable que por su índole y alcance puede trascender a sujetos no intervinientes en el debate si tiene que formular pronunciamientos o establecer afirmaciones de ineludible conexión con aquéllos, lo que provoca como indispensable la actuación frente a todos por imperativo de los presupues-

tos procesales a fin de evitar que la única situación jurídica inescindible pueda ser sometida a un tratamiento separado con parciales decisiones posiblemente discordes¹³, necesidad de impedir la eventualidad de resoluciones contradictorias sobre un mismo objeto, que también es puesta de relieve en otras sentencias del propio Tribunal, como las de 26 de marzo de 1979, 30 de enero de 1982, 8 de noviembre de 1983 o la misma de 14 de enero de 1984 antes citada, entre las finalidades perseguidas por la figura del litis consorcio necesario.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de la reseñada doctrina jurisprudencial exige, según acertadamente entendió el Juez de Primera Instancia, que la cuestión relativa a la calificación de un inmueble como edificación definitiva o provisional a los efectos fijados en los artículos 78 y siguientes en relación a la causa 2ª de denegación del derecho de prórroga legal establecida en el artículo 62, todos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, haya de ser debatida y resuelta con intervención de la totalidad de arrendatarios que pueda haber en él, pues es patente que todos ostentan interés propio, legítimo y directo en ella, en cuanto que, de conceptuarse la construcción de definitiva, gozarán del derecho de retorno a la finca reedificada en las condiciones y con los requisitos prescritos en los artículos 81 y sucesivos, mientras que, calificada de provisional, sólo podrán reclamar la indemnización establecida por el párrafo 1º del artículo 91 en seis mensualidades de renta a los inquilinos de viviendas y en la de un año a los arrendatarios de local de negocio, pero no volver al nuevo edificio en virtud del anterior contrato arrendaticio, sin que, existiendo pluralidad de interesados, sea aquella cuestión susceptible de ser decidida en pleitos diversos e independientes, conforme la voluntad libérrima de los arrendadores, en razón del riesgo de que recaigan resoluciones firmes discordes, que tal posibilidad de dispersión conlleva, pues ese eventual tratamiento dispar de una misma y única situación, no sólo acarrearía desprestigio para los Tribunales, sino que, más principalmente, vulneraría el fundamental principio de igualdad en la aplicación de la Ley, hoy recogido en el artículo 14 de la Constitución, aparte de que, por otro lado, y según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia de 12 de noviembre de 1984, por todas), es consecuencia de dicho principio que un mismo órgano o pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en caso sustancialmente iguales, por donde la calificación atribuida al edificio litigioso en los presentes autos frente a uno de los arrendatarios de manera exclusiva, vendría a crear una suerte de vinculación respecto de los pleitos posteriores que pudieran suscitarse sobre idéntico objeto con los restantes arrendatarios que no tomaron parte en el primero; pero es que, además, de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos cabe deducir también la obligatoriedad de que una cuestión que ha de repercutir sobre las singulares relaciones arrendaticias de idéntico modo, sea planteada frente a todos los interesados para su discusión y decisión unitarias, ya que en el artículo 114 y como una de las causas por las que el arrendador puede instar la resolución del contrato de arrendamiento urbano, el número 10 incluye la declaración de ruina de la finca, acordada en expediente contradictorio "en el cual hubieron sido citados al tiempo de su iniciación todos los inquilinos y arrendatarios", sin perjuicio de que, luego, el arrendador y para el ejercicio de las acciones resolutorias nacidas de la declaración, haga o no uso de la facultad de acumulación que le concede el artículo 127, motivo por el que la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Supremo aludidas por la parte recurrente, carece de encaje en el presente supuesto; en consecuencia, dado que no es factible entrar en el examen de los demás pedimentos de la demanda al margen de la calificación que corresponde al inmueble, en lo que coinciden ambas partes litigantes, al encontrarse mutuamente entrelazados, y dado que, por otro lado, ni se alega, ni consta tampoco, que los arrendatarios de los otros dos locales de negocio existentes en la finca, hayan mostrado su aquiescencia extraprocesalmente a las pretensiones de las actoras en orden a considerar el inmueble como simple edificación provisional y no definitiva, de suerte que haya desaparecido la necesidad de traerlos al proceso (sentencias de 16 de octubre de 1978, 26 de febrero de 1981, etc.), procede la desestimación del recurso de apelación que se interpone y la íntegra confirmación de la sentencia combatida.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad o mala fé en la parte recurrente a fines de 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 interpuesto por Dña. V. LL. R. y Dña. C. R. I.L.L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada el veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro por el Sr. Juez de Primera instancia número Dos de Ibiza en los autos de que el presente rollo dimana, sin hacer especial imposición de las costas producidas en esta alzada (Ponente: Francisco Javier Muñoz Jiménez).

335

335. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución del arrendamiento por expiración del término contractual. Validez de la renuncia de la prórroga forzosa cuando ésta se produce después de haber quedado tal derecho (beneficio de prórroga legal) incorporado al patrimonio del arrendatario. *Sentencia de 11 de diciembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que frente a la pretendida resolución arrendaticia por expiración del término contractual, el arrendatario demandado ha opuesto en ambas instancias una defensa estructurada sobre los motivos siguientes: A) Inadecuación del procedimiento, y B) Aplicabilidad del beneficio de la prórroga forzosa.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de oposición anunciado no puede ser acogido, por cuanto si se intenta sustentar como el demandado hizo en primera instancia y no matuvo en esta alzada, en que la permanente ocupación arrendaticia impone la aplicación de la normativa especial, se está haciendo indebidamente supuesto de la cuestión, y si se pretende fundamentar, como por vez primera hizo el demandado en el acto de la vista del recurso que se resuelve, en el carácter transaccional del convenio que los litigantes celebraron el 21 de julio de 1979, se está afirmando equivocadamente que el arrendador postula la resolución que con carácter general establece el artículo 1124 del Código Civil —normativa aplicable supuesto que, en relación con la nueva situación creada por tal transacción, el arrendador hubiere cumplido sus obligaciones y el arrendatario incumplido la propia de entregar el local una vez transcurrido el plazo de utilización del mismo— cuando, en realidad, tal contratante pretende la resolución del arrendamiento por expiración del término contractual, prevenida como causa de desahucio en el artículo 1569 del Código Civil y afirmada como existente con base en el pacto sexto del citado contrato, cuyo texto, en el particular que ahora interesa, es el siguiente: "...por lo que este contrato finará por todo el día 30 de noviembre de 1982, sin necesidad de preaviso u otro requerimiento previo".

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria corresponde al segundo motivo de oposición invocado, pues si bien la intención de los litigantes al suscribir el arrendamiento cuya resolución se declaró en la instancia primera no fué la de concertar un arrendamiento de temporada, como se infiere de la permanente ocupación que el arrendatario ha hecho del local desde que su uso le fué cedido, de la obligación de pagar el primer convenio de la renta en tiempo no correspondiente a la temporada descrita en el propio convenio de 1975, de la inexistencia de obligación de destinar el local a negocio típico de temporada —al contrario: se concede total libertad negocial— y de la circunstancia de ser el lugar donde se halla el bien arrendado una zona turística de continuada explotación durante el

año, sino la de convenir una normal cesión arrendaticia cuya prórroga forzosa quiso evitarse mediante la apariencia arrendaticia creada por los términos literales del contrato celebrado en 1975 y de los posteriores convenios de 1976 y 1979 por los que se elevaba la renta —apariencia contractual que el arrendatario aceptaba bajo la presión de determinado ánimo negocial—, sin embargo no es oponible la aplicación del beneficio de prórroga forzosa, pues el arrendatario recurrente renunció al mismo el 21 de julio de 1975 cuando, con ocasión de poner fin a las diferencias que entre él y el arrendador habían surgido sobre la duración; cuantía de la renta y otros extremos del arrendamiento, aceptó, como se expresa en el apartado A del contrato de transacción celebrado en la fecha indicada, que el arrendamiento "...finará por todo el día 30 de noviembre de 1982, sin necesidad de preaviso u otro requerimiento previo". Conclusión frente a la que no cabe invocar con eficacia: A) La nulidad de la renuncia a la prórroga forzosa, pues, como afirma el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de mayo de 1982, lo prohibido por la legislación de arrendamientos urbanos es la renuncia previa o anticipada del derecho de prórroga forzosa, con la ineficacia consiguiente de los pactos vulneradores de las normas imperativas consignados en los contratos de arrendamiento, pero no la disposición de tal derecho cuando éste ha quedado incorporado al patrimonio del arrendatario, ya que en tal caso su ejercicio depende de la voluntad de este contratante (sentencia 17-2-58) el cual, como declaró el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 1982, entre otras muchas, "puede convenir libremente el desalojo de la finca dando por expirada la situación contractual en fecha precisa", como sucedió en el caso debatido mediante la cláusula contractual más arriba transcrita, y B) La ausencia de libertad para dar por concluido el arriendo en una fecha determinada, pues al no ser éste de temporada, de acuerdo con la aceptada tesis impugnativa, ninguna presión imponía al arrendatario la renuncia a la prórroga forzosa que ya había ingresado en su patrimonio desde el inicio contractual en 1975.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. R. E. G. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia de Manacor, el dieciseis de septiembre de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio de desahucio de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta instancia (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

336

336. RECLAMACION DE CANTIDAD. Traspaso de local de negocios. Cuantía fijada en contrato simulado (declarado por el juez "*a quo*" y el tribunal "*ad quem*") de fecha posterior a los efectos de rebajar el precio del traspaso —concretamente a la mitad— para evitar el pago total al propietario del porcentaje pactado. Condena en costas. Estimación del recurso dando lugar a la condena en costas en 1ª instancia por temeridad de la parte demandada. *Sentencia de 12 de diciembre de 1984**.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída es recurrida por ambas partes: a) por la demandada, por haber sido condenada a pagar a la actora la cantidad de 860.100 pts., así como el interés legal dedicha suma desde el 30 de septiembre de 1981 que asciende a 48.739 pesetas y sucesivos intereses que vayan venciendo, y b) por la demandante, por no haberse condenado a la contraparte al pago de las costas procesales.

CONSIDERANDO: Que la parte demandada aduce como fundamento de su recurso, el mismo en que basó su oposición en primera instancia, que el documento de fecha 7 de mayo de 1981 suscrito por los hoy litigantes (folio 31), novó el de 10 de abril del mismo año, en cuanto fijó en 100.000 coronas suecas el precio del traspaso del bar Europa sito en la calle Bellver número 6 de esta ciudad, en vez de las 200.000 coronas suecas que por tal concepto convinieron en el contrato inicialmente celebrado el 10 de abril de 1981 (folio 9), y no tener pendiente de pago cantidad alguna; tesis esta rechazada de adverso ya que se afirma que el documento de 7 de mayo de 1981 es de carácter meramente formal destinado a ser exhibido ante la propiedad y organismos oficiales pertinentes de España, o sea que se alega de que se trata, aunque no utilice tales términos, de un contrato simulado, que fué redactado con la finalidad fundamental de consignar un precio de traspaso del local arrendado, inferior —la mitad— al realmente convenido, dada la participación que en él reconoce el artículo 39 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al arrendador del local.

CONSIDERANDO: Que del conjunto de la prueba practicada se aprecia: a) que el documento de traspaso y su anexo del bar E. sito en la calle Bellver número 6 de esta capital —ambos documentos de fecha 10 de abril de 1981 (folios 9 y 12 respectivamente)— están redactados en idioma sueco —todos sus firmantes son extranjeros, tres de ellos de nacionalidad sueca—, mientras que el documento aportado con la contestación a la demanda, que lleva data 7 de mayo del mismo año (folio 31), está escrito en castellano y en él se aprecia, dados los conceptos y términos que se utilizan, la intervención de un conocedor del Derecho español, y que tal documento se redactó para que produjere efectos, no solo entre sus firmantes, sino ante personas y organismos españoles. b) en este último documento no se alude para nada a lo convenido en el anterior —el de 10 de abril de 1981— no obstante su proximidad de fecha, el tener ambos el mismo objeto y finalidad —el traspaso del citado bar— y ser sus firmantes tres de los cuatro que suscribieron el anterior documento. c) en el documento redactado en castellano obrante al folio 31, se expresa como precio del traspaso el de cien mil coronas suecas o su equivalente en pesetas, pagándose, según dicho documento, en el mismo acto de la firma 25.000 coronas suecas y estipulándose que otras 25.000 o su equivalente en pesetas serán abonadas el 12 de mayo de 1981 y las restantes 50.000 coronas o su equivalente en pesetas mediante una letra de cambio vencimiento 30 de septiembre del mismo año; no obstante la propia apelante demandada doña B. M. M. confesó no haber pagado nada en el acto de la firma del documento de 7 de mayo de 1981 (posición 16ª), y haber abonado por el supradicho bar —traspaso de local y compraventa de enseres y existencias— 150.000 coronas suecas —80.000 en Suecia, 20.000 por mediación del Banco de Crédito Balear y 50.000 mediante la letra de cambio, vencimiento 30 de septiembre de 1981, en su equivalencia de 931.500 pesetas —folio 29— (posición 15ª), pagos estos acreditados documentalmente y que responden a los hechos expuestos por la actora y no al aserto de la parte recurrente de que se pagaron 100.000 coronas suecas como precio del traspaso del local y otras 50.000 coronas suecas por las mercancías y utilajes de los locales traspasados, ya que no consta documento ni prueba alguna acreditativa de la realidad de este último concepto, pues si bien en la cláusula cuarta del documento de 7 de mayo de 1981, se alude como algo meramente posible su existencia en los locales y no obstante se afirma seguidamente que “se ha confeccionado y firmado por ambas partes documentos aparte, habiéndose establecido las compensaciones correspondientes a favor de la Sr. F. —la actora— sin que se haya aportado documento alguno sobre tal particular. d) en el documento manuscrito por la demandada doña B. M. H. (folio 11), reconocido como redactado por su puño y letra, aunque no su validez “ya que ni siquiera lo firmó” si bien estampó al pie del mismo las iniciales de su nombre: B. H. (posición 8ª), tras confirmar haber abonado —los hoy apelantes— por la cesión del B. E., sito en la calle Bellver 6, El Terreno, Palma de Mallorca, 80.000 coronas suecas y 20.000 más, en pesetas, por transferencia desde el Banco de Crédito Balear, se declara que la cantidad final de pago, 100.000 coronas suecas, será abonada de conformidad con

el acuerdo, en fecha 1 de julio de 1981, o a mas tardar el 30 de septiembre, aplicándose el interés español vigente —según traducción oficial obrante al folio 10—. Dicho manuscrito lleva fecha 12 de mayo de 1981; o sea 5 días después de la firma del documento que, redactado en castellano, funda su recurso la parte demandada; y e) que según el hecho 2º del escrito de contestación a la demanda, las 75.000 coronas suecas pendiente de pago de las 100.000 convenidas como precio del traspaso del supradicho bar según el documento de 7 de mayo de 1981, pues en el acto de su firma, se declara que se abonaron 25.000 —hecho negado por cierto por la demandada doña B. M. H. en su confesión, como ya se expuso, se abonaron 50.000 con el pago de la letra de cambio de 931.500 pesetas libradas el 7 de mayo de 1981 (folio 29) y las restantes, 25.000, por transferencia del B. C. B. a la cuenta de la Sra. F. de la cantidad de 370.960 pesetas (folio 30) “correspondientes aproximadamente a 25.000 coronas suecas” según se dice en dicho escrito de contestación, cuando en realidad dicha suma de pesetas no es equivalente de 25.000 sino de 20.000 coronas suecas, al cambio entonces existente —1 corona sueca, 18,50 pesetas, aproximadamente—, como se desprende del impute de la cambial antes mencionada —931.500 pesetas como equivalencia de 50.000 coronas suecas—. Por todo ello se estima simulado el contrato que se expresa en el documento de fecha 7 de mayo de 1981 obrante al folio 31, y por ende la no novación alegada del contrato de traspaso celebrado el 10 de abril de 1981 por los hoy litigantes (folio 9); y como de la prueba practicada resulta que la parte demandada no ha pagado la totalidad del precio convenido por el traspaso del B. E., sito en la calle Bellver número seis de esta ciudad y al disponer el Código Civil que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre los contratantes (artículos 1091), que no se entiende pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista (artículo 1157) y 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 (artículo 1108), es por lo que procede desestimar el recurso interpuesto por la parte demandada.

CONSIDERANDO: Que entrando en el examen de la apelación formulada, por adhesión, por la parte actora, hay que señalar que la Ley de Enjuiciamiento Civil antes de su reciente reforma llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, carecía de un criterio general determinador de la imposición de las costas, vacío que fué suplido por la jurisprudencia, después de la promulgación del Código Civil, con base en el artículo 1902 de este último Cuerpo legal, con lo que la teoría del resarcimiento por culpa, sustentada por nuestro detecho histórico —Las Partidas y Novísima Recopilación—, siguió teniendo aplicación en nuestro derecho positivo; normativa de aplicación al presente caso por derecho transitorio. Dadas las patentes contradicciones e incoherencia de los hechos aducidos por la parte demandada en sus escritos fundamentales como base fáctica de su oposición a la pretensión dineraria ejercitada de adverso, puestas de relieve por las pruebas practicadas especialmente en la documental y confesión de la demandada doña B. M. H., se aprecia por este Tribunal “ad quem”, temeridad en la parte demandada que determina, a tenor del citado artículo 1902, su condena al pago de las costas de primera instancia, lo que da lugar a la estimación del recurso interpuesto sobre este particular, por la parte actora.

CONSIDERANDO: Que por el mismo fundamento se ha expuesto en el anterior considerando, procede la imposición de las costas de esta alzada, a la misma parte litigante: la demandada en primera instancia, ahora recurrente directa.

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 I. M. F. y desestimando el interpuesto en nombre y representación de doña B. M. M. y don J. R. F., 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 declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto declara “sin hacer expresa imposición de costas procesales”, que se sustituye por la declaración siguiente:

“con condena de costas a la parte demandada”; confirmándola en todos los demás particulares. Se imponen las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente, demandada en primera instancia.

Dada la incomparecencia en este segundo grado jurisdiccional de la demandada declarada rebelde, doña M. 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).

344

344. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. Doctrina del T.S. Prospera la excepción cuando no es vocada a la litis, en solicitud de declaración de la actora como hijo extramatrimonial, la madre natural de ésta y los herederos de aquélla con su legítimo esposo y padre legal de la actora. *Sentencia de 20 de diciembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Que frente a la reclamación de una filiación extramatrimonial que vendría contradictoria con la derivada del matrimonio de la madre, se opuso en primera instancia con carácter previo a la cuestión de fondo, la falta de litisconsorcio pasivo necesario, estructurada, según el Juez “a quo”, en forma bifronte, a saber: a) por no haberse dirigido la demanda contra el Ministerio Fiscal, si bien estando los autos conclusos para sentencia, se dió, de oficio, vista de lo actuado al Ministerio Público para que emitiera el oportuno dictamen a los efectos del artículo 50 de la Ley del Registro Civil; y b) por no haberse vocado a la litis a la madre y hermanos de la actora, éstos como herederos de don M. F. J. —marido de la madre y padre legal de la demandante-apelada—, por entender que la eventual estimación de la pretensión instauradora de la litis habría de afectar a tales ausentes del proceso. Como la primera excepción expuesta fué desestimada en la sentencia que ahora se recurre, rechazo que esta Sala ratifica al hacer suya la aceptada fundamentación jurídica de la resolución recaída, tras el informe de la Dirección Letrada de la apelante expuesto en la primera vista celebrada en esta alzada, y salir incólume dicha fundamentación, —en la segunda vista, la originada por la discordia, dicho Letrado se limitó a manifestar, sobre este particular que “acataba, pero no compartía” lo resuelto—, es por lo que procede entrar en el estudio de la ahora reiterada defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal por la no vocación a la litis de la madre de la actora y de los hermanos de la misma, según la filiación que el Registro Civil proclama.

CONSIDERANDO: Que la excepción de falta de litis pasivo necesario, figura de construcción preferentemente jurisprudencial (Sentencia de 29 de mayo de 1981 y 9 de marzo de 1982, entre otras), basada en el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada, de ahí que pueda “apreciarse incluso de oficio” (Sentencias de 3 de octubre y 30 de noviembre de 1977), así como el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio (Sentencia de 26 de noviembre de 1974), requiere para dar lugar a que la relación jurídico-procesal se declare viciosamente constituida, que se

haya dejado de vocar al juicio a quienes puedan tener un interés legítimo en el derecho material puesto en controversia o resulten afectados por la decisión judicial que en su día haya de pronunciarse (Sentencia de 1 de febrero de 1975, entre otras), ya que el litis consorcio pasivo necesario se vertebra entitativamente sobre la base de la existencia de una comunidad de riesgo procesal entre los llamados a la litis y los no vocados a ella, en la concurrencia entre todos ellos de un nexo común, inescindible e inseparable (Sentencias de 20 de enero y 18 de diciembre de 1978, entre otras), en la existencia de un "status" cuya modificación repercute directa e indirectamente en todos ellos, circunstancia ésta que se da en el presente caso. En efecto, doña C. F. G., nacida en Palma de Mallorca el 19 de abril de 1938, e inscrita en el Registro Civil como hija de M. (F. J.) y de M. (G. C.) (folio 5), que contrajeron matrimonio canónico en esta ciudad el 28 de junio de 1931 (folio 6), postula fundamentalmente en su demanda, instauradora de esta litis, deducida únicamente contra doña T. R., viuda y heredera abintestato de don A. O. A., la declaración de que ella —C. F. G.— es hija natural no matrimonial de la unión de don A. O. A. —fallecido en esta capital el 8 de julio de 1981 (folio 24)— y doña M. G. C., pretensión a la que puede recaer, como ya acaeció en primera instancia, sentencia que afecte de una manera explícita a doña M. G. C. e implícita, a los herederos de don M. F. J., y no obstante ello no han sido vocados a esta litis, es por lo que se estima la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, por cuanto si bien es cierto que, como señala el juez "a quo", la filiación y el estado civil derivado de la misma es un derecho o bien de la persona y como tal personalísimo, frente a los componentes del grupo familiar, no es menos cierto que su declaración judicial entraña un cambio fundamental en un "status" —creando uno nuevo, modificando o extinguiendo otro anterior e incluso produciendo todo ello a la vez—, lo que repercute, de distintas maneras en los derechos, no solo económicos, sino de las mas diversas índoles, de otras personas; lo que determina el triunfo de la apelación formulada al apreciarse viciosamente constituida la relación jurídico-procesal.

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

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

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de doña T. R. B., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Juez de ascenso, en Comisión de servicios en el Juzgado de Primera instancia número uno de esta Ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario examinada en el segundo "considerando" de esta resolución, y sin entrar en el examen de la cuestión de fondo, debemos desestimar y desestimamos la demanda deducida en nombre y representación de doña C. F. G. contra doña T. R. B., a la que se absuelve de dicha demanda; sin hacer especial imposición de las costas de ambas instancias (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

C. INDICE ANALITICO

- Abogados, 249
- Abuso de derecho, 301
- Acción
 - De división cosa común, 269
 - De impugnación acuerdos sociales, 243, 251, 275, 327
 - De impugnación acuerdos propiedad horizontal, 271
 - Pauliana, 286
 - Reivindicatoria, 302, 316
- Actos propios, 303, 318
- Agentes de seguros, 310
- Alimentos, 285, 340
- Anotaciones preventivas, 286
- Arbitraje, 287
- Arquitectos, 313
- Arrendamientos Urbanos
 - Cesión, subarriendo, traspaso, 229, 235, 238, 252, 255, 298
 - Cierre, 304, 321
 - Obras, 245
 - Obras incontinentadas, 229, 258
 - Prórroga, 335
 - Ruina 305
- Buena fe, 311
- Caducidad, 232, 248, 269
- Compensación, 237
- Consumidores y usuarios, 324
- Contratos
 - Cumplimiento irregular, 313, 325
 - De adhesión 324
 - De compraventa 264, 303, 314
 - De mandato, 333
 - De obra, 235
 - De préstamo, 246
 - De seguro, 259, 261, 272, 295, 317, 319
 - De transporte, 237, 254
 - Interpretación, 264
 - Normativos, 257, 261
 - Nulidad, 234
 - Resolución paccionada, inexistencia, 311
 - Resolución por incumplimiento 239, 250, 253, 297
- Costas procesales
 - Mala fé, 318
 - Temeridad, 231, 272, 336
- Desahucio, Juicio de, 242
- Divorcio, 278, 280, 281, 289, 308, 337
- Documentos, aportación, 323
- Donación, 309, 314
- Ejecución de sentencia, 265
- Ejecutivo, juicio
 - Póliza de préstamo, 294
- Cambiario
 - Falta de provisión fondos 277
 - Iliquidez, 277
 - Letra en blanco, 277
 - Pago, 338
 - Pluspetición, 267
 - Protesto, 270
 - De tráfico, 241, 268, 290
- Embargo preventivo, 292
- Excepciones procesales
 - Defecto legal, 266
 - Incompetencia de jurisdicción, 287, 310
 - Legitimación activa, 295, 341
 - Legitimación pasiva, 261, 318
 - Litispendencia, 287
- Litisconsorcio pasivo, 233, 260, 261, 291, 332, 339, 343, 344

- Litis expensas, 282
- Matrimonio civil, nulidad, 276
- Pago, 246
- Prescripción, 228, 233, 237, 259, 261, 271, 283, 314, 319
- Principios hipotecarios, 273, 318
- Precio, 336
- Propiedad Horizontal, 271, 315, 334, 341
- Prueba
 - Carga, 256, 274
 - Hechos extintivos, 311
 - Pericial, 231, 329
 - Testifical, 266
- Reconvención, 286
- Recurso de apelación, ámbito, 236, 262
- Retracto, 232, 269
- Responsabilidad civil
 - Accidente tráfico, 230, 247
 - Culpa, 230
 - Daños/perjuicios 240, 315, 320
 - Del fabricante, 248
 - Por hecho de otro, 230, 233
- Seguridad social, 287
- Separación matrimonial, 266, 293, 331
 - Cese convivencia, 299
 - Conducta vejatoria, 328
 - Convivencia imposible, 279
 - Pensión alimenticia, 328
 - Pensión compensatoria, 279, 282
 - Vivienda, 312
- Sepulturas, 307
- Servidumbres
 - De luces y vistas, 302
 - De Paso 228, 263
- Simulación, 309, 314, 336
- Sociedades Anónimas, 243, 251, 275, 327
- Solidaridad, 233, 247
- Tercería de dominio, 227, 286, 309, 322, 342
- Títulos nobiliarios, 291
- Traspaso, 336

III. SALAS 1ª Y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

379. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia de enajenación mental como eximente incompleta. *Sentencia de 1 de Octubre de 1984 (2ª).*
380. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 1 de Octubre de 1984 (2ª).*
381. **Robo.** Delito frustrado. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 1 de Octubre de 1984 (2ª).*
382. **Robo.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984 (2ª).*
383. **Robo con intimidación.** Entidad bancaria. Causación de lesiones. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
384. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cerradura. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
385. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
386. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
387. **Allanamiento de morada.** Elementos. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*

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

388. **Robo con intimidación en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
389. **Quebrantamiento de condena.** Elementos. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
390. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
391. **Robo.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 2 de Octubre de 1984.*
392. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 3 de Octubre de 1984.*
393. **Lesiones.** La pérdida de pieza dentaria en este caso no se consideró deformidad. *Sentencia de 3 de Octubre de 1984.*
394. **Hurto.** Uso de llaves puestas en la cerradura. **Encubrimiento.** Concurrencia de las circunstancias atenuantes de trastorno mental transitorio y minoría de edad penal. *Sentencia de 3 de Octubre de 1984 (2ª).*
395. **Hurto.** Concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 3 de Octubre de 1984 (2ª).*
396. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Octubre de 1984 (2ª).*
397. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de datos que configuren la responsabilidad de los procesados. *Sentencia de 4 de Octubre de 1984 (2ª).*
398. **Robo con fuerza en las cosas.** Sustracción de llaves. Concurrencia de la eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 4 de Octubre de 1984 (2ª).*
399. **Robo. Hurto.** Falta. Concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 4 de Octubre de 1984 (2ª).*

400. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cerradura. Casa habitada. **Encubrimiento.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Octubre de 1984.*
401. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 4 de Octubre de 1984.*
402. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la atenuante muy cualificada de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 5 de Octubre de 1984 (2ª).*
403. **Imprudencia temeraria,** con resultado de muerte, lesiones graves y daños. *Sentencia de 5 de Octubre de 1984 (2ª).*
404. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 9 de Octubre de 1984.*
405. **Salud pública. Contrabando.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Octubre de 1984.*
406. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Octubre de 1984.*
407. **Robo con violencia en las personas y fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 10 de Octubre de 1984.*
408. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 10 de Octubre de 1984.*
409. **Robo.** Escalamiento. *Sentencia de 11 de Octubre de 1984 (2ª).*
410. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del "tiron". Delito frustrado. *Sentencia de 11 de Octubre de 1984 (2ª).*
411. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de escaparate. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Octubre de 1984. (2ª)*
412. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Octubre de 1984 (2ª).*
413. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Escalamiento. Fractura de ventanas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Octubre de 1984 (2ª).*

414. **Robo.** Escalamiento. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Octubre de 1984 (2ª).*
415. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 13 de Octubre de 1984 (2ª).*
416. **Robo con violencia en las persona.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 15 de Octubre de 1984 (2ª).*
417. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de ventanas. *Sentencia de 15 de Octubre de 1984 (2ª).*
418. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 15 de Octubre de 1984.*
419. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 15 de Octubre de 1984.*
420. **Robo con intimidación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Octubre de 1984.*
421. **Salud pública.** No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 16 de Octubre de 1984.*
422. **Apropiación indebida.** Falta. *Sentencia de 17 de Octubre de 1984.*
423. **Tenencia ilícita de armas. Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. **Apropiación indebida.** Falta. *Sentencia de 17 de Octubre de 1984 (2ª).*
424. **Lesiones graves.** "Animus laedendi". *Sentencia de 18 de Octubre de 1984 (2ª).*
425. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 18 de Octubre de 1984 (2ª).*
426. **Malversación de caudales públicos.** El depositario procedió a la venta de los bienes embargados. *Sentencia de 18 de Octubre de 1984 (2ª).*
427. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Octubre de 1984 (2ª).*

428. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984 (2ª).*
429. **Robo con violencia en las personas. Robo frustrado.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984 (2ª).*
430. **Robo con intimidación.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984 (2ª).*
431. **Robo.** Encubrimiento. Casa habitada. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984 (2ª).*
432. **Tenencia ilícita de armas. Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984 (2ª).*
433. **Robo con intimidación en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984 (2ª).*
434. **Robo.** Escalamiento. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Octubre de 1984 (2ª).*
435. **Amenazas.** Requisitos: a) intención de causar un mal; b) anuncio serio y real; c) mal futuro, injusto, determinado, posible y dependiente exclusivamente de la voluntad del amenazador y d) intimidación en el amenazado. *Sentencia de 22 de Octubre de 1984 (2ª).*
436. **Robo.** Delito continuado. Escalamiento. Fractura de puerta. Casa habitada. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 23 de Octubre de 1984 (2ª).*
437. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Octubre de 1984.*
438. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cerradura. Agravante de reincidencia y atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 24 de Octubre de 1984.*
439. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Uso de arma blanca. Causación de lesiones. *Sentencia de 24 de Octubre de 1984.*
440. **Abusos deshonestos. Escándalo público.** *Sentencia de 25 de Octubre de 1984.*

441. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Octubre de 1984 (2ª).*
442. **Robo con intimidación en las personas.** Concurrencia de la atenuante analógica de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 25 de Octubre de 1984 (2ª).*
443. **Receptación.** Delito continuado. Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 25 de Octubre de 1984 (2ª).*
444. **Falsificación de letra de cambio.** Firma de avalista inexistente. **Estafa.** Aplicación del último párrafo del Art. 71. *Sentencia de 26 de Octubre de 1984 (2ª).*
445. **Robo.** No se acredita debidamente la participación del procesado. *Sentencia de 26 de Octubre de 1984 (2ª).*
446. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Octubre de 1984 (2ª).*
447. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Octubre de 1984 (2ª).*
448. **Falsedad.** Ausencia de conducta típica: Inesenciabilidad de la conducta; falta de trascendencia jurídica. *Sentencia de 27 de Octubre de 1984 (2ª).**
449. **Incendio.** Falta de responsabilidad, aplicación de la circunstancia eximente de enajenación mental. Se acuerda internamiento en establecimiento adecuado. *Sentencia de 29 de Octubre de 1984 (2ª).*
450. **Robo con intimidación en las personas.** No se acredita suficientemente la participación del procesado. *Sentencia de 29 de Octubre de 1984 (2ª).*
451. **Robo con violencia en las personas.** Empleo de armas. Causación de lesiones. *Sentencia de 29 de Octubre de 1984 (2ª).*
452. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. **Atentado a agentes de la autoridad.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Octubre de 1984 (2ª).*
453. **Robo con intimidación en las personas.** Empleo de armas. Con-

- currencia de la atenuante analógica de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 29 de Octubre de 1984 (2ª)*.
454. **Abandono de familia.** Incumplimiento de los deberes familiares fundamentales. *Sentencia de 29 de Octubre de 1984 (2ª)*.
455. **Amenazas. Incendio.** Concurrencia de la atenuante cualificada de embriaguez. *Sentencia de 29 de Octubre de 1984 (2ª)*.
456. **Abusos deshonestos.** Concurrencia de todos los requisitos que configuran el tipo delictivo. *Sentencia de 30 de Octubre de 1984*.
457. **Falsificación de documentos. Estafa.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 30 de Octubre de 1984*.
458. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 30 de Octubre de 1984*.
459. **Robo con fuerza en las cosas. Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 30 de Octubre de 1984*.
460. **Robo con intimidación en las personas. Tenencia ilícita de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia, premeditación y disfraz y la atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 30 de Octubre de 1984*.
461. **Daños.** Falta. *Sentencia de 31 de Octubre de 1984*.
462. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 31 de Octubre de 1984*.
463. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Octubre de 1984 (2ª)*.
464. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1984 (2ª)*.
465. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1984 (2ª)*.
466. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada.

- Hurto.** Falta. Atenuante de enajenación mental. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1984 (2ª).*
467. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1984 (2ª).*
468. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1984.*
469. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1984.*
470. **Presentación en juicio de documento privado falso.** Art. 306 en relación con el 307 y 302-2º del C.P. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1984.**
471. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** *Sentencia de 6 de Noviembre de 1984.*
472. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1984.*
473. **Malos tratos.** Falta. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1984.*
474. **Lesiones.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1984 (2ª).*
475. **Robo.** Escalamiento. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1984 (2ª).*
476. **Atentado contra los agentes de la autoridad.** **Lesiones.** Falta. Concurrencia de la atenuante muy cualificada de arrebató. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1984 (2ª).*
477. **Robo con intimidación en las personas.** Exhibición de un aparente artefacto explosivo. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1984 (2ª).*
478. **Robo con violencia en las personas.** Empleo del procedimiento del "tirón" y exhibición de instrumentos peligrosos. Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1984 (2ª).*

479. **Realización arbitraria del propio derecho.** Apoderamiento violento de bienes como pago de deuda. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1984.* *
480. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1984.*
481. **Usurpación de funciones.** Elementos. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1984 (2ª).*
482. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1984 (2ª).*
483. **Robo con violencia en las personas.** Empleo de instrumento peligroso. Concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y atenuante analógica atendiendo a la drogadicción y alcoholismo del procesado. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984 (2ª).*
484. **Robo con intimidación.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante analógica atendiendo a la drogadicción y alcoholismo del procesado. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984 (2ª).*
485. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Omisión de placas de matrícula. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984 (2ª).*
486. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984.*
487. **Desacato.** Requisitos. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984.*
488. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984.*
489. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1984.*
490. **Incendio de edificio público.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1984.*

491. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1984.*
492. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1984.*
493. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** En tiempo no superior a 24 horas. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1984.*
494. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1984.*
495. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1984 (2ª).*
496. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984 (2ª).*
497. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984 (2ª).*
498. **Apropiación indebida.** Requisitos. **Falsificación de documento privado.** Elementos. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984 (2ª).*
499. **Imprudencia.** Error vencible sobre un elemento integrado de la infracción penal —ajenidad de la cosa tomada—. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984 (2ª).**
500. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta de coche. **Estafa.** Tentativa. Mediante sustracción de libreta de ahorro. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984.*
501. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del "tirón". *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984.*
502. **Estafa.** Concurrencia de todos los requisitos que configuran el tipo delictivo. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984.*
503. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984.*
504. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984.*

505. **Robo.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984 (2ª).*
506. **Robo. Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984 (2ª).*
507. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de ventana de automóvil. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984 (2ª).*
508. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984 (2ª).*
509. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** *Sentencia de 16 de Noviembre de 1984 (2ª).*
510. **Robo con fuerza en las cosas.** Sustracción de objeto cerrado para posterior rompimiento. *Sentencia de 19 de Noviembre de 1984 (2ª).*
511. **Falsedad en documento privado.** Recibos de revista. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Noviembre de 1984 (2ª).*
512. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del "tirón". Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 19 de Noviembre de 1984 (2ª).*
513. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Noviembre de 1984.*
514. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1984.*
515. **Falsificación de documento mercantil.** Delito continuado. Manipulación de talones bancarios. **Estafa.** Concurrencia de los elementos que configuran el tipo delictual. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1984.*
516. **Falsificación en documento oficial.** Recetas médico-farmacéuticas. Concurrencia de la atenuante analógica nº 10 del Art. 9 en relación con el Art. 8-1º del C.P. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1984 (2ª).*

517. **Receptación.** Delito continuado. Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1984.*
518. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Forzamiento de puertas. Casa habitada. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1984.*
519. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de arma blanca. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante analógica nº 10 del Art. 9 en relación con el Art. 8-1º del C.P. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1984 (2ª).*
520. **Abusos deshonestos. Escándalo público.** No se acredita la comisión del delito. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1984 (2ª).*
521. **Robo con fuerza en las cosas.** Desmontaje de cristales y fractura de puerta. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante analógica nº 10 del Art. 9 en relación con el Art. 8-1º del C.P. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1984 (2ª).*
522. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1984 (2ª).*
523. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Ocupación de balanzas y papel para envasar. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1984.*
524. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1984.*
525. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1984.*
526. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1984.*
527. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Ocupación de balanzas. **Contrabando.** Red dedicada al tráfico, mediante el envío de droga en periódicos. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1984.*
528. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Cantidad considerable. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1984.*
529. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia.

Sentencia de 30 de Noviembre de 1984.

530. **Robo con intimidación en las personas.** Tentativa. Conformidad. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984.*
531. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984.*
532. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984.*
533. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984 (2ª).*
534. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984 (2ª).*
535. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984 (2ª).*
536. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Fractura de puerta. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1984 (2ª).*
537. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1984 (2ª).*
538. **Estupro de prevalimiento.** La cierta disminución de las facultades psíquicas del sujeto pasivo, la superior edad del sujeto pasivo, y las relaciones de vecindad constituyen aquí el tipo del Art. 434 que establece "la persona que... prevaliéndose de su superioridad...". *Sentencia de 2 de Diciembre de 1984 (2ª).**
539. **Robo con fuerza en las cosas.** Utilización de llaves falsas. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1984 (2ª).*
540. **Contrabando.** No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1984 (2ª).*
541. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1984.*

542. **Incendio.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1984.*
543. **Delito contra la seguridad del tráfico. Robo con violencia en las personas.** Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1984.*
544. **Robo con intimidación en las personas. Tenencia ilícita de arma de fuego. Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1984.*
545. **Robo con violencia en las personas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Hurto.** Falta. No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1984.*
546. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1984.*
547. **Robo.** Escalamiento. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1984.*
548. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con violencia en las personas.** Frustración. **Imprudencia temeraria.** Con resultado de daños. Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1984.*
549. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984.*
550. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de máquina de juego de hazard. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
551. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de escarapate. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
552. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
553. **Robo.** Delito continuado. Cómplice. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
554. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Fractura de puerta. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*

555. **Receptación.** Delito continuado. Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
556. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
557. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
558. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Casa habitada. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
559. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1984 (2ª).*
560. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** *Sentencia de 11 de Diciembre de 1984.*
561. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1984.*
562. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1984.*
563. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Casa habitada. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1984.*
564. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1984.*
565. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Hurto. Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1984.*
566. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de arma. Concurrencia de la atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1984 (2ª).*
567. **Robo con fuerza en las cosas.** Falsificación de contraseñas. Conformidad. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1984 (2ª).*
568. **Delito fiscal.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1984.**

569. **Usurpación de funciones.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1984.*
570. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de candados de puerta. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1984 (2ª).*
571. **Robo con violencia en las personas. Daños.** Falta. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1984.*
572. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1984.*
573. **Robo.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1984 (2ª).*
574. **Robo.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1984 (2ª).*
575. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1984 (2ª).*
576. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Hurto. Robo.** Frustración. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1984.*
577. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1984.*
578. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1984.*
579. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1984.*
580. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1984 (2ª).*
581. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 21 de Diciembre de 1984 (2ª).*
582. **Robo con fuerza en las cosas. Utilización ilegítima de vehículo de motor. Hurto.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 24 de Diciembre de 1984 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

448

448. FALSEDAD. Ausencia de conducta típica: Inesenciabilidad de la conducta; falta de trascendencia judicial. *Sentencia de 27 de Octubre de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que el procesado R.G.L., mayor de edad y sin antecedentes penales, a las diez quince horas del día once de octubre de mil novecientos setenta y ocho compareció en las oficinas del entonces registro civil n° dos de esta ciudad e inscribió a su hijo P. S. G. H., nacido en Son Dureta a las 7.55 horas del día nueve de octubre de mil novecientos setenta y ocho, manifestando ser hijo suyo y de L. T. H., hija de A. y de G., nacida en Bone Argelia, el dos de enero de mil novecientos cuarenta y nueve con quien dijo estar casado por haber contraído matrimonio en Vimil (Francia) el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta incorporándose, todos los datos indicados, en el libro trescientos once, folio doscientos veintiuno del Registro Civil dicho mientras que en realidad en la fecha de la inscripción el procesado estaba casado con A. J. F., con quien contrajo matrimonio canónico en esta ciudad el catorce de junio de mil novecientos cincuenta y uno, subsistiendo el mismo hasta su disolución, por divorcio, mediante sentencia, firme, de fecha treinta de enero de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de esta ciudad. El procesado el día nueve de junio de mil novecientos ochenta y dos, a las doce horas, contrajo matrimonio civil, en la oficina del Registro civil de esta ciudad, con la referida L. T. H., comparecido aquel como divorciado y esta como soltera, siendo inscrito en el libro ciento cuarenta, folio trescientos siete, del indicado Registro. El procesado y L. T. el día treinta de Agosto de mil novecientos setenta y uno habían tenido un hijo al que ésta inscribió en el Registro Civil de esta ciudad, libro doscientos cincuenta y tres, folio doscientos treinta y nueve, con el nombre de A. y el apellido H. apareciendo aquella como madre y como padre, a efectos de identificación, R.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de falsedad del artículo 303 en relación con el n° 4 del artículo 302 del Código Penal del que conceptuó autor al procesado R. G. L. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias del artículo 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite negó las correlativas del Ministerio Fiscal solicitando, en consecuencia, la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que siguiendo el esquema argumental y doctrina establecida por S.T.S. de 4 de abril de 1984 y poniéndola en relación con el caso ahora enjuiciado cabe decir que: 1º) el procesado al inscribir en el Registro Civil, el 11 de octubre de 1978, a su hijo P. S. G. como hijo matrimonial del mismo y de L. T. H. alteró esencialmente la verdad por cuanto dicha mendacidad era apta para posibilitar, según la legislación vigente a la sazón (a la razón), un efecto jurídico trascendente en el estado civil del mencionado hijo como era el de darle el "Status" de hijo matrimonial, máxime habida cuenta de que el procesado, en dicha fecha, se encontraba casado con Doña A. J. F. lo que le impedía, incluso el reconocerlo voluntariamente pues este reconocimiento, según las normas del Código Civil vigente hasta mil novecientos ochenta y uno, solamente procedía respecto de los llamados "hijos naturales" es decir, respecto de nacidos, fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción no estaban afectados de impedimento matrimonial no dispensable; todo lo que lleva a concluir que, en la fecha de la inscripción, la conducta descrita en el primer resultando podía y debía subsumirse en el artículo 303 del Código Penal en relación con el artículo 302-4º del mismo; 2º) la Constitución Española de 1978, que entró en vigor el día 29 de diciembre de 1978, en virtud de haber sido publicada dicho día en el Boletín Oficial del Estado —vide disposición final y B.O.E. número 311-1º del veintinueve de diciembre—, proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (artículos 14 y 39-2º) y la ley de 13 de mayo de 1981 dio nueva redacción al título V del libro I del Código Civil en cuyo artículo 108 después de establecer que la filiación puede tener lugar por "naturaleza y por adopción" y que la filiación por naturaleza "puede ser matrimonial y no matrimonial" dispone que "la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código" por lo que ambas clases de filiación no se diferencian sino en el modo de su determinación y, en consecuencia, la declaración de ser hijo "matrimonial" no pasaría siguiendo la argumentación de la indicada sentencia, de ser una mendacidad sin trascendencia penal, en cuanto inocua para alterar o afectar a la relación jurídica de filiación, con sujeción al brocardo "falsitas non punita quae non erat apta nocere" que en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se ha traducido en la exigencia, común a todas las modalidades de falsedad, que la conducta manifieste la existencia de una mutación "esencial" de la verdad —S.T.S. de 9 de mayo de 1956, 23 de diciembre de 1957, 6 de noviembre de 1958 y 2 de marzo de 1970; 3º) En el supuesto enjuiciado se da la particularidad que en el momento de dictarse esta sentencia P. S. G. H. es de pleno derecho, hijo matrimonial del procesado y L. T. H. ya que ambos contrajeron, como hemos indicado, matrimonio civil el día 9 de junio de 1982 y ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 119 del Código Civil lo que, en definitiva, corrobora el carácter no esencial de lo manifestado por el procesado en la Oficina del Registro Civil el día 11 de octubre de 1978; 4º) Esta inescusabilidad deriva asimismo de que, como sugiere gran parte de la doctrina y proclama la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1982, el principio de igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación es de aplicación directa e inmediata sin necesidad de legislador ordinario, lo que haría insostenible de trascendencia penal de los hechos por el motivo dicho; y aunque ello no se estimara así y se extendiera que tal principio de igualdad no tiene efectos directos hasta su desarrollo legislativo se llegaría a idéntica solución acudiendo al principio de retroactividad de las leyes favorables, que se deduce del artículo 9-3º de la Constitución Española, a la disposición transitoria primera de la ley 13 de mayo de 1981 según la que "la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada" y al principio expresamente formulado en el artículo 24 del Código Penal que alcanza en sus efectos a las disposiciones no penales llamadas a integrar la disposición penal —S.T.S. de 13 de diciembre de 1966, entre otras varias—; todo lo que lleva a la libre absolución del procesado pese a la aparente posibilidad de subsumir los hechos relacionados en el primer resultando en los preceptos penales alegados por el Ministerio Fiscal.

CONSIDERANDO: Que han de declararse de oficio las costas causadas.

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

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado F. G. L. del delito de falsedad del artículo 303 en relación con el n° 4 del artículo 302 del Código penal del que venia siendo acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas. Reclámese del Juez instructor la pieza de responsabilidad civil. Remítase oficio al Sr. Juez encargado del Registro Civil de esta ciudad, junto con testimonio de esta sentencia, con el fin de que practique las pertinentes rectificaciones registrales. (Ponente: Antonio F. Capó Delgado).

470

470. PRESENTACION EN JUICIO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO. Art. 306 en relación con el 307 y 302-2° del C.P. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1984.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que en fecha no determinada del mes de Junio de 1981, el procesado J. F. G. A., mayor de edad, sin antecedentes penales, como gerente de la empresa "G. A.", despidió al empleado de la misma J. G. M. sin abonarle la correspondiente indemnización, lo que motivó que dicho empleado promoviera ante la Magistratura de Trabajo de esta ciudad proceso laboral por despido nulo n° 561-1981; en el acto del juicio que se celebró el día dos de Octubre de 1981, el procesado presentó en apoyo de su posición laboral y procesal un documento de finiquito y exoneración de responsabilidad en el cual, persona que no ha sido identificada había fingido o simulado la firma de J. G. M., circunstancia conocida por el procesado. La empresa G. A. era propiedad, en concepto de socios, del procesado J. F. G. A. y de su hermano J. C. G. A.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de falsificación del art. 306 en relación al n° 2 del art. 302 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. F. G. A. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de 1 año de prisión menor, accesorias del art. 47 y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinado por no ser ciertos los hechos que se le imputan o no haber tenido participación en los mismos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de presentación en juicio de documento privado falso previsto y penado en el art. 307 del Código Penal, en relación con el art. 306 y n° 2 del 302 todos del Código Penal, pues si bien es cierto que una sentencia penal condenatoria no puede fundamentarse en conjeturas o sospechas, exclusión que impone en este caso enjuiciado la no aplicación del tipo delictivo invocado por el ministerio público, sin embargo y de acuerdo con el principio establecido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de llegarse a la conclusión de que el procesado, habida cuenta de la ruptura de relaciones laborales con el denunciante sin llegar a ningún acuerdo sobre el conflicto planteado entre ambos, de que

la gestión de la empresa era llevada por dicho procesado y de que la empresa estaba compuesta por el mismo y su hermano, la falsificación tuvo necesariamente que ser conocida por el mencionado procesado, pues de otra manera debiera haber indagado sobre el cambio de actitud del perjudicado que lógicamente, sino se efectuó con su conocimiento, debió hacerse con el de su hermano.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. F. G. A., por haber ejecutado directa o inmediatamente los hechos que se le imputan.

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.

VITAS 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. G. A. en concepto de autor responsable de un delito de presentación en juicio de documento privado falso sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 3 meses de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de 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. No se aprueba el auto de insolvencia y continúese la investigación sobre los bienes del penado. (Ponente: Juan I. Pérez Alférez).

479

479. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.

Apoderamiento violento de bienes como pago de deuda. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1984.*

CONSIDERANDO: Probado y así se declara expresamente que sobre la una de la madrugada del doce de junio de 1983, M. S. S., mayor de edad, condenado por sendas faltas de hurto en octubre y noviembre de 1972, por hurto de uso en 1973, por delito de resistencia en octubre de 1981 y por robo en diciembre de ese mismo año, hallándose en el bar "L.B." del "barrio chino" de esta ciudad, se encontró con V. A. O. R. y, mediante amenazas y empujones, consiguió que le entregara 9.000 pts. en efectivo y un reloj "Omega" de oro valorado en 47.000 pts; con ello el acusado pretendía cobrarse una deuda que según él pendía respecto al V. A. al no haberle delatado en una detención anterior con lo que debía pagarle —creía el procesado— la mitad de los gastos judiciales y de Abogado. El reloj se recuperó y entregó al propietario tras la detención del acusado.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de delito de robo de los arts. 500 y 505.5° del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, con la concurrencia de la agravante 15ª del artº. 10, por lo que solicitó contra aquel la pena de tres años de prisión menor, accesorias legales e indemnización de quince mil pesetas al perjudicado y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, mostró su desconformidad con los hechos y solicitó la libre absolución del acusado.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de realización arbitraria del propio derecho, artº. 337 del Código Penal, configurado por el apoderamiento violento de bienes pertenecientes al deudor para hacerse pago con ellos de una deuda existente o aún putativa (en tal sentido, sentencias del Tribunal Supremo de fechas 11 de marzo de 1964, 2 de abril de 1954 y 26 de febrero de 1982), elemento éste subjetivo del injusto que desplaza e impide la calificación legal de robo con intimidación de los arts. 500 y 501.5° del Código en tanto en él el ánimo de lucro supone un ilícito beneficio económico sin justificación o sea sin tendencia a la compensación o solución de relaciones económicas anteriores; llegando a tal solución el Tribunal a la vista de las contradictorias manifestaciones de los dos (únicos) intervinientes en los hechos, con lo que se acepta la más favorable postura para el reo en atención a que lo elaborado de su versión la hace verosímil y no pudo ser contrastada en plenario con la del perjudicado, absolutamente renuente a la comparecencia judicial.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado M.S.S. por participación directa y material en los hechos de autos.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa agravante de reincidencia (15ª del artº. 10 del Código) en cuanto el procesado, al cometer los hechos, había sido ya ejecutoriamente condenado en dos ocasiones anteriores.

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 1-13-12-14-27-30-33-47-49-(01-102-103-104-109 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, con absolución del delito del robo del que venía acusado, debemos condenar y condenamos al procesado M.S.S., en concepto de autor responsable de un delito de realización arbitraria del propio derecho, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia, a la pena de multa de cincuenta y seis mil pesetas, con arresto sustitutorio de un día por cada mil que deje de satisfacer; a que abone el ofendido V.A.O.R. la suma de nueve mil pesetas y al abono de las costas causadas. Vista la pena que se impone y el tiempo en que el condenado ha estado en prisión provisional por esta causa, déjesele inmediatamente en libertad expidiendo el oportuno mandamiento. Apróbamus 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).

499. IMPRUDENCIA. Error vencible sobre un elemento integrado de la infracción penal —ajenidad de la cosa tomada—. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: Probada —y así expresamente se declara que J.A.M.Z., M.P.C.S. y D.V.G., todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, en unión de una cuarta persona no juzgada ahora, se dirigieron, el día tres de abril de mil novecientos ochenta y dos, en hora no precisada de su tarde, al lugar en donde se hallaba embarrancado el buque B., perteneciente a la empresa O.M. S.A., el cual había embarrancado el día 19 de Diciembre de 1981 en aguas de Cala T., en término de Mercadal (Menorca), y accedieron a dicho barco valiéndose de una balsa zodiac, que, situada al lado de aquél, les permitió subir a través de una escala metálica propia de dicho barco, y ya en su interior cogieron efectos diversos, tales como cuatro sillones forrados de skay, valorados en dieciocho mil pesetas, un polipasto (quince mil pesetas), dos ventiladores metálicos (catorce mil pesetas), tres portalámparas metálicos de eje de buey (quince mil pesetas), una escalera de gato (cinco mil pesetas), dos diferenciales (veinte mil pesetas), una campana pequeña (veintidós mil quinientas pesetas), un taladro metálico (treinta y dos mil pesetas), una farola (quince mil pesetas), dos tiras de nylon (dos mil pesetas), una maroma de nylon (tres mil pesetas), siete botes de conserva de un kilo (quinientas sesenta pesetas) cuatro puertas de madera (sesenta mil pesetas) y otros muchos objetos, todos los cuales dan un valor, según tasación pericial de doscientos noventa y seis mil seiscientos sesenta pesetas, los cuales objetos fueron extraídos del barco e introducidos en la zodiac, mediante la cual fueron llevados a la costa, distante unos pocos metros, introduciéndolos seguidamente en una furgoneta mercedes de camping, siendo sorprendidos por miembros de la Guardia Civil cuando se hallaban realizando tales labores.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de hurto del número 1º del artículo 514, en grado de frustración, del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquéllos la pena de veinte mil pesetas de multa para cada uno de ellos, y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de los acusados por no reputar los hechos como constitutivos de delito ninguno.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de hurto sancionado en el número 1º del artículo 514 del Código Penal, en tanto concurren, en una perspectiva objetiva, cuantos requisitos son precisos para apreciar su existencia, esto es, aparece efectuado un acto de tomar o de apoderarse de una o de varias cosas, muebles ajenos, sin autorización de su dueño, sin que tal hecho haya sido realizado con fuerza en las cosas ni con violencia o intimidación en las personas; pero si objetivamente es el hecho claramente constitutivo de un ilícito de hurto, y así queda completado el juicio de antijuricidad del proceder de los acusados, no puede decirse otro tanto respecto de su vertiente subjetiva, afectante al juicio de culpabilidad, en la que es de apreciar una anomalía que altera parcialmente la configuración abstracta de tal hecho, radicando esa anomalía en una equivocada valoración, por parte de los procesados, del requisito de la ajenidad de los bienes de que pretendían apropiarse, en tanto estimaron erróneamente que podían disponer de ellos como dueños en la creencia de que carecían de legítimo propieta-

rio, por lo que ha de entrar en juego lo prevenido en el artículo 6 bis a) del mencionado Código, en cuanto se refiere al error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal —en el presente caso, según se ha dicho sobre la ajenidad de los bienes tomados—, con la consecuencia de modificar la penalidad a imponer, que oscilará entre la exclusión de la responsabilidad criminal (para el caso de que el error fuese reputado invencible) o la estimación del hecho como culposo o imprudente (para el supuesto de que el error fuese considerado como vencible). Los criterios valorativos que han de orientar la elección entre uno u otro término de la alternativa legal son discrecionales del juzgador, quien ha de fundamentarse para ello —según indica el párrafo segundo del mencionado artículo— en las “circunstancias del hecho y (en) las personales del autor”, por lo que se impone un análisis de tales variables y su adecuada reconducción a una de las hipótesis legales; y así, debe partirse del nivel personal de formación de los acusados, uno de ellos profesor y los otros dos estudiantes, esto es, con una presunta formación intelectual lo suficientemente cultivada como para distinguir con nitidez la licitud o ilicitud de hechos que, como el presente, se presenta en unos términos de equivocidad lo suficientemente visibles como para hacer nacer en ellos una duda en torno a la pertenencia de los objetos tomados y como para tratar de asegurarse, antes de pretender apropiárselos, si podían hacerlo y si no había impedimento ninguno para ello, en lugar de actuar de un modo un tanto alocado y cerrando un tanto los ojos ante lo que se les ofrecía como una posibilidad innegable. Cierto es que los rumores populares, de la creencia de las gentes, de la inexistencia de letreros o de personas custodiantes del barco, del aspecto externo del barco, que parecía dejado a su suerte, de la presencia de otras personas en su interior, cabía pensar en que estuviese abandonado, y así se acepta: el proceder de los acusados estuvo influido por un innegable error; pero de lo que se trata es de determinar si ese error, que nadie discute, era susceptible de ser vencido mediante una actividad mínimamente diligente de parte de los acusados, y en este sentido es indudable que le habrían vencido si, con anterioridad a la actividad apropiatoria, se hubiesen asegurado —por ejemplo, acudiendo a la Guardia Civil— sobre la verdadera pertenencia del barco, y al hacerlo así, pese a que podían y aun debían haberlo hecho, el comportamiento debe ser calificado de imprudente y, consiguientemente, el error de que estaban afectados es vencible, determinando la punición del acto apropiatorio como imprudente. Por lo demás, el hecho debe ser apreciado en grado de frustración dado que los ejecutores realizaron todos los actos que debían haber producido el resultado delictivo y no se produjo este por causas independientes de la voluntad de aquéllos; y tanto esta circunstancia como la antes examinada (el error vencible) ha de influenciar en una atenuación de la penalidad imponible.

CONSIDERANDO: Que son responsables los procesados en concepto de autor, del número primero del artículo 14 del Código Penal, al haber ejecutado los hechos libres y personalmente.

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

CONSIDERANDO: Que no procede haber pronunciamiento alguno en torno a las responsabilidades civiles, tanto porque no existe petición ninguna cuanto porque según manifestaciones de los mismos acusados, concretamente del Sr. M., al cabo de año y medio de acaecer los hechos, compré por cincuenta mil pesetas los objetos apropiados, lo que a su vez enerva todo problema en torno a la cuantificación de los bienes sustraídos, pues con independencia de cual sea la valoración que se dé a dichos bienes, es lo cierto que en todo caso excede de treinta mil pesetas, y desde luego de las quince mil pesetas que como tope mínimo para configurar el hecho como delictivo se hallaba en vigor al tiempo de la ejecución de los hechos; no restando más que afirmar que a todo responsable de un hecho delictivo le corresponde abonar las costas procesales 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: las 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a J.A.M.Z., M.F.C.S. y

D.V.G. como autores responsables de un delito de imprudencia, que de no concurrir error vencible sobre un elemento integrante de la infracción penal —ajenidad de la cosa tomada— constituía un delito de hurto en grado de frustración sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de ellos de veinte mil pesetas de multa, con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas o fracción impagada, y al pago de las correspondientes costas procesales. 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: Carlos Climent Duran).

538

538. ESTUPRO DE PREVALIMIENTO. La cierta disminución de las facultades psíquicas del sujeto pasivo, la superior edad del sujeto pasivo, y las relaciones de vecindad constituyen aquí el tipo del Art. 434 que establece “la persona que... prevaleándose de su superioridad...”. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1984 (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que el procesado A.B.G. de treinta y cuatro años, casado, pintor de profesión, sin antecedentes penales, conocía desde hacía unos dos años, aproximadamente, a A.M.O., porque ésta vivía con sus padres y hermanos en la vivienda inmediata a la suya, en el inmueble de la calle C., nº cuarenta y siete bajos, de P.I., habiendo llegado a crearse, entre ambas familias, una amistad que, con bastante frecuencia, compartían en tertulias o sobremesas en sus respectivas casas, y, prevaleándose por una parte, del clima de convivencia y de cierta ascendencia que le daba su superior edad, respecto de A. y, por otra parte, de la limitada personalidad, dicha menor, de quien el procesado sabía que había estado internada en un colegio de Educación Especial, por su deficiente estructura psicológica, durante unos ocho años, en los que hizo estudios hasta sexto de E.G.B. con dificultades, a causa de una cierta disminución de facultades psíquicas que, sin afectarle notablemente, sí que le hacen valorar los sentimientos intelectualizados de orden ético, estético, religioso, etc, con cierta desatención a elementos componentes de los mismos que exigen, para el trato con la misma, una especial llamada de atención para quienes, como el procesado, por conocerla bien, por su compartida convivencia durante bastante tiempo, era consciente de sus limitaciones y pobre expresividad en la palabra y muy corta conversación, pese a lo cual, no dudó en tener acceso carnal con ella a la sazón de unos quince años—, reprochable comportamiento que volvió a repetir, al menos, en cuatro ocasiones más, siendo la última de día 29 de agosto de 1982; es decir, cuando, aun en esta última vez, solamente tenía la chica diecisiete años, recién cumplidos y con los caracteres psíquicos y psicológicos descritos acreditativos de una indudable facilidad, por parte del procesado, para poder desbordar la menguada personalidad de la víctima, de acusada torpeza en la lectura y escritura, que no tiene una disposición mínima, en razón a su edad, para cocinar o para la ejecución más que de trabajos muy elementales. El procesado estuvo privado de libertad por esta causa desde el día treinta y uno de agosto hasta el tres de septiembre de mil novecientos ochenta y dos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de estupro del artículo 434 del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado A.B.G. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de tres años de prisión menor accesorias del artículo 7 e indemnización de quinientas mil pesetas a la perjudicada A.M.O. y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular en igual trámite estimó que los hechos constituían dos delitos de violación del artículo 429-1º y 2º del Código Penal, estimando autor de los mismos al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas y solicitando para el mismo la imposición de dos penas de diecisiete años, cuatro meses y un día, cada una, de reclusión menor, a las accesorias legales e indemnización de quinientas mil pesetas a la ofendida y pago de costas, incluso las de dicha representación.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite, con distinta versión de los hechos, solicitó la libre absolución de su defendido por estimar que no había cometido delito alguno de los que se acusaba a su patrocinado y solicitó se declarasen las costas de oficio.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no pueden ser estimados como constitutivos de delitos de violación, tal como se han calificado solamente por la acusación particular, previstos y penados en el artículo 429-2º del Código Penal que, de acuerdo con la configuración jurídica del tipo, exige una "privación de la razón o del sentido" por cualquier causa, que, por supuesto, no se refiere a la falta absoluta de ella, sino a la que se precisa para darse cuenta del alcance y significación del acto de yacer, aunque la víctima la tenga para otros actos de la vida de relación, porque lo que se trata de comprender es precisamente la capacidad o aptitud de la mujer de modo evidente se halla privada de razón y, en este orden de valoraciones es unánime la doctrina legal que sostiene que "si bien es cierto que por privación de la razón no ha de entenderse la absoluta, la completa locura o la imbecilidad absoluta, sino que en ella se incluyen las situaciones de inhibición de facultades anímicas en grado suficiente para no conocer el alcance y trascendencia de los actos" —S.S. de 28 de mayo de 1974, 5 de febrero de 1976", porque, precisamente, la situación de privación de razón es una de las más difíciles de valorar, por las grandes dificultades que, a veces, presenta, por no existir reglas indicativas de la condición de la potencialidad que exprese la existencia, disminución o privación de la misma y a la posibilidad de conocerse y desconocerse el estado anímico de la víctima, en su verdadero alcance, por lo que al sujeto activo del hecho se refiere, —S. 28 de Marzo de 1979— hay que examinar el entorno en que tal hecho se produce, las cosas que inciden en las facultades psíquicas de la víctima y su exteriorización, con el doble propósito de fijar los efectos en la razón de la víctima y la posibilidad de que se proyecten en la mente del autor de las solicitudes a fin de apreciar su culpabilidad y, a la vista de las pruebas de todo tipo practicadas, muy especialmente del contenido de las distintas pericias concluidas y el análisis del desenvolvimiento de la chica, asistente con otras amigas a discotecas, estudiante hasta sexto de E.G.B., aunque de muy recortada personalidad, sin grandes manifestaciones de desequilibrio en sus facultades, hay que estimar atípico, como tales violaciones, los accesos carnales del procesado con su vecina, aunque, como se verá, hayan de estimarse típicos de otra figura penal.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son, según ley, constitutivos de un delito de estupro, previsto y penado en el artículo 434 del Código Penal con la pena de prisión menor al aparecer de todo lo actuado que el sujeto activo era persona que, sin gran cultura y moviéndose en un ambiente de escasa protección social, se movía en torno a una situación ventajosa creada por una relación de inmediata vecindad, generadora de una amplia convivencia, nacida de la amistad que unía a ambas familias y de la sensible diferencia de edades con la amistad que, digo natural inexperiencia de la menor que la impidió percatarse de la trascendencia de su entrega sexual, circunstancias que, unidas a la limitada personalidad de la joven, antes analizadas, otorgaban superioridad al acusado y facultades para obtener sus lúbricos propósitos con grandes facilidades para obtener el consentimiento o aquiescencia a sus torpes solicitudes con preavimiento tal, en el

que reside la "ratio essendi" del citado precepto legal, tipo que, al hilo de la nueva redacción dada por la Ley de 9 de Octubre de 1978, si bien es verdad que, por un lado, limita la aplicación del tipo al rebajar la edad de la víctima a 18 años, por otro lado, "amplia el haz de conductas merecedoras de sanción, al amparo de dicho artículo 434; pues, así como antes quedaban limitados (aparte del estupro por engaño) el prevalimiento por autoridad, sacerdote, etc. el doméstico del mismo artículo, el de angustiosa necesidad necesidad —artículo 436— y patronal —artículo 437— hoy es estupro cuando el autor se prevale de superioridad originada "por cualquier relación o situación; abriéndose, así una nueva vía para sancionar atentados contra la libertad sexual y la honestidad —S. I de julio de 1982— que antes de la reforma normalmente quedaban impunes, por la lógica exigencia de que los hechos probados fueran lo suficientemente detallados para poder afirmar la violencia o intimidación y la resistencia de la víctima para condenar por violación, dada la gravedad de la señalada al delito, en caso como éste, en que las disfunciones orgánicas de la víctima no se presenten con el alarmante componente de una auténtica privación de la razón, sino, simplemente, como una disminución de la personalidad derivada de una atenuada debilidad mental, que aunque notoria para el acusado, como forma benigna de la oligofrenia, en una joven que conocía, sin embargo, el alcance de sus actos que, en principio, ocultaba a sus mayores y, siguió durante algún tiempo en que pudo descubrirse, tras unas fechas y ello aun teniendo en cuenta el posible temor a las provocaciones que el acusado le venía haciendo, si lo descubría, tales yacimientos con él que integran el elemento objetivo del delito definido.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. B. G., por su participación voluntaria y directa en los hechos —artículos 141°—.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal por lo que esta Sala, aplicando la regla cuarta del artículo 61 del Código Penal pondrá la penalidad indicada con anterioridad en el grado y expresión que se dirá.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de este delito o falta son, asimismo, responsables civilmente y vienen obligados al pago de las costas, incluyéndose, en este caso dada la relevanta trascendencia intervención de la acusación particular, por la inicial postura de la acusación pública, pese a la distinta calificación de los artículos 109 a 111 del Código Civil Penal fijándose la indemnización de daños y perjuicios en quinientas mil pesetas a pagar a la perjudicada.

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

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado A.B.G. de los delitos de violación de los que se le acusaba y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de estupro de prevalecimiento, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de tres años de prisión menor, a las accesorias 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 A. M. O. la suma de quinientas mil pesetas y al pago de costas, incluidas las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Alvaro Blanco Álvarez).

568

568. DELITO FISCAL. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1984.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que la entidad "I., Sociedad Anónima" se constituyó en esta ciudad en escritura pública de fecha 8 de Octubre de 1975, siendo en los años 1978 y 1979 presidente de su consejo de administración y consejero delegado, respectivamente, los procesados J.J.D. y R.J.S.D., ambos mayores de edad, y sin antecedentes penales. Los días 26 de Febrero y 25 de Marzo de 1982, la Inspección de Hacienda de la Delegación de Baleares giró visita de inspección a la mencionada entidad I., S.A. constatando que en el ejercicio de 1978 y los tres primeros trimestres del ejercicio de 1979 dicha empresa no había realizado las declaraciones correspondientes al Impuesto de Lujo que gravaba sus actividades relativas a la fabricación de artículos para juego tales como ruletas, tapetes, instalaciones para bingo, etc. por las que facturaron las cantidades de 14.152.300 ptas. en 1978 y 15.243.000 ptas. en 1979, cantidades cuya liquidación dieron las cuotas de 3.113.506 ptas. y 3.353.460 ptas. como debidas y no pagadas a la Hacienda Pública. En la época mencionada la contabilidad de la entidad I. era gestionada y elaborada por la entidad Gestora de I., S.A., mediante la remisión de la documentación contable por parte de I., a Gestora de I., que la sometía al sistema de proceso de datos e informatización cuyos resultados eran posteriormente remitidos a la entidad I., proceso que generaba un retraso de unos 3 meses en el asentamiento definitivo de dichos resultados contables en los correspondientes libros oficiales.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito fiscal del art. 319 del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados J.J.T., D.R.s.S.D., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquellos las penas de 7.000.000 ptas. de multa con 150 días de arresto sustitutorio en caso de impago, dos meses de arresto mayor, accesorias del art. 47 e indemnización de 6.664.966 ptas. a la Hacienda Pública 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 les fueron imputados por el Ministerio Fiscal.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no son legalmente constitutivos del delito fiscal previsto y penado en el art. 319 del Código Penal de que hace acusación el Ministerio Fiscal. El art. 35 de la Ley 50/1977 de 14 de Noviembre, sobre Medidas urgentes de reforma fiscal, sustituye el anterior delito denominado de la ocultación fraudulenta de bienes e industria, ocupando dicho tipo el capítulo VI del título III dedicado a Las Falsedades, en el Código Penal. Los dos primeros comentarios que se le aplican, conviniendo en su valor tópico y relativo, son el de su novedad y que pretende ser un importante instrumento en la lucha contra el fraude fiscal. Como corolario del primero, la falta de criterios jurisprudenciales debidos sobre todo a su no muy bien comprendida falta de utilización. Con una pretensión meramente especulativa se puede apuntar que el bien jurídico que se pretende proteger puede concretarse en la Economía Nacional, conformada específicamente en la Hacienda Pública, bien jurídico que se ataca mediante la elusión del pago de impuestos, término técnico que excluye a las otras dos clases de tributos, tasas y contribuciones especiales, y ello por el alcance restrictivo que debe darse a la interpretación y valoración de los términos y conceptos que integran cualquier tipo penal en contra

del criterio mantenido en las circulares de la Fiscalía General de 20 de Abril de 1978 y de la Subsecretaría de Hacienda de 15-4-82 y también por concordar el contenido del art. 26 de la Ley General Tributaria. El término "beneficios fiscales" hace una remisión obligada al art.º 10 y siguientes de la Ley General Tributaria. El valor resultante de combinar el término defraudar con su vehículo o instrumento, establecido también en el art. 319, eludir, debe ser el de estimar que la comisión de delito fiscal está dotada de un tipo de dolo específico, criterio que se refuerza con la frase que inicia el segundo inciso del citado precepto legal: "se entiende que existe ánimo de defraudar...", aunque sea bajo el automatismo que supone toda presunción, característica que señala directamente al origen no estrictamente jurídico-penal de este precepto. De cualquier manera tales son los términos del precepto que señala como supuesto de tal presunción la falsedad o anomalías graves en la contabilidad, con cuya indicación se está señalando de forma directa al comerciante individual o social, y a la negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración Tributaria, ejemplos que deben considerarse como meramente indicativos, no exhaustivos del antes aludido dolo específico. En la exégesis que la circular de la Fiscalía del Estado de 20 de Abril de 1978 hace del art. 37 de la Ley 50/1977, se señalan como requisitos de procedibilidad: 1º) Procedimiento administrativo de liquidación del hecho imponible, así como la cuantía defraudada, con agotamiento de la vía administrativa, 2º) Acuerdo del Delegado de Hacienda, previo informe del titular del departamento correspondiente según la naturaleza de la defraudación. 3º) Dedución de querrela por el Ministerio Fiscal si de la anterior documentación remitida resultaren indicios suficientes para mantenerla. En el supuesto enjuiciado, tales requisitos se han cubierto y del tenor literal que resulta del acta de la inspección de Hacienda de esta provincia, reproducida por el Ministerio Fiscal el supuesto de dolo específico que se atribuye a los procesados, es el de no llevar la contabilidad de acuerdo a lo obligado por la legislación vigente. Sin embargo sobre esta estimación hay que hacer las siguientes puntualizaciones: las actas y requerimientos de la Inspección de Hacienda no gozan, por ahora, al contrario de lo que ocurre en otros cuerpos de Inspección de la Administración Pública, de la presunción jurídica de certeza por lo que carecen de los correspondientes valor y eficacia probatorios. Aún en el supuesto en que así fuera, o, incluso, atribuyendo a la mencionada acta el valor probatorio que la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye a la prueba documental pública, generalmente, la misma debe carecer de tal eficacia, pues es requisito indispensable que se constaten, se señalen y detallen directamente, comportamientos o hechos, no conceptos jurídicos o juicios de valor, que puedan ser enjuiciados por el organismo competente, o dicho de otra manera, el acta deberá recoger las premisas facticas objetivamente determinables por la observación directa del actuante, pues no se puede olvidar que su contenido ha de constituir uno de los elementos básicos del tipo penal que se imputa. Con arreglo a este criterio, debe necesariamente concluirse que la frase contenida en el acta mencionada "... no llevaba contabilidad de acuerdo a lo obligado por la legislación vigente" es un juicio de valor que en todo caso corresponde hacer al organismo o tribunal administrativo o jurisdiccional a cuya resolución se someten los hechos, y, en definitiva, no puede colmar el supuesto contemplado en el art. 319 relativo a la falsedad o anomalías sustanciales en la contabilidad, si a esta consideración se une el resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio, propuestas por las respectivas defensas, consistentes en testificar, del encargado de la contabilidad de la empresa I. y del gerente de la empresa I. y del gerente de la empresa de servicios de informática; documental consistente materialmente en los documentos del tráfico industrial y comercial de I. que debidamente procesados eran reflejados en las correspondientes relaciones listadas y pericial en la que dos censores jurados de cuentas manifiestan que dichos listados, vertidos en los correspondientes libros cumplen los requisitos mínimos que establece el plan General de Contabilidad, advirtiendo como único defecto el relativo retraso de unos tres meses en el asentamiento de los datos contables informatizados en los libros oficiales de contabilidad, habrá necesariamente que convenir que la afirmación hecha en la calificación del Ministerio Fiscal de que la empresa I. no llevaba contabilidad ha sido neutralizada, convicción que conlleva la conclusión de que no han existido falsedades ni anomalías sustanciales en dicha contabilidad, siendo, en todo caso, dichas posibles anomalías subsanables objeto de sanción, si esta fuese procedente en ámbito ajeno al penal; al no apreciarse la existencia de este requisito esencial, procede declarar la libre absolución de los procesados J.J.T.D. y R.S.S.D. dejando sin efecto las medidas de aseguramiento contra ellos acordadas y declarando las costas de ofi-

cio, todo ello sin perjuicio de la depuración de la responsabilidad que pueda hacerse en el ámbito administrativo.

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 -1 42-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos a los procesados J.L.T.D. y R.S.S.D. del delito fiscal de que son acusados por el Ministerio Fiscal, dejando sin efecto las medidas de aseguramiento contra ellos acordadas y declarando de oficio las costas procesales. (Ponente: Juan J. Pérez Alferez).

C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 454.
- Abusos deshonestos, 440, 456, 520.
- Allanamiento de morada, 387.
- Amenazas, 435, 455.
- Apropiación indebida, 422, 498.
- Atentados contra los Agentes de la Autoridad, 476.
- Contrabando, 539.
- Daños, 461.
- Delito Fiscal, 568.
- Desacato, 487.
- Estafa, 502, 532, 557.
- Estupro de prevalimiento, 538.
- Falsedad, 448.
 - En documento oficial, 516.
 - En documento privado, 511.
- Falsificación
 - De documentos, 457.
 - De documento mercantil, 515.
 - De letra de cambio, 444.
- Hurto, 394.
- Imprudencia, 499.
 - Temeraria, 403.
- Incendio, 449, 542.
 - De Edificio público, 490.
- Lesiones, 393, 424, 474, 497.
- Malos tratos, 473.
- Malversación de caudales públicos, 426.
- Presentación en juicio de documento privado falso, 470.
- Quebrantamiento de condena, 389.
- Realización arbitraria del propio derecho, 479.
- Receptación, 404, 418, 443, 486, 489, 508, 514, 517, 526, 533, 537, 546, 555, 559, 577, 578, 579.
- Robo, 381, 382, 391, 395, 399,

409, 414, 431, 434, 436, 445,
475, 505, 506, 547, 553, 573,
574.

Con fuerza en las cosas, 379,
384, 390, 392, 396, 397, 398,
400, 401, 402, 411, 413, 417,
419, 425, 427, 428, 437, 438,
441, 447, 452, 459, 463, 466,
468, 469, 472, 492, 494, 495,
496, 500, 507, 509, 510, 513,
518, 521, 522, 524, 525, 531,
536, 539, 541, 549, 550, 551,
554, 556, 558, 562, 563, 567,
570, 572, 581, 582.

Con intimidación en las per-
sonas, 383, 386, 388, 420,
430, 433, 442, 450, 453, 460,
477, 484, 519, 530, 544, 566.

Con violencia e intimidación
en las personas, 439, 560.

Con violencia en las personas,
380, 406, 407, 410, 416, 429,
446, 451, 458, 478, 483, 488,
501, 504, 512, 529, 535, 545,
561, 571, 580.

Salud pública, 385, 405, 408,
415, 421, 462, 465, 467, 482,
491, 503, 523, 527, 528, 534,
552.

Seguridad del tráfico, 543.

Tenencia ilícita de armas, 423,
432.

Usurpación de funciones, 481,
569.

Utilización ilegítima de vehículo
de motor, 412, 464, 471, 480,
485, 493, 548, 564, 565, 575,
576.

**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.- Garcia 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.- Garcia 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"