

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

**11-1985**



**Universitat de les Illes Balears**

**Edita:**

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

**Imprime:**

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

**Fotocomposición y montaje:**

COMPOSICION BALEAR  
Jaime Durán, 1 - Palma

---

**Correspondencia:**

Facultad de Derecho.  
Universidad de Palma de Mallorca  
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2  
Palma de Mallorca

**Precio:**

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

# **Cuadernos de la Facultad de Derecho**

**11-1985**



**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 con este número**

**Ignacio Ara Pinilla**

Titular de Filosofía del Derecho  
Universidad de las Islas Baleares

**Marino Barbero Santos**

Catedrático de Derecho penal  
Universidad Complutense de Madrid

**Carlos Cortés Beltrán**

Secretario General del Círculo de Empresarios

**M<sup>a</sup> Angeles Félix Ballesta**

Titular de las relaciones entre el Estado y las Iglesias  
Universidad de Barcelona

**Manuel García Fernández**

Titular de Derecho del Trabajo  
Universidad de las Islas Baleares

**Gustavo R. de las Heras**

Doctor en Derecho  
Universidad autónoma de Madrid

**M<sup>a</sup> Teresa Marín García de Leonardo**

Doctora en Derecho  
Universidad de Valencia

**Luis Gabriel Martínez Rocamora**

Universidad de las Islas Baleares

**Joan Oliver Araujo**

Doctor en Derecho  
Universidad de las Islas Baleares

**Gregorio Robles Morchón**

Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de las Islas Baleares

**José María Royo Arpón**

Titular de Derecho Romano  
Universidad de Barcelona



# SUMARIO

	Págs.
<b>ESTUDIOS</b>	
Ignacio Ara Pinilla <i>Sobre los temas de la Filosofía del Derecho</i>	9
Marino Barbero Santos <i>El respeto de los derechos humanos: Grandeza y servidumbre de la actividad policial</i>	27
M <sup>a</sup> Angeles Félix Ballesta <i>El matrimonio judío: Próxima forma en nuestro sistema matrimonial</i>	45
M <sup>a</sup> Teresa Marín García de Leonardo <i>"El proceso formativo del actual artículo 166 del Código civil"</i>	69
Joan Oliver Araujo <i>La reforma del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares</i>	99
Gregorio Robles Morchón <i>Tres tipos de reglas en el Derecho</i>	113
<b>NOTAS</b>	
Carlos Cortés Beltrán <i>Los empresarios ante la adhesión a la CEE</i>	132
Gustavo Raúl de las Heras Sánchez <i>Una nota sobre la damnatio ad bestias</i>	142
Manuel García Fernández - Luís Gabriel Martínez Rocamora <i>Método y límites de las relaciones industriales</i>	146
José M <sup>a</sup> Royo Arpón <i>Proprietas: Un concepto individualizado del poder</i>	154

## **BIBLIOGRAFIA**

- Pedro Rodríguez, *Iglesias particulares y Prelaturas personales* (Antonio Pérez Ramos) 171
- Manuel Ortells Ramos, *El embargo preventivo* (Isabel Tapia Fernández) 173
- María Luisa Jordan, *Mala fe y acción de nulidad en el matrimonio canónico* (Antonio Pérez Ramos) 175
- Santiago Cavanillas Múgica, *Responsabilidad civil y protección del consumidor* (José Ángel Torres Lana) 176

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

- I. Sala de lo Contencioso administrativo 179
- II. Sala de lo civil 207
- III. Salas 1ª y 2ª de lo criminal 297

*ESTUDIOS*



# ***SOBRE LOS TEMAS DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO***

(Consideraciones en torno a una obra de Gregorio Peces Barba)

*IGNACIO ARA PINILLA*

Resulta estimulante para el estudioso de la filosofía del Derecho enfrentarse a una obra no por sintética, característica inherente a cualquier introducción a una disciplina, menos sugestiva y dinámica, que tome como propósito el ofrecimiento de una visión unitaria de la materia filosófico-jurídica (1). Tanto más meritorio resulta el libro del Profesor Peces Barba cuya primera edición se ha visto prontamente agotada (2), cuando el renovado interés de la producción doctrinal incluida bajo tal rótulo se ha visto acompañado por un constante cuestionamiento acerca del contenido que le daba corresponder, sin que haya faltado quien ha detectado en este cuestionamiento el síntoma evidente de su crisis en el marco de las estructuras académicas, desconociendo así tanto la justificada necesidad de "reivindicar su legitimidad como saber racional, mos-

---

(1) Apenas terminado este trabajo ha llegado a mis manos, sin tiempo para poder ser utilizada, la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Instituto Juan Gil-Albert, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante 1984, cuyo primer número, dedicado a Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho recoge, entre un abundante y estimable material, la respuesta a la enunciación de los temas de interés preferente en la disciplina, por parte de una serie de filósofos del Derecho, entre los que se encuentra el Profesor Peces Barba, quien igualmente alude en su colaboración a las motivaciones que provocaron su vocación y al proceso de su actividad en tal sector académico. No se me escapa que la utilización de las opiniones del autor, y no sólo de él, expresadas en esta revista hubieran podido constituir un elemento de primer orden a la hora de analizar esta obra. Valga, pues, esta mención como excusa por su involuntaria, y no menos lamentada, omisión.

(2) Gregorio Peces Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho* 2ª edición, Editorial Debate, Madrid, 1984. La primera edición, publicada por la misma editorial, corresponde al año 1983.

trando y haciendo patente su propio objeto como formalmente distinto del que investigan las Ciencias'' (3), como la profunda interconexión entre el progreso de una disciplina y la conciencia del relativismo de sus conclusiones.

En cualquier caso, no deja de ser cierto que ante una situación semejante, que quizá resulte inherente a la propia naturaleza de una disciplina en la que el acuerdo sobre la unidad metodológica brilla por su ausencia (4), o que puede verse inconscientemente alentada por el elemental reconocimiento de la diversidad de enfoques desde los que el Derecho puede ser analizado y de su mutua implicación (5), cualquier esfuerzo clarificador debe ser bien recibido, no sólo por el provecho que haya de derivar para el jurista en general y para el cultivador de la disciplina en particular, sino también por el reconocimiento de las dificultades que entraña adentrarse en un campo en el que las preumbras han invadido sus propias líneas de demarcación.

(3) José Delgado Pinto, *Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad en La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15, 1975, págs. 40-41.

(4) Basta recordar a este propósito las consideraciones realizadas por Norberto Bobbio, *Nature et fonction de la philosophie du droit*, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1962, reproducida con el título *Natura e funzione della filosofia del diritto en Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965. La cita corresponde a la traducción al castellano de Alfonso Ruiz Miguel publicada con el título de *Naturaleza y función de la filosofía del Derecho*, en *Contribución a la teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pág. 97: "Se entiende que la preferencia hacia las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia las de los filósofos que se rebajan hasta el mundo del Derecho, revela la preferencia por un método, o mejor, por un cierto estilo de trabajo, que es más fácil encontrar en las obras de los primeros que en las de los segundos: lo que caracteriza a este estilo de trabajo es la primacía dada al análisis sobre la síntesis, primacía fundada en la convicción de que, aun siendo análisis y síntesis momentos necesarios de toda investigación, es siempre preferible un análisis sin síntesis (lo que se les reprocha a menudo a los juristas filósofos) que una síntesis sin análisis (que es el vicio común a los filósofos juristas), al procurar el primero al menos buenos materiales para construir y al construir la segunda casas de arena a las que nadie iría de buena gana a vivir".

Acerca de la tesis sustentada por Norberto Bobbio, respecto de este problema, véase: Antonio-Enrique Pérez Luño, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en Italia*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1971, págs. 16 y 17, y, más recientemente Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 131-142, así como nuestro trabajo: *La incidencia de la reforma universitaria italiana sobre la enseñanza de la filosofía del Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número monográfico, núm. 5, Madrid, 1984, págs. 158-165.

(5) Véase, entre nosotros, Elias Diaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1982, espece págs. 50 y ss.



No sería justo, sin embargo reducir el haber de la obra que comentamos a la presencia en la misma de la suficiente dosis de audacia que permita garantizar el atractivo de su planteamiento a lo largo de las dos partes netamente diferenciadas, aunque no por ello desconectadas, en que se estructura, referida la primera al Derecho, y la segunda a la filosofía del Derecho. Muy por el contrario, estimamos que una ponderación razonable del trabajo que examinamos debe prestar atención a la seriedad con que el autor va desgranando minuciosamente los problemas que se le presentan, no rehuyendo el tratamiento de determinados lugares comunes, inexcusables en cualquier visión de conjunto, que sólo el prurito de la artificiosa novedad hubiera podido suprimir, y profundizando con decisión en el siempre movedizo terreno de lo aporético.

En lo que hace referencia a la primera parte de la obra, Peces Barba inicia su análisis tomando como punto de partida la necesidad de la remisión al correspondiente estudio desde la ciencia y desde la filosofía para elaborar un concepto acabado del Derecho. Sin embargo, aun cuando renuncia de antemano a ofrecer un concepto válido del objeto de su investigación, observa, en cambio, la necesidad de establecer una aproximación preliminar, siquiera sea para facilitar su comprensión, a tal concepto a partir de los datos que suministra la realidad jurídica. La consideración desde la etimología del término que lo designa y desde el uso que en el lenguaje vulgar adquiere el mismo, así como la que suministra su situación en el conjunto de la realidad, conduce al Profesor de la Universidad Complutense a destacar como zona nuclear del concepto del Derecho la referencia normativa de organización de la convivencia con arreglo a criterios axiológicos.

Pero el tema no puede agotarse, evidentemente, en esta aproximación preliminar, sino que requiere, como bien señala el autor, su consideración desde perspectivas que, aun cuando aparecen netamente diferenciadas, convergen, en relación de complementariedad, en el análisis de lo jurídico, ofreciendo los elementos imprescindibles para su propia caracterización.

Y así propugna, en primer término, el autor la sustitución de la clásica perspectiva idealista acerca del fundamento del Derecho, básicamente concretada en la idea del Derecho Natural, por un enfoque más correcto, que tenga en cuenta el fenómeno real del poder, habitualmente identificado, aun cuando no de forma necesaria, con el Estado. Al igual que sucede con tantos otros temas que están presentes a lo largo de la obra que comentamos, el Profesor Peces Barba no se limita a la propuesta

de un programa de trabajo, sino que facilita la mejor comprensión del problema, descendiendo a un análisis, no por sucinto menos rico y fundamentado, de los términos en que se plantea la cuestión. Y así parte de la consideración del carácter histórico de la relación entre el Derecho y el Poder como "perspectiva más fructífera para el desarrollo de esa parte fundamental de la Filosofía jurídica que es la axiología" (6), carácter derivado de la propia historicidad de los términos que la componen, para concluir que la comprensión actual del problema debe sustentarse sobre dos pilares básicos, implicados, por lo demás, en términos de mutua necesidad, como son las respectivas reflexiones sobre el sentido y la función de la política y el poder en el tránsito a la modernidad, y sobre el contrato social como fuente del poder, en la medida en que ponen de manifiesto la superación del pluralismo político medieval mediante la progresiva generalización del proceso de concentración del poder, y, por otro lado, adelantan la solución que propone el autor en las páginas siguientes sobre el clásico problema de la juridicidad del Derecho injusto, porque, como bien ha señalado Norberto Bobbio, "los reyes han hecho y deshecho las leyes como han querido, al menos mientras han tenido fuerza para hacerlas respetar, es decir, mientras su poder, aun cuando no era legítimo ni legal, ha sido efectivo" (7).

No subestima Peces Barba la importancia que debe atribuirse a la realidad social en la elaboración del concepto del Derecho, no en vano ha señalado elocuentemente en otro lugar que "si algún elemento formal, no de contenido, se puede encontrar como permanente en la estructura del Derecho es que es una regulación de la vida humana social, aunque luego el contenido de esa regulación establezca discriminaciones, e, incluso, ignore a un sector de hombres como sujetos del Derecho —los esclavos— en muchos momentos históricos" (8). Pues bien, el análisis del Derecho desde esta perspectiva requerirá la caracterización del hombre como objeto principal del fenómeno jurídico, así como la consideración de la libertad psicológica del individuo, en tanto que "dato previo de la persona" (9), como condicionante tanto de la producción normati-

---

(6) Gregorio Peces Barba "Reflexiones sobre Derecho y Poder", en su obra *Libertad, Poder, Socialismo*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, pág. 239.

(7) Norberto Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, A. Giuffrè Editore, Ottobre-Dicembre, 1981, Vol. IV, pág. 570.

(8) Gregorio Peces Barba, *Derechos Fundamentales*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid 1983.

(9) Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, pág. 128. Véase también su trabajo *Reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia* en Anuario de Derechos Humanos núm. 2, Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Uni-

va como de la posibilidad de la desobediencia al Derecho. Partiendo de este punto, el autor estudia la mutua influencia —que tendrá diferentes grados de intensidad según cuáles sean las variables institucionales, sociales, económicas y culturales que concurren en cada caso— entre el Derecho y la vida social, propugnando la aproximación al concepto del Derecho desde la observación de los posibles comportamientos de los individuos (obediencia, evasión, resistencia), así como de la comparación entre el fin y la función de las normas, y por otra parte, mediante la consideración de la importancia de los diferentes factores sociales para la formación del Derecho, todo lo cual le llevará al Profesor de la Universidad Complutense a auspiciar, correlativamente, el adecuado grado de formación jurídica de los ciudadanos y el potenciamiento de los sistemas participativos en la creación del Derecho.

Pero el elemento especificador del fenómeno jurídico radicará en su carácter normativo, lo que explica que la aproximación a aquél desde su fundamento y desde su contenido sean insuficientes si no se complementan con la que suministra la consideración de tal carácter. De esta manera, el autor va descartando las diversas posibilidades de definir al Derecho por el elemento coactivo, en función de sus fuentes de producción, por el contenido y por la forma de las normas, así como en función de sus destinatarios, para concluir propugnando su consideración desde la perspectiva que suministra el ordenamiento como concepto que abarca todo el sistema y que escapa así, con independencia de la posible ambigüedad (10), o del carácter derivativo (11) que pueda atribuirse a la denominación, a los planteamientos reductivistas de lo que supone la complejidad del fenómeno jurídico, no en vano ha indicado otro lugar nuestro autor que “el punto de vista del Ordenamiento supera la antite-sis Derecho legal, Derecho judicial y la polémica entre el positivismo del XIX y la reacción antinormativa posterior” (12).

Todo ello motivara la consideración como núcleo básico del concepto del Derecho desde el ordenamiento de su unidad formal que, por una parte, permite reconducir a una norma primaria a todas las demás,

---

versidad Complutense, Madrid, 1983, pág. 339 y ss.

(10) Vittorio Frosini, *Teoría dell'ordinamento giuridico* en su obra *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 5-45, espece págs. 5-9.

(11) Gregorio Robles, *La Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas*, en su obra *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos, Ensayo de teoría analítica del Derecho*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma, 1984, pág. 276.

(12) Gregorio Peces Barba, *La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico*, en *Poder judicial*, n° 6, marzo, 1983, pág. 21.

y, por otra, deja a salvo la referencia al poder como fundamento último del ordenamiento jurídico, lo que permite definir al Derecho como “conjunto de normas de comportamiento y de organización integradas unitariamente en un Ordenamiento que organizan la vida humana social, cuya validez se apoya en última instancia en el poder” (13). Y será a partir de esta definición como el Profesor Peces Barba afrontará la distinción entre el Derecho y las reglas del trato social, estableciendo el criterio residual de su pertenencia o no al ordenamiento, de acuerdo con la norma de reconocimiento, y entre aquél y la moral, diferenciando nítidamente la validez y la moralidad de las normas, de forma que se eviten los peligros del reduccionismo en uno y otro sentido (de la validez a la moralidad y de la moralidad a la validez), lo que no comporta, desde luego, el desconocimiento de las mutuas implicaciones existentes entre las normas morales y las jurídicas.

Si en la primera parte de la obra había centrado su análisis el autor en la determinación de la especificidad del marco jurídico, la segunda parte, dedicada a la filosofía del Derecho, se abre con un capítulo que afronta la situación de la ciencia jurídica en la actualidad, en el que emplaça como su objeto al derecho positivo o derecho válido, y señala entre las más importantes causas que han condicionado el valor del conocimiento científico sobre el Derecho el esfuerzo metodológico que comporta el paso desde posiciones iusnaturalistas a las propias del positivismo, el fracaso de los ensayos de aplicar los métodos de las ciencias naturales y de las ciencias matemáticas al conocimiento del Derecho, la reducción formalista de éste al conocimiento de su forma, las limitaciones que comporta la realización, típica de las corrientes realistas, de un análisis empírico del Derecho concretado en el momento de su aplicación y la diferente consideración que ha merecido el concepto de validez. Frente a estas dificultades, el Profesor Peces Barba se inclina por un planteamiento de la ciencia jurídica que contemple al Derecho como ordenamiento jurídico, realizando una labor de descripción y de comprensión del mismo, que permita su consideración sistemática, de tal modo que el trabajo del científico del Derecho supone básicamente la localización e interpretación de las normas jurídicas, la interconexión de las normas y construcción de las Instituciones, la coordinación y unificación de todo el conjunto en el ordenamiento jurídico, y, finalmente, la aplicación de las normas al caso concreto, aspecto en el que se pone de relieve el impulso creador de la ciencia del Derecho, así como la contribución que

---

(13) Gregorio Peces Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 130.

a ésta presta la filosofía jurídica a través de la teoría del Derecho y de la teoría de la Justicia.

Pero si Peces Barba es tajante al reconocer como Derecho al derecho positivo en tanto que tal, no es menor la rotundidad con que rompe con el fácil expediente que supone la ecuación entre la concepción positivista y el rechazo de la filosofía jurídica, a cuya justificación dedica el segundo capítulo de esta segunda parte, encontrándola en la crítica al derecho positivo que se desvelará fundamentalmente en la búsqueda de los valores jurídicos, en la determinación del concepto y del significado del Derecho, mediante la depuración crítica, liberadora de los enfoques condicionados y reductivos, de la dogmática jurídica que permita construir una teoría del Derecho desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, especificando sus aspectos estructurales y funcionales, y en la crítica del conocimiento jurídico, aspecto que pondrá particularmente de manifiesto la conexión entre la Ciencia y la Filosofía.

El tercer capítulo está dedicado a los modelos del pensamiento en la cultura jurídica. En él pasa revista el autor al modelo iusnaturalista, al que, después de describir sus diferentes formas de manifestación a lo largo de la historia, caracteriza como un modelo dualista en el que el Derecho Natural prevalece sobre el positivo, atribuyéndole el indiscutible mérito de haber puesto de relieve la conexión entre el Derecho y la Moral, y la necesidad de una reflexión sobre la Justicia, pero que, sin embargo, muestra sus deficiencias en la minusvaloración de la relación entre el poder y el derecho positivo, en su carácter idealista, en su visión ahistórica de los valores, que desconoce la diversidad de contenidos supuestamente racionales que se han atribuido al Derecho Natural, en su reduccionismo de las formas de producción normativa, en su conservadurismo ideológico, que chocará con el pluralismo de la cultura jurídica de nuestra época y dejará paso al modelo historicista —denominación que prefiere el autor a la de “positivista”, a mi modo de ver acertadamente, sobre todo porque tiene el mérito de evitar la frecuente confusión debida en parte a ocasionales coincidencias entre ambos conceptos (14), entre lo que convencionalmente se conoce como positivismo filosófico y el positivismo jurídico (15). Este vendrá caracterizado, en

---

(14) Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Lezioni de Filosofia del diritto, raccolte dal Dott Nello Morra, G. Giappichelli Editore, Torino, 1979, pág. 5.

(15) puesto que, como ha expresado Guido Fasso, “una cosa es la positividad de un efectivo, concreto comportamiento humano, y otra es la positividad constituida en base a la existencia formal de una norma / Ciertamente que en ambos casos se prescinde de

la tesis del Profesor de la Universidad Complutense, por el tránsito desde la concepción universalista, inmutable, del Derecho, que situaba la fuente de producción normativa en un orden extratemporal, y que fundaba su validez en su racionalidad, alcanzando su conocimiento a través de la razón, a una concepción particularista, variable, en la que la producción normativa depende del poder soberano, en el cual funda su validez, constituyéndose la promulgación y la publicación de sus actos de voluntad como las premisas del conocimiento del Derecho y servirá al Profesor Peces Barba como marco intelectual para la elaboración de su planteamiento.

Este viene constituido por la división tripartita de los temas de la filosofía del Derecho, analizada en el capítulo cuarto, diferenciando la Teoría de la Justicia, la Teoría del Derecho y la Teoría de la Ciencia Jurídica (lo que no supone, sin embargo, una división de los mismos en compartimentos estancos, sino que reconoce las mutuas implicaciones existentes en mayor o menor medida, siendo más fuerte la conexión entre los dos primeros y reconociendo el superior grado de autonomía de la Teoría de la Ciencia Jurídica) y en el desarrollo de esta tripartición en los siguientes capítulos. En realidad, esta propuesta no desconoce la existencia de planteamientos diferentes, a los que alude Peces Barba en las sugestivas páginas de su libro, reconociendo, sin embargo, la existencia de un acuerdo generalizado a la hora de incluir dentro de los temas de nuestra disciplina el estudio de los valores jurídicos y manteniendo una postura significativamente negativa respecto a la posible consideración independiente de la perspectiva histórica, que, sin embargo, constituirá, coherentemente con su consideración como historia de la cultura jurídica (16), el punto de partida del tratamiento de los problemas suscitados en cada uno de los sectores enunciados.

---

los valores, o sea, no se considera al Derecho bajo el punto de vista ético o axiológico, y por tanto se contraponen al iusnaturalismo. Pero, no por ello ambas posiciones pueden identificarse, ya que, por el contrario, bajo algunos aspectos se encuentran muy distantes, e incluso opuestas entre sí, ya que el positivismo filosófico aparece unido al dato histórico, si bien realizando una función abstracta y generalizadora, mientras que el positivismo jurídico prescinde de la historia, y llevado por su formalismo, termina por asumir un carácter antihistórico", en *Historia de la Filosofía del Derecho*. Vol. III. Siglos XIX y XX, traducción al castellano y apéndice final de José Francisco Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, págs. 151-152.

(16) Y es que, como bien ha señalado Giovanni Tarello, "en la actualidad se está difundiendo la tendencia a configurar a la historia de la Filosofía del Derecho como historia de la cultura jurídica, es decir, como historia de las implicaciones filosóficas de las metodologías de las teorías y de las ideologías de los operadores jurídicos", en *Filosofía del diritto*, en S. Cassese (a cura di), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1984, pág. 58.

Sin duda, uno de los puntos más atractivos de la obra que examinamos viene dado por la consideración de la teoría del Derecho como parte integrante de la filosofía jurídica y por la caracterización de aquélla, no ya al modo tradicional, como una ontología jurídica, sino en su versión superadora y sintetizadora de las teorías generales elaboradas por las ciencias jurídicas parciales (17). No puede ocultarse que la caracterización filosófica de la teoría del derecho que ya defendiera el autor en otros lugares (18) ofrece lugar a críticas no siempre desprovistas de fundamento. Y es que, ciertamente, una vez superados los planteamientos de las filosofías globalistas (19) con todo lo que ello supone de liberación para el "desarrollo de las ciencias sociales" (20), se ha puesto en entredicho la existencia de razones válidas para calificar como filosóficas a las construcciones generales que toman como base al Derecho positivo.

Sin embargo, entiendo que la tesis que tan firme como acertadamente defiende el autor dispone de razones de peso a su favor que la hacen gozar de nuestra preferencia. No se trata ya sólo de manifestar la imposibilidad de que la teoría general jurídica pueda ser elaborada por cultivadores de alguna de las ciencias parciales del Derecho (21), ni tampoco

---

(17) Entre las más recientes contribuciones de signo contrapuesto, esto es, identificando a la teoría del Derecho con la ontología jurídica, y diferenciándola de la teoría general del Derecho, concebida, por el contrario, como una rama de la ciencia jurídica, véase la reedición del trabajo de Eusebio Fernández, *Filosofía del Derecho, Teoría de la Justicia y racionalidad práctica*, en *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984, pág. 28, anteriormente publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 64, Madrid, 1982.

(18) Así en su artículo *Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 61, invierno 1981, págs. 95 y 96, donde, como ya indica en la pág. 95, reitera los argumentos esgrimidos con anterioridad en *La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho* en Documentación Administrativa, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Instituto de la Administración Pública, núm. 180, octubre/diciembre 1978, págs. 20-21.

(19) Véanse al respecto las consideraciones desarrolladas por Enrico Pattaro, *Filosofía del Derecho, Derecho, Ciencias Jurídicas*, traducción al castellano de José Iturmendi Morales, Instituto Editorial Reus, Madrid 1980, págs. 46-55.

(20) Uberto Scarpelli, *Introduzione a Diritto e analisi del linguaggio* (a cura di Uberto Scarpelli), Edizioni di Comunità, Milano 1976, pág. 30.

(21) Consideración que justificaba el hecho de que el autor legitimase la incorporación a los planes de estudio de la disciplina académica de "Introducción al Derecho", "evitando, eso sí, que esta denominación incluya esta asignatura en la órbita de los civilistas, durante tantos años monopolizadores, sin título alguno, de los conceptos generales del Derecho", en *Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios*, en *Anales*

de poner de manifiesto la consecuencia lógica de tal actitud en la multiplicación de teorías generales cuya existencia no sólo no resuelve, más bien dificulta, en muchas ocasiones, la edificación de una auténtica teoría general, sino de destacar también el carácter necesariamente filosófico, ante todo, pero no sólo, de las teorías generales del Derecho que extiendan al ámbito de la juridicidad a los ordenamientos extrapositivos. Si conocemos que, históricamente, se ha extendido la nota de la juridicidad, por ejemplo, al Derecho Natural, calificándolo incluso, en ocasiones, como el auténtico y único Derecho, tesis esta que se encuentra muy alejada, desde luego, de la que sustenta Peces Barba, y si admitimos la posibilidad de una teoría general sobre el Derecho, no cabe duda de que la perspectiva iusnaturalista nos conducirá inequívocamente a la caracterización filosófica de tal teoría general, aun cuando ello pueda redundar en perjuicio del grado de intensidad de la misma (22). Paralelamente, entiendo que también desde una perspectiva positivista es predicable tal carácter, y ello no sólo por la visión sintética y general que ofrece, sino, igualmente, por la imposibilidad de prescindir en la elaboración de la teoría general, voluntaria o involuntariamente, de planteamientos legitimantes (23), teniendo en cuenta que se puede decir, en la actualidad, que “pasa a ser absolutamente problemática la posibilidad de que el derecho adquiera y conserve una estructura de funcionamiento autónomo” (24). De aquí que el propio Peces Barba haya podido caracterizar, en otros lugares, a la filosofía del Derecho como una disciplina de los juristas (25) en la medida en que la teoría general del Derecho (26).

---

de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, 1975, posteriormente publicado en su obra *Libertad, Poder, Socialismo*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, por donde se cita. La cita en la página 268.

(22) Puesto que, como acertadamente ha destacado Luigi Ferrajoli, la extensión de una teoría “varía en cada caso, conforme a un conocido principio lógico, inversamente a la intensidad de la teoría”, en *La semántica de la teoría del derecho*, en la obra colectiva *La teoría generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Studi dedicati a Norberto Bobbio (a cura di Uberto Scarpelli), Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pág. 82.

(23) lo que explica el propio Gregorio Peces Barba al aludir a los dos momentos de la teoría del derecho, en lo que atañe a la configuración de la estructura de los estudios jurídicos, asumiendo el segundo la función de crítica respecto a la ciencia jurídica, en *La enseñanza de la Filosofía del Derecho*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, (Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, celebradas en Madrid en 1982), número monográfico 5, Madrid, 1982, págs. 104-105.

(24) María Rosario Ferrarese, *Diritto, tempo e legittimazione*, en *Sociologia del Diritto*, XI, 1984-1, pág. 194.

(25) Gregorio Peces Barba, *Comentario al libro de Eduardo García de Enterría “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho”*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4, núm. 11, mayo-agosto, 1984, págs. 249-250.

(26) Gregorio Peces Barba, *La enseñanza de la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 103.



necesario punto de partida de toda reflexión filosófica sobre el Derecho, requiere, para poder ser seriamente elaborada, la disposición para semejante tarea de conocedores del Derecho Positivo en sus diferentes vertientes. Con estas premisas, la teoría del Derecho tomará como objetivo el establecimiento del concepto del Derecho en su pluriforme manifestación, ya que, como señala el autor en otro lugar, “se está acabando... lo que podríamos llamar el fetichismo de la Ley” (27), de manera que la teoría jurídica comportará la referencia a una variada serie de problemas. Así, la crítica de la dogmática jurídica; las relaciones entre el Derecho y el poder, diferenciando las formas ordinarias de esta relación de las extraordinarias, según sea o no el Poder Soberano del Estado el que sostenga al ordenamiento jurídico; el contenido material del Derecho, mediante el señalamiento de sus correspondientes límites; el derecho como ordenamiento, lo que supone el estudio de la norma, la teoría de la producción normativa, la unidad del ordenamiento jurídico, el sentido actual de la plenitud del ordenamiento, la coherencia de las normas, el problema de sus destinatarios, y, finalmente, las relaciones entre los ordenamientos; la estructura y la función del Derecho; sus conceptos fundamentales, entre los que el Profesor de la Universidad Complutense tipifica el tratamiento singular de la distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, así como el de la relación jurídica, el sujeto del Derecho y el derecho subjetivo, y por último, la distinción entre el Derecho y otras materias afines.

Tiene razón Peces Barba cuando alude al complejo de inferioridad que sufren los juristas a la hora de plantearse el problema de la ciencia jurídica. Y es que la pluralidad de argumentos que lógicamente les conduce a plantearse la “inquietud legítima y sensata” (28), acerca del estatuto aplicable a su actividad contrasta con la secular inseguridad de sus respuestas. La obra que analizamos considera que, en la actualidad, el referido complejo carece de razón de ser por obra de la teoría de la ciencia jurídica, la cual ha debido considerar toda una serie de temas de reflexión.

Entre ellos destaca, en primer lugar, el planteamiento de los proble-

---

(27) Gregorio Peces Barba, *El papel del Parlamento en la democracia española*, en la obra colectiva *Parlamento y democracia. Problemas y perspectivas en los años 80*, edición preparada por Mónica Threlfau (Textos del coloquio organizado por la Fundación Pablo Iglesias durante los días 23, 24, 25 de setiembre de 1981). Edit. Pablo Iglesias, Madrid, 1982, págs. 16-17.

(28) Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pág. 15.

mas generales, que permitirá la oportuna introducción en la temática de la teoría de la ciencia jurídica, considerando al objeto de la mencionada teoría —el conocimiento jurídico— y a su finalidad —el establecimiento de su estatuto epistemológico— como parte integrante de la Filosofía del Derecho; en segundo lugar, la historia de la ciencia jurídica y de su teoría, íntimamente conectada con la Historia general de la Ciencia y de la cultura de cada momento histórico, en la que, a través de las dicotomías entre ciencias naturales y espirituales y ciencias empíricas y formales, se analiza la pluralidad de problemas metodológicos planteados de modo fundamental en el mundo moderno; en tercer lugar: por una parte, la materia de la ciencia jurídica, que viene dada por la realidad social vista a través de las normas, lo que explica la terminología de normativismo realista (29), así como la caracterización de ésta como ciencia empírica ante la inexcusable necesidad de buscar la referencia en los hechos, y, por otro lado, la finalidad de esta ciencia, que vendrá dada por la elaboración de conceptos generales, y a la que se llegará a través de la interpretación de las normas, y de la construcción de las instituciones y ramas del Derecho; en cuarto lugar, la fundamentación científica del conocimiento jurídico, que permitirá observar la influencia que para el reforzamiento de la científicidad del conocimiento jurídico ha tenido al tránsito desde la exigencia del descubrimiento de la verdad hasta la del rigor en los planteamientos y llevará al autor a caracterizar a la ciencia jurídica como explicativa, aun cuando no por ello se minusvalorece su función influyente, ni se eche en el olvido la deseable valoración que todo acto interpretativo del jurista comporta; finalmente, Peces Barba alude al carácter de la Teoría de la Ciencia jurídica, carácter crítico respecto del saber jurídico que revela su calificación como teoría fundamentalmente prescriptiva.

En el último capítulo del libro el autor expone la función que, en la actualidad, cumple, en su opinión, la teoría de la justicia, como un desarrollo y proyección de lo que en su momento denominara la “nueva axiología” (30), la cual, sin renunciar a la historicidad de sus propias

---

(29) Conviene precisar, no obstante, que no siempre ha comportado la síntesis entre el normativismo y el realismo el significado con que utiliza la expresión Gregorio Peces Barba, como puede observarse recientemente en Enrico Pattaro, *Lineamenti di teoria del diritto*, Cooperativa Libreria Universitaria di Bologna, Bologna, 1985, pags. 429 y ss.

(30) Gregorio Peces Barba, *El desarrollo político como desarrollo humano*, en Revista de la Universidad de Madrid, número monográfico. Sobre el concepto de desarrollo político. Vol. XXI, Madrid, 1972. Hay una edición posterior, por la que se cita, en *Liber-tad, Poder, Socialismo*, cit., pág. 97. Véase una exposición genérica de la teoría de la justicia y de los derechos humanos en Peces Barba, en el trabajo de Morris L. Ghezzi *I diritti*

conclusiones y sin poner en cuestión la posible validez del Derecho injusto, se constituye como el imprescindible punto de crítica del Derecho positivo, realizando así una labor similar a la que desarrolla el Derecho Natural, que plasmaría de la mejor manera esa "función utópica, que consistirá en indicar objetivos de todo tipo que no existen, pero que debieran existir" (31).

Precisamente, estas consideraciones llevarán al Profesor de la Universidad Complutense a propugnar la desaparición de la denominación administrativa de la disciplina de Derecho Natural de los planes de estudios de las Facultades de Derecho, propósito que no es nuevo en el autor (32), y que, en la actualidad goza de amplia aceptación, aun cuando no sea unánimemente rechazada la mencionada denominación (33). No echa en el olvido, sin embargo, la indudable importancia del Derecho Natural en la historia del pensamiento jurídico lo que corrobora el dato de considerar el análisis crítico de estas doctrinas como el punto de partida de la Teoría de la Justicia.

Esta deberá continuar en la tesis de Peces Barba, con un estudio descriptivo y crítico de los diferentes valores que, a partir de la crisis del modelo iusnaturalista, se propusieron para justificar al Derecho positivo, así como de las posturas sostenidas por tres autores (Norberto Bobbio, Herbert Hart y Elías Díaz) que deliberadamente huyen de pretensiones de racionalidad abstracta sobre el particular. De esta manera, Peces Barba refiere la existencia de dos niveles de carácter formal que resultarán comprendidos en el poder democrático que fundamentará la obediencia al Derecho (34) y en la afirmación de unas reglas que permiten la transformación del Derecho en su conexión en el poder.

---

*fundamentali nei recenti studi di Gregorio Peces Barba*, en *Sociologia del Diritto*, XI, 1984-3, págs. 109-123.

(31) Nicolás Lopez Calera, *Filosofía del Derecho: Crítica y Utopía*, en *La Filosofía del Derecho en España*, cit., pág. 144.

(32) Así, en *Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios*, cit., pág. 268.

(33) Véanse, por ejemplo, las consideraciones que realiza José Delgado Pinto en *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural*, Discurso leído en la solemne apertura del Curso Académico 1982-1983, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, especte, págs. 33-34.

(34) Véase al respecto las diferentes actitudes mantenidas en los trabajos de Felipe Gonzales Vicen, *La obediencia al Derecho* comprendido en su obra, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Tenerife, 1979, págs. 365 y ss., y de Elías Díaz, *Razón práctica y legitimidad democrática*, incluido en su obra *De la maldad estatal y de la soberanía popular*, Editorial Debate, Madrid, 1984, págs. 75-146, y especte. págs. 76-95.

Pero no se detiene en el simple análisis formal, sino que partiendo de las limitaciones implícitas en éste (35), asume la indagación de los contenidos materiales de la justicia, yendo más allá de la afirmación de la mera seguridad que conlleva la propia existencia del orden jurídico, para asumir en un primer momento los valores de la tolerancia y del pluralismo, y, a continuación, los de la libertad y la igualdad como derivaciones liberal y socialista respectivamente, en tanto que “valores preferidos” (36) que encontrarían su precisa realización en la idea representada, en la actualidad, por los derechos fundamentales.

En este punto son dos las matizaciones que se me ocurren a la tesis del Profesor de la Universidad Complutense al hilo de su incitante planteamiento que penetra decididamente en el intrincado laberinto de la teoría de la justicia.

Y es que, por una parte, pienso que la indentificación entre la justicia material y los derechos fundamentales no resulta suficientemente explícita, ya que, si bien es verdad que la acentuación de la relevancia de los derechos fundamentales se constituye como el elemento básico configurador imprescindible de la lucha por el progreso social en las comunidades políticas carentes de legitimidad democrática (37) y de ello sabe mucho Peces Barba en su doble condición de pionero en nuestro país del estudio teórico de los derechos fundamentales y de luchador infatigable por su implantación práctica, no puede olvidarse que la configuración actual de una sociedad justa tiene también determinadas exigencias en orden a los deberes de sus miembros, lo que explica que no se pueda hablar sin más de una identificación entre valores y derechos fundamentales (38), tanto más si consideramos que poseer un derecho “equivale a la imposición por parte del ordenamiento jurídico de un deber jurídico

(35) Referidas por el autor al destacar que “estos contenidos materiales del Derecho... es una vía de aproximación al problema que da un paso más que la de la legitimidad crítica...”, en *Reflexiones sobre la teoría democrática de la Justicia*, cit., pág. 338, en nota

(36) Gregorio Peces Barba, *Nota sobre la Justicia*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Epoca, Tomo I, Madrid, 1984, pág. 263.

(37) Puesto que, como señalara Daniel Colard, *Droits de l'homme, programme des partis et élections législatives de mars 1973*, en *Annuaire français des droits de l'homme*, Vol. I, 1974, pág. 110: “las concepciones de los partidos revolucionarios o contrarrevolucionarios derivan, por así decirlo, de su Filosofía del Hombre, deseando las primeras su liberación ponen el acento sobre sus derechos, y poniendo el acento las segundas, por razones inversas, exclusivamente sobre sus deberes”.

(38) Así lo señala, por ejemplo, Gregorio Robles, *La filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas*, cit., pág. 273, sosteniendo que: “Entre los valores fundamen-

correlativo y complementario a otra persona o a la misma" (39).

Hay que subrayar que, aunque no alude expresamente al tema en el libro que analizamos, Peces Barba ha valorado en buena medida esta objeción al reconocer en otro trabajo la posibilidad a largo plazo de ampliar el contenido material de la justicia al valor representando por la solidaridad (40). Pienso que en esta idea del Profesor de la Universidad Complutense radica, en realidad, la clave de la identificación entre la justicia material y los derechos fundamentales, puesto que, sobre todo si se adopta un planteamiento consensual de los derechos humanos, hay que reconocer también, como acertadamente hace nuestro autor, la existencia de una serie de derechos fundamentales derivados de la solidaridad (41) que en sí mismos comportarían el elemento doberoso imprescindible en la misma afirmación de cualquier derecho, y también de cualquier derecho fundamental. Ahora bien, pienso que ello requeriría el reconocimiento desde ahora de la solidaridad como valor efectivamente contenido en la justicia material y no sólo de la posibilidad de una ampliación de éste a largo plazo, sobre todo si, como creo, también existe hoy un consenso respecto al valor que representa la solidaridad.

En otro orden de cosas, pienso también en la posibilidad de enriquecer el capítulo final del libro mediante el análisis de la relación entre los valores de la libertad y de la igualdad, como elementos fundantes de los derechos humanos, en la fórmula de la libertad igualitaria (42), tanto más cuando, desde planteamientos expresamente liberales (43), viene negándose su caracterización como síntesis filosófica para remitirla al reducido de las simples estrategias políticas (44).

tales destacan los representados por los derechos fundamentales, aunque aquéllos no se agoten en éstos. Por consiguiente, la Teoría (material) de los derechos fundamentales es una parte de la Teoría de la justicia extrasistemática.

(39) Eusebio Fernández, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en su obra *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, cit., pág. 80, anteriormente publicado en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1982. El subrayado es nuestro.

(40) Gregorio Peces Barba (con la colaboración de Luis Prieto Sanchis), *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, pág. 37.

(41) Gregorio Peces Barba, *Reflexiones sobre la teoría democrática de la Justicia*, cit., pág. 344.

(42) Gregorio Peces Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 328.

(43) Nicola Mateucci, *Premessa, a Il liberalismo in una democrazia minacciata*, Il Mulino, Bologna, 1981, pág. 8.

(44) Nicola Mateucci, *Liberalismo, socialismo e crisi dello stato assistenziale*, en su obra *Il liberalismo in una democrazia minacciata*, cit., pág. 33.

No sería justo dejar de reconocer, sin embargo, que este planteamiento, ausente en su Introducción a la Filosofía del Derecho, ha sido desarrollado cumplidamente, sin embargo, por Peces Barba en otros trabajos (45) en los que primero cambió el rumbo de su consideración sobre las relaciones entre ambos valores para reconocer a la igualdad como valor fundado en el que viene representado por la libertad (46) y después desentrañó el sentido que puede tener la enunciación conjunta de los valores de la libertad y de la igualdad considerados como la "cabeza de la Constitución material" (47), esto es, como la síntesis que, en nuestros días, legitima y justifica los contenidos de los ordenamientos jurídicos concretos.

En definitiva, como se ve, las observaciones realizadas nos permiten comprobar que el libro del Profesor Peces Barba, lejos de pretender un tratamiento exhaustivo de los temas, se ha mantenido dentro de las exigencias que cualquier Introducción comporta, renunciando incluso a la tentación de extenderse, como muy bien ha hecho en otros trabajos de la especialidad, en el análisis de los argumentos que le son más queridos, y armonizando con pulcritud la enunciación de los temas a investi-

(45) Un planteamiento genérico puede verse en la aproximación a la problemática de los derechos fundamentales desde una perspectiva socialista, en trabajos tales como *El Socialismo y la libertad*, en Sistema, núm. 9, abril 1975, págs. 67-86, reproducido en la obra colectiva *Política y Derechos Humanos*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976, págs. 33-74, así como en su obra *Libertad, Poder, Socialismo*, cit., págs. 133-162; *Socialismo y Estado de Derecho*, texto de la conferencia pronunciada en las Jornadas Socialistas de El Escorial (18 de agosto de 1976), publicado en el libro de las jornadas bajo el título de *Socialismo es libertad*, así como en Sistema, núm. 35, número monográfico sobre "Problemas actuales del socialismo español", octubre 1976, pág. 61-72, reproducido en *Libertad, Poder, Socialismo*, cit., págs. 163-180; *Notas sobre derechos fundamentales, socialismo y Constitución*, en Sistema, núm. 17-18, número monográfico sobre Socialismo y Constitución, abril, 1977, págs. 89-97, reproducido en *Libertad, Poder, Socialismo*, cit., págs. 181 a 192.

(46) señalando en *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, en la obra colectiva *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos*, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, Diciembre 1978, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Murcia, 1981, pág. 56: "se puede afirmar que todos los derechos fundamentales son derechos de libertad, es decir, que todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Lo que ocurre es que se utilizan diversas técnicas para alcanzar esa finalidad, y que a partir del siglo XIX, con la crítica socialista a la concepción liberal pura de los derechos fundamentales, se incorpora un componente igualitario que matiza y completa esa idea de los derechos fundamentales como derechos de libertad sin hacerla imposible y sin desvirtuarla como pretenden los liberales doctrinarios".

(47) Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, cit., pág. 89.

gar con la profundización en tesis originales y el apunte de propuestas que permitirán al estudioso de la Filosofía del Derecho disponer de un abanico organizado (48) de áreas de investigación y de unos materiales donde la pluma del Profesor de la Universidad Complutense abona terrenos en los que muchas veces la cosecha ha sido por el mismo recogida con anterioridad y en otros garantiza que la prosecución por la vía "integradora y no disgregadora" que él nos abre constituye el mejor camino para la consecución de las metas que cualquier investigador de los temas de Filosofía del Derecho ha de proponerse.

En estas conquistas en buena parte debidas a la seducción que ejerce la admirable coherencia interna de la obra, que resalta aun más el mérito de sus propuestas, se encuentra el indiscutible mérito de este libro que, por el valor intrínseco de sus conclusiones y del tratamiento de las tesis que en él se desarrollan, así como por el atractivo de los campos que ordenadamente abre al investigador, revitalizando el interés por los argumentos filosófico-jurídicos, contrasta abiertamente con la modestia inherente al título de la obra.

---

(48) habida cuenta de que, como ha señalado Andrés Ollero, *Una filosofía jurídica posible*, en su obra *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, pág. 241: "aunque la posibilidad misma de la filosofía jurídica diste de ser una cuestión pacífica, no es menos cierto que uno de los principales motivos de desconcierto que brinda tal disciplina es un exceso de posibilidades".

(49) Gregorio Peces Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 163.

# EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS: GRANDEZA Y SERVIDUMBRE DE LA ACTIVIDAD POLICIAL

MARINO BARBERO SANTOS

La policía, institución cuyos orígenes se remontan a las primeras aglomeraciones urbanas, es comúnmente considerada como una de las formas más antiguas de protección social y el principal modo de expresión de la autoridad (1).

Prevalente durante siglos esta segunda característica de exteriorizar el poder del soberano sobre sus súbditos es, a principios del siglo XIX, cuando por obra de la ideología de la Ilustración o de las Luces inspiradora de la Revolución francesa y del Estado liberal se produce una inflexión en el carácter y en las funciones asignadas a la policía, entre las que pasa a ocupar el primer rango la protección de los miembros de la comunidad. “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no hará utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo”, establecía el artículo 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El camino hacia su consagración está lleno de titubeos, zigzags y retrocesos y, aún hoy, no se ha logrado su pleno reconocimiento: que es mayor o menor, según la comunidad, según el modelo de Estado al que la policía sirve. Intimamente ligada a la Sociedad que la crea —como escribe Rico— la filosofía general, su forma de organización y las funciones específicas que ha de cumplir dependen fundamentalmen-

---

(1) Rico, José María: *Sistemas comparados de policía*, en “Policía y sociedad democrática”, compilado por José María Rico, Madrid, 1983, pág. 29.



te de las características socio-políticas y culturales de la comunidad en que debe actuar.

El origen de la policía, en sentido moderno, suele verse en el *Metropolitan Police Act*, de 1828, obra del eminente estadista inglés Sir Robert Peel. Los "bobbis" como en homenaje cariñoso a su fundador, sir Robert, se denominan aún hoy los policías londinenses (*in and near the Metropolis*) configuran la nueva imagen del actuar policial (2).

Esta policía, luego extendida a toda Inglaterra, se estructura como un cuerpo civil, de carácter local, al servicio del ciudadano y con una función preponderantemente preventiva (3).

El inglés constituyó uno de los modelos inspiradores de la organización policial en varios Estados. El segundo fué el francés, caracterizado ante todo por la centralización. La realidad es, empero, que en Francia la policía centralizada se organiza sobre una base local, y que en Gran Bretaña el poder central posee amplias prerrogativas sobre la organización e, incluso, sobre la acción de la policía. En ambos países, por lo demás, el aparato policial moderno se inicia en las respectivas capitales y sólo después se extiende al resto de las ciudades y pueblos (4), tanto en Francia como en Inglaterra, la policía profesional y jerarquizada sustituye al ejército y a los guardianes de que disponían los diversos estamentos para el mantenimiento del orden, y por su dispersión por todo el territorio en uno u otro Estado va a ejercer un control pleno sobre las respectivas sociedades.

Los Cuerpos y Fuerzas españolas de Seguridad del Estado, Guardia Civil, Cuerpo Superior de Policía y Cuerpo de la Policía Nacional, se originan, asimismo, en el siglo XIX. Precursoras de los últimos son las "Milicias o Guardias Cívicas", instauradas y estructuradas a partir de 1808 por decretos varios, sobre modelo francés, por José Bonaparte y, en particular, las "Milicias Nacionales", creación de las Cortes de Cádiz (5) al reconocer a las "guerrillas" y que, tras vicisitudes diversas, lle-

---

(2) Eldefonso-Coffey-Grace: *Principles of Law Enforcement*, Nueva York, Londres, Sydney, Toronto, 1974, pag. 68 y ss.

(3) Ballbé, Manuel: *La Policía y la Constitución*, en "Policía y sociedad democrática" Madrid, 1983, cit. en nota 1, pág. 91.

(4) Véase Curbet: *Los orígenes del aparato policial moderno en España*, en "Policía y sociedad democrática", Madrid, 1983, cit. en nota 1, pág. 56.

(5) En contra de la opinión de Morales de que la Milicia Nacional nace con la Constitución de 1812 cuyo título VIII ordena su creación "para la conservación del orden inte-

gan hasta 1874 (6), en que desaparecen al perder virtualidad las fórmulas progresistas.

Su funcionamiento se reguló por decreto de 15 de abril de 1814, que estableció que formarían parte del Cuerpo, y por un periodo de 8 años, todos los ciudadanos comprendidos entre los 30 y los 50 años, salvo los sacerdotes, los ordenados "in sacris", los diputados, los consejeros y otros funcionarios. Por el carácter discontinuo de su actuación, los haberes no tenían carácter permanente, abandonándose por los Ayuntamientos únicamente los días en que efectivamente se desempeñaban servicios. Su organización era militar, se prestaba juramento a la bandera y se estaba sometido a las leyes castrenses, pero —y esto constituye una innovación curiosa— el nombramiento de los mandos se hacía mediante votación entre todos sus miembros (7).

Su misión de tutelar la seguridad pública, la ejercían mediante la protección de las personas y propiedades, la persecución y prendimiento de malhechores y desertores, la conducción de presos, detenidos y caudales. Tenían también que colaborar en la celebración de actos públicos, dándoles un mayor relieve con su asistencia y hacer guardia en las casas capitulares.

Identificadas las Milicias Nacionales con el liberalismo, el progresismo y el constitucionalismo de Cádiz, se disuelven y se restablecen varias veces, incluso con otras denominaciones, a lo largo del siglo, hasta que se suprimen definitivamente en 1874. A una burguesía convertida en conservadora, no le era ya necesaria la Milicia Nacional que mantenía vivos los ideales revolucionarios de 1820.

---

rior" (Morales Villanueva: *Las fuerzas de orden público*, Madrid, 1980, p. 51) ha de manifestarse que esta función se asigna a las "tropas de continuo servicio", es decir al ejército. Este es el tenor literal del art. 356, que encabeza el Capítulo primero del título citado: "Habrá una fuerza militar nacional permanente de tierra y de mar, para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior". El servicio de las milicias nacionales, en cambio (así lo estatuye el art. 363), "no será continuo, y sólo tendrá lugar cuando las circunstancias lo requieran". En todo caso, esto significa un paso notable respecto a la situación imperante en el antiguo régimen. Durante el cual, la autoridad militar concentraba las competencias en las cuestiones de Policía y orden público y el mando directo de la fuerza pública de intervención interior, que no era más que el mismo Ejército (Ballbé: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, pág. 28.

(6) Curbet, art. cit., pgs. 64-67.

(7) Morales Villanueva, ob., cit. ps. 52 y ss.

Triunfantes —en la dialéctica progresismo-conservadurismo— las fórmulas moderadas, la Guardia Civil, fundada en 1844, encarna una concepción de la vida eminentemente conservadora que se erige sobre la doble columna de la centralización y la militarización. Su modelo, también francés, fué la antigua Gendarmería republicana (8).

Los decretos fundacionales, según Morales, son de 26 de enero, 28 de marzo y 13 de mayo de 1844. Nace en el seno del Ministerio de la Gobernación, a quien corresponde la distribución de fuerzas y su servicio peculiar; pero su organización personal, disciplina, material y percibo de haberes, corespone al Ministerio de la Guerra. La antigua fuerza civil con organización militar se convierte en una fuerza militar que presta un servicio civil (9). El cambio es trascendente.

La consagración definitiva de su carácter militar se debe a las leyes constitutivas del Ejército, a partir de la de 23 de noviembre de 1878 que considera a la Guardia Civil cuerpo integrante del Ejército, con la misión de prestar auxilio a la ejecución de las leyes y para la seguridad del orden, de las personas y de las propiedades (10).

Obra del siglo XIX la Guardia Civil llega hasta nosotros. El siglo XX es, por el contrario, el de resurgimiento y desarrollo de la Policía: la evolución aquí no es lineal. Se trata de un proceso discontinuo, respecto de sus precedentes (11), que marcará no obstante también su imponente.

La Ley de la Policía de 4 de diciembre de 1978, vigente, de Martín Villa que, con palabras de Balbé, pronunciadas el 28 de septiembre pasado en el Ateneo comenzó a "civilizar a la policía", determina las funciones que competen a la Guardia Civil, Cuerpo Superior de Policía y Cuerpo de la Policía Nacional; entre otras:

Mantener y restablecer el orden público y la seguridad de los ciudadanos, garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades y cuidando de la estricta observancia del ordenamiento jurídico.

(8) Curbet, art. cit., p. 69.

(9) Morales Villanueva, ob. cit., ps. 87 y ss.

(10) Morales Villanueva: *La guardia civil: un cuerpo militar*, en la revista "Estudios históricos de la Guardia Civil", n° 26, p. 55.

(11) Curbet, art. cit., p. 73.

Evitar la comisión de hechos delictivos y, de haberse cometido, investigar, descubrir y detener a los presuntos culpables y recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito poniéndolo a disposición de la autoridad judicial competente.

Prestar auxilio en caso de calamidades públicas y desgracias particulares, colaborar con las instituciones y organismos de asistencia pública y coadyuvar, a petición de las partes, al arreglo pacífico de las disputas entre los sujetos privados.

A ellas ha de añadirse, respecto a la Guardia Civil, el control de armas y explosivos; prevención y persecución del contrabando; la custodia de vías de comunicación inter urbanas. Y respecto a la propia Policía (Cuerpo Superior de Policía o Policía Nacional), información, prevención o investigación de la delincuencia, control de entrada, permanencia y salida de españoles y extranjeros en el territorio nacional, prestación de auxilio en los casos de conflicto, accidente, calamidad pública o desgracias particulares, etc. A esta lista, incompleta, han de añadirse las facultades de la policía municipal y las de las policías dependientes de las Comunidades Autónomas.

Se trata de un amplísimo abanico de poderes, que en esta sede no es necesario exponer de forma exhaustiva, en cuya ejecución, si se careciese de límites, se afectaría a prácticamente todos los derechos y libertades no ya sólo reconocidos por la Constitución, sino aún más, a los preconstitucionales, es decir, a los denominados derechos humanos fundamentales, que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (12), derechos que, con una expresión que ha hecho fortuna, se concretan en el derecho a ser hombre (13).

El progreso de la humanidad ha venido dado —en el ámbito socio-político— por la imposición de límites al ejercicio del poder. El poder no es un fin en sí mismo, sino un servicio subordinado a un fin moral, al buen uso de ese poder (*Rex eris si recte facies*), de cuerdo con la concepción medieval cristiana.

---

(12) Truyol y Serra: *Los derechos humanos*, Madrid, 1968 (Estudio Preliminar), p. 11.

(13) Peces-Barba Martínez: *Derechos fundamentales, I*, Teoría general, Madrid, Barcelona, 1973, p. 60.

La Edad Media, sin embargo, a pesar de que no desconoció que todos los hombres, más allá de su *status* social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios de base, procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano, la dignidad de la persona humana, hecha "a imagen y semejanza de Dios", no proyectó estos principios de la dignidad y la igualdad en el ámbito de las instituciones públicas y privadas. Con sutiles distinciones la filosofía cristiana se avino, por ejemplo, a aceptar la licitud condicional de la esclavitud o, respecto al tema objeto hoy de análisis, permitió la utilización del tormento en el procedimiento penal (14).

La conciencia clara y universal del significado de los derechos humanos es propia de los tiempos modernos. Como también lo es que ellos imponen un límite al ejercicio del poder del Estado. Que este límite no sea ya moral, sino jurídico, se debe a la escuela racionalista del derecho natural, y encuentra su consagración en el Estado de Derecho y el imperio de la Ley (15).

Su reconocimiento internacional, aunque sin desarrollarlo por medio de normas concretas, se hace por vez primera en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. De acuerdo con Verdross, ésta instaura el principio de que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales constituye una cuestión internacional, supra-estatal (16). Desarrollo que se produce poco después al aprobar la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que parte de la idea de que estos derechos tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana, por lo que corresponden a todos los miembros de la familia humana derechos iguales e inalienables, que solemnemente enumera:

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Nadie será objeto de injeren-

---

(14) Truyol y Serra, ob. cit. ps. 12-13.

(15) Peces-Barba Martínez, ob. cit., p. 64.

(16) Verdross: *Derecho Internacional Público*, trad. castellana de Truyol, Madrid, 1963 (4 ed.) p. 505.

cias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a circular libremente, y a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

La Declaración es reforzada por una serie de convenios, convenciones y pactos internacionales, a comenzar por el de derechos económicos, sociales y culturales y el de derechos civiles y políticos, ambos de 1966, y, respecto a Europa, por la Convención para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, completada por varios protocolos. Sus preceptos poseen carácter vinculante por haber sido acogidos en las Constituciones o leyes internas de numerosos países y, en lo que afecta a las relaciones de España con el Consejo de Europa, por haber hecho nuestro país el 11 de junio de 1981 la declaración, conforme el art. 25 de la Convención, de reconocer la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer demandas individuales de quienes se pretendan víctimas de una violación de los derechos reconocidos por la Convención.

En estos momentos, precisamente, la Comisión citada tiene admitido a trámite las demandas presentadas el 18 de octubre de 1983 por los Sres. Francesc Barberá, Antoni Messegue y Ferrán Jabardo contra España, quienes han alegado que durante la detención policial, antes de ser presentados ante el juez el 23 de octubre de 1980, fueron incomunicados, privados de asistencia de abogados y obligados bajo amenaza, tratos vejatorios y tortura a firmar una declaración en la que confesaban su participación en el asesinato del Sr. Bultó.

La Constitución española consagra los derechos y libertades básicas en el capítulo segundo. Entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que quepa, en ningún caso, la práctica de la tortura o los tratos inhumanos y degradantes (17). El derecho a la libertad

---

(17) Que ha sido prevista, específicamente, como delito. Véase nota 30. El 10 de diciembre de 1984 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, por unanimidad, un proyecto de convención "contra la tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos y degradantes". La *Association Internationale de Droit Pénal* preparó, en 1977, un *Draft Convention for the Prevention and suppression of Torture*, de cuyo Comité de expertos formé parte, que se elevó a las Naciones Unidas (Véase el número especial de la "*Revue Internationale de Droit Pénal*", 1977 (ns. 3 y 4) dedicado al tema). Respecto al Proyecto de Convención Europea sobre la tortura, y a los Principios de ética médica de las N.U., remitimos a la Comisión Internacional de Juristas: "*La Revista*", Ginebra, 1983, (núm. 31), pags. 52 y ss. y 67 y ss., respectivamente.

y a la seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad salvo en los casos y formas previstos en la ley. Se estatuye que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y que, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Se determina también que toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales. Se declara que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial salvo en caso de flagrante delito. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, etc.

Es evidente que la consagración constitucional de estos derechos y libertades básicas constituyen un límite infranqueable a la actividad de la Policía en el ejercicio de las importantes, trascendentes, funciones que a ley la encomienda. Más aún, de acuerdo con lo que establece el art. 104 de la Ley Fundamental, a la Policía corresponde la doble misión de garantizar la seguridad ciudadana y proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades. Lo que quiere decir que ante los derechos humanos la policía no ha de tener sólo una actitud estática, pasiva, de respeto; sino que la corresponde una actitud activa, dinámica: garantizarlos.

Este respeto, esta función garantizadora de los derechos y libertades individuales constituyen, por una parte, la servidumbre de la actividad policial, en el sentido de ser un valladar, un obstáculo, insuperable a su ejercicio, pero, al mismo tiempo, es también la grandeza de la actividad de la policía, al mostrar que ha muerto el pragmático, el caduco principio, de que el fin justifica los medios. El fin, o sea, el cumplimiento de las altísimas funciones que competen a la policía en toda sociedad, no puede conseguirse a cualquier costo, no puede lograrse a cualquier precio. Aquí se encuentra precisamente la diferencia entre un Estado autoritario y un Estado democrático: Este se caracteriza por instrumentar los mecanismos para un equilibrio armonioso entre el ejercicio de los poderes indispensables para el cumplimiento de las misiones *de la policía*, y *el derecho del ciudadano a ser protegido* contra los eventuales abusos cometidos en el ejercicio de estos poderes.

En una sociedad democrática esta protección ha de llevarse a cabo

en las tres esferas que configuran los Poderes del Estado: en el ámbito *legislativo*, el *ejecutivo* y el *judicial*. A la que ha de añadirse una cuarta esfera: la de la propia *policía*.

La forma más pura de protección de los derechos humanos la ejerce el *legislador* al determinar normativamente de forma precisa al ámbito del actuar policial. Unas Cámaras legisladoras que perdida la ecuanimidad ante ciertas formas epidémicas de criminalidad grave, v. gr., la criminalidad organizada o el terrorismo, permiten, por ejemplo, que la autoridad gubernativa pueda decretar la incomunicación del detenido y extenderla, en ciertos casos, hasta diez días (18), o proceder a la práctica de la declaración o reconocimiento del detenido, si este lo consintiere (!), transcurridas ocho horas de la comunicación realizada al Colegio de Abogados, si ningún abogado se presenta, como establece la Ley de 12 de diciembre de 1983, es indudable que han de ser consideradas co-responsables del eventual mal uso que la policía pueda hacer de unas posibilidades de actuar tan desmedidas que casi invitan al abuso. Co-responsabilidad del Parlamento que aún se agrava ante algún precepto de la reciente ley antiterrorista, sobre la que enseguida volveremos.

La *autoridad gubernativa* por sí o por la vía del Ministerio Fiscal puede lesionar derechos fundamentales, v. gr., si la primera —es decir, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado— penetran sin autorización judicial, ni consentimiento de su titular en su domicilio y lo registran y ocupan sus efectos, o decretan la observación postal, telegráfica o telefónica; o el segundo, el Ministerio fiscal, recurre con el fin de evitar que el órgano jurisdiccional excarcele a presos o detenidos cuya libertad se hubiese acordado en tanto la resolución no sea firme, de acuerdo con el art. 19,3 de la ley antiterrorista, citada, de 5 de diciembre de 1984, en vigor desde el 4 de enero de 1985 (19).

El hecho de que estas facultades gubernativas puedan estimarse que tienen apoyo en lo que dispone el art. 55,2° de la Constitución no empede calificarlas de anticonstitucionales. En la Constitución, de acuerdo con autorizada doctrina iuspublicista, existen preceptos de distinto rango, y el art. 55,2° es de rango inferior a los arts. 18,2 y 3 ó 17,2,3, tanto por-

---

(18) Así lo establece el artículo 13 de la ley de 5 de Diciembre de 1984 (Boletín Oficial del Estado de 3 de enero de 1985).

(19) Es la mencionada en la nota precedente. Se intitula "Ley contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55,2 de la Constitución".



que estos permiten fundamentar un recurso de amparo, y no aquel, como por los diversos porcentajes de votos que uno y otro requieren para poder ser modificados (3/5 y 2/3, respectivamente).

Del tema, que ha sido objeto de análisis o decisiones por autores y tribunales a partir de la Segunda Guerra Mundial, principalmente en Alemania, se han ocupado, en nuestro país, entre otros politólogos, Lucas Verdú y, en estudio publicado en "La Ley" el 23 de noviembre de 1984, las profesoras Pilar Mellado Prado y Yolanda Gómez Sánchez (20). En el ámbito penal, en el marco de un Seminario que dirigí en Roma sobre la Constitución Española de 1978 como Director del Instituto Jurídico Español, se manifestó en el mismo sentido en 1980 el profesor Enrique Gimbernat.

A los argumentos expuestos pueden añadirse en el campo penal que cuando el art. 15 de la Constitución garantiza que nadie pueda ser sometido a tortura; el 18,2 y 3 que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito y se garantiza el secreto de las comunicaciones; y el 17,2 y 3, estatuye que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y que, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la Autoridad judicial, y que ningún detenido está obligado a declarar, es evidente que todo ello no puede ser interpretado en el sentido de que lo único que se prohíbe con esos preceptos es la inimaginable —y delictiva— posibilidad de que el legislador dicte disposiciones autorizando los malos tratos o las coacciones para que los detenidos declaren, etc. Lo que se prohíbe es que se promulguen normas que favorezcan —en vez de prevenir— la tortura, las violaciones de domicilio, o el secreto de la correspondencia, etc. (21).

---

(20) Mellado Prado y Gómez Sánchez: *En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978*, en "La Ley", pags. 1 y ss.

(21) Gimbernat Ordeig: *Constitución y Derecho penal*, en "La Constitución española de 1978. Un análisis comparado", Roma, 1982, ps. 96-97. Contra disposiciones de similar contenido promulgadas durante el periodo dictatorial anterior, véase Barbero Santos: *El bandolerismo en la legislación vigente*, y *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo, regulados por el decreto de 21 de septiembre de 1960*, en "Estudios de Criminología y Derecho Penal", Valladolid, 1972, p. 211 y s. y 257 y ss. Sobre las graves violaciones de derechos fundamentales por leyes recién promulgadas, véase ampliamente Barbero Santos: *Die Strafrechtsreform der spanischen konstitutionellen Monarchie* "Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck", 1985. Versión italiana: *La riforma penale della monar-*

En el dilema, pues, de la posible contradicción entre dos normas constitucionales hay que decidirse a favor del precepto que, dentro de la misma Constitución, tenga un rango superior.

Una tercera esfera de protección de los derechos individuales contra los eventuales abusos llevados a cabo por la policía corresponde a la *autoridad judicial*. Principalmente ésta puede hacerlo de dos formas: 1) declarando la responsabilidad penal del autor; 2) estimando inexistente la "prueba recogida ilegalmente". Investigaciones realizadas en varios Estados muestran, sin embargo, que no siempre estas dos vías suelen seguirse. Los agentes de policía parecen gozar de un régimen de inmunidad frente a la justicia por la pragmática razón de que el éxito del trabajo de ésta depende casi por entero de la colaboración policial. La creación de un cuerpo de policía judicial —cuya existencia y funciones consagra el art. 126 de la Constitución—, obviaría, en no pequeña medida, este obstáculo. Institución que, aunque prevista y regulada en uno de nuestros más admirables textos legales, todavía en vigor, nunca ha llegado a estructurarse, ni siquiera sus preceptos a cumplirse (22). Su instauración como Cuerpo específico, dependiente orgánica y funcionalmente de los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal —conforme al imperativo de la Constitución—, no admite demora (23).

---

*chia costituzionale spagnola*, en "Riv. italiana dir. e. proc. penale", 1984.

(22) Me refiero a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. En el artículo 283, por ejemplo, se establece que "constituirán la Policía judicial y serán auxiliares del Ministerio fiscal, de los Jueces de instrucción y de los municipales en su caso: 1. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública (...); 3. Los alcaldes (...); 4. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores (...). El art. 287 determinó que "los funcionarios que constituyen la Policía judicial practicarán, sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los funcionarios del Ministerio fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los Jueces de instrucción y municipales. Mientras el artículo 286 tiene este tenor: "Cuando el Juez de instrucción o el municipal se presentaren a formar el sumario, cesarán las diligencias de prevención que estuviere practicando cualquier Autoridad o Agente de Policía; debiendo estos entregarlas en el acto a dicho Juez, así como los efectos relativos al delito que se hubiese recogido, y poniendo a su disposición a los detenidos, si los hubiese".

(23) Remito al estudio, en prensa, sobre el artículo 126 del Texto Fundamental, que aparecerá en los "comentarios a la Constitución Española", editados por Edersa, del que es autor el magistrado Dr. Enrique Ruiz Vellido, a quien agradezco la utilización del original. En el Proyecto de Ley del Poder Judicial (Bol. Oficial de las Cortes Generales de 19 de sept. de 1984) se regula, de manera insatisfactoria, a mi juicio, la existencia y funciones de la Policía Judicial (arts. 470-473). En el Informe sobre el Anteproyecto elaborado para el Consejo General del Poder Judicial por una Comisión Especial "ad hoc" de la Asocia-

Es obligado mencionar, empero, respecto de la primera vía, que alguna Audiencia Provincial —v.gr., la de San Sebastián—, ha impuesto en 1984 seis meses de privación de libertad, cien mil pesetas de multa y seis años y un día de inhabilitación a un policía como autor de un delito de tortura, y ha concedido a la víctima dos millones de pesetas de indemnización. Ejemplo que no es único. Ha de subrayarse asimismo el hecho de que la Audiencia de Bilbao recordara en octubre de 1984 la vigencia del art. 187,1 del Código penal que impone la pena de suspensión al funcionario público que deja transcurrir 24 horas sin comunicar al juez la detención de cualquier persona.

En España, por fortuna, una clara línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, acogiendo directrices emanadas por el Consejo de Europa, declara inexistente la “prueba recogida ilegalmente”. En Sentencia de 28 de julio de 1981 decidió que “la sola declaración del procesado ante la policía, sin las garantías establecidas en el art. 17 (asistencia letrada), y sin haber sido ratificada ante el órgano judicial no puede considerarse base suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y, en consecuencia, anuló la sentencia condenatoria. Doctrina reiterada en otras sentencias posteriores, v. gr., de 26 de julio de 1982, 3 de octubre y 29 de noviembre de 1983. En la más reciente, de 29 de noviembre de 1984 (núm. 114), el Tribunal Constitucional ha reiterado la invalidez de toda prueba obtenida en violación de los derechos fundamentales o libertades públicas reconocidos por la Constitución, aunque en el caso recurrido en amparo no decretó la nulidad. Doctrina asumida por el Tribunal Supremo.

En Sentencias, por ejemplo, de 10 de diciembre de 1983 (Aranzadi, núm. 6.190; ponente Ruiz Vadillo), y de 11 de octubre de 1984, este Alto Tribunal estableció que el principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24,2 de la Constitución, supone una cobertura para el imputado en un proceso en pro de su inocencia y consiguiente absolución, que sólo puede ser destruido por la existencia de una actividad probatoria aportada al proceso con las debidas garantías procesales, entre

---

ción Profesional de la Magistratura, se establecía de forma más precisa, junto a la previsión de sus funciones y competencias, que la “policía Judicial será un Cuerpo Especial de la Seguridad del Estado dependiente, única, exclusiva y definitivamente tanto en lo funcional como en lo orgánico, del Poder Judicial, cualquiera que sea su sistema de ingreso y selección” (Consejo General del Poder Judicial. Boletín de Información, 1984, febrero, número extraordinario, p. 34).

las que se encuentran la de asistencia de letrado (24).

La cuarta, última y más eficaz esfera de protección frente a los abusos de poder por parte de la policía, corresponde a la propia *policía*. Mediante unos presupuestos que no siempre dependen de ella. El primero, quizá, mediante métodos apropiados de selección y formación del personal, al que ha de exigirse titulación universitaria, en particular la licenciatura en Derecho. Al menos para los oficiales e inspectores, puesto que con dificultad podrán proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, funciones que les atribuye la Constitución, si desconocen el contenido y límites de estas libertades y derechos. Si mi información no es errónea, hasta tiempos cercanos para el acceso a la policía no se exigía siquiera ser graduado escolar.

Quiere decirse que la policía ha de ser una policía civil. Hoy no ocurre así. La Guardia Civil depende del Ministerio del Interior a efectos operacionales y del Ministerio de la Defensa a efectos orgánicos y disciplinarios. Es, pues, un cuerpo militar que forma parte integrante del Ejército. Situación que no parece vaya a cambiar tampoco al menos en un futuro inmediato. El art. 10 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal militar establece lo siguiente: A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerzas armadas los militares que, portando armas y vistiendo uniforme, presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley. Mientras la Policía Nacional es un cuerpo civil con estructura militar y aplicación supletoria del Código de Justicia Militar.

La pregunta clave a la que se debe responder es la de si las funciones que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas son parejas o no a las que asigna a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Si a las primeras corresponde garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional (art. 8); a las segundas, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104), la respuesta es obvia: los fines que a una y a otra señala la Constitución son

---

(24) Véase López Requena: *Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el Derecho fundamental a la presunción de inocencia* en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 5 de enero de 1985 (suplemento), pag. 8 de la separata.

dispares. La policía ha de configurarse, pues, como servicio público desprovisto de carácter militar (25). Es opinión prevalente que las Fuerzas Armadas como institución nacional no deben tener competencia en cuestiones de orden interno. La desmilitarización, por lo demás, permitiría superar los obstáculos que hoy pueden oponerse al ejercicio de derechos constitucionales, expresión, reunión, sindicación, etc. (26). Los primeros, han sido reconocidos por sentencias varias del Tribunal Supremo (9 de julio y 22 de septiembre de 1981). La sindicación de los policías ha sido reconocida, por su parte, por sentencia de la Corte europea de Derechos Humanos de 27 de octubre de 1975 y en más de una Ley de Policía de países pertenecientes a nuestro círculo de cultura. La Ley de Policía italiana de 1 de abril de 1981 reconoce, por ejemplo, taxativamente que los pertenecientes a la policía del Estado tienen derecho a asociarse en sindicatos (art. 82), aunque obviamente reconoce este derecho con algunas limitaciones, así han de estar formados, dirigidos y representados por miembros de la policía del Estado en servicio activo o en cualquier otra situación en que estén sujetos a las obligaciones del servicio, y han de tutelar sus intereses sin interferir en la dirección de los servicios o en las tareas operativas, sin que puedan afiliarse o tener relación de carácter organizativo con otras asociaciones sindicales, ni ejercitar el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo que, efectuadas durante el servicio, puedan perjudicar las exigencias de la tutela del orden y seguridad pública o las actividades de Policía Sindical (arts. 83 y 84). Difícilmente se puede encomendar a la Policía la función primordial de proteger los derechos y libertades y a la vez negárselos a sus miembros

---

(25) En el admirable informe, preparado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1984 (coordin. Zaffaroni). Se advierte la tendencia a una acentuada militarización de los cuerpos policiales y penitenciarios que redundaría en perjuicio de su efectividad específica y que facilita su instrumentalización como aparato de represión política interna (p. 101). El 1 de octubre de 1984 un amplio grupo de personalidades de la vida intelectual y social, encabezadas por el Presidente de la Academia de la Lengua, profesor Lain Entralgo, publicaba un manifiesto intitulado "Por una policía civil". El problema se plantea, a mi juicio, no respecto al Cuerpo Superior de Policía o la Policía Nacional, sino tan solo en relación a la Guardia Civil, cuya pertenencia al Ejército de Tierra parece incuestionable. Agradezco al comandante de la Guardia Civil y Dr. en Derecho, Morales Villanueva, haberme hecho conocer el original de su estudio *Naturaleza de la Guardia Civil*.

(26) Es obligado manifestar que no ya sobre la Policía sino, incluso, sobre las Fuerzas Armadas la normativa, en el ámbito del Derecho comparado, es muy variada. Ampliamente permisiva en Bélgica, Holanda y Alemania (Morales Villanueva: *Derechos y libertades del militar profesional*, en "Revista de Estudios Políticos", 1984 (núm. 37), p. 89 y ss., en particular, pag. 105).

(27). La perduración de esta contradicción significaría mantener a las policías en una posición poco consecuente con la misión que deben cumplir. Sindicación que, de acuerdo con lo que establece el artículo 28,1 de la Constitución, podrá tener un carácter peculiar en la Ley a que se refiere el mencionado artículo, como acaece en el Derecho comparado.

Un portillo en esa vía abrió el Decreto 3.624, de 26 de diciembre de 1977, que permitió la sindicación en el Cuerpo Superior de Policía. Y otra, el 22 de noviembre de 1984, la Resolución de la Dirección de Seguridad del Estado por la que se inscriben los Estatutos del Sindicato Unificado de Policía, y que constituye un paso notable hacia la desmilitarización de la Policía Nacional, uno de los puntos del programa socialista, paso obligado, por los demás, si se desea homologarla con las policías europeas y americanas democráticas.

La nueva imagen de la Policía ha de ser altamente profesionalizada, puesta al servicio más que del Estado, del ciudadano. Ello implica la utilización de medios técnicos apropiados en función de los altos fines a cumplir; y la cuidadosa formación jurídica (antes dijimos que en el futuro sus miembros han de ser juristas) con el fin de que conozcan la ley que han de aplicar y el valor de los derechos humanos y una no menos cuidadosa formación deontológica. Ello posiblemente habría evitado últimamente algunos resultados infaustos con motivo de la utilización de armas de fuego (28), o que el nombre de España aparezca entre los Estados que infligen tortura, según los informes publicados en 1984 por Amnistía Internacional (29), es de confiar que sin merecerlo.

---

(27) Véanse los artículos de Modesto García, Francisco López Guerrero y Miguel Sánchez Sobrino, publicados en USP, Órgano de Expresión de la Unión Sindical de Policías, Madrid, 1984 (núm. 30), págs. 4 y ss.

(28) De los que se ha hecho eco toda la prensa. Sobre los límites de su uso, vide, Queralt: *Coacción directa y justificación*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 1983, p. 109 y ss.

(29) Amnistía Internacional, *Informe 1984*. Madrid, 1984, pág. 278-281. Dos casos, en particular, los de Joaquín Olano Balda y José María Olarra, fueron buena muestra de atentados a la integridad física de los detenidos (ob. cit., p. 279). En el Informe de Amnistía Internacional, dedicado expresamente a la tortura, y que lleva este título: *Tortura*, Madrid, 1984, se asegura que "durante el periodo a estudio, la tortura y el maltrato de detenidos en España fueron continuos" (p. 85), y que "el Gobierno no ha realizado una investigación propia, amplia y pública" (p. 186) sobre la cuestión. En *World Human Rights Guide*, originated and compiled by Charles Humana, Londres, 1983, se manifiesta que "the human rights situation, although moderately satisfactory, is affected by government action to combat regional terrorism" (p. 210).

Es menester mencionar que tanto las Naciones Unidas, como el Consejo de Europa, han aprobado, respectivamente, un Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, el 17 de diciembre de 1979, y una declaración sobre la policía, el 8 de mayo del mismo año, de los que citamos algunos pasos.

Estos: En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la Ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura (30) u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, v. gr., estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir su violación. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que se ha producido o va a producirse una violación del presente Código, notificarán el hecho a sus superiores y, si fuese necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas.

Un funcionario de policía debe ejecutar las órdenes legales formuladas reglamentariamente por su superior jerárquico: se abstendrá, sin embargo, de cumplir cualquier orden que sepa o deba saber que es ilegal.

Es un deber del funcionario de policía el rehusar participar en la

---

(30) En España, el Código penal (art. 204 bis) prevé este comportamiento como un delito *sui generis*, al que se impone una pena particularmente grave. Asimismo lo repudia la Constitución Española vigente (art. 15). La prohibición tiene una larga tradición. Fue consagrada por nuestra primera Constitución, de 19 de marzo de 1812, en lo siguientes términos: "No se usará nunca del tormento ni de los apremios" (art. 303).

búsqueda, arresto, custodia o transporte de personas buscadas, detenidas o perseguidas sin ser sospechosas de haber cometido un acto ilegal, por razón de su raza o de sus convicciones religiosas o políticas.

En el ejercicio de sus funciones, el funcionario de policía debe actuar con toda la determinación necesaria sin recurrir jamás a la fuerza, más allá de la que sea razonable, para llevar a cabo un deber exigido o autorizado por la ley.

El funcionario de policía debe recibir una formación general y profesional profunda, antes y durante su servicio, así como una enseñanza apropiada en materias sociales, libertades públicas, derechos humanos, y esencialmente, en lo que concierne a la Convención europea de Derechos del Hombre.

Tengo la seguridad de que estas exigencias éticas, respetuosas de la dignidad humana, en la actualidad prevalentes, la policía española, no en el futuro, sino ya hoy, no las considera un valladar negativo que obstaculiza el cumplimiento de sus altísimas funciones, sino la servidumbre que confiere a éstas su auténtica grandeza.



# EL MATRIMONIO JUDIO: PROXIMA FORMA EN NUESTRO SISTEMA MATRIMONIAL

M<sup>a</sup> ANGELES FELIX BALLESTA

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL. III. MATRIMONIO JUDIO. IV. IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES: A. *Impedimentos dirimientes*: 1. Impedimentos de parentesco: a) Consanguinidad; b) Afinidad; c) Levirato; 2. Impedimento de mixta religión; 3. Impedimento de vínculo (poliandria); 4. Impedimento de impotencia. B. *Impedimentos impeditivos*: 1. Impedimentos de parentesco: a) Consanguinidad; b) Afinidad; c) Levirato; 2. Impedimentos de orden político y social: a) Adulterio; b) Nuevas nupcias de la mujer divorciada; c) Filiación adulterina o incestuosa: "Mamzer"; d) Plazos de espera; e) Poligamia; f) Fallecimiento presunto; g) Sacerdocio (Cohenne). V. EDAD NUBIL. VI. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL: 1. Error; 2. Violencia; 3. Simulación; 4. Condición. VII. FORMAS DEL MATRIMONIO: 1. "Shidduqin"; 2. "Kiddushin" o "erusin"; 3. "Nissu'in": A) Obligaciones esenciales del marido; B) Obligaciones de la mujer; C) Derechos del marido sobre los bienes de la mujer. 4. Ritual. VIII. DISOLUCION DEL MATRIMONIO: A. *Muerte*; B. *Divorcio*: a) Divorcio por mutuo acuerdo; b) Divorcio unilateral: 1. Causas que motivan el divorcio obligatorio; 2. Causas de divorcio en interés de la mujer; 3. Causas de divorcio en interés del marido; c) Casos en que el divorcio es imposible; d) Forma solemne del repudio; e) Efectos: 1. Efectos personales; 2. Efectos legales: a') Para la esposa; b') Para el marido; c') Para los hijos.

## I. INTRODUCCION

Debido a la diáspora de judíos por todo el mundo y a las distintas situaciones que concurren en cada país, podemos observar dos formas de contraer matrimonio para los judíos: la secular o civil; y el matrimonio religioso judío.

Según sea la legislación estatal aplicable, los judíos podrán optar por una u otra forma, o por ambas. Si el sistema matrimonial es *unitario de matrimonio civil*, y son Estados *persecutorios de la religión*, o que no reconocen el derecho de libertad religiosa, no sólo no surtirá efecto

alguno el matrimonio religioso judío, sino que incluso se prohibirá su celebración, reconociéndose únicamente efectos al matrimonio civil (1). Por lo que en este supuesto, realizar el matrimonio sólo civilmente, en conformidad con la "lex loci celebrationis", presupone un auténtico matrimonio judío, ("Kiddushei bi'ah"), con todas sus consecuencias legales.

Por el contrario, si el Estado *no es persecutorio* de la religión, o bien el sistema matrimonial es *mixto no discriminatorio*, permitiendo a los ciudadanos elegir libremente entre el matrimonio civil y el religioso o religiosos, los judíos deberán celebrar el matrimonio según los ritos y usos judíos (bien sea por celebración posterior al civil, bien sea por reconocimiento pleno de este matrimonio).

## II. SISTEMA MATRIMONIAL ESPAÑOL

El nuevo sistema matrimonial español, fruto de la Constitución de 1978, ha asumido una *pluralidad formal* en su artículo 32. Y ésto significa que el Estado debe regular el matrimonio como *institución jurídica*, ya que interesa a unos fines no sólo *individuales* sino también *sociales*, y como este cúmulo de relaciones, o finalidades, tienen su origen en el *consentimiento de las partes*, es lógico que la Constitución española posibilite que dicho consentimiento se preste y reciba tanto:

- en la "forma" establecida por el Estado (matrimonio civil),
- como en el seno de "las formas religiosas", debiendo en este último caso hacerse la inscripción registral pertinente (según establece el art. 60 del C. civ., que nos remite a lo dispuesto en el Capítulo siguiente que versa sobre "La Inscripción del matrimonio en el Registro Civil"), para que quede constancia de la realidad o existencia de dichos matrimonios y produzcan efectos civiles.

De ahí que podamos afirmar con Díez-Picazo, que existe *una unidad institucional* o *única institución*: la "del matrimonio" en singular, como reza el Título IV del Libro I del C. civ. Principio, que como ya es sabido, ha sido desarrollado y reconocido por la Ley Orgánica de Li-

---

(1) Vid. V. Reina, *Lecciones de Derecho Matrimonial*, P.P.U., Barcelona, 1983, pág. 135 y ss.

bertad Religiosa de 5/VII/1980 (Art. 2º, 1, b), y por la Ley modificadora de la regulación del matrimonio en el C. Civ., de 7/VII/1981, (Art. 49,2, en relación con los Arts. 59, 60 y ss. del C. civ.).

Pero este reconocimiento no significa que el Estado deba obligatoriamente conferir efectos civiles a todos estos "ritos matrimoniales" que las personas libremente pueden celebrar. Sino que es necesario concurren unos determinados requisitos, como nos lo demuestra la Resolución dictada por la Dirección General de los Registros, de 6 de mayo de 1982, ante la inscripción en el Registro Civil de matrimonios celebrados en España en forma religiosa no canónica.

Debido a una interpretación errónea del Art. 2º, 1, b) de la L.O.L.R.: "La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, *el derecho de toda persona a... celebrar sus ritos matrimoniales...*", y de los artículos 59 y 60 del C. civ.: "El consentimiento matrimonial podrá presentarse en la *forma* prevista por una *confesión religiosa inscrita...*", o "El matrimonio celebrado... *en cualquiera de las formas religiosas* previstas en el artículo anterior *produce efectos civiles...*", algún Juez o funcionario encargado del Registro Civil, practicó la inscripción del matrimonio celebrado en España según religión distinta a la católica, sin tener en cuenta que no concurrían las demás circunstancias exigidas en el Art. 59 del C. civ.: "... *confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste*".

Por todo ello, el 1 de abril de 1982, se elevó una consulta a la Secretaría General Técnica de la Dirección General de los Registros, relativa a la validez e inscripción en el Registro Civil de los matrimonios celebrados en España por súbditos extranjeros en forma religiosa no canónica. Conforme a la respuesta que se dió (Resolución de 6 de mayo de 1982), hay que tener en cuenta lo siguiente:

*"Matrimonio celebrado en España por súbditos extranjeros en forma religiosa no canónica.*

En contestación a su consulta de fecha 1 de abril, dirigida a la Secretaría General Técnica de este Departamento y relativa a la validez e inscripción en el Registro Civil, de los matrimonios religiosos luteranos celebrados en España por súbditos suecos, esta Dirección General comunica a V.I. lo siguiente:

1.º Que, a la vista de lo dispuesto en los actuales artículos 49, 50, 59 y 60 del Código civil, hay que distinguir según que el matrimonio reli-

gioso celebrado en forma distinta de la canónica haya sido contraído por algún español o por súbditos extranjeros.

2.º Que si un matrimonio religioso de este tipo afecta a un contratante español, el enlace no puede estimarse hoy válido en España, conforme el artículo 49-2.º en relación con el artículo 59, ya que no existe todavía ningún acuerdo ni autorización por la Ley estatal respecto de tales matrimonios en forma religiosa distinta de la canónica, y

3.º Que, en cambio, si estos matrimonios se celebran por dos súbditos extranjeros y esa forma es válida para la Ley personal de *cualquiera* de ellos, el enlace es válido e inscribible para el Derecho español por virtud de lo dispuesto en el artículo 50 del Código. Debe notarse, no obstante, que la inscripción de estos matrimonios, obligatoria conforme al artículo 15 de la Ley del Registro Civil, requiere la comprobación prevista en el artículo 65 del Código civil, que hoy supone la necesidad de tramitar el expediente a que se refieren los artículos 73 de la Ley del Registro Civil y 249 de su Reglamento”.

Actualmente en España, sólo tienen eficacia civil los matrimonios inscritos, celebrados en forma civil o canónica. Ya que ésta última es la única reconocida por el Estado a través del Art. VI y del Protocolo Final del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano y ratificado el 4 de diciembre del mismo año (“BOE” núm. 300, de 15 de diciembre). Por tanto, para que pueda dotarse de eficacia civil a un matrimonio religioso judío, es necesario aparte de que la confesión esté inscrita en el Registro de Entidades Religiosas (Art. 5º de la L.O.L.R. y R.D. 142/1981, de 9 de enero), y que la Comisión Asesora de Libertad Religiosa (R.D. 1980/1981, de 19 de junio) emita dictámen sobre su “notorio arraigo en España” (requisitos resueltos positivamente), *que se apruebe el Acuerdo*. Fase en la que nos encontramos y que hasta no ser superada, resultarán ineficaces jurídicamente los matrimonios judíos celebrados en España (2).

Ante la proximidad de la aprobación del Acuerdo, hemos creído oportuno hacer un breve estudio del matrimonio judío y sus peculiaridades, confrontándolas con las que ofrecen las dos formas vigentes en España: la civil y la canónica.

---

(2) Especifico lo de “matrimonios judíos celebrados en España”, para que no exista confusión con los celebrados por ejemplo en Israel, país donde, como ya es sabido, sólo se reconocen los matrimonios religiosos.

### III. MATRIMONIO JUDIO

Según Mielziner (3) el matrimonio judío puede definirse de la siguiente manera:

- “1° El matrimonio hebreo es una institución divina que tiene por objeto la felicidad;
- 2° El hombre y la mujer forman el complemento necesario el uno del otro;
- 3° Ellos no son más que un todo;
- 4° La mujer no es esclava del hombre sino su igual en dignidad;
- 5° El matrimonio no puede romperse”.

Para que el matrimonio judío sea válido, es necesario concurren cuatro condiciones: 1) Ausencia de impedimentos; 2) Mayoría de edad núbil; 3) Consentimiento matrimonial; 4) Observancia de ciertas formalidades. Condiciones que aparentemente pueden parecerse iguales a las requeridas para el matrimonio canónico y civil, pero que cuando se estudian se observa son distintas.

### IV. IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Los impedimentos matrimoniales hay que deducirlos de la relación de matrimonios prohibidos o ilegales. Y resulta bastante confuso. Hay que distinguir entre impedimentos dirimentes, que conllevan la nulidad, e impedimentos impeditivos. Estos últimos no anulan el matrimonio, pero los cónyuges afectados por estos impedimentos tienen el *deber religioso* de disolver su unión a través del divorcio. Esta distinción en nuestro sistema matrimonial actual resulta anacrónica, pues el C. civil tras la reforma de 1981 sólo contempla los impedimentos dirimentes. Y el nuevo CIC de 1983 también ha suprimido la denominación de impedimentos impeditivos.

Las fuentes del Derecho hebreo moderno hay que buscarlas en la antigüedad, y como afirma R. Navarro Valls (4), este Derecho “sólo es comprensible teniendo en cuenta las tradiciones escritas judías, contenidas de forma dispersa en los libros del Antiguo Testamento y sistemáti-

---

(3) M. Mielziner, *The jewish Law of marriage and divorce*, cit. por M. Goldstein, *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*, Buenos Aires, 1947, pág. 249.

(4) Vid. R. Navarro Valls, “El matrimonio”, en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona 1983, EUNSA, págs. 473-474.

camente en la *Mischna* (ley oral tradicional de Israel, que completa la ley escrita contenida en el Antiguo Testamento), y en el *Talmud* (Código universal del pueblo hebreo, que contiene la enseñanza de los maestros rabinos judíos, interpretativa de la ley oral). A estas fuentes hay que sumar la extensa literatura rabínica que intenta ahondar en el sentido más profundo de las leyes hebreas (*Midrash*), revelando la específica filosofía jurídica contenida en los imperativos religiosos, aunque no sea estrictamente legislación”.

### A. *Impedimentos dirimentes*

#### I. Impedimentos de parentesco

##### a) Consanguinidad

Sólo las prohibiciones enumeradas en la Biblia —a diferencia de aquéllas impuestas por el Derecho hebreo postbíblico— comportan la nulidad. Es nulo el matrimonio con:

- en línea ascendente: la madre.
- en línea descendente: la hija, la nieta.
- en línea colateral: la hermana o media hermana, la hermana del padre y la hermana de la madre.

El matrimonio entre sobrina y tío es lícito.

##### b) Afinidad

Queda prohibido el matrimonio entre afines:

- Por el hecho de su propio matrimonio con:
  - la madre de la mujer,
  - la hija de la mujer,
  - la nieta de la mujer,
  - y la hermana de la mujer (mientras viva la mujer divorciada).
- Por el hecho del matrimonio de un pariente con:
  - la mujer del padre (madrastra),
  - la mujer del hermano del padre,
  - la mujer del hijo,
  - la mujer del hermano (salvo en caso de levirato).

##### c) *Levirato*

Es un caso particular, que lo estudiaremos entre los impedimentos impiedentes.

## 2. Impedimento de mixta religión

En Derecho Hebreo el matrimonio sólo es posible entre judíos. (No hay matrimonio civil en Israel). Este es un impedimento dirimente que afecta a ambos sexos y que proviene del Deuteronomio 7, 1-4 (5). Se entiende por matrimonio mixto en el judaísmo, el contraído por un hebreo con persona no hebrea y que no profesa la religión judía (gentiles).

Es un impedimento que también se mantiene en la legislación canónica. Nació para proteger la religión, tradiciones y bienes del pueblo judío, pero ha ido perdiendo fuerza a través de los tiempos debido a los cambios sociológicos, culturales y confesionales operados en los distintos países donde residen los judíos en diáspora. Como exponente de este cambio de mentalidad operado, tenemos la decisión adoptada en 1963 por la Asamblea Rabínica Conservadora, que permite continuar siendo miembros de la Sinagoga a las personas que hayan contraído matrimonios mixtos, cosa impensable antaño (6).

## 3. Impedimento de vínculo (poliándria)

Una *mujer* no puede contraer matrimonio con varios hombres simultáneamente (7). Es un impedimento dirimente que sólo desaparece con la muerte de cualquiera de los dos consortes, o con el divorcio a través del libelo de repudio otorgado por el marido a la mujer.

Es curioso que este impedimento sólo afecte con carácter dirimente a las mujeres, y con carácter impediante a los varones. Distinciones que lógicamente no concuerdan con nuestra legislación civil y canónica.

---

(5) *Deuteronomio* 7,1-4: "Cuando Yahveh, tu Dios, te haya introducido en el país... y haya arrojado delante de tí a numerosas naciones: al hitita, al girgaseo, al amorreo, al cananeo, al perezeo, al hiwweo y al yebuseo, siete naciones más numerosas y poderosas que tú... no emparentarás con ella tu hija a su hijo ni tomarás para tu hijo a su hija, porque apartaría a tu hijo de seguirme y serviría a otros dioses de suerte que la ira de Yahveh se encendería contra vosotros y pronto os aniquilaría". La traducción es de F. Cantera Burgos y M. Iglesias Gonzalez, *Sagrada Biblia. Versión crítica sobre los textos hebreo, arameo y griego*, Madrid, 1979.

(6) Vid. R. Fabris, *I matrimoni misti tra ebrei e cristiani*, en el vol. "*Matrimoni interconfessionali e comunità cristiana*", dirigido por G. y M. Marcheselli, Roma 1973, pág. 243.

(7) Para un estudio más detallado, vid. J.A. de Jorge Garcia-Reyes, *El matrimonio religioso acatólico. Regulación jurídico-confesional*, vol. I, Madrid 1984, (Tesis inédita), págs. 76 a 79.

#### 4. Impedimento de impotencia

Como la finalidad del matrimonio es la procreación, los varones y mujeres que no pudieran cumplir con ella, estaban impedidos para contraerlo. Equiparándose la esterilidad de la mujer a la impotencia del varón a efectos de impedimento (8).

El impedimento de impotencia es un impedimento que actualmente sólo pervive en los ordenamientos confesionales (canónico y judío) debido a la propia concepción del matrimonio que tiene como uno de sus fines primarios la generación de la prole. La diferencia entre ambas legislaciones radica en que la judía equipara la esterilidad a la impotencia, mientras que la canónica no.

#### B. *Impedimentos impeditos*

##### 1. Impedimentos de parentesco

Las prohibiciones postbíblicas son las que constituyen impedimentos impeditos, a diferencia de las bíblicas que son los dirimentes. El matrimonio celebrado con una persona afectada por algún grado de parentesco prohibido por el Derecho hebreo *postbíblico* no es nulo, pero como ya advertimos, pesa sobre los esposos el deber religioso de disolver este vínculo a través del divorcio.

##### a) Consanguinidad

###### Prohibiciones Talmúdicas:

En línea recta está prohibido el matrimonio:

- con la abuela y,
- con la nieta del hijo o de la hija.

En línea colateral:

- con la hermana del abuelo o,
- con la hermana de la abuela.

---

(8) Cfr. *Deuteronomio* 23, 1 ss. *Yevamot* (Tratado Talmúdico) 25-a; 6-5; 8-4; 8-5; M. Goldstein, *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*, Buenos Aires 1947, pág. 268. A. Diez Macho, *La sexualidad en la Biblia*, Madrid 1978, págs. 271-272. G. Praeder, *El matrimonio nel mondo*, Pádova 1970, pág. 308. R. Navarro Valls, *El matrimonio*, en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona 1980, pág. 476.



## b) Afinidad

Prohibiciones Talmúdicas: La prohibición puede existir:

- Por el hecho de su propio matrimonio:
  - con la abuela de la mujer y,
  - con la suegra de la mujer.
- Por el hecho del matrimonio de un pariente:
  - con la madrastra del padre o de la madre,
  - con la mujer del hermano de la madre,
  - con la mujer del hermano uterino del padre,
  - con la mujer del nieto o biznieto (9).

## c) Levirato

Según el impedimento resultante de la institución del levirato: la mujer, cuyo marido ha muerto, sin dejar descendencia, no puede contraer nuevas nupcias hasta no haber recibido del hermano del difunto la "Halizah" (acto de renuncia al levirato).

El leverato consiste en la prohibición contenida en el Libro del Deuteronomio 25, 5-10 (10) de que la viuda contraiga nuevo matrimonio con persona distinta al "levir" o cuñado. Es un impedimento impediendo que, en la época bíblica, talmúdica y postalmúdica, tuvo mucha trascendencia, pero que actualmente, tras una norma del jefe del Rabinato del Estado de Israel de 1950, ha quedado prácticamente en desuso. Ya que esta forma prohibía su práctica y hacía obligatoria la "halizah" para los

(9) Cfr. J. England, *Legislation Comparée: Israël*, "Juris-Classeur. Droit comparé", 5, 1960, pág. 5.

(10) *Deuteronomio* 25, 5-10: "Cuando unos hermanos vivan juntos y uno de ellos muera sin tener un hijo, la mujer del difunto ("yevamah") no habrá de casarse fuera con un hombre extraño; su cuñado ("yavam", levir) se llegará a ella, la tomará por esposa y cumplirá con ella la ley del levirato. El primogénito que ella dé a luz llevará el nombre del hermano difunto para que su nombre no sea borrado de Israel. Pero si el hombre no le agrada tomar a su cuñada, ésta subirá a la puerta, adonde los ancianos, y dirá: 'mi cuñado se niega a perpetuar el nombre de su hermano en Israel; no quiere cumplirme la ley del levirato'. Entonces los ancianos de aquella ciudad le citarán para interpelarle. Si se presenta y dice: ¡no me place tomarla (por esposa)!, su cuñada se acercará a él en presencia de los ancianos, le quitará la sandalia de su pie y le escupirá a la cara y tomando la palabra, dirá: ¡Así se hace con el hombre que no quiere edificar la casa de su hermano!. Y se apodará en Israel "familia del descalzado". Traducción de F. Cantera Burgos y M. Iglesias González, *Sagrada Biblia. Versión crítica sobre los textos hebreo, arameo y griego*, Madrid 1979.

judíos de Israel (11).

Esta institución, que no tiene homólogo en nuestra legislación canónica, ni civil, prescribe que el matrimonio, o la "halizah", sólo deben realizarse después de tres meses de la muerte del hermano. La "halizah" es una ceremonia celebrada según los ritos establecidos en el Deuteronomio 25, 10 y sólo es obligatoria cuando el levir, pudiendo en principio contraer matrimonio con su cuñada, se niega a ello (12).

## 2. Impedimentos de orden político y social

### a) Adulterio

El adulterio como impedimento impediendo sólo hace referencia a la *mujer* casada, no al hombre. E impide a la mujer que lo ha cometido que continúe con su marido (éste debe repudiarla, no puede perdonarla). Es un impedimento que prohíbe a la mujer adúltera que contraiga nuevas nupcias con el amante, incluso después de disuelto su matrimonio por muerte del marido o por divorcio (13).

Este impedimento guarda cierta similitud con el impedimento canónico de crimen del cán. 1075 del CIC de 1917, que en su primera figura "adulterio con promesa de matrimonio" contempla un caso similar, sólo que aplicable a ambos sexos. Tras la reforma de 1983, esta figura ha desaparecido. Al igual que la del párf. 7º del art. 84 del antiguo C. civ., tras la reforma del 81.

### b) Nuevas nupcias de la mujer divorciada

Un hombre no debe volver a tomar como esposa la mujer de la que se ha divorciado, si después de haber sido la esposa de otro, vuelve a estar libre porque ha muerto su segundo marido, o porque le ha otorgado el divorcio. Esta prohibición, privativa del matrimonio judío, es como una protección al ser humano, ya que según reza el dicho popular: "el hombre, es el único animal que tropieza dos veces en la misma piedra".

(11) Para un mayor conocimiento de esta institución, cfr. J.A. de Jorge García-Reyes, *El matrimonio religioso... ob. cit.*, págs. 71 a 76. M. Elon, *Levirate marriage and halizah*, en "Encyclopaedia Judaica", vol. XI, cols. 122 a 129.

(12) Cfr. L.I. Rabinowitz, *The ceremony of halizah*, en "Encyclopaedia Judaica", vol. XI, col. 130.

(13) Cfr. A. Díez Macho, *Indisolubilidad del matrimonio y divorcio en la Biblia*, Madrid 1978, págs. 37 a 41. Y en el mismo vol. "La sexualidad en la Biblia", págs. 282 a 288.

### c) Filiación adulterina o incestuosa: "Mamzer"

Este impedimento consiste en la prohibición para el judío, o judía, de casar con un "mamzer", o persona fruto de una unión incestuosa, o adulterina. Es un impedimento que difícilmente podemos casar con nuestra legislación, sobre todo a partir de la reforma de 1981, que a efectos de filiación equipara a todos los hijos, tanto si son matrimoniales como extramatrimoniales.

### d) Plazos de espera

En la legislación judía todavía restan plazos de espera para poder contraer nuevo matrimonio que nos recuerdan a nuestra antigua legislación civil, cuando en el párf. 2º del art. 45 impedía a la viuda, o a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, contraer otro antes de los 301 días siguientes al óbito o a la separación legal, y si hubiese quedado encinta antes del alumbramiento.

Según la Ley Mosaica (14), la mujer viuda o repudiada, para evitar confusiones sobre la posible paternidad futura, no puede contraer nuevo matrimonio, antes de transcurridos *90 días* desde que falleció el marido, o recibió el libelo de repudio (15). Si la viuda o repudiada estaba embarazada, debe esperar el alumbramiento y, si cría personalmente al hijo, al destete.

Los plazos se reducen en el supuesto de que quién desee contraer nuevo matrimonio sea un viudo, pues entonces sólo deberá aguardar a que hayan transcurrido tres fiestas solemnes. Y si el fallecido era un pariente cercano, ambos deberán esperar un mes.

### e) Poligamia

La poligamia o poliginia fue prohibida para todos los judíos residentes en Israel por un Decreto del Sínodo de Rabinos en 1950. Hasta aquella fecha aún continuaban practicándola algunos judíos orientales, si bien las comunidades judías europeas desde el Sínodo de Worms en el S. XI la habían desterrado de sus costumbres al haber aceptado el "he-rem de - R. Gershom" que se oponía a la bigamia. El legislador, por

---

(14) Vigente en la actualidad, aunque en la práctica su observancia sufra algunas veces ciertas alteraciones.

(15) Vid. A.L. Grajevsky, *De quelques réformes des droits de la femme juive a travers des âges*, en "Revue Internationale de Droit comparé", 15 (1963), pág. 59.

su parte, también intervino al reprimir penalmente la bigamia y establecer en el art. 2 de la Ley modificadora del Código Penal de 1959 (16), que la bigamia es un delito punible con cinco años de prisión.

Si un varón contrae segundo matrimonio subsistiendo el primero, este segundo matrimonio será válido por ser un impedimento impedierte, aunque se obligará a las partes a divorciarse según normativa aprobada en la Conferencia Rabínica de 1950 celebrada en Israel. Y sólo en casos excepcionales, aprobados por un Tribunal rabínico, se aceptará la bigamia, como por ejemplo si el marido no puede divorciarse de su primera mujer alienada y se compromete a cuidarla y mantenerla (17). Este impedimento concuerda con el nuestro del vínculo, con la salvedad de que es indispensable en ambas legislaciones.

#### f) Fallecimiento presunto

Inicialmente este impedimento sólo afectaba a las mujeres, ya que se admitía la poliginia, pero no la poliandria. Si el primer marido presuntamente fallecido reaparecía, la mujer tenía que abandonar a su nuevo cónyuge y ser repudiada por ambos maridos. Aunque este repudio por diversas circunstancias podía quedar en suspenso (18).

#### g) Sacerdocio (Cohenne)

Es un impedimento relativo, no absoluto, como ocurre por ejemplo con la legislación canónica (19); y ésto significa que los sacerdotes ("cohanimme") pueden contraer matrimonio, pero únicamente con mujeres acreedoras de las cualidades de pureza y santidad que las hagan dignas compañeras de ellos.

En este impedimento, vigente actualmente, hay que distinguir dos supuestos:

— el de los *sacerdotes en general* (20), que les impide contraer con

(16) El art. 2 de la Ley de 1959 reemplaza al antiguo art. 181 del Código Penal.

(17) Vid. J. Englard, *Israel... ob. cit.*, pág. 5.- J.A. de Jorge Garcia-Reyes, *El matrimonio religioso... ob. cit.*, págs. 87 a 92.

(18) Cfr. A.L. Grajevsky, *Le mariage et le divorce en Israël*, en "Revue Internationale du Droit comparé", 10 (1958), pág. 572.

(19) La legislación civil, de acuerdo con la nueva concepción *aconfesional* del Estado impuesta por la Constitución de 1978, ha suprimido dicho impedimento.

(20) *Levítico* 21,7: "No tomarán por esposa mujer prostituta, ni deshonrada, ni tampoco han de tomar una mujer repudiada de su marido, pues (el sacerdote) está consagrado a su Dios". Traducción de F. Cantera Burgos y M. Iglesias González, *Sagrada Biblia... ob. cit.*

mujeres repudiadas y prostitutas, entendiendo por tal no sólo a las mujeres de mala vida, sino también a las que no son judías por nacimiento;

- y el del *Sumo Sacerdote*, que añade a las anteriores prohibiciones otra más, la imposibilidad de contraer con una viuda, y por tanto de cumplir con el matrimonio levirático (21).

## V. EDAD NUBIL

No alcanzar la edad núbil aunque constituye un impedimento dirimente, nosotros lo estudiamos aparte por su transcendencia, no en vano la *mayoría de edad núbil* es la segunda condición requerida para que el matrimonio judío sea válido.

La Ley Mosáica fija la mayoría de edad para contraer matrimonio a los trece años y un día para el hombre y a los doce años y medio y un día para la mujer. Pero, según la "Ley sobre edad matrimonial" de 1950, deben impedirse los matrimonios celebrados con muchachas menores de diecisiete años (22). La edad conveniente para el varón es de dieciocho años (23). Edades que oscilan entre las vigentes en nuestro sistema matrimonial: los dieciocho años del C.civ., y los catorce y dieciseis respectivamente para la mujer y el varón, en el CIC.

Para que un matrimonio judío sea válido se precisa el consentimiento matrimonial de la mujer mayor de edad. El matrimonio de *una menor* sólo es *válido* en dos casos: 1) Matrimonio de *una menor contraído por sí misma*: Sólo es válido si el padre ha muerto, pues, si vive, el matrimonio es inválido porque necesita su consentimiento. 2) Matrimonio de *una menor contraído por sus padres*: Es válido porque el padre puede entregar a su hija menor en matrimonio. No ocurre igual con los hijos varones, que reciben distinto tratamiento. Su matrimonio sería válido. Nadie puede realizar un contrato matrimonial en su nombre.

Tras el matrimonio de una menor en estas circunstancias, ésta re-

(21) *Levítico* 21,14: "... a éstas (las viudas) no tomará, sino que una doncella de su propio pueblo tomará por esposa". Traducción F. Cantera Burgos y M. Iglesias González, *Sagrada Biblia... ob. cit.*

(22) Vid. Ley 5710/1950 de 8 agosto (modificada el 31 de julio de 1960 por Ley 5720).

(23) Cfr. R. Navarro Valls, *El matrimonio*, en *Derecho... ob. cit.*, (1983), pág. 474.

sulta emancipada,

- deja de estar bajo la tutela paterna,
- es mujer casada con todos sus efectos,
- es ella la que recibe el libelo de repudio en caso de divorcio,
- y su padre, aunque ella continúe siendo menor de edad, si está divorciada o viuda, ya no podrá concertarle nuevo matrimonio (24).

Conforme a la Ley 5720/1960 de 31 de julio, es delito que la mujer contraiga matrimonio antes de *los diecisiete años*, a no ser que tenga *permiso del Tribunal* correspondiente, sea mayor de *dieciseis años*, concurren *circunstancias especiales* que lo justifiquen, o ella haya tenido algún *hijo*, o esté *embarazada* del futuro marido. La pena por este delito es la privación de libertad, o la imposición de una multa, pero no la nulidad del matrimonio.

## VI. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

El libre consentimiento de los cónyuges es suficiente. En el matrimonio judío, al igual que en el civil y canónico, no puede prestar consentimiento matrimonial válido la persona que no esté en posesión de sus facultades psíquicas porque sufra *trastorno mental*, o *porque sea menor*. Según sea el grado de lucidez el matrimonio será válido o inválido, así (25):

- Matrimonio con un deficiente mental absoluto: es inválido.
- Matrimonio con un débil mental que conoce lo que hace: es válido.
- Matrimonio en un intervalo lúcido (matr. dudoso): Las partes necesitan el divorcio o libelo de repudio para poder contraer otro matrimonio.
- Matrimonio con un sordomudo: es válido.

### 1. Error

El consentimiento se considera viciado cuando se ha ejercido violencia sobre alguno de los cónyuges, o cuando hay error sobre la perso-

(24) Cfr. B. Z. Schereschewsky, *Child marriage*, en "Encyclopaedia Judaica", Jerusalem-Israel, 1971, vol. V, cols. 423-426; y del mismo autor, *Marriage. Legal aspects*, en "Encyclopaedia J...", ob. cit., vol. XI, cols. 1049-1051.

(25) Vid. B.Z. Schereschewsky, *Marriage... ob. cit.*, col. 1050. J.A. de Jorge García-Reyes, *El matrimonio... ob. cit.*, pág. 33.

na (26). Sobre ésta última aseveración hay opiniones encontradas. Así, mientras J. Englard, o F. Raccah (27) afirman la existencia de consentimiento viciado si hay error sobre la persona (28), J. A. de Jorge García-Reyes, o M. Goldstein (29) por el contrario lo niegan. Según ellos, el error sólo es causa de nulidad por vicio del consentimiento cuando se contrae matrimonio con *personas impedidas* para casarse, pero *no* lo es cuando el error recae sobre la persona física, o sobre la condición social de los esposos.

## 2. Violencia

Tanto la legislación civil (art. 73 párf. 5º) como la canónica (Cán. 1103) aceptan la violencia como causa de nulidad, pero sin hacer distinción de sexo al respecto, por el contrario la judía sí. Así, según ésta, la violencia ejercida sobre el *varón* para obtener su consentimiento *no* anula el matrimonio, porque el marido siempre podrá ejercer el repudio. Mientras que la ejercida sobre la mujer, aunque sea por sus parientes, *sí*, ya que la Ley judía para el matrimonio de la mujer mayor exige su consentimiento voluntario (30).

## 3. Simulación

A diferencia de lo que sucede con la simulación canónica o civil, que tienen relevancia jurídica si consiguen probarse, especialmente la canónica, en el matrimonio judío no sucede así. Y esto es debido a que si una persona hace una declaración de matrimonio, o divorcio, *no puede retractarse*. Porque la declaración realizada por el varón hace entrar a la mujer en un nuevo "status". La *declaración* es el *elemento esencial* que *crea el estado matrimonial*, por lo que una vez emitida, este "status" que se ha creado no puede ser revocado, o modificado (31).

## 4. Condición

(26) Vid. J. Englard, *Israël... ob. cit.*, pág. 6.

(27) Cfr. F. Raccah, *Mariages et divorces des pays d'Orient*, París 1926, pág. 24.

(28) Semejante a lo que sucede en las legislaciones civil (art. 73, párf. 4º) y canónica (Cán. 1096), que consideran el matrimonio nulo por carencia de consentimiento.

(29) Cfr. M. Goldstein, *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*, Buenos Aires 1947, pág. 260.

(30) Cfr. R. K. Kahana, *The theory of marriage in Jewish Law*, Leiden 1966, págs. 43 a 46.

(31) Vid. J. A. de Jorge García-Reyes, *El matrimonio... ob. cit.*, págs. 34 a 36. R. K. Kahana, *The theory... ob. cit.*, págs. 46 a 61.

El consentimiento condicionado aunque antaño se permitió (32), hoy está prohibido; a diferencia de la legislación canónica que acepta el matrimonio contraído bajo condición de pasado o presente (Cán. 1102, párf. 2º). Para el Código civil la condición es irrelevante. Según el art. 45 "... se tendrá por no puesta".

## VII. FORMAS DEL MATRIMONIO

En el matrimonio judío, *la forma*, al igual que sucede en el matrimonio civil y canónico, es un elemento necesario. En el matrimonio judío, según J.A. de Jorge García Reyes, se pueden distinguir tres momentos (33): el "Shidduqin", el "Kiddushin", o "erusin", y el "Nissu'in".

### 1. "Shidduqin"

El "shidduqin" es la promesa de contraer futuro matrimonio. Es un acto puramente civil, sin ingerencias religiosas.

### 2. "Kiddushin" o "erusin"

Es una unión sagrada en la que las partes se consideran formalmente marido y mujer, aunque en principio no puedan convivir maritalmente. Están obligados a guardarse fidelidad. Esta unión sólo puede quebrarse por la muerte o por un libelo de repudio.

En el "Kiddushin" intervienen la Religión y la Ley. En hebreo "Kiddushin" significa "santificación" o "consagración", por la que el esposo santifica o consagra en exclusividad a la esposa, quedando vedada al resto de los hombres a partir de este momento.

El derecho judío conoce tres formas de adquisición simbólica de la mujer por el marido: a) La "Kesef", o entrega a la mujer de un objeto de valor (dinero, o sortija). b) La "shetar", o entrega de un escrito, y c) La "biáh", o cohabitación sexual (cópula).

(32) Conforme un estatuto comunal de la España medieval (s. XI), quién contraía matrimonio con una virgen de esa ciudad debía declarar previamente que ese matrimonio era condicional, y que si él se ausentaba por un año entero, el matrimonio sería anulado, pudiendo la esposa contraer nuevas nupcias sin necesidad del libelo de repudio. Cfr. A. Neuman, *The Jews in Spain*, Philadelphia 1944, T.2, pág. 50.

(33) Vid. J. A. de Jorge García-Reyes, *El matrimonio... ob. cit.*, págs. 37 a 64.



En los tres casos se exigía: que el esposo pronunciase la fórmula del desposorio; la presencia de dos testigos; y el consentimiento de los esposos, o del padre de la novia, si ésta era menor de doce años y medio.

Actualmente sólo se utiliza la primera forma, el "*Kiddushei Kesef*" o matrimonio contraído por dinero. El novio acompañado de dos testigos entrega a su futura esposa una cantidad de dinero, o su equivalente en un regalo (sortija), y le recita la siguiente fórmula: "Mira, tu estás consagrada a mí por este anillo (o dinero, ...), según la Ley de Moisés y de Israel" (34).

La entrega del "Kesef" significa la consagración de la mujer exclusivamente para el marido, y su aceptación por ella (del "kesef") simboliza su consentimiento al matrimonio. El "Kesef" debe pertenecer al novio, no puede ser de la novia, ni prestado por ella. Actualmente se exige la presencia de un rabino para dar solemnidad y publicidad al acto matrimonial.

Antaño el "Kiddushin" solía durar un año, en el cual el marido podía tener acceso a otras mujeres sino estaban casadas o desposadas, mientras que la mujer nunca. Si ésta hubiese incumplido su deber de fidelidad, se la hubiese castigado con la pena de muerte por adúltera (35).

### 3. "Nissu'in"

Es cuando los esposos reciben el "status de casados" con todas sus consecuencias legales. El "Nissu'in" tanto se puede identificar con la entrega completa de sus cuerpos, como con la entrega de la "Ketubbah" o documento escrito en el que consta el contrato matrimonial con la relación de todos los derechos y obligaciones de los cónyuges (36).

#### A) *Las obligaciones esenciales del marido son:*

a) Deber conyugal: El marido debe consumir el matrimonio y se-

(34) "Kiddushin" 2 a, 5 b. (Tratado Talmúdico).

(35) Vid. R. de Vaux, *Les institutions de l'Ancien Testament*, I, Paris 1958, págs. 62 y ss. A. Díez Macho, *Indisolubilidad del matrimonio...* ob. cit., págs. 129 a 132.

(36) Vid. A. Neuman, *The Jews...* ob. cit., T. 2, págs. 42 a 46. M. Goldstein, *Derecho Hebreo...* ob. cit., págs. 257 a 259. B. Z. Schereschewsky, *Husband and Wife*, en "Encyclopaedia Jud..." ob. cit., vol. VIII, cols. 1.120 a 1.128. Del mismo autor, *Ketubbah*, en "Encyclop. J..." ob. cit., vol. X, cols. 926 a 929. E. Weill, *La femme juive. Sa condition légale d'après la Bible et le Talmud*, Paris 1874, págs. 27 a 45.

guir cumpliendo con el débito conyugal.

b) Mantenimiento de la mujer: El marido debe proveer a la alimentación, sustento, vestido, alojamiento, curación y rescate (si cayese cautiva) de su mujer, según sus medios y posibilidades.

La mujer perderá estos derechos si abandona, sin causa legal, el domicilio conyugal. También lo perderá siempre que se niegue a aceptar el libelo de repudio cuando la decisión del divorcio haya sido adoptada por un tribunal.

La mujer debe ser mantenida mientras dure el matrimonio. Y el marido también tendrá que encargarse de su sustento después de que él muera, así como del derecho a continuar viviendo en su casa mientras permanezca viuda.

c) Gastos de entierro: Tiene la obligación de sufragar los gastos de inhumación de su mujer y erigirle un monumento funerario.

d) Mantenimiento de los hijos: Corresponde al marido proveer que después de su muerte, si deja hijas célibes menores de edad, se las mantenga con su herencia. A los hijos varones ha de dejarles la herencia exclusiva sobre el derecho de viudedad de su madre, sin perjuicio de los derechos que ellos puedan tener, en concurrencia con los hijos de otro matrimonio, a la sucesión paterna.

#### B) *Las obligaciones de la mujer son:*

a) Vivir en el domicilio conyugal. La mujer ha de seguir al marido a su domicilio, o al lugar que él elija. Existen dos excepciones a esta regla:

— Si durante la celebración del matrimonio la mujer ha estipulado que el domicilio conyugal será otro, o que el marido no cambiará el domicilio sin su consentimiento.

— O si la mujer alega razones de salud, conveniencia, o dificultades de cualquier género (37).

b) Atender al hogar. La mujer debe ocuparse de su hogar, no permanecer ociosa.

---

(37) Existe otra excepción, pero ésta de carácter particular (del Derecho de Israel), por la que la mujer puede negarse a seguir al marido, y es si éste quiere abandonar Palestina. Vid. J. Englard, *Israel... ob. cit.*, pág. 6.

### C) *Derechos del marido sobre los bienes de la mujer*

El derecho judío, en esta materia, ha sufrido profundas modificaciones tras la Ley israelita de 1951 sobre la igualdad de derechos de la mujer (38). Conforme al Art. 2 de esta Ley: "La mujer casada tiene plena capacidad sobre sus bienes y puede realizar sobre los mismos todos los actos jurídicos como si fuese soltera. Los bienes que ella haya adquirido antes del matrimonio no se verán afectados por su nuevo estado". La jurisprudencia ha interpretado este artículo como una abolición al derecho de usufructo que antes poseía el marido sobre los bienes parafernales.

Vemos, por tanto, que actualmente el único régimen económico posible existente en el Derecho israelí es el de separación de bienes, el mismo que rige en Cataluña. Pero por otra parte parece que el derecho del marido a todo lo que la mujer perciba por su trabajo persiste. Aunque la mujer puede, según el Derecho judío, elegir quedarse con los emolumentos de su trabajo, *siempre y cuando renuncie al derecho a ser mantenida*.

Todos estos derechos y obligaciones de las partes, nacen de la Ley, pudiéndose hacer estipulaciones únicamente en los concernientes a los asuntos económicos o monetarios ("mamon"). Por tanto, los derechos que no sean económicos, no son renunciables. Ni tampoco lo es el deber de dar la "*Ketubbah*" básica o principal (= derecho de viudedad), pues la esposa que vive sin ella se la equipara a una prostituta (39).

#### 4. Ritual

En la época talmúdica la ceremonia se dividía en dos partes: el "Kid-dushin" (esponsales) y el "Nissu'in" (matrimonio). Ambas partes en el matrimonio de vírgenes solían estar separadas por el plazo de un año, tiempo suficiente para preparar el ajuar.

Actualmente estos dos momentos están unificados en una ceremonia, cuyo ritual arranca de la Edad Media (S. XI), y que podemos sintetizar en los siguientes actos:

---

(38) Antes de la reforma los derechos del marido eran: 1º.- Beneficiarse del trabajo de su esposa. 2º.- Derecho a los beneficios y hallazgos fortuitos de la mujer. 3º.- Derecho al usufructo de la propiedad de la esposa. 4º.- Derecho a la herencia de la mujer.

(39) "Yadayim": Ishut 12, 8.

- Las partes comunican al rabinato su intención de contraer matrimonio,
- se publica en la sinagoga con el fin de denunciar los posibles impedimentos,
- tras el permiso correspondiente se celebra la ceremonia (40) que consiste, en primer lugar, en el traslado de los esposos en conopeo, la lectura por el rabino de las bendiciones sobre el vino y sobre el desposorio, tras lo cual la pareja toma un sorbo de vino.
- Después el novio coloca un anillo en el dedo de la novia y recita la fórmula del desposorio ("Mira, tu estás consagrada a mí por este anillo según la Ley de Moisés y de Israel"),
- se rompe el vaso de cristal y se lee la "Ketubbah" (Documento escrito en el que consta el contrato matrimonial con la relación de todos los derechos y deberes legales de los esposos),
- siguen las bendiciones sobre el vino y el matrimonio,
- y la pareja bebe por segunda vez de la copa.
- Se precisa la presencia de dos testigos capaces (41), inscribiéndose el matrimonio en los registros religiosos.

En el rito askenazí (judíos del centro de Europa), la ceremonia termina con el encierro de la pareja, significando la consumación del matrimonio.

## VIII. DISOLUCION DEL MATRIMONIO

El matrimonio judío puede disolverse por muerte y por divorcio.

### A. Muerte

La muerte, por ser común en todas las legislaciones, nos limitamos a mencionarla, pasando al estudio del divorcio, que sí resulta una figura singular debido al libelo de repudio.

---

(40) Hasta aquí es prácticamente igual que para la celebración del matrimonio en forma canónica o civil.

(41) Cfr. A. L. Iglesias, *El matrimonio y sus ritos en el judaísmo a través de los tiempos*, en "Estudios Josefinos", 20 (1966), págs. 177 a 216. J. A. de Jorge García-Reyes, *El matrimonio... ob. cit.*, págs. 62 a 64.

## B. *Divorcio*

El divorcio judío se caracteriza por ser un acto jurídico realizado entre los esposos. El tribunal rabínico no puede pronunciar la disolución del matrimonio en virtud de su autoridad, por su sentencia. Para que el divorcio se cumpla es preciso que el marido remita a la mujer el libelo de repudio. Por tanto, la decisión del tribunal no es la que disuelve el vínculo, sino el libelo que el marido entrega a la esposa. Y lo que ha variado actualmente es que este repudio del marido puede ser debido no sólo a su voluntad, sino también a la voluntad de la mujer, obligado por la ley.

La actuación del tribunal se limita a decidir (cuando no hay mutuo acuerdo entre las partes), si una parte puede ser obligada a dar, o a recibir el libelo y en qué términos, así como vigilar si se cumplen los trámites y garantías del divorcio.

El derecho judío, a diferencia del civil y canónico, ignora por completo la separación legal.

El divorcio puede solicitarse por mutuo acuerdo, o unilateralmente.

### a) Divorcio por mutuo acuerdo

El tribunal debe intentar siempre la reconciliación de los cónyuges, para lo cual podrá imponer un plazo de reflexión. Transcurrido el cual, si persisten en su voluntad divorcista, homologará su convenio, tras establecer y cumplir una serie de formalidades. Pero hay que recordar que esta sentencia del tribunal no es la que disolverá el matrimonio, sino el libelo de repudio.

### b) Divorcio unilateral

Divorcio unilateral es el solicitado por una sólo de las partes, y según las causas alegadas podemos distinguir:

#### 1. *Causas que motivan el divorcio obligatorio:*

Según el art. 6 de la Ley sobre jurisdicción de los Tribunales rabínicos de 1953:

- Si el matrimonio se ha celebrado a pesar de la existencia de un impedimento impediante, el divorcio es obligatorio.

- También lo es si la mujer ha sido declarada adúltera, tras el testimonio de dos testigos.

### 2. *Causas de divorcio en interés de la mujer:*

- los vicios redhibitorios (como por ejemplo cuando existe una enfermedad que hace peligrosa la vida en común, o hace imposibles o difíciles las relaciones conyugales),
- impotencia del marido,
- conducta inmoral del marido (relaciones adúlteras),
- negativa a prestar el débito conyugal,
- abandono doloso y prolongado,
- injurias graves y sevicias.

Todas estas circunstancias dan derecho a la mujer a un divorcio obligatorio, pero, a diferencia de lo que sucede con las causas perentorias del epígrafe anterior, en éstas se admite la reconciliación y la renuncia a proseguir o ejercer ese derecho.

### 3. *Causas de divorcio en interés del marido*

Son prácticamente las mismas que las de la mujer, desde que se limitó en el Sínodo de Worms del S. XI, el derecho del hombre a repudiar libremente a su mujer. Desde entonces se requiere voluntad suficiente de ambas partes. Esto significa que el marido debe otorgar el libelo consciente y libremente, y la mujer, en cumplimiento del "herem de -R Gershom", tiene que aceptarlo voluntariamente. El marido no puede repudiar a la mujer en contra de su voluntad, a no ser que ésta sea menor, o sordomuda, o tenga la autorización del tribunal rabínico.

Las causas son: vicios redhibitorios; esterilidad de la mujer durante diez años; conducta de la mujer contraria a la religión o a la moral; negativa al débito conyugal por aversión hacia su marido, o por "espíritu de rebeldía" (42).

#### c) Casos en que el divorcio es imposible

Puesto que el divorcio es un acto jurídico entre los esposos, ambos

---

(42) La distinción es interesante porque de ella dependerá la pérdida o disminución de la "Ketubbah".

deben tener la capacidad psíquica suficiente para llevarlo a término (43). De ahí que si uno de ellos sufre enajenación mental y no puede dar o recibir válidamente el libelo de repudio ("get"), el divorcio será imposible.

Si el marido no puede obtener el divorcio porque la mujer sufre enajenación mental, el Tribunal le autorizará a contraer matrimonio con una segunda esposa (poliginia) a cambio de que se comprometa a seguir manteniendo y cuidando a su esposa enferma.

#### d) Forma solemne del repudio

El divorcio judío o repudio debe hacerse en un *documento solemne* ("get") que el marido entrega a su mujer. En este documento escrito ha de constar claramente la intención de repudiar con plenos efectos.

Tiene que escribirse, firmarse y entregarse en la fecha que se indica en el documento, pues sino podría devenir inválido. Tanto para la entrega del "get" como para su firma se requiere la presencia y constancia de testigos, así como la recitación de fórmulas de entrega del "get" y de despido de la esposa (44).

La esposa tras recibir el libelo suele acudir al tribunal en demanda de certificado acreditativo de la legalidad de su repudio, para evitar posibles dudas futuras y los consiguientes perjuicios.

#### e) Efectos

Siguiendo la síntesis hecha por J.A. de Jorge García-Reyes (45), podemos distinguir entre efectos personales y reales.

1) *Efectos personales*: pérdida del "status de casados".

2) *Efectos reales*:

a') *Para la esposa*: Puede recuperar sus bienes parafernales y tie-

(43) Cfr. R. Navarro Valls, *El matrimonio*, en *Derecho... ob. cit.*, págs. 474-475. A. Zagouri, *Le divorce d'après la Loi Talmudique chez les marocains de confession israélite et les réformes actuelles en la matière*, Tanger 1958, págs. 33 a 38. J. Englard, *Israël... ob. cit.*, pág. 8.

(44) Cfr. A. Zagouri, *Le divorce d'après... ob. cit.*, págs. 33 a 43. B. Z. Schereschewsky, *Divorce. In later Jewish Law*, en "Encyclopaedia Judaica" vol. VI, cols. 125 a 137. J. A. de Jorge García-Reyes, *El matrimonio... ob. cit.*, págs. 101 a 104.

(45) J. A. de Jorge García Reyes, *El matrimonio... ob. cit.*, págs. 107 a 108.

ne derecho a la "Ketubgah" (a no ser que la culpable del divorcio fuese ella) (46).

b') *Para el marido*: Finaliza su obligación de mantener a la esposa. Y respecto a la vivienda, si el domicilio conyugal es propiedad de ambos, la esposa es quién deberá partir. Y si sólo es propiedad de uno, el que carezca de titularidad dominical es quién lo desalojará.

c') *Para los hijos*: Si son menores de seis años, suelen confiarse a la madre, siendo obligación del padre subvenir a los gastos de ambos (madre e hijos).

A partir de los seis años los hijos varones pasan a la tutela o guarda del padre y las hijas continúan con la madre. El padre ha de seguir ocupándose de sus gastos. Y únicamente podrán pasar las hijas a la custodia del padre cuando el Tribunal así lo decida porque lo estime más conveniente.

---

(46) Cfr. B. Z. Schereschewsky, *Divorce... ob. cit.*, col. 134.



# “EL PROCESO FORMATIVO DEL ACTUAL ARTICULO 166 DEL CODIGO CIVIL”

MARIA TERESA MARIN GARCIA DE LEONARDO

*SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. DESENVOLVIMIENTO HISTORICO: 1. Las fuentes romanas e intermedias. 2. Nueva y Novisima Recopilaciones. 3. Las enajenaciones de bienes de menores en la práctica coetánea. III. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR: 1. Proyectos primitivos. 2. El Proyecto de García Goyena. 3. Precedentes normativos: las leyes especiales. IV. LA ORIGINARIA REDACCION DEL PRECEPTO: 1. Trabajos preparatorios. 2. Confluencia normativa: Código Civil y Ley de Enjuiciamiento. V. PROCESO DE REFORMA DE 1981: 1. El Derecho Aragonés. 2. Trabajos preparatorios. 3. Discusión Parlamentaria. VI. RECAPITULACION.*

## 1. INTRODUCCION

La Reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley de 13 Mayo de 1981, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en consonancia con la línea marcada por la Constitución de 1978, ha sido una de las más esperadas por los juristas españoles.

En materia de patria potestad, los códigos decimonónicos se habían quedado desfasados. Téngase en cuenta que la evolución de la realidad social, con nueva concepción de la familia y el cambio producido en los conceptos educativos, tendente a reconocer el papel que desempeña el hijo en la familia, habían producido una disociación entre lo dispuesto en la ley y lo vivido en la práctica cotidiana. De ahí que nuestro Código Civil ya no ofrecía soluciones válidas en la mayoría de los casos. Todo ello ha hecho necesaria la reforma en esta materia. Pero los problemas que plantean las nuevas normas, a pesar de que se acomodan a la reali-

dad social son numerosos. Se ha producido evidentemente un cambio en los principios que inspiran la patria potestad. Y como estos principios ya estaban proclamados en mayor o menor medida fundamentalmente en el Derecho Foral, es necesario, para poder aportar soluciones válidas, realizar un análisis de los precedentes y fuentes de inspiración de la actual normativa. Este es el objeto del presente estudio ya que consideramos que, sólo cuando se ponen de relieve los puntos de partida del legislador, es cuando podemos llegar a una mejor comprensión de las normas.

El artículo 166 del Código civil comprende las limitaciones a los actos de disposición de bienes de los menores sometidos a la patria potestad. Estas limitaciones se establecen, a diferencia del Código civil de 1889, siguiendo la trayectoria marcada por el Derecho histórico, en un afán de superar la distinción bienes muebles-bienes inmuebles con la tradicional infravaloración de los primeros. La Reforma de 1981 ha preferido considerar los bienes de acuerdo con su valor económico, ya sean muebles o inmuebles, sometiendo a la necesidad de autorización judicial toda disposición que suponga una variación importante en el patrimonio del menor. Esta adecuación a la realidad económica, como afirma la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1978, se va a realizar "siguiendo la línea en que ya se había situado alguna Compilación de Derecho Foral".

La reforma del artículo 166 pretende en definitiva evitar un posible perjuicio en el patrimonio del menor. De ahí que las limitaciones impuestas a la facultad de disponer inciden precisamente en los actos que son susceptibles de producir una variación en su patrimonio. El objeto del presente estudio es analizar, desde la perspectiva actual el proceso formativo del artículo 166 con el fin de aportar criterios válidos para la mejor comprensión del mismo. Hay que tener en cuenta que el Código civil de 1889, como seguidamente veremos, se apartó de la trayectoria histórica, que ha sido, sin embargo, recogida posteriormente por la reforma llevada a cabo en 1981 a través del artículo 166 actualmente vigente. De ahí que el análisis de los precedentes y fuentes de inspiración del citado precepto, a la luz de nuestro Derecho histórico, sirva de criterio de interpretación del texto actual.

## II. *DESENVOLVIMIENTO HISTORICO*

### 1. *Las fuentes romanas e intermedias*

Ya en el Derecho Romano se siente la necesidad de regular la enaje-

nación de bienes de menores en el marco de las relaciones entre el "tutor" y el "impuber". En principio, el tutor era libre para enajenar y pignorar las cosas del pupilo (1). Sin embargo esta libertad de gestión del tutor, fue limitada considerablemente, a raíz de un Senado-Consulto emanado de los emperadores Severo y Caracalla en el año 195 d.C. (Oratio Severi), en el que se prohibía al tutor enajenar el fundo rústico y suburbano sin la autorización del magistrado o del príncipe; que no se concedía sino previa petición y por necesidades graves. Como podemos apreciar ya se pone de relieve la necesidad de una determinada autorización a la hora de disponer de los bienes del menor, condicionada a la existencia de unas causas de necesidad, requisitos que han perdurado en la actual configuración del artículo 166 del Código civil.

Posteriormente esta disposición fue notablemente agravada por una Ley de Constantino recogida en el Código de Justiniano (2), dada en el año 326 (15 de Marzo), mediante la cual se extiende la prohibición a todos los fundos, y al oro, plata, perlas, vestidos y demás bienes muebles preciosos y esclavos. La Ley "De administratione tutorum et curatorum et de pecunia pupillari feneranda vel deponenda" es el primer precedente del artículo 166, de suma importancia en la medida en que no sólo exige una autorización, condicionada a la existencia de causas de necesidad, sino que especifica qué tipo de bienes van a estar sujetos a limitaciones a la hora de disponer. Así establece:

22. "Idem Augustus ad populum". "Lex, quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum argentum gemimas vestes ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos balnea borrea atque omnia intra civitates venderent omniaque ad nummos redigerent praeter praedia et mancipia rustica, i multum minorum utilitati adversa est. Praecipimus itaque, ut haec omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere, nisi hac forte necessitate et lege qua rusticum praedium adque mancipium vendere vel pignorarere vel in dotem dare in praeteritum licebat scilicet per inquisitionem iudicis, probationem causae interpositionem decreti, ut fraudi locus non sit".

Como es de notar, el criterio en atención al cual determinados bienes son objeto de limitación a la hora de disponer atiende al valor eco-

---

(1) En este sentido véase Bonfante P., "Corso di Diritto Romano", vol. 1, Milano 1963, pág. 603 y 55.

(2) Ley de Constantino recogida en C.J. 5, 37, 22, en Krueger P. revisión de "Corpus Juris Civilis", vol. 2, Codex Justinianus, 14ª Edición, 1967.

nómico de los bienes, criterio presente no sólo en la redacción del Código civil de 1981, sino también en su reforma llevada a cabo por Ley de 13 de Mayo de 1981. En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1978 para la reforma del Código civil en materia de patria potestad afirmaba: "El precepto relativo a la enajenación de bienes de menores se actualiza teniendo en cuenta la realidad económica...".

Por último, hay que destacar que Constantino dió esta Ley tanto para tutores como para curadores. La razón es lógica, desde la perspectiva de que todas las instituciones de protección del pupilo en el Derecho Justiniano, se extendieron a las relaciones entre el "curator" y el "minor", con lo que la diferenciación entre tutor y curator se convirtió en una diferenciación formal.

La necesidad de limitar las facultades del ejerciente de la patria potestad, en orden a la enajenación de bienes de los hijos, fue advertida también en el Derecho Medieval español y asoma a textos del Fuero Juzgo y de Las Partidas.

El Fuero Juzgo, a diferencia del Derecho Romano, establece una prohibición absoluta de enajenación de los bienes del hijo en los siguientes términos: "Fuero Juzgo Libro IV, Título 2, Ley 13: La madre muerta, los fijos deuen fincar en poder del padre, e deue tener su buena de los fijos, sise non casar con otras. Nas non puede nada vender ende nin enagenar...". En esta línea Las Partidas también van a dar un paso atrás en la medida en que establecen una prohibición absoluta de enajenar. Sin embargo la norma de Las Partidas, absurda y contradictoria, concede la posibilidad de que realizada la enajenación indebidamente, el hijo podrá indemnizarse con los bienes del padre, a cuyo efecto concede al hijo hipoteca tácita en ellos, con la consiguiente inseguridad que esto produce para el comprador de los bienes del padre y del hijo (3). En efecto, la Partida 5<sup>o</sup>, Título XIII, Ley 24 establece: "como quier que tales bienes deuen ser del padre, e puede esquilmar los frutos delllos, con todo eso non los debe enajenar en ninguna manera". Pero más adelante añade: "e si por aventura los enajenase fincarían por ende, obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre...".

Por último, se encuentran en Las Partidas (4), unos preceptos de

(3) Puede verse un comentario a esta norma en García Goyena, F., "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", Tomo 1, Madrid 1851, pág. 169.

(4) En concreto, Partida 3<sup>o</sup> título 18 Ley 60 y Partida 6<sup>o</sup> título 16 Ley 18.

carácter general y absoluto con arreglo a los cuales no pueden enajenarse los bienes raíces de los “menores” sino por los motivos y con las formalidades prevenidas en ellos, a saber, licencia u otorgamiento del juez del lugar, venta por causas de utilidad o necesidad y en pública subasta (5). Esta ley, si bien referida con carácter general a los menores, vuelve a contemplar, al igual que el Derecho Romano, la necesidad de que existan unas causas que justifiquen la enajenación de los bienes de los menores. En este punto Las Partidas son más concretas en la medida en que se exige que existan “causas de utilidad o necesidad”, exigencia que contempla el actual artículo 166 del Código civil.

Las ilegalidades y abusos de que fué objeto esta ley provocó que por Real Orden de 14 de Julio 1854, dictada a consulta del Consejo de Estado, se mandase observar la Ley de Partida (Partida 3 Título 18 Ley 60) condenando la práctica en contrario.

## 2. Nueva y Novísima Recopilaciones

La Nueva Recopilación siguiendo la trayectoria de Las Partidas establece ciertas limitaciones a la facultad de disponer de los bienes del menor, haciendo mención expresa a determinados bienes que por su valor se encuentran sometidos a la necesidad de licencia judicial; criterios actualmente presentes en el artículo 166 del Código civil.

En el Libro 5 Título 11 Ley 22 se establecía que: “Ningún hijo familias que esté debaxo del poder de sus padres, mayor o menor, ni ningún menor, que tenga tutor o curador, sin licencia de los susodichos, no puede comprar, ni tomar, ni sacar en fiado por sí, ni otros en su nombre, plata, ni mercaderías, ni otro ningún género de cosas, ni ningún Plate-ro, ni Mercader, ni otra cualquiera persona se lo pueda vender, ni dar en fiado sin la dicha licencia...” (6).

Posteriormente la Novísima Recopilación (1805) no contiene un precepto expreso en esta materia, si bien podríamos deducir de sus normas la idea que actualmente ha presidido la Ley de Reforma de 13 de Mayo de 1981 de actuación en beneficio e interés del hijo, con su concreción

---

(5) En este sentido puede verse: Sentencia T.S. 11-III-1861 (C.L. n° 73 p. 184); Sentencia T.S. 2 Diciembre 1862 (C.L. n° 298 p. 744); Sentencia T.S. 12 marzo 1864 (C.L. n° 73 p. 193); Sentencia T.S. 3 abril 1868 (C.L. n° 90 p. 295); Sentencia T.S. 16 noviembre 1871 (C.L. n° 349 p. 613).

(6) En este sentido puede verse Sentencia T.S. 9 mayo 18 (C.L. n° 216 p. 103).

en muy variadas normas. En efecto creemos que, en el Libro 10, Título 12, Ley 1<sup>o</sup>, se encuentra una norma cuya finalidad es el beneficio e interés del hijo concretado en la protección de su patrimonio: "Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huerfanos, ó otro hombre o muger qualquier que sea, no puede ni debe comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare; y si la comprare pública o secretamente, pudiendose probar la compra que asi fué hecha, no vala y sea desfecha y torne el quatro tanto de lo que valía lo que compró..."

### *3. Las enajenaciones de bienes de menores en la práctica coetánea*

Analizada la normativa existente antes de iniciarse el proceso codificador, podemos plantearnos cuál era la praxis por la que se regían la venta de bienes de menores. Hasta aquí nos encontramos con que ya se establecen unos determinados requisitos a la hora de la enajenación. Se exige por un lado que existan causas de utilidad o necesidad; es decir, que o bien se intente evitar con la enajenación un perjuicio económico grave para el patrimonio del menor, ámbito sobre el que incide la utilidad; o bien que sea conveniente para la subsistencia del menor que es el titular del bien, esfera sobre la que se proyecta la necesidad. Por otro lado esta limitación se proyectó sobre bienes determinados que, por su valor económico, suponen una parte importante del patrimonio del menor (plata, mercaderías...). Sin embargo, el ámbito de estas limitaciones era más restringido al de la actualidad en la medida en que tan sólo se contempla el supuesto de venta de bienes de menores.

Pedro Melgarejo (7) nos describe las formalidades que se seguían: "Muchas veces se ofrece otorgar escritura de venta de bienes de menores, por no tener cómoda división los que la adjudican, o por otras razones, y para ellas ha lo haver pedimento ante la Justicia; proponiendo la causa, y dada información de utilidad, se mandan sacar al pregón; y pasado el termino del, se hace el remate, y por auto se da licencia para otorgar escritura; y siendo los menores varones mayores de catorce años, y las hembras de doce, entraron con el tutor en la escritura, y no si son de menores edades. Entrando algún menor ha de pedir licencia a su curador porque en otra manera le está prohibido, y han de jurarla. El pedimento, y auto se han de escribir en el sello quarto, y la información

---

(7) Melgarejo Manrique De Lara, P., "Compendio de contratos públicos, autos de particiones, executivos y de residencias con el género de papel sellado que a cada despacho toca", Madrid 1704, págs. 283 y 284.

en el sello segundo y el auto para que anden en pregón, y pregones sello cuarto; y las posturas, pujas y remate, sello tercero y el auto en el que se dé licencia para otorgar la escritura, sello cuarto; pero ya se ha hecho estilo el que haga en el sello cuarto, por ser para registro protocolo, las sacas irán en la escritura". Como podemos apreciar el procedimiento que se seguía estaba basado tanto en las normas de Las Partidas, como de las Recopilaciones.

A continuación, Melgarejo ofrece un formulario para la tramitación del expediente que abarca tanto el "pedimento" como las resoluciones judiciales. El modelo de "pedimento" tiene su interés en la medida en que no existe ningún impedimento para considerarlo válido actualmente, incluso los razonamientos alegados son semejantes a los actuales. El modelo de "pedimento" que se nos brinda es el siguiente: "Fulano, Tutor, y Curador de la persona, y bienes de F. y F. menores, hijos de F. difunto, digo: Que los dichos menores tienen por bienes suyos unas casas de morada en tal parte, linde con casas de F. y F. y por ser de edificio antiguo necesitan de reparos muy considerables, a que no equivale el aprovechamiento de ellas, o por otra razón, y es de muy grande utilidad a los menores que se vendan, y su procedido se emplee en otras cosas de mayor aumento; y para que tenga efecto, a V. md. pido, y suplico mande recibir información de la utilidad, y que las dichas casas se traygan en pregon termino de treinta días; y que al fiado, o al contado, como mas convengan los dichos menores, se admitan posturas, y pujas y se hagan remate".

Posteriormente transcribe el "auto": "Dé el contenido, en nombre de sus menores, la información de utilidad que ofrece, legitimando la persona, y vista, se proveerá. Mandándolo assi su merced F. corregidor en tal día, mes, y año".

Por último, es interesante constatar la "información" de utilidad de la venta de cosas de los menores: "En la Ciudad Villa de tal parte, en tal día, mes y año; el dicho F. para la información que tiene ofrecida, presentó por testigo a F. vecino de tal parte, del qual fue recibido juramento en forma de derecho, y prometió decir verdad; y preguntando por la particion, dixo: Que sabe, que los dichos F. y F. menores tienen por bienes propios suyos unas casas en tal parte, debaxo de tales linderos; y respecto de ser su edificio antiguo, necessita de muchos reparos, de manera, que su aprovechamiento no equivale a ellos: y assi tiene por cierto, que es de muy grande utilidad a los dichos menores el venderlas; y esto dixo ser verdad, so cargo de su juramento. Y lo firmó, y es de tan-

tos años; y declaro, que no le tocan las generales de la ley, que es sabidor, ni trata de comprar las dichas casas”.

### III. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

#### 1. *Proyectos primitivos*

Hasta el siglo XVIII, la tarea que se desarrolló se redujo a una labor de recopilación. Posteriormente, en 1808, los acontecimientos extraordinarios de la invasión francesa en España, la ausencia y cautiverio del rey D. Fernando VII, la reunión de las Cortes verificada más adelante (24 de Septiembre de 1810) y el cambio radical que se operó en la política y en el gobierno, trajeron consigo una gran mudanza en las instituciones y en las leyes y, es entonces, cuando comienza a pensarse en la formación de Códigos al estilo moderno, aunque hasta 1821 no se redactará ningún Proyecto de Código civil. El Proyecto de 1821 es interesante en la medida en que admite que el padre autorice con el sólo consentimiento la renuncia de la herencia. En efecto el artículo 377 establece entre las obligaciones de los padres la de “autorizar, con su consentimiento, los actos que pueden ser beneficiosos a los hijos, como enlaces matrimoniales, admisión o renuncia de herencia u otros semejantes...” (ap. 5)

En este punto el artículo 166 se separa del Proyecto ya que actualmente se exige autorización judicial en cuanto a la repudiación de la herencia. Sin embargo, será años más tarde cuando nos encontramos con limitaciones no sólo en cuanto a los bienes de menores objeto de disposición, sino con respecto a los tipos de actos dispositivos, algunos de los cuales contempla el artículo 166 del Código civil actual. En efecto, el 9 de Mayo de 1833 se nombra a D. José María Cambroner, para que redactara un Código civil español, trabajo que comenzado, no pudo llegar a efecto sorprendido por la muerte. Sus trabajos versaban fundamentalmente sobre materias referidas a tutela, curatela, ausencia y personas morales. En concreto el artículo 73 establecía: “Los tutores y curadores no pueden enajenar los bienes inmuebles, alhajas y demás cosas del pupilo, menor o incapacitado, que aunque sean muebles puedan conservarse, a no proceder aprobación judicial, decretada en vista de una información de la necesidad o grande utilidad de la enajenación”.

El artículo 74 referido a los tipos de actos dispositivos, establecía las limitaciones a la facultad de disponer en los siguientes términos: “No pueden tampoco los tutores y curadores sin la autorización del juez, pro-



ceder a los actos siguientes: 1) Aceptar herencias sin beneficio de inventario, ni repudiarlas. 2) Recibir un legado condicional. 3) Transigir o separarse de un pleito empezado o promover otro nuevo. 4) Imponer capitales a censo o a réditos, ni sacar los que esten impuestos. 5) Dar en arrendamiento por más tiempo que el de 6 años las fincas del pupilo menor o incapacitado”.

Aunque como podemos apreciar se refiere a la tutela y curatela, es interesante destacar, por un lado, los bienes objeto de disposición dentro de los que se encuentran sometidos a la necesidad de aprobación judicial, a la hora de la enajenación, no sólo los inmuebles, bienes que recogerá el Código civil de 1889, sino las alhajas y demás cosas muebles que puedan conservarse. Esta última extensión de la limitación será recogida posteriormente en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.

Por otro lado se habla de distintos tipos de actos dispositivos lo que supone un avance con respecto al Código civil de 1889 pues éste en el artículo 164 no contempló esta amplia gama de tipos de actos dispositivos. Además incluye la repudiación y aceptación de herencia, y la materia relativa al arrendamiento superior a 6 años que posteriormente pasó a la Ley Hipotecaria atribuyendo al arrendamiento, de acuerdo con su artículo 2, ciertos efectos reales a pesar de ser un derecho personal (8). Ello implicará la consideración como acto que excede de la mera administración y sometido por tanto a limitaciones en cuanto a la disposición. Por último hace referencia también a la transacción, sometiéndola al igual que la enajenación a la autorización del juez. Lástima que los trabajos de Cambroner, aunque recogidos posteriormente en el Proyecto de 16 de Noviembre de 1936 no cristalizaran, ya que revisado el Proyecto por una comisión presidida por Nicolás María Garelly no llegó a ser presentado a las Cortes.

Los intentos de contener el Derecho civil en forma de Código continuaron y así aparecieron diferentes Códigos civiles de particulares que más que crear leyes nuevas contienen recopilaciones de leyes vigentes con el fin de que sirvieran de manejo a los juristas (9).

---

(8) El artículo 2 de la Ley Hipotecaria establece en su apartado 5: “En los registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 5) Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo de más de 6 años...”.

(9) Así nos encontramos con el Código de Gorosabel (1842), el Código de Fernández de la Hoz (1843) y de esta misma fecha un Código firmado por F. de P. y J.B.S.

## 2. El Proyecto de García Goyena

Llegamos al Proyecto de Código civil de 1851 fechado el 30 de Abril y denominado "Proyecto de García Goyena". ¿Cuáles fueron las bases para el Proyecto de Código civil de 1851? La Sección de Código civil (10) elevó a la Comisión General el 13 de octubre de 1843 las bases iniciales del libro 1º, entre las cuales estaba la relativa a patria potestad (Leg. 4 de Com; doc. 74). En la Comisión General dió comienzo la discusión sobre las bases del Código civil el 4 de Noviembre hasta el 16 de Diciembre. La discusión de las bases 7, 11, y 12 que propuso la sección, relativas a la patria potestad de la madre, originaron, en general, la diferencia de criterio mantenido por el Presidente Cortina y por Seijas, que dió lugar a nueva propuesta de la Sección el día 26 del mismo mes de octubre, con una extensa base que recoge las limitaciones discutidas: "A falta del padre, la madre ejercerá la autoridad paterna sobre sus hijos. Estará, sin embargo, obligada a oír el dictamen del consultor o consultores que el padre hubiese nombrado en su testamento u otro acto solemne, en todos los negocios que el mismo hubiese determinado; y no podrá obrar en contradicción de aquel dictamen, cuando se trate de *enajenar u obligar bienes de menores*".

Sin embargo, en la revisión posterior se suprimió la referencia a la enajenación de los bienes de menores y así quedó en el texto de las Bases del Código civil, de 7 Marzo 1844. Con respecto al libro I, cuyo título VI es el relativo a la patria potestad, hay 4 ejemplares (11). En el primer ejemplar o "manuscrito A" aparece este título sin división alguna (artículos 225 a 246) como en el Código. En el "manuscrito B" presenta la misma división que el Proyecto, pero en éste son apreciables numerosas mejoras en el orden y expresión de conceptos. El título de la patria potestad, se nos presenta con absoluta originalidad respecto al modelo francés, y más unido a nuestro Derecho en los puntos principales. Aunque

(10) Formaban parte de la Sección de Código civil: García Goyena, que la presidía; Luzuriaga y Cirilo Alvarez que eran vocales también de la Sección de Código Penal; Domingo Vila, Javier de Quinto, Domingo Ruiz de la Vega, Vizmanos y Ortiz de Zuñiga, Secretario.

(11) En los dos primeros, A y B, pone en la cubierta "Proyecto de Código civil redactado por el Sr. D. Cirilo Alvarez y Martinez en virtud de encargo de la Sección y presentado a la Comisión General para su discusión", Noviembre 1844. El "manuscrito C" dice en la cubierta: "Libro I del Código civil discutido y aprobado por la Comisión General", Mayo, 19, 1845; y contiene un texto bastante diverso de los anteriores. El "manuscrito D" es el mismo que el anterior con las correcciones en limpio, y debe ser el texto definitivo aprobado por la Comisión General el 17 de marzo 1845 y elevado al Ministerio el día 27 siguiente.

el Proyecto de 1851 no llegó nunca a estar vigente, como afirma Lasso Gaité (12) "desde su situación de archivo perpetuo, sirvió en España de muy útil aportación a los trabajos de codificación posteriores".

La materia objeto de nuestro estudio, venía regulada en el artículo 158: "El padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponde usufructo y la administración, o ésta sola, ni gravarlos de ningún modo, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la correspondiente autorización del juez de domicilio".

García Goyena (13) cita como concordancia en el Derecho extranjero, el art. 232 Sardo, el 291 y 292 Napolitano; el 170 Prusiano (título 2 parte 2º) y finalmente el 364 Holandés y el Código Francés del cual afirma que "con su silencio parece disponer lo mismo que el Holandés pues se reconoce la tutela del padre y de la madre; por consiguiente se entenderá con ellos lo dispuesto para el tutor". Este Proyecto constituyó el precedente inmediato del artículo 164 del Código civil de 1889, artículo que regulaba la enajenación de bienes de menores. Recoge, como claramente podemos apreciar, los antecedentes de nuestro Derecho histórico patrio pero desechando las iniciativas, tan interesantes, surgidas con los trabajos de Cambrónero, iniciativas que no serán recogidas hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855.

¿Por qué no se hacía referencia a otro tipo de bienes en el Proyecto de García Goyena? Pensamos que sólo se hizo referencia a los bienes inmuebles por la importancia que en la realidad económico-social de la época tenían este tipo de bienes. Evidentemente si lo analizamos desde el punto de vista actual, gran cantidad de bienes muebles superan en valor a los inmuebles. Pero en aquella época los bienes inmuebles presumiblemente eran los que representaban la parte más importante de un pa-

---

(12) Lasso Gaité, J.F., "Crónica de la Codificación civil española", volum. I, Madrid 1979, pág.

(13) García Goyena, F., "Concordancias..." cit., pág. 169. El art. 232 del Código Sardo dice: "En caso de necesidad o utilidad demostrada y previo decreto del tribunal del domicilio". El art. 291 Napolitano permite al padre vender los muebles; el 292 le prohíbe enajenar o hipotecar los inmuebles sino en caso de urgente necesidad y con la aprobación judicial; el 170 Prusiano título 2, parte 2, sujeta al padre a obtener autorización judicial, aun para hacer en la propiedad del hijo las mudanzas o innovaciones que el usufructuario no puede hacer sin el consentimiento del propietario. Finalmente, el 364 Holandés manda que en este caso se observe lo dispuesto en el título de "tutela" para la enajenación de bienes de los menores; el Código Francés con su silencio, parece disponer lo mismo que el Holandés, pues reconoce la tutela del padre y de la madre: de consiguiente se entenderá con ellos lo dispuesto para el tutor.

trimonio. De ahí la necesidad de que estuvieran sometidos a limitaciones a la hora de la disposición.

### 3. *Precedentes normativos: Las leyes especiales*

Paralelamente a la evolución legislativa que estamos examinando con respecto a las leyes sustantivas, es necesario constatar el desarrollo de la codificación procesal. La primera Ley de Enjuiciamiento civil data de 5 Octubre 1855 (14). Esta Ley establece en el artículo 1401 unas limitaciones, en atención a los bienes objeto de disposición, introduciendo en nuestro Derecho una novedad al extender la limitación a las "alhajas de plata, oro y piedras preciosas". En efecto el precepto dispone: "Será necesario licencia judicial para la venta de bienes de menores e incapacitados que correspondan a las clases siguientes: 1º Bienes raíces. 2º Derechos de toda clase. 3º Alhajas de plata, oro y piedras preciosas. 4º Bienes inmuebles y los muebles o semovientes de valor que puedan conservarse sin menoscabo".

Aunque el precepto habla de *venta* de bienes, la doctrina (15) estima que no existe ningún inconveniente en extender a todas las enajenaciones de bienes de menores el sistema que establece para la venta, es decir, podrán incluirse dentro del ámbito del precepto, todos los actos traslativos de dominio.

A diferencia del Proyecto de García Goyena, la Ley de Enjuiciamiento civil va a recoger también la obligación de justificar la necesidad o utilidad de la enajenación (16); idea ya presente en nuestro Derecho histórico patrio y en algún Proyecto de Código civil. Sin embargo, lo que no se determina son los motivos o causas que legitiman la enajenación. Evidentemente, como afirma Hernández de la Rúa, no se puede

(14) Tuvieron destacada participación en esta Ley los Sres. Gómez de la Serna y Cortina. En relación a su estructura consta de un total de 1.415 artículos, divididos en dos partes: jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

(15) Hernández de La Rúa, V., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil", tomo 5, Madrid 1856, pág. 317 y 55.

(16) El artículo 1.402 Ley Enjuiciamiento civil dispone: "Para decretar la venta de bienes de menores e incapacitados, se necesita: 1º Que la pida por escrito el tutor del menor, o éste asistido por su curador. 2º Que se expresen el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga. 3º Que se justifiquen la necesidad o utilidad de la enajenación. 4º Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado con anterioridad, y, en su defecto, al promotor fiscal del juzgado".

dejar al arbitrio judicial sin sentar al menos unas indicaciones generales. Para ello, hay que acudir como estima el citado autor a los Códigos civiles que rigen en España y, a este efecto, cita la Partida 3ª Título 18 Ley 60 y Partida 6 Título 16 Ley 18. Esta idea es importante porque ya aporta algo que será recogido posteriormente por el artículo 164 del Código civil: El que la actuación del juez no es discrecional sino que viene condicionada por la apreciación de la utilidad o necesidad (17), si bien desde un punto de vista material esto, que duda cabe, puede conducir al libre arbitrio judicial, porque es el juez el que, en definitiva, aprecia si existe o no necesidad o utilidad. Será por tanto un problema de probar la existencia o no de estos criterios.

Lástima que esta Ley, más que iniciación de un buen camino, significó meta y descanso de las inquietudes suscitadas y este estancamiento en la doctrina, reducida a comentarios de más o menos calidad a lo largo de tantos años, produjo un sensible retraso en la aportación a esta rama del Derecho (18).

Años más tarde, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 regulará exhaustivamente esta materia, en términos muy parecidos al actual artículo 166 del Código civil, no sólo por los bienes objeto de disposición sino también por los tipos de actos dispositivos. De ahí que podemos considerarlo como uno de sus precedentes. ¿Qué establece el artículo 2011 de la Ley de Enjuiciamiento civil? El artículo 2011 establece la necesidad de licencia judicial "para *enajenar* o *gravar* los bienes de menores o incapacitados que correspondan a una de las clases siguientes: 1º Inmuebles. 2º *Efectos públicos* y *valores* de toda especie sean al portador o nominativos. 3º Derechos de todas clases. 4º Alhajas, muebles y *objetos preciosos* que puedan conservarse sin menoscabo.

Por su parte el artículo 2030 de la Ley de Enjuiciamiento civil dis-

(17) Sobre esta materia una Real Orden de 28 agosto de 1876 dispuso que: "Los notarios que fuesen requeridos para autorizar algún acto o contrato de venta, retroventa, hipoteca o cualquier otro por el que resulten gravados o enajenados bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente autorización judicial previa justificación de la necesidad o utilidad, cuya autorización se obtendrá con arreglo a los trámites de la L.E.C., dándose conocimiento a las personas designadas en el art. 205 de la L.H., a los efectos expresados en el artículo 202".

La Dirección General de los Registros en 30 de los mismos, resolvió en idéntico sentido, exigiendo para la inscripción el requisito de la autorización judicial.

(18) Lasso Gaité, J.F., "Crónica de la Codificación Española", Procedimiento civil, tomo 2, Madrid 1972, pág. 77.

pone: "Para *hipotecar* o *gravar* bienes inmuebles, o para la *extinción* de derechos reales que pertenezcan a menores o incapacitados, se observarán las mismas formalidades que para la venta, con exclusión de la subasta".

Es importante destacar que la Ley de Enjuiciamiento civil hace referencia a los efectos públicos y valores de toda especie y también a los objetos preciosos, objetos ambos incluidos actualmente en el artículo 166 del Código civil y, en un intento de salvaguardar el patrimonio del menor, los somete, dado su valor en la realidad económica, a la necesidad de autorización judicial en el momento de la disposición de este tipo de bienes del menor. Al mismo tiempo hemos de resaltar que la Ley no sólo habla de enajenación en sentido amplio, sino también de otros tipos de actos: gravamen, hipoteca, extinción de derechos reales...

#### IV. LA ORIGINARIA REDACCION DEL PRECEPTO

##### 1. *Trabajos preparatorios*

Llegamos a la última etapa de la Codificación civil en España. El período comienza con la elaboración del Anteproyecto de 1882, el cual representa la culminación del esfuerzo de muchos años; y su historia comienza con la elaboración del Proyecto de 1851, base sobre la que había de trabajarse en la nueva etapa codificadora (19).

El 9 de mayo de 1882, se publican en el Diario de Sesiones del Senado (apéndice 6º al nº 95º) los Proyectos de los libros I y II del Código civil. En cuanto a los actos de enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad, el Proyecto regulaba esta materia en el artículo 131 C.C., a tenor del cual: "El padre, o la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos sino por causas justificadas de utilidad o necesidad previa la autorización del juez del domicilio, con audien-

---

(19) El 18 marzo 1881, se encarga el estudio de los informes y observaciones al Proyecto de 1851. Cárdenas como Presidente, distribuye la revisión de los títulos estudiados, encargando la Ponencia de las de adopción y patria potestad a Germán Gamazo. Este hizo ver en la discusión, que en algunos puntos olvidaba la Ponencia, que la Ley Hipotecaria exige al padre que preste fianza para la administración del peculio adventicio. Defendieron Ygón y Albacete la inclusión de esta materia en el Código civil, como las demás de tal índole que figuraban en las leyes especiales, y se acordó acomodarlo a la Ley Hipotecaria.

cia del Ministerio Fiscal; salvas las disposiciones que en cuanto a los efectos de transmisión establece la Ley Hipotecaria”.

Podemos afirmar que, si bien en el orden dialéctico y técnico-jurídico, no pueden considerarse definitivos los Libros I y II, antes de aprobarse las bases, en el terreno práctico de los hechos, así fue considerado el Proyecto de tales libros.

El Proyecto de 1882 coincidió en la primera parte con el Anteproyecto (título preliminar y los dos libros primeros completos). De ahí, que los esfuerzos se centraran en la redacción de los Libros III y IV. Así resulta de las afirmaciones hechas en la discusión parlamentaria del Código civil (20). Finalmente por Real Decreto de 24 de julio de 1889 se mandó insertar en la Gaceta el texto de la nueva edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo civil de la Comisión de Codificación (21).

El Código civil en su artículo 164 incluye la materia objeto de nuestro estudio en los mismos términos que en el artículo 131 del Proyecto de 1882.

## 2. *Confluencia normativa: Código civil y Ley de Enjuiciamiento*

La coexistencia del artículo 2.011 de la L.E.C. con el antiguo artículo 164 del Código civil planteaba un problema: la delimitación de los bienes a que afecta la limitación del artículo 164 del Código civil.

La Ley de Enjuiciamiento civil, en el artículo 2.011, exige la autorización judicial no sólo respecto a los bienes inmuebles sino también en relación con los “efectos públicos y valores de toda especie sean al portador o nominativos, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo”.

El Código civil, por su parte, se refería a los “bienes inmuebles”. Como podemos apreciar, la exigencia de autorización judicial, se extien-

(20) “Discusión Parlamentaria del Código civil”, Madrid 1861, pág. 132 y 139: Romero Girón en el Senado “...precisamente aquellos a los cuales ha dado mayor importancia, me parece, si no estoy equivocado, que se encuentran con levisimas diferencias contenidos ya en aquellos libros I y II que se trajeron a la consideración del Senado en 1882...”

(21) Gaceta n° 206 de 25 julio 1889.

de, de acuerdo con la Ley procesal, a un mayor número de bienes, por lo que tal disparidad plantea la problemática de la vigencia de la misma. La doctrina se encontraba dividida en este punto. Sánchez Román y De Diego estimaban que el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil continúa vigente (22). En el mismo sentido Mucius Scaevola (23), al plantearse la cuestión, consideraba que "el Código es una Ley sustantiva cuya publicación sólo puede afectar a las de su misma índole, no a las de naturaleza procesal como la de Enjuiciamiento. Además, la disposición final derogatoria del Código, sólo hace perder su fuerza a las leyes que constituyen el Derecho civil común, y esto en las materias objeto del mismo. Derogación, por tanto, que no puede alcanzar a una Ley extraña al Derecho civil común, y menos aún en una materia que no es objeto del Código y que, por el contrario, viene a llenar un vacío del mismo. El precepto del artículo 164 no es una modificación de lo dispuesto en la L.E.C., sino una ratificación, puesto que aunque aquél no se hubiera consignado, seguiría siendo necesaria la autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de los hijos, en virtud de exigirlo así una Ley, cuya esencia no ha sido alterada por la publicación del Código". Puig Peña (24) no parecía apuntar ninguna solución, limitándose, tan sólo, a exponer las dos posturas que sostenía la doctrina.

La mayor parte de la doctrina, entre los que podemos citar a Taulet (25), Reus (26), De Buen (27), Castán Vázquez (28), y Manresa (29), se

(22) Sánchez Roman, F., "Estudios de Derecho civil", Derecho de familia, Tomo V, volumen 2, Madrid 1912, pág. 1.164; Diego, de, F.L., "Instituciones de Derecho civil español", Tomo II, Madrid 1930, pág. 556.

(23) Mucius Scaevola, Q., "Código civil comentado y concordado", Tomo III, Madrid 1890, pág. 299.

(24) Puig Peña, F., "Compendio de Derecho civil español", Tomo V, Pamplona 1972, pág. 598.

(25) Taulet y Rodríguez Lueso, E., "Personalidad del padre para vender sin autorización judicial, en nombre de sus hijos menores, la participación de éstos en un barco", R.D.P. 1944, págs. 783 y 786. En este sentido Sentencia T.S. 12 junio 1894.

(26) Reus, "Ley de Enjuiciamiento civil de 3 febrero 1881, concordada y anotada", Tomo IV, 2<sup>a</sup> Edición, Madrid 1910, pág. 577: "En virtud de los preceptos del Código civil, resulta sin aplicación posible, tanto el artículo 2.011 como los relacionados con este título, en cuanto afecten a los bienes de menores tutelados".

(27) De Buen, D., en "Notas al curso elemental de Derecho civil" de A. Colín y H. Capitán, tomo 2, volumen 1, Madrid 1923, pág. 81: "Tal vez fuera justa la aplicación analógica del artículo 164, a ciertos bienes muebles de importancia excepcional".

(28) Castán Vázquez, J.M., "La patria potestad", Madrid 1960, pág. 302.

(29) Manresa y Navarro, J.M., "Comentarios al Código civil español", Tomo 2, 2<sup>a</sup> Edición, Madrid 1903, pág. 41 y ss: "El artículo 2.011 de la L.E.C. no es incompatible, sino complementario del que estamos comentando" (art. 164 cc). El famoso comentarista



inclinaban por considerar derogado el artículo 2.011 de la L.E.C. Castán Vázquez matizaba en este sentido que "la cuestión de la autorización judicial, no debe centrarse para el futuro, en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los objetos enajenados. Al limitar las facultades de los padres, el acento debe ponerse más que en la naturaleza de las cosas enajenadas, en la índole de los actos de enajenación, tendiendo a impedir que el padre realice por sí solo, actos que, como los gratuitos o los que impliquen asunción de obligaciones, supongan desaparición de bienes o impongan una responsabilidad al patrimonio". Por su parte Alonso Pérez (30), afirmaba que, "una inadecuada gestión onerosa, puede ser frecuentemente nociva para el menor, y no hay razón para que el padre realice la misma sin autorización judicial. Por la índole del acto, siempre deberá ser preceptiva la autorización. Lo importante, es atender a la entidad económica de los bienes, a su auténtico valor".

Estos criterios, son los que actualmente ha considerado el legislador en la Ley de Reforma del Código civil de 13 de mayo 1981, con lo que vuelve a la trayectoria de nuestro Derecho histórico, línea que abandonó el Código civil de 1889. ¿Por qué el Código civil consideró la distinción bienes muebles-bienes inmuebles con la consiguiente atribución de valor a estos últimos? La razón estriba en que el citado cuerpo legal recogió la línea del Proyecto de García Goyena (1851); proyecto que tenía un marcado carácter afrancesado y, en esta época, los bienes inmuebles tenían una importancia en la realidad económico-social que posteriormente ha ido desapareciendo.

## V. PROCESO DE LA REFORMA DE 1981

### 1. *El Derecho Aragonés*

Los trabajos prelegislativos para la reforma legal en materia de pa-

---

en una edición posterior rectifica su postura, considerando que "los términos del artículo 164 del Código civil, al exigir autorización judicial sólo respecto a los bienes inmuebles del hijo, omitiendo todo precepto más o menos análogo en cuando a los muebles, hacen más verosímil la suposición de que tratándose de esta clase de bienes, no procede la autorización judicial, ya se considere más o menos acertada la doctrina; porque los preceptos de carácter adjetivo de la L.E.C. necesitan para su aplicación alguna base en el derecho sustantivo, y aquí esa base falta por completo, y si existe, indica más bien una derogación que una confirmación, en todo cuanto a enajenación de bienes muebles de los hijos menores se refiere" en Manresa y Navarro, J.M. "Comentarios al Código civil español", Tomo 2, 4ª edición, Madrid 1914, pág. 51.

(30) Alonso Pérez, M., "El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad", R.D.P. 1973, pág. 23.

tria potestad quedan plasmados en el "Proyecto de Ley sobre Reforma del Código civil en materia de patria potestad" de 12 septiembre 1978 (B.O.E. nº 148 de 15 septiembre). La Exposición de Motivos del Proyecto enfoca la cuestión de la disposición en los siguientes términos: "El precepto relativo a la enajenación de bienes de menores se actualiza, teniendo en cuenta la realidad económica, en la misma línea en que se había situado alguna compilación de Derecho Foral".

Esta afirmación nos obliga a examinar qué normas de Derecho Foral influyeron en el Proceso de la reforma de 1981. Es el Derecho Foral aragonés, el que en su artículo 13 regula adecuadamente dando muestras de un "buen texto legislativo" (31) la disposición de bienes del menor de 14 años, tomando serias precauciones, dada la índole de la facultad y aproximándose al texto del anterior artículo 164 del Código civil pero matizando y perfeccionando aspectos muy importantes que escaparon a la legislador de 1889 y servirán de "fuente de inspiración" al de 1981.

El artículo 13 dispone: "Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo. En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos".

Como podemos apreciar este precepto después de señalar, con lógica, que en orden a la disposición de los bienes del menor de 14 años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo, determina en el párrafo 2 que la facultad dispositiva corresponde al administrador, quien deberá contar con la autorización de la junta de parientes o del juez de primera instancia, cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos. La Exposición de Motivos de la Compilación pone de relieve que, "hay bienes, a los que puede atribuirse una importancia económica no inferior a la de los inmuebles, porque en la hora presente, se halla más que superado el brocado —res mobilis res vilis—. De ahí que el precepto intente reconocer esta directriz valorativa de la riqueza mobiliaria, reco-

---

(31) Lacruz Berdejo, J.L., "Objetivos y método de la Codificación Aragonesa", R.C.D.L., Marzo-abril 1968, pág. 318.

gida también por el legislador de 1981, superando la clásica dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles, con la tradicional infravaloración de aquéllos (32).

Por otro lado, la norma, como afirma Castán Vázquez (33) viene a reflejar en el plano económico, el deseo de protección del menor que tradicionalmente ha inspirado el Derecho aragonés". Incluso podemos afirmar que, en esta materia, la Compilación aparece redactada con mayor precisión que el Código civil. En efecto dedica un precepto, el artículo 13, a regular este tema atribuyendo como norma general el poder de disposición de los bienes del menor a aquel que sea administrador de los mismos. Por su parte el artículo 12 afirma: "El padre y la madre tendrán la administración de los bienes del menor...". De todo lo cual podemos deducir que la Compilación aragonesa, implícitamente reconoce, a diferencia del Código civil, que no especifica, que la facultad de disposición es una de las que integran el contenido de la patria potestad. Este deseo de protección del patrimonio del menor y en general de buscar su beneficio e interés, ha sido uno de los principios que ha presidido la reforma del Código civil de 13 mayo 1981.

## 2. Trabajos preparatorios

Como ya hemos puesto de relieve los trabajos prelegislativos para la reforma legal en materia de patria potestad quedaron plasmados en el "Proyecto de Ley sobre reforma del Código civil en materia de patria potestad" de 12 septiembre 1978. Se partió de la necesidad de actualizar esta materia y así una ponencia que redactó Castán Vázquez por encargo del grupo de trabajo denominado "Filiación, patria potestad y tutela" y que constituyó el primer borrador del futuro Título VII del Libro I del Código civil sugería como nuevo texto del artículo 164 el siguiente: "El padre y la madre no podrán enajenar ni gravar los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo o la administración cuando se trate de inmuebles, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión establece la Ley Hipotecaria: la misma autorización necesi-

---

(32) Alonso Pérez, M., "El patrimonio..." cit., pág. 38.

(33) Castán Vázquez, J.M., "La patria potestad en los Derechos Forales", Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, nº 34, 1974, pág. 61.

tarán para repudiar la herencia a que sea llamado el sujeto a la patria potestad” (34).

Castán Vázquez (35) pone de relieve cómo este texto fué a lo largo de las discusiones en el grupo, mejorado y enriquecido, especialmente por las aportaciones y sugerencias que en el mes de abril hizo el recién nombrado Presidente de la Sección primera D. Luis Díez Picazo. El Proyecto adoptó en el art. 166 el siguiente texto: “Los padres no podrán disponer a título gratuito de los derechos o bienes que pertenezcan a sus hijos. Tampoco podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que les fuesen ofrecidas. En tal caso, si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación. Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o imponer una rendición periódica de cuentas” (36).

---

(34) El grupo, al elaborar el primer borrador para la nueva regulación de la patria potestad, aprobó la norma propuesta, con estas modificaciones: sustitución del “padre y la madre” por “los padres”; sustitución de “negocios” por “establecimientos” y supresión del último inciso referente a la repudiación de la herencia.

(35) Castán Vázquez, J.M., “La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad”, R.D.D.I., Septiembre-Octubre 1979, pág. 1.035.

(36) La propuesta que en abril de 1978 presentó, D. Luis Díez-Picazo, no incluía apartado del artículo 166 referente al caso de peligro para los bienes del hijo (actual art. 167). En concreto decía: “Los padres no podrán en ningún caso disponer a título gratuito de los derechos o bienes a que éste correspondan, ni renunciar a los derechos de que sea titular.

Los padres no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles del hijo, los establecimientos mercantiles o industriales, los valores mobiliarios que no coticen en bolsa u objetos preciosos, sino por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa la autorización del juez del domicilio con audiencia del Ministerio Fiscal, salvo las disposiciones que en cuanto a los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fueren ofrecidas. En tal caso, si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptada la liberalidad”.

### 3. *Discusión Parlamentaria*

Durante la anterior legislatura, en la Comisión de Justicia del Congreso, una Ponencia comenzó a examinar el Proyecto de Ley. Los Grupos Parlamentarios formularon en algunas enmiendas diferentes propuestas respecto al artículo 166. Por un lado se pretendía incluir en el párrafo 3 las palabras "... en tal caso, si el juez denegare la autorización se entenderán automáticamente aceptados la herencia legado o donación". Esta enmienda fue propugnada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. Por su parte, el Grupo Parlamentario Minoría Catalana postuló como redacción del último párrafo: "cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el juez, a petición del propio hijo, del Ministerio fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad o recaudo de los bienes, exigir caución y fianza para la continuación en la administración o imponer una rendición periódica de cuentas o nombrar un administrador". Finalmente, el Grupo parlamentario Socialistas de Catalunya, "defendió el mantenimiento del antiguo artículo 164 del Código civil, con la supresión del término "inmuebles" y la adición de un nuevo párrafo con el siguiente texto: "Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que les fuesen ofrecidas, así como para aceptarlas sin beneficio de inventario. En tal caso, si el juez denegare la autorización, se entenderán automáticamente aceptados la herencia, el legado o la donación".

La Ponencia no había llegado al examen del artículo 166, cuando la disolución de las Cortes interrumpió los trabajos.

El proceso legislativo en esta materia continuó, y así, el 5 de septiembre 1979, se ordena la revisión a la Comisión de Justicia y la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes del "Proyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio" (37). En su Exposición de Motivos, se decía, en el apartado relativo a la patria potestad, que la reforma del Código civil en esta materia pretendía "agilizar la administración y enajenación de los bienes del menor". Conviene apuntar que este objetivo, como señalan Suárez Sánchez Ventura y Martínez Martínez (38), "sólo

---

(37) Publicado en el B.O. Cortes Generales, C. Diputados, nº 71-1 de 14 septiembre 1979.

(38) Suárez Sánchez Ventura, J.M. y Martínez Martínez, F., "Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código civil", R.D.P., octubre 1981, pág. 352.

se ha conseguido parcialmente". Los citados autores exponen claramente las razones: "La nueva concepción de la patria potestad como función de ejercicio mancomunado por los dos progenitores, juntamente con el potenciamiento de la posición jurídica del hijo menor —en los casos en que tuviere suficiente juicio— en el marco del nuevo sistema de patria potestad, ha obligado al legislador a articular un complejo juego de consentimientos, antes inexistente, de cuyo valor y eficacia nada se dice, por lo que, según sea el que se le atribuya, ante la multiplicidad de casos que pueden existir en la práctica en que los consentimientos se omitan, podría ocurrir que todos esos actos de disposición que se otorguen en tales circunstancias devinieran ineficaces "a posteriori", con lo cual la idea de agilidad que se ha querido imprimir a esta materia se derrumbaría ante la falta de formulación de unos principios tendentes a darle consistencia".

En cuanto al artículo 166, la redacción del precepto de acuerdo con el Proyecto era:

"Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

No será necesaria autorización judicial, si el menor hubiere cumplido dieciséis años y consintiere la enajenación en documento público.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación".

Como podemos apreciar se producen claras diferencias con el texto del Proyecto de 1978, suprimiendo además el último apartado relativo al supuesto de peligro para los bienes del hijo. Por otro lado, el ámbito objetivo del precepto es más amplio.

Los Grupos Parlamentarios presentaron diferentes enmiendas al texto del Proyecto. El Grupo Coalición Democrática (39), con respecto al

---

(39) Enmienda n<sup>o</sup> 150 presentada por el Grupo Parlamentario Coalición Democrática. Congreso de Diputados.

párrafo 2, propuso la siguiente redacción: "No será necesaria autorización judicial, si el mayor hubiere cumplido 16 años y consintiera la enajenación de valores mobiliarios, adquiridos para los hijos por los mismos padres que enajenaren o donados por éstos". El razonamiento de esta postura está basado en la realidad social, puesto que es evidente, que en muchos supuestos es práctica que los padres adquieran valores a nombre de los hijos, cuya enajenación no debe quedar sometida a los requisitos del párrafo 1 del artículo 166. Sin embargo, pensando en el interés de los hijos, en el Informe de la Ponencia, se rechazó esta enmienda. Lo que realmente nos cuestionamos es si en apoyo del beneficio del hijo en los actos de disposición de los bienes del mismo, no se le va a perjudicar; por cuanto es evidente que, con estas limitaciones, los progenitores, tenderán a evitar adquirir valores a nombre de los hijos, y ello va a suponer un perjuicio mayor en el patrimonio de éstos.

También con respecto a los valores mobiliarios, y con objeto de no impedir la normal sustitución de los mismos, que es un puro acto de administración y no de disposición, el Grupo Centrista U.C.D. (40) propuso una enmienda al apartado 2 del artículo 166, redactándolo en los siguientes términos: "La misma norma se aplicará al patrimonio mobiliario del menor en su conjunto. Serán válidos los actos de enajenación de títulos mobiliarios, con obligación de invertir su importe en otros bienes igualmente seguros". La Ponencia, aún reconociendo que había considerado la hipótesis de autorizar la enajenación de los valores mobiliarios, con obligación de invertir su importe en otras igualmente seguros, o, incluso, de eliminarlos del precepto, por las mismas razones que la enmienda anterior, mantuvo provisionalmente el texto del Proyecto, en este punto.

En punto al párrafo 2 del artículo 166, el Grupo Socialistes de Catalunya (41) propuso colocarlo al final y sustituir "la enajenación" por la "enajenación o renuncia", basándose en que no se necesite la emancipación, donde basta con un consentimiento, razón que opera igual en

---

(40) Enmienda nº 495, firmante Oscar Alzaga Villamil, presentada por el grupo centrista U.C.D. Congreso de Diputados. La Ponencia aceptó esta enmienda en lo que respecta a la inclusión de la cautela del "beneficio de inventario"; concretamente en el párrafo 4: "Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fueron ofrecidas. Si el juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación, y la herencia a beneficio de inventario".

(41) Enmiendas nº 216 y 217 Grupo Socialistas de Catalunya, Congreso de Diputados.

el caso de renuncia. El mismo Grupo, intentando contemplar todo el supuesto de hecho, pretendía añadir "Los padres no administradores del artículo 164, no podrán renunciar...". Estas dos proposiciones fueron rechazadas, pensando en el mayor beneficio e interés de los hijos.

Por último, al redactar el Proyecto, existía un olvido importante en esta materia, cual era la previsión del caso de denegación de la autorización judicial para repudiar el legado y la donación y que no se hubiera previsto, en cambio, el caso más comprometido de la aceptación de la herencia; que además, dadas las condiciones del supuesto, deberá ser a beneficio del inventario. De ahí, que el Informe de la Ponencia, propuso una nueva redacción al párrafo 3 en la que, básicamente, se aceptaba esta proposición (42). El texto era el siguiente: "Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación y la herencia a beneficio de inventario".

Con fecha 1 diciembre 1980, se publicaba en el B.O.C.G. el dictamen emitido por al Comisión de Justicia relativo al Proyecto de Ley sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Con respecto al precepto que examinamos propuso algunos retoques, dando una nueva redacción al artículo 166, que después de su aprobación en el Pleno del Congreso de los Diputados, fue remitida al Senado con fecha 2 de febrero de 1981. El texto era el siguiente:

"Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, objetos preciosos y valores mobiliarios, establecimientos mercantiles o industriales salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación y la herencia a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público ni para la enajena-

---

(42) Proposición objeto de la enmienda n<sup>o</sup> 393 presentada en el Congreso de Diputados por el Grupo Vasco, al párrafo 3 del artículo 166 C. civil, que según el citado grupo debería decir: "Si el juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente la herencia, a beneficio de inventario, el legado de la donación".



ción de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros”.

Si lo comparamos con el texto del Proyecto de Ley se aprecian notables diferencias (43):

1º) Coloca como apartado segundo lo que en el Proyecto era tercero, y viceversa, sin duda con el objeto de admitir que el consentimiento del menor también excluyese la autorización judicial en materia de herencias, legados y donaciones; y así lo prueba el que tras el término “consintiere” se haya suprimido toda referencia a “la enajenación”.

2º) Contempla los efectos de la denegación de autorización judicial para repudiar herencias, que antes solamente hacía referencia a legados y donaciones.

3º) En materia de valores mobiliarios admite la eficacia de su disposición, sin autorización judicial ni consentimiento, si su importe se invierte en bienes o valores seguros.

En el Senado se presentaron dos enmiendas, encaminadas a dar mayor precisión al contenido por razones de estilo y de sistemática legal (44). Además existía imprecisión en la alusión a la donación o el legado aceptados a beneficio de inventario. La institución del beneficio de inventario es sólo aplicable a la herencia, a su aceptación, no al legado y a la donación. La razón de que el legado quede fuera de esa institución, se centra en que en su propia esencia está la irresponsabilidad del legatario por deudas de la herencia y, si a su vez, el legado estuviere gravado con cualquier carga o con otro legado, la responsabilidad del legatario es siempre limitada; por lo que no puede derivarse para el hijo perjuicio alguno de la aceptación. En cuanto a la donación, el Código civil tiene sus propias normas sobre el pago de las deudas del donante y, en todo caso, la donación ha de hacerse expresando el alcance que tenga respecto de cargas y especificando las condiciones exactas en que se hace, con lo que

---

(43) Estas diferencias han sido puestas de relieve por Suarez Sánchez Ventura, J.M. y Martínez Martínez, F., *ob. cit.*, pág. 868.

(44) Enmienda nº 85 presentada en el Senado por el Grupo parlamentario U.C.D., postulando la sustitución del párrafo 2 por el siguiente texto: “La donación, herencia o legado deferidos al hijo se entenderán aceptados en todos casos a beneficio de inventario. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar aquéllos”. La Ponencia, aceptó en su espíritu la enmienda. En segundo lugar, Enmienda nº 31 del Grupo Parlamentario Socialista Andalúz presentada en el senado.

el donante, se limita a aceptarla o no en las condiciones en que se ofrece; de modo que no existe posibilidad de que de ella pueda derivar, para el donatario, responsabilidad alguna imprevista, que es la razón de que exista la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario una herencia, de la que si puede derivar para el heredero una responsabilidad que no hubiera podido tenerse en cuenta al tiempo de manifestar la voluntad de aceptarla.

Por otra parte, teniendo en cuenta que las formalidades especificadas en los artículos 1.010 y ss. del Código civil, no tienen aplicación práctica a la aceptación de un legado o de una donación, por ser ajenas a esas dos instituciones, es lógico que se suprimiera del texto del artículo 166 del Código civil la alusión a la donación o el legado aceptados a beneficio de inventario. A este efecto el Grupo Parlamentario Socialista Andaluz presentó una enmienda en la que propuso la siguiente redacción con respecto a este párrafo: "Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente la herencia aceptada a beneficio de inventario". Esta enmienda fue aceptada por la Ponencia y el texto del artículo 166, después de recibir el asentimiento de la Cámara y su aprobación definitiva por el Congreso, pasó a constituir el precepto actual. El texto ha quedado como sigue: "Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario No será necesario autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros".

Por último señalar que la reforma llevada a cabo en el artículo 166 del Código civil por Ley de 13 de mayo 1981 ha intentado limitar los poderes representativos de los padres en materia de renunciaciones y de disposición de los bienes que cita, exigiendo para ello determinadas formalidades que se establecen en garantía del hijo, al objeto de evitarle disminuciones en su patrimonio. De ahí la necesidad de que determinados ac-

tos, por su importancia, junto con el objeto sobre el que recaen, estén sometidos a un control especial.

## VI. RECAPITULACION

El artículo 166 del Código civil como hemos podido apreciar presenta innovaciones con respecto a su antecedente inmediato el artículo 164. Consecuencia en su mayoría de los nuevos principios que inspiran la patria potestad.

En primer lugar, por congruencia con el sistema de patria potestad compartida (artículo 154) que hace referencia a "los padres" en lugar de "el padre o la madre en su caso". Por otro lado, somete expresamente las renunciaciones de derechos del menor a la regulación del artículo 166, a diferencia del artículo 164 que no hacía referencia a ella. En este punto ya se había puesto de relieve la conveniencia de extender efectivamente la autorización a la renuncia de derechos, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia (45). De ahí que desde el Proyecto de 1978 en el apartado 2 del artículo 166 se incluyera esta materia.

Debido al interés de conservar sin que sufra menoscabo el patrimonio del menor, idea ya presente, como hemos podido constatar, a lo largo de nuestro Derecho histórico español, y en consonancia con la ampliación del ámbito objetivo del artículo 166, se ha extendido la limitación no sólo a los actos de enajenación sino que también se incluyen los "actos de gravamen" y la "transacción" que actualmente de acuerdo con el artículo 1.810 se somete a la normativa de la enajenación. La ampliación del ámbito objetivo se ha realizado teniendo en cuenta los criterios, por un lado de la Ley de Enjuiciamiento civil y por otro de la Compilación aragonesa, superando en consecuencia la clásica dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles, con la tradicional infravaloración de aquéllos (46).

---

(45) En este sentido Santos Brinz, J., "Derecho civil", Teoría y práctica, tomo I, Madrid 1982, pág. 391 y Sentencias sólo 2ª T.S. 19 febrero 1974, 11 junio 1974 y 23 septiembre 1975. En contra Fernández Martín Granizo, M., "La renuncia de las indemnizaciones debidas a los menores e incapacitados" en Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Pr. I. Serrano Serrano, volumen I, Valladolid 1965, pág. 244.

(46) Esta idea ya fue puesta de relieve en la Exposición de motivos de la compilación aragonesa cuando habla de "la intención de actualizar el ordenamiento, adaptándolo a las necesidades y exigencias económicas y sociales de nuestros días teniendo en cuenta la importancia que hoy se atribuye a la riqueza mobiliaria..."

Conserva la exigencia, presente ya en cierta medida desde el Derecho romano, de que existan causas justificadas de necesidad o utilidad para que el juez pueda apreciar la conveniencia de la autorización para disponer.

La materia relativa a la repudiación de la herencia, regulada en el párrafo 2 del artículo 166 del Código civil es una novedad introducida en nuestra legislación por la Ley de 13 de mayo 1981. En efecto el Código civil en su redacción originaria no sometía al padre a la necesidad de obtener autorización judicial para repudiar la herencia a que sea llamado el menor. Sin embargo ya algún sector de la doctrina, en concreto Castán Vázquez (47), sugirió, a pesar del panorama legislativo, "que la posible trascendencia de la repudiación justificaría que en una reforma legal se incluyera entre los actos sometidos a la necesidad de aprobación judicial". ¿Qué precedentes existen sobre este punto?

Por un lado nos encontramos con el artículo 14 de la Compilación aragonesa que en su párrafo 2 dispone: "El representante legal del menor necesita autorización judicial para rechazar cualquier atribución gratuita en favor de éste". Por otro lado, el artículo 320 p.3 del Código civil italiano (reformado por Ley 19 mayo 1975) contempla la necesidad de la autorización del juez tutelar (48) tanto para aceptar como para renunciar la herencia en los siguientes términos: *I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i benipervenuti al figlio a qualquasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunciare ad eredita o legati... se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare.*

La doctrina italiana considera que la renuncia, a pesar de no ser un acto de enajenación en sentido técnico, entra dentro de los actos considerados de extraordinaria administración (49).

Ambos textos se pueden considerar como precedentes del párrafo 2 del artículo 166 del Código civil.

(47) Castán Vázquez, J.M., "La enajenación..." cit., pág. 1.027.

(48) Sobre la competencia del juez tutelar en este artículo puede verse Cospite, N., "Permanente incertezza sulla competeza per autorizzare la vendita dei beni ereditati dei minori", *Rivista di diritto civile*, 1.977-2, págs. 255 a 259.

(49) De La Rosa, "La tutela degli incapaci", 1, Milano 1962, pág. 701, n<sup>o</sup> 1: "La rinunce pur non essendo atti di alienazione in senso tecnico, rientrano nella straordinaria amministrazione".

También debemos destacar que la introducción del párrafo 3 del artículo 166 del Código civil, es decir la no exigencia de autorización judicial si el menor es mayor de 16 años y consiente en documento público, ha evitado tener que acudir, como anteriormente se había impuesto en la práctica, al subterfugio de emancipar al hijo en cuyo caso era él quien actuaba con el consentimiento del padre. Por lo tanto en este punto la reforma se puede calificar de elogiable ya que se permite a los padres poder prescindir de la autorización judicial, sin necesidad de emancipar al hijo, contando sólo con su consentimiento.

Finalmente queremos resaltar las ideas que se desprenden del análisis del proceso formativo del actual artículo 166 del Código civil. En primer lugar, se aprecia en nuestro Derecho histórico una cierta consideración de la importancia económica de determinados bienes muebles, no inferior a la de los inmuebles; esto supone la superación tanto del brocardo —*res mobilis res vilis*— cómo de la clásica dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles, con la tradicional infravaloración de los primeros. Sin embargo, el Código civil de 1889, rompe en este punto con la trayectoria del Derecho histórico y vuelve a hacer referencia a los bienes inmuebles, seguramente porque el citado cuerpo legal recogió la línea del Proyecto de García Goyena (1851). Proyecto de marcado carácter afrancesado y en aquella época presumiblemente los bienes inmuebles eran los que representaban la parte más importante del patrimonio. En segundo lugar, la actuación judicial no es discrecional sino que viene condicionada por la apreciación de la utilidad o necesidad. La utilidad hace referencia al objeto que se pretende enajenar, mientras que la necesidad incide en la persona titular de un bien refiriéndose por tanto a la subsistencia del ser humano. Ambos criterios serán valorados o apreciados por los padres aunque, evidentemente, la justificación se realiza ante el juez. Existen por tanto dos momentos claros: La apreciación de la necesidad o utilidad que realizan los padres y la justificación que debe hacerse ante el juez. La valoración que realiza el juez, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento civil, tendrá como límite y condicionamiento, por un lado, la justificación de la necesidad o utilidad de la enajenación, y por otro, el motivo de la misma y el objeto a que debe aplicarse la suma que se obtenga. Pero nada impide que, dentro de estas coordenadas, el juez discrepe de la petición de las partes y, en consecuencia, deniegue la autorización para la venta. Esto puede conducir en ocasiones a calificar desde un punto de vista material la actuación como de “libre arbitrio” (50). En tercer lugar, con estas limitaciones lo que se pretende es

---

(50) El desarrollo amplio de esta materia se encuentra en mi tesis doctoral, actual-

mantener la consistencia del patrimonio mediante la técnica de la subrogación real, para de esta forma conseguir que, al menos cualitativamente, el menor conserve la integridad del patrimonio.

En último lugar, la reforma del artículo 166 del Código civil, como se desprende de su trayectoria parlamentaria, ha conseguido una aproximación al Derecho Foral aragonés, con lo que se ha producido una convergencia normativa en esta materia. Ello nos conduce, desde un punto de vista material, a una unidad legislativa sin llegar a un proceso formal de unificación.

# LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA PARA LAS ISLAS BALEARES\*

JOAN OLIVER ARAUJO

SUMARIO: I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. LOS DIFERENTES TEXTOS DEL ITER ESTATUTARIO. III. EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA EN EL TEXTO DEFINITIVO: 1. Iniciativa de la reforma; 2. Aprobación por el Parlamento balear; 3. Aprobación por las Cortes Generales.

## I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El primer párrafo del art. 147 de la Constitución afirma que los Estatutos de Autonomía son "la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma". En consecuencia, y desde esta concreta perspectiva de análisis, ofrecen una notable analogía con los textos constitucionales, que por definición contienen las normas básicas que regulan la dirección de los procesos políticos en cada Estado concreto. Los Estatutos son a modo de "miniconstituciones" regionales que tratan de organizar, en su preciso ámbito de aplicación espacial, un determinado modelo de convivencia sociopolítica (1). Es por ello que estimamos trasladable, *mutatis mutandi*, la teoría de la reforma y mutación constitucional al marco estatutario, aplicándola analógicamente a la específica problemática de la reforma de los Estatutos de Autonomía. Siguiendo básicamente las explicaciones del profesor Luis López Guerra (2), haremos un breve *excursus* en torno a la teoría de la revisión constitucional (3).

(1) En sentido análogo, cfr. Merino y Hernández, José Luis: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón*, Guara editorial, Zaragoza, 1983, pág. 395.

(2) Cfr. López Guerra, Luis: *Apuntes de Derecho Político I*, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1979-80, vol. II, págs. 19-25.

(3) Sobre esta temática, entre otros, cfr. Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, págs. 162-199; Biscaretti di Ruffia, Paolo: *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 271-286; González Casanova, José Antonio: *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, editorial Vicens-Vives, Barcelona, 1981, págs. 218-222; García Atance, María Victoria: "La reforma constitucional" en *Lecturas sobre la Constitución española*, U.N.E.D., Madrid, 1978, vol. II, págs. 305-322; Lucas Verdú, Pablo: *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1979, vol. II, págs. 579-618; Jiménez Campo, Javier: "Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución" en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, otoño 1980, págs. 81-103.

\* Este trabajo constituyó la Ponencia que presenté a las Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía de Baleares organizadas por la *Facultat de Dret* en otoño de 1983. El total de los trabajos será publicado en fecha próxima en un volumen colectivo.

*Cuadernos de la Facultad de Derecho, 11 (Palma de Mallorca, 1985).*

Los textos constitucionales son redactados en un concreto momento histórico y, a lo sumo, pueden regular la realidad socio-política existente al tiempo de su aparición. Las cláusulas de irreformabilidad, en un criticable intento de vincular las generaciones futuras a las concepciones pretéritas, constituyen manifestaciones de un optimismo peligroso y reaccionario. Las causas que pueden convertir una Constitución en un texto anacrónico e insatisfactorio pueden ser de dos tipos: razones socio-políticas, es decir, transformaciones en las condiciones imperantes en un Estado (cambio en las concepciones ideológicas, en el reparto de la riqueza, en la estratificación social, etc.); y razones de orden técnico, que se concretan básicamente en la aparición de lagunas e imperfecciones no detectadas por el legislador constituyente y que el dinamismo constitucional se encargó de poner de relieve. Este ajuste de la Constitución a la nueva realidad socio-política o técnica puede operarse por dos vías distintas: mediante la reforma constitucional que implica un cambio en el texto escrito; o mediante la mutación constitucional que supone una reforma tácita.

### 1. *La reforma constitucional*

Consiste en añadir, suprimir o modificar uno o varios preceptos en la Constitución. La reforma constitucional ofrece un cierto parecido con una intervención quirúrgica en un organismo vivo, lo que aconseja acudir a ella sólo cuando es imprescindible y siempre con gran prudencia (4). De ahí que los problemas básicos de la reforma constitucional se centren en la búsqueda de un procedimiento que, sin establecer dificultades extremas, evite que cualquier mayoría circunstancial en el Parlamento pueda modificar a su particular conveniencia el Texto Fundamental. Atendiendo a la mayor o menor dificultad del procedimiento de reforma, podemos distinguir varios tipos de constituciones:

a) *Constituciones flexibles*. Son aquellas que pueden ser revisadas como cualquier ley ordinaria, sin que se establezcan procedimientos agravados ni sean llamados a ofrecer su concurso órganos distintos de los que intervienen en el proceso legislativo ordinario. Ejemplos de este sistema pueden ser, entre nosotros, las Constituciones de 1837, 1845 y 1876.

b) *Constituciones rígidas*. Se considera la Constitución como una ley superior y, en consecuencia, se declara inalterable por un acto legislativo ordinario, estableciéndose exigencias adicionales para modificar su texto: mayorías cualificadas, procesos agravados, intervenciones ex-

---

(4) Cfr. Loewenstein, Karl: *Teoría...*, *op. cit.*, pág. 199.



traordinarias, referéndums, etc. Este sistema, seguido mayoritariamente por su racionalidad intrínseca, es el que ha adoptado la Constitución española de 1978.

c) *Constituciones superrígidas*. Son aquellas que expresamente prohíben toda reforma. Ya hemos apuntado la dudosa eficacia de estas cláusulas que, como se ha encargado de poner de relieve la doctrina mejor fundada, pueden ser desvirtuadas por diversos procedimientos: bien ignorándolas, bien considerándolas como un simple deseo del constituyente sin fuerza vinculante, bien derogando primero el precepto que declara la inderogabilidad y una vez suprimido éste alterar el texto constitucional en el sentido deseado, etc. Recordemos, a título de ejemplo, que el art. 1 de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 declaraba que los principios contenidos en ella eran "por su propia naturaleza permanentes e inalterables".

## 2. *La mutación constitucional*

Supone un cambio en la configuración del poder político o en los mecanismos institucionales permaneciendo inalterado el texto escrito de la Constitución. El sistema constitucional puede alterarse radicalmente, sin tocar la letra de la Norma Fundamental, por obra de las leyes ordinarias, de las convenciones, de la interpretación jurisprudencial, de los usos constitucionales, de las reglas de la cortesía constitucional, etc. La mutación constitucional, en mayor o menor medida, se da en todos los Estados y, a través de un proceso lento, a veces insensible, puede transformar sustancialmente la fisonomía política de un Estado. Así, el fabuloso poder del Tribunal Supremo norteamericano (el "judicial review") se sustenta más que en el texto constitucional en una convención.

Cerrando esta breve digresión, que sin duda nos servirá para mejor entender toda la problemática de la reforma estatutaria, queremos apuntar que, aunque es lógico que en estos momentos iniciales del ejercicio del autogobierno la atención social se centró más en la dinámica que en la quiebra del Estatuto (quedando el tema de la reforma del mismo en un segundo plano), no se trata de un tema baladí, pues, como acertadamente se ha puesto de relieve, "en el fondo del sistema reformatorio anida la filosofía sobre el modelo autonómico instaurado por la Constitución" (5). A nuestro entender, el procedimiento de reforma no es sólo un *modus procedendi*, sino también y prioritariamente una garantía para cada uno de los Estatutos frente a las tentaciones leviatánicas del poder central.

---

(5) Cfr. López Menudo, Francisco: "Reforma del Estatuto" en *Comentarios al Estatuto de Andalucía*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Sevilla, 1981, pág. 343.

El Estatuto refleja el equilibrio de fuerzas existente al tiempo de su redacción, el "statu quo" de aquel momento, pero, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la realidad está en continuo e inexorable dinamismo, y en este sentido el procedimiento de reforma constituye el instrumento idóneo para adecuar el texto del Estatuto a esa realidad sociopolítica cambiante y a las necesidades técnicas que la práctica autonómica haya puesto de manifiesto.

La reforma de los Estatutos de las Comunidades que, como la de Baleares, hayan seguido la vía lenta a la autonomía (vía del art. 143) "se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica" (art. 147-3 de la Constitución). El sistema establecido se puede enunciar pues en los siguientes términos: 1º) la Constitución difiere a los propios Estatutos el establecimiento de un específico procedimiento de reforma; y 2º) cualquier alteración del texto estatutario requerirá el asentimiento de las Cortes Generales manifestado a través de una ley orgánica. Discrepando de ciertas interpretaciones que consideran imprescindible la concurrencia de la voluntad de la Comunidad Autónoma a través del procedimiento prefijado en su Norma institucional básica (6), creemos, con el profesor Muñoz Machado (7), que la Constitución faculta a los Estatutos para que establezcan un procedimiento especial para su reforma, pero no les obliga a ello, pudiendo, en teoría, renunciar a esta garantía de su autonomía aceptando el procedimiento general previsto para las leyes orgánicas.

Para concluir estas precisiones preliminares, centraremos nuestra atención en tres aspectos que estimamos de particular interés:

a) La primera cuestión que queremos plantear es la de determinar si los Estatutos de las Comunidades de segundo grado podrían, amparándose en la cláusula abierta del art. 147-3, exigir que la reforma de los mismos fuera aprobada en *referéndum* entre los electores inscritos en los censos correspondientes (8). Mientras que algunos autores se inclinan por aceptar esta posibilidad invocando "la libertad que al respec-

---

(6) En este sentido se pronuncia Josep Maria Quintana en su obra *el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares. Análisis jurídico y sistemático*, Consell General Interinsular de Baleares, Palma de Mallorca, 1983, pág. 58.

(7) Cfr. Muñoz Machado, Santiago: *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 306-7.

(8) Recordemos que este requisito, en virtud de lo establecido en el artículo 152-2 de la Constitución, tiene carácter preceptivo para los Estatutos elaborados por la vía del art. 151.

to establece el art. 147-3" (9), otro sector doctrinal estima que sería "poco consecuente" interpretar los preceptos constitucionales en el sentido de admitir que fuese más agravado el procedimiento de reforma de un precepto cualquiera del Estatuto, por insignificante que fuera, que el de aprobación del Estatuto entero (que, como sabemos, en las Comunidades de vía lenta no exige referéndum) (10).

b) Otro problema que hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio (B.O.E. 8-VI-1985), ofrecía un indudable interés era el de precisar si se podía interponer un *recurso previo de inconstitucionalidad* contra un proyecto de reforma de un Estatuto de Autonomía. El tenor literal del art. 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —hoy derogado— introducía ciertas sombras de duda en esta posibilidad, ya que parecía referirse exclusivamente a la aprobación de los Estatutos como un todo y no a las mutaciones parciales de los mismos. Sin embargo, nosotros entendíamos que era posible llegar a una respuesta afirmativa, en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, era manifiesto que los fundamentos teóricos que inspiraron la introducción de este recurso previo (11), a nuestro entender rozando la inconstitucionalidad (12), también se mantenían en pie en el supuesto de alteraciones parciales del texto estatutario. Por otra parte, de haberse negado esta posibilidad, se hubiera podido llegar al absurdo de considerar inadmisibles el recurso previo para reformas parciales que alterasen radicalmente el Estatuto y, en cambio, se hubiera admitido su interposición frente a un Estatuto redactado enteramente de nuevo pero siguiendo básicamente los principios del anterior. Es evidente que, de haberse admitido la solución que nosotros rechazábamos, se hubiera dejado abierta una amplia puerta a la picaresca jurídica (13).

c) Una última cuestión que estimamos interesante considerar es la de si es factible, mediante una reforma estatutaria, *reducir el ámbito de competencias* recibidas por la Comunidad Autónoma en el primer Esta-

---

(9) Cfr. Entrena Cuesta, Rafael: "Artículo 147" en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 1600.

(10) Cfr. Muñoz Machado, Santiago: *Derecho...*, op. cit., pág. 307.

(11) Cfr. Almagro Nosete, José: *Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 1980, págs. 350-355; González Pérez, Jesús: *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 269-274.

(12) En el mismo sentido se había manifestado el profesor Gregorio Peces-Barba Martínez en su libro *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, Fernando Torres editor, Valencia, 1981, pág. 220.

(13) En sentido análogo, aunque con algunos matices diferenciales, cfr. Muñoz Machado, Santiago: *Derecho...*, op. cit., pág. 308.

tuto aprobado. Entendemos que en virtud del principio dispositivo que rige en esta materia no existe inconveniente en admitir esta posibilidad, siempre que no se trate obviamente de una reforma emprendida al amparo del artículo 148-2 de la Constitución, que precisamente tiene por finalidad ampliar las competencias de la Comunidad dentro del marco establecido en el art. 149 (14).

## II. LOS DIFERENTES TEXTOS DEL ITER ESTATUTARIO

Para mejor comprender el largo, difícil y, en algunos momentos, crispado *iter* del actual Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, analizaremos los cuatro textos provisionales que jalónaron el proceso de elaboración del articulado definitivo y las modificaciones que progresivamente fueron produciéndose. Estos textos son: el Anteproyecto de Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares elaborado por la "*Comissió dels onze*" ("Comisión de los once") en abril de 1981; el Proyecto de Estatuto de Autonomía aprobado por la Asamblea de parlamentarios y consejeros interinsulares (7-XII-1981); el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados (26-I-1983); y el texto aprobado por el Pleno del Senado (17-II-1983) que, tras ser ratificado por el Congreso, pasó a ser la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares (BOE I-III-1983).

a) En junio de 1980 las fuerzas políticas de Baleares acordaron, sin prejuzgar la vía a través de la cual se accedería a la autonomía, constituir una Comisión (a nivel popular conocida como la "*Comissió dels onze*") con el objeto de redactar un Anteproyecto de Estatuto. Diez meses más tarde, en abril del año siguiente, la referida Comisión hizo entrega del texto elaborado al Presidente del *Consell General Interinsular*. En este Anteproyecto se dedicaban dos artículos (enmarcados en el título V bajo el rótulo "De la forma del Estatuto") al tema de la revisión estatutaria. El artículo 74 (actual art. 68) decía así:

"1. La iniciativa de la reforma corresponderá al Parlamento o al Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, a propuesta de una quinta parte de los Diputados en el primer caso, y a las Cortes Generales.

2. La propuesta de reforma requerirá en todo caso la aprobación del Parlamento de las Islas Baleares por mayoría absoluta y la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica.

(14) Cfr. Muñoz Machado, Santiago: *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 307-8.

3. En lo no previsto en este artículo se estará a lo que sobre este procedimiento dispone la Constitución”.

Dejando al margen algunas deficiencias de redacción, conviene retener que, de acuerdo con el primer párrafo del citado precepto, sólo estaban legitimados para iniciar el proceso reformador tres sujetos: el Parlamento autónomo, el Gobierno autónomo y las Cortes Generales.

El otro artículo que integraba el capítulo V, el 75 (finalmente excluido del texto definitivo), ofrecía la siguiente redacción:

“Cuando la reforma tuviere por objeto la simple alteración de la organización de los poderes de la Comunidad Autónoma y no afectara a las relaciones de ésta con el Estado, el proyecto de reforma se elaborará por el Parlamento de las Islas Baleares y pasará a consulta a las Cortes Generales. Si en el plazo de 30 días a partir de la recepción de la consulta prevista en el párrafo anterior, las Cortes no se considerasen afectadas por la reforma, continuará su substanciación por el trámite ordinario y será aprobada por ley orgánica de las Cortes Generales”.

Este anómalo precepto se inspiraba, con algunas deficiencias técnicas, en los correspondientes insertos en los Estatutos “especiales” ya aprobados (arts. 57 EC, 47 EV y 57 EG), e instauraba, frente al procedimiento de reforma ordinario del artículo anterior, un proceso especial, más flexible, para aquellas modificaciones que tuvieran por objeto “la simple alteración de la organización de los poderes de la Comunidad Autónoma” y no afectaran a las relaciones de la misma con el Estado. El procedimiento previsto era el siguiente: el Parlamento balear debía elaborar el proyecto de reforma, siguiendo posteriormente un trámite de “consulta” a las Cortes Generales. Si, en el plazo de 30 días a contar desde la recepción de la referida consulta, las Cortes no se declaraban “afectadas por la reforma”, ésta continuaba su “substanciación por el trámite ordinario”. Finalmente, era precisa la aprobación de las Cortes mediante ley orgánica.

En las Comunidades de primer grado, esta tramitación especial presenta dos diferencias sustanciales respecto al procedimiento ordinario. En primer lugar, se antepone el referéndum a la aprobación del Proyecto por las Cortes mediante ley orgánica; aspecto éste que en nuestra Comunidad, dada la inexistencia de referéndum reformador, carecía de trascendencia. La otra diferencia que en los Estatutos “especiales” presenta

este procedimiento peculiar es la desaparición del requisito de la mayoría cualificada en el Parlamento autónomo. Sin embargo, del tenor del art. 75 de nuestro Anteproyecto de Estatuto no se deducía que fuera ésta la *mens legislatoris*, puesto que, tras la fase de "consulta" a las Cortes, se preveía que la reforma "continuara su substanciación por el trámite ordinario" y, precisamente, dicho "trámite ordinario" era la aprobación del Parlamento balear por mayoría absoluta. Por otra parte, este precepto presentaba una laguna manifiesta, al silenciar los efectos que producía en el proceso reformador la declaración de las Cortes Generales de hallarse "afectadas" por la modificación emprendida.

En defensa de nuestros "legisladores preautonómicos" hay que decir, sin embargo, que la notable dosis de ambigüedad de que adolecía este precepto podía razonablemente achacarse a la indefinición con que, a causa de la ausencia de consenso, se inició el proceso autonómico balear, "sin prejuzgar la vía", como si tal circunstancia no determinara a todos los niveles el contenido de la Norma estatutaria.

b) En cumplimiento del art. 146 de la Constitución, el Presidente del *Consell General Interinsular* convocó la Asamblea de parlamentarios y consejeros que debía elaborar y aprobar el Proyecto de Estatuto. Dicha Asamblea, a pesar de las duras críticas que a su convocatoria dirigió Alianza Popular (15), se constituyó el 4 de diciembre de 1981, y tres días después aprobó el Proyecto definitivo. Como en el texto anterior, también en éste se dedicaban dos artículos al tema de la reforma del Estatuto. El art. 75 (ex art. 74) (actual art. 68) manteniendo inalterados los apartados 2º y 3º (16), mejoró sensiblemente la redacción del primero, que quedó así:

"1. La iniciativa de reforma corresponderá al Parlamento a propuesta de una quinta parte del total de los Diputados o al Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y a las Cortes Generales".

El artículo 76 (ex art. 75) seguía manteniendo su confusa redacción original.

c) El Proyecto aprobado por la Asamblea de parlamentarios y con-

(16) En los apartados 2º y 3º del entonces art. 75 se introdujeron algunas comas que, amén de facilitar su lectura, venían a perfeccionar la redacción inicial.

(15) Para un estudio de la polémica suscitada, cfr. Quintana, Josep Maria: *El Estatuto...*, op. cit., págs. 7-8.

sejeros fue entregado al Presidente de las Cortes Generales el 16 de diciembre de 1981. Un año más tarde, el 26 de enero de 1983, el texto fue aprobado por el Pleno del Congreso. El mayor rigor técnico de nuestros legisladores estatales se dejó sentir de forma beneficiosa en toda la redacción del art. 69 (ex art. 75) (actual art. 68):

“1. La iniciativa de reforma corresponderá al Parlamento, a propuesta de una quinta parte de los Diputados, al Gobierno de la Comunidad Autónoma, al Gobierno de la Nación y a las Cortes Generales.

2. La propuesta de reforma requerirá, para prosperar, la aprobación del Parlamento, por mayoría absoluta, y la de las Cortes Generales, mediante una ley orgánica.

3. En lo no previsto en este artículo, se estará a lo que sobre esta materia dispone la Constitución”.

Además de la indudable mejoría que experimentó la redacción de los tres apartados de este precepto, el aspecto más novedoso del texto aprobado por la Cámara Baja fue el de la ampliación del número de sujetos legitimados para iniciar la reforma estatutaria, concretamente extendiendo esta facultad también al Gobierno de la Nación.

Por lo que respecta al anterior artículo 76 (originariamente art. 75), debemos señalar que fue suprimido del texto aprobado por el Congreso. Lo cual, a tenor de todo lo que expusimos en su momento, nos parece una decisión notoriamente laudable.

d) Posteriormente, el texto fue remitido a la Cámara Alta, en donde recibió el respaldo de su Pleno en la sesión de 17 de febrero de 1983. Por lo que a nosotros nos interesa, debemos precisar que en esta fase el anterior art. 69, que ahora pasaba a ocupar el número 68, permaneció inalterado. Tras ser ratificado por el Congreso de los Diputados, el texto aprobado por el Senado adquirió valor definitivo.

### III. EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA DEL ESTATUTO EN EL TEXTO DEFINITIVO

Los artículos 68 y 24-6 de nuestro Estatuto (reproducidos y, en alguna medida, completados por los preceptos contenidos en la sección segunda —arts. 128 y 129— del capítulo tercero del título sexto del Reglamento Provisional del Parlamento de las Islas Baleares) establecen sintéticamente el procedimiento que, en su caso, deberá seguirse para alterar

las prescripciones de la Norma institucional básica de la Comunidad Balear. Para lograr una mayor claridad expositiva, distinguiremos tres fases en el procedimiento reformador establecido: iniciativa de la reforma; aprobación por el Parlamento balear; y, finalmente, aprobación por las Cortes Generales.

### 1. *Iniciativa de la reforma*

El Estatuto de autonomía, como cualquier ley, exige para su alteración una previa petición formal de determinadas personas o entidades manifestando su voluntad de iniciar los trámites reformadores. De acuerdo con el primer párrafo del art. 68 del Estatuto balear, la legitimación para poner en marcha el procedimiento modificador de las disposiciones estatutarias sólo se atribuye a cuatro sujetos: a) al Parlamento balear, a propuesta de una quinta parte de sus diputados; b) al Gobierno de la Comunidad Autónoma; c) al Gobierno de la Nación; y d) a las Cortes Generales. Cualquiera de estos colectivos puede, en un momento concreto, proponer una modificación total o parcial del Estatuto, ofreciendo, simultáneamente, un texto alternativo destinado a reemplazar el que se quiere sustituir.

En torno al tema de los sujetos legitimados, formularemos unas breves precisiones que juzgamos de interés:

a) En primer lugar, creemos que la legitimación otorgada por el Congreso de los Diputados al Gobierno de la Nación es discutible, como lo prueba su escasa aceptación en otras Comunidades Autónomas (17). Ello no obstante, hemos de añadir que tal facultad puede encontrar una cierta justificación en la necesidad de que el Gobierno pueda tomar la iniciativa en casos extremos. En cambio, lo que nos parece totalmente censurable es que no se haya reconocido esta facultad a un determinado porcentaje de Ayuntamientos de la Comunidad balear (18). Criterio que se nos antoja más acorde con el derecho a la autonomía que consagra el art. 2 de nuestra Ley Fundamental.

b) Por otra parte, a diferencia de lo que se preceptúa en el Estatuto de La Rioja (art. 42), en el que la legitimación se confiere al Congreso y al Senado como órganos diferenciados, en el nuestro quien posee la

(17) Además de en el Estatuto Balear, esta legitimación sólo está recogida en cinco Estatutos, concretamente los de Asturias (art. 56), La Rioja (art. 42), Murcia (art. 55), Castilla-La Mancha (art. 54) y Navarra (art. 71).

(18) La posibilidad de que la iniciativa de reforma parta de un determinado porcentaje de Ayuntamientos de la Comunidad afectada se reconoce en los Estatutos de Asturias (art. 56), La Rioja (art. 42), Murcia (art. 55) y Madrid (art. 64).



facultad de accionar son "las Cortes Generales" que, de acuerdo con el primer párrafo del art. 66 de la Constitución, "están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado". En consecuencia, la decisión que ponga en marcha el proceso reformador deberá ser conjunta, siendo insuficiente la decisión unilateral de una de las dos Cámaras.

c) El veinte por ciento de los miembros de la Cámara legislativa regional (19), como porcentaje exigido para iniciar el proceso de reforma, nos parece una cifra razonable, en la medida en que da opción a la oposición para incoar el referido proceso, con independencia claro está de la suerte que luego siga su propuesta (20).

d) Finalmente, debemos apuntar que la legitimación del Gobierno de la Comunidad Autónoma, recogida por otra parte en todos los Estatutos, encuentra su justificación en la elevada y activa función que este órgano desempeña en la nueva realidad autonómica española, ocupando una posición privilegiada para detectar las posibles deficiencias de la Norma estatutaria y proponer las modificaciones que estime oportunas.

## 2. Aprobación por el Parlamento balear

Cada vez que uno de los cuatro sujetos legitimados pone en marcha el procedimiento previsto en el art. 68, se somete a la consideración del Parlamento balear la propuesta de reforma. Esta, para prosperar, deberá obtener el respaldo de la mayoría absoluta de los diputados autonómicos (21). No es nuestro Estatuto un texto especialmente rígido, ya que

(19) En cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria segunda-b de nuestro Estatuto, el primer Parlamento de las Islas Baleares está integrado por 54 diputados: 30 elegidos por el distrito de Mallorca; 12 por el de Menorca; 11 por el de Ibiza; y 1 por el de Formentera. En consonancia con ello, en la actualidad el número de parlamentarios precisos para iniciar una reforma es el de once.

Un detallado estudio sobre las elecciones de 8 de mayo de 1983 puede consultarse en mi trabajo: "Las primeras elecciones al Parlamento balear" en *Revista de Derecho Político*, núm. 20, invierno 1983-1984, págs. 187-193.

(20) Exceptuando al Estatuto canario, que legitima al Parlamento autónomo sin precisar la fracción numérica necesaria y por tanto debiéndose entender que exige mayoría simple, en los otros Estatutos en que se reconoce la facultad de iniciativa a la Cámara legislativa regional se demanda un porcentaje de votos favorables que oscila entre el 20 (Cataluña, País Vasco, Galicia, Valencia, Aragón y Baleares) y el 33'3 por ciento (Andalucía, Cantabria, La Rioja, Extremadura, Madrid y Castilla-León). Los Estatutos de Asturias, Murcia y Castilla-La Mancha, siguiendo una vía intermedia, prescriben que la iniciativa corresponderá a una cuarta parte de los miembros de sus respectivas Asambleas legislativas.

(21) Mayoría absoluta quiere decir algo más de la mitad de los miembros del colectivo llamado a manifestar su criterio, y no, como algunas veces se ha dicho, la mitad más uno o el 51%. Cfr. López Guerra, Luis en la obra de varios autores: *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1982, vol. II, pág. 156.

una mayoría circunstancial (por ejemplo, la que votó la confianza al Presidente del Gobierno autónomo) puede aprobar una reforma propuesta por él mismo, prescindiendo de la oposición por importante que ésta sea, destruyendo de esta manera el difícil "consenso" logrado para aprobar el texto originario. Una mayoría de dos tercios, como la que se exige en los Estatutos de Cataluña (art. 56), Galicia (art. 56), Cantabria (art. 57), La Rioja (art. 42), Aragón (art. 61), Extremadura (art. 63), Madrid (art. 64) y Castilla-León (art. 43), o de tres quintos, como la demandada en los Estatutos de Andalucía (art. 74), Asturias (art. 56), Murcia (art. 55) y Valencia (art. 61), hubiera aportado una especial rigidez a nuestro Estatuto, evitando que un solo partido pudiera imponer su reforma al resto, aun cuando tuviera el respaldo de la mayoría absoluta del Parlamento (22). Este peligro de "revisión partidista" cobrará especial gravedad cuando exista coincidencia ideológica entre las fuerzas mayoritarias de las Cortes Generales y las del Parlamento balear.

A pesar de lo anterior, debemos precisar que el peligro denunciado se ve algo atenuado por la cláusula contenida en el apartado sexto del artículo 24 del Estatuto, de acuerdo con la cual para la aprobación de una modificación del Estatuto "será necesario que la mayoría suficiente (concretamente, la mayoría absoluta) se alcance, además, por el voto favorable, computado en forma separada, de los parlamentarios que representen, cuando menos, a dos islas diferentes". La finalidad de este precepto es obvia, evitar que la isla de Mallorca pueda imponer una reforma estatutaria rechazada por las otras tres islas habitadas del archipiélago balear.

### 3. Aprobación por las Cortes Generales

Finalmente, una vez que la propuesta de reforma ha obtenido el respaldo, de la mayoría absoluta de los diputados del Parlamento balear, es trasladada a las Cortes Generales, en donde debe ser aprobada mediante una ley orgánica. Este requisito, que se concreta en la exigencia de ratificar el texto presentado por "mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto" (art. 81-2 Constitución) (23), viene recogido en el inciso final del art. 68-2 de nuestro Esta-

---

(22) Aparte de en el Estatuto balear, la mayoría absoluta en el Parlamento autónomo sólo se exige en los Estatutos del País Vasco (art. 46), de Castilla-La Mancha (art. 54) y de Canarias (art. 63). Pero es que además el Estatuto del País Vasco no puede equipararse a los otros dos, ya que por mandato constitucional, al ser una Comunidad "especial", su proceso de reforma deberá culminar con un referéndum entre los electores inscritos en los censos de Euskadi, lo que le aporta una peculiar rigidez.

(23) Esta votación final del Congreso sobre el conjunto del proyecto ha de tener lugar antes de la remisión del texto al Senado. Si éste lo aprueba tal cual le fue enviado, queda

tuto. Sin embargo, hemos de recordar que el establecimiento de este trámite no dependía de la voluntad de nuestros "legisladores preautonómicos", puesto que el tercer apartado del artículo 147 de la Ley Fundamental, refiriéndose a los Estatutos de vía lenta, afirma que su reforma deberá ajustarse "al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica". Es pues una exigencia constitucional, para todos los Estatutos que han seguido la vía del art. 143, finalizar su procedimiento de reforma con una decisión favorable de las Cortes Generales, testimoniada a través de los trámites de una ley orgánica (24).

Al margen ya de las tres etapas que integran el procedimiento de reforma del Estatuto de la Comunidad Balear, queremos hacer dos puntualizaciones complementarias. En primer lugar que, en lo no previsto en el art. 68 del Estatuto, se estará, de acuerdo con el tercer párrafo de este mismo precepto, "a lo que sobre esta materia dispone la Constitución". Y en segundo lugar que, a diferencia de lo que acontece en otros Estatutos (25), en el nuestro no se ha introducido una cláusula prohibiendo que la propuesta de reforma que no logró prosperar sea sometida nuevamente a trámite hasta que haya transcurrido un año desde que fracasara el intento anterior.

---

listo para la sanción regia. En caso de que la Cámara Alta introduzca enmiendas o interponga su veto, después de los trámites preceptivos, deberá repetirse la votación del Congreso sobre el conjunto del articulado, exigiéndose nuevamente la mayoría absoluta. Cfr. López Guerra, Luis: *El régimen...*, *op. cit.*, págs. 156-7.

(24) Aunque el art. 152-2 de la Constitución, refiriéndose a los Estatutos "especiales", se limita a decir que "solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes", compartimos la opinión de aquellos autores (cfr. De Esteban, Jorge en la obra de varios autores: *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1982, vol. II, pág. 369; López Menudo, Francisco: "Reforma...", *op. cit.*, pág. 345) que no han dudado en afirmar que los Estatutos de las Comunidades de vía rápida también precisan para su alteración de una ley orgánica, ya que el mandato del art. 147-3, que como sabemos exige "en todo caso" la aprobación de la reforma mediante ley orgánica, también les es aplicable a ellos. En consonancia con lo anterior, los cuatro Estatutos que han alcanzado *ab initio* el techo competencial máximo han preceptuado dicho requisito como última fase de su proceso de reforma (arts. 56 EC, 46 EPV, 56 EG y 74 EA).

(25) Concretamente nos referimos a los Estatutos de Cataluña (art. 56), Galicia (art. 56), Andalucía (art. 74), Cantabria (art. 57), La Rioja (art. 42), Aragón (art. 61), Castilla-La Mancha (art. 54), Extremadura (art. 63), Madrid (art. 64) y Castilla-León (art. 43).

# TRES TIPOS DE REGLAS EN EL DERECHO (\*)

GREGORIO ROBLES MORCHON

En un libro reciente (1) comparo las reglas del Derecho con las reglas de los juegos. Esta comparación puede parecer sorprendente, pues es más usual comparar el Derecho con la Moral, los usos sociales, la economía, la política o la religión. Pudiera dar la impresión que mi comparación se sustrae a lo que es habitual en la Teoría del Derecho, y efectivamente esto es así si se exceptúa algunas referencias que han realizado autores pertenecientes, sobre todo, al área de la teoría analítica anglosajona. Sin embargo, aparte de que estos autores se refieren muy tangencial y brevemente a la comparación, mi enfoque se diferencia radicalmente del adoptado por ellos, pues mientras que su opinión se centra en resaltar la naturaleza esencialmente diferente de las reglas de los juegos con respecto a las del Derecho, para mí no hay tal diversidad desde el punto de vista lógico-lingüístico, que es, según mi opinión, el enfoque adecuado para analizar las reglas, sus tipos y sus relaciones. Esto no quiere decir, desde luego, que yo crea que el Derecho es un juego ni, por tanto, que desde otras perspectivas, como las que se centran en el estudio antropológico, histórico, sociológico o psicológico, mi comparación tenga algún valor. Es simplemente una cuestión que no me he planteado y que conscientemente he excluído de mi consideración. Exactamente igual sucede con el planteamiento axiológico, en cuyo seno no es comparable, ni de lejos, el Derecho con los juegos. Lo interesante de la comparación radica, como voy a tratar de explicar a continuación, en que introdu-

---

(\*) El texto recoge lo sustancial de la ponencia de apertura del Congreso II de Filosofía del Derecho celebrado en la ciudad de Querétaro (México) a comienzos de Junio de 1984.

(1) *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*. Palma de Mallorca 1984. Véase también *Norma y regla técnica*. Revista de la Facultad de Derecho en la Univ. Complutense de Madrid 1982, nº 67 y el *Prólogo de Epistemología y Derecho*, Madrid 1982, en el cual hago alusión a los tres tipos de reglas.

ciéndonos a través del método lógico-lingüístico nos capacitamos para comprender mejor la estructura formal del Derecho, al menos en lo que respecta a los tipos de reglas y a las relaciones que esas reglas mantienen entre sí.

Un juego puede ser estudiado desde diversos puntos de vista: causalista o genético, estratégico, teleológico y lingüístico. El enfoque genético se pregunta por las causas que dieron lugar al juego en cuestión y también por las que hacen que en la actualidad se siga practicando; asimismo, se cuestiona por los efectos que produce en el ser humano, tanto respecto de los propios jugadores como de los espectadores, y tanto atendiendo al hombre individual como a los grupos humanos de mayor o menor extensión o importancia. Esas causas y esos efectos pueden ser del más diverso género: sociales, históricas, psíquicas, culturales, etc., lo cual da lugar, obviamente, a diversos tipos de investigación: Sociología, Historia, Psicología, Antropología, etc. Pero estudiar las causas o los efectos de algo no es estudiar el algo aisladamente considerado.

El enfoque estratégico se cuestiona cómo actuar dentro del juego con objeto de conseguir el éxito, esto es, de ganar. Aquí tiene su lugar la llamada "teoría de juegos" que es una aplicación de la matemática a la estrategia de las decisiones y que ha sido aplicada a "juegos serios" como la economía. También este enfoque supone la existencia previa del juego, puesto que mal puede decidirse la estrategia si no se sabe las reglas que constituyen el juego y que hacen posible las jugadas concretas.

El punto de vista teleológico o finalista se plantea el problema de la finalidad, no del juego, sino de los hombres que en él participan, ya que sólo éstos se plantean fines. No existe algo así como una finalidad objetiva y trascendente "del" juego, sino más bien una pluralidad de finalidades por parte de los participantes, si bien en muchas ocasiones coincidan de hecho. Ni siquiera la finalidad de ganar es una finalidad objetiva del juego, sino en todo caso de los jugadores, y aún así no necesaria, ya que con tal de que se respeten las reglas necesarias del juego, es indiferente tal finalidad. Piénsese, por otra parte, en la dificultad insuperable que existe para conocer las verdaderas intenciones de los participantes. Quien juega con su hijo pequeño al ajedrez con objeto de que tome afición a este juego, para lo cual en ocasiones se deja ganar, a pesar de ello juega realmente ya que mueve las fichas de acuerdo con las reglas del ajedrez. Su intención es indiferente en orden a decidir si juega a un determinado juego, en este caso el ajedrez, o no.

Y, por último, el enfoque lingüístico concibe el juego como un *tex-*

to, producto de una convención entre los hombres. Estos se ponen de acuerdo en dirigir su acción bien por un texto ya creado bien por un texto que ellos mismos van generando con la práctica. Es indiferente que el texto esté escrito o no; lo importante es comprender que no hay medio de jugar si se desconoce el texto. Este, evidentemente, viene expresado y se concreta en las reglas del juego. Si pedimos a alguien que nos explique en qué consiste un determinado juego, nuestro interlocutor no hará otra cosa que decirnos cuáles son las reglas, especificando su contenido. La definición de un juego sólo es posible, pues, mediante la enumeración de sus reglas. Lo que un juego es, aquello en lo que consiste, no nos lo proporciona ni la explicación genética, ni la estratégica ni la finalista. Muy por el contrario, todas estas perspectivas suponen la preexistencia del texto, esto es, de las reglas. Junto a la pregunta acerca de qué es *un* determinado juego, está otra, consistente en cuestionarse qué es *el* juego en general. La primera atiende a los contenidos concretos de las reglas del juego en cuestión, mientras que la segunda no puede ser contestada atendiendo a contenidos de significado concretos, sino a la forma lingüística de las reglas que in genere componen el juego. Es la diferencia entre semántica y sintaxis. Al análisis sintáctico se le puede denominar también análisis lógico-lingüístico, ya que trata de entender las formas lógicas del lenguaje.

El planteamiento precedente es perfectamente trasladable al Derecho, respecto del cual puede hacerse uso de los enfoques metódicos mencionados. Y de igual manera, si deseamos saber lo que es un determinado orden jurídico, habremos de prescindir de las causas que lo motivaron o lo motivan y de los efectos que genera, así como de la estrategia de los diversos sujetos que actúan en su seno y de las finalidades transcendentales al mismo orden jurídico que aquéllos persigan. Esto no quiere decir que todos estos enfoques carezcan de relevancia. Por el contrario, hay que afirmar tajantemente que, en el marco de su cometido, no sólo son insustituibles, sino absolutamente necesarios para una comprensión integral del fenómeno. El problema planteado es muy otro, ya que no se trata de entender la pluridimensionalidad fenoménica que se manifiesta alrededor del Derecho, sino de definir este último captándolo en su estructura autónoma. Es lo mismo que sucede en el caso del juego. Un orden jurídico determinado es un texto, no siendo pensable de otra manera. No se trata del texto legal, ni siquiera del texto escrito. Texto es sinónimo de vehículo de comunicación entre los hombres. El Derecho es un texto, es decir, un vehículo de comunicación, cuya función inmanente es constituir y regular la acción. Ahora bien, como tal texto es siempre expresable en lenguaje oral y en lenguaje escrito. Queda así claro que el Derecho creado *por* costumbre es también texto. Un determinado or-

den jurídico es un texto determinado, esto es, un conjunto de expresiones lingüísticas a las que llamamos reglas, dotadas de especial significado. Llamamos regla a una expresión lingüística dirigida, por su carácter "vectorial", a orientar o dirigir —directa o indirectamente— la acción. Y de igual modo a como sucede en el caso de los juegos, podemos preguntarnos sobre un orden jurídico particular y sobre el Derecho en general. En el primer caso estamos ante la indagación de los contenidos de sentido de las reglas concretas que configuran un orden jurídico, mientras que en el segundo no nos interesa el significado de las expresiones lingüísticas de un texto, sino la forma lógico-lingüística de estas expresiones y su articulación en el todo que constituye la estructura básica de los textos particulares que "traducen" órdenes jurídicos particulares. Esta es, obviamente, la diferencia que hay entre el quehacer metódico de la Dogmática jurídica y el de la Teoría general del Derecho. Si es evidente, según lo dicho, que es imposible "definir" un orden jurídico particular haciendo caso omiso de sus reglas e introduciendo factores extralingüísticos, con mayor razón aún hay que afirmar que el concepto del Derecho sólo puede extraerse mediante el análisis formal o lógico-lingüístico, el cual prescinde de todo elemento particular para atender exclusivamente a lo general.

Todo intento de definir el Derecho atendiendo al conglomerado de causas que lo producen y efectos que él mismo genera, o a la estrategia de los individuos o grupos humanos que actúan en relación con él, o a los fines que esos mismos individuos persiguen, está condenado al fracaso, ya que todos estos enfoques suponen la previa existencia del orden jurídico; su objeto no lo constituye éste último, sino algo relacionado con él. El Derecho sólo puede ser definido por la vía de considerarlo como una convención entre los hombres. Dado que no hay manera de convenir sino por medio del lenguaje, la convención en que consiste el Derecho tiene también, necesariamente, naturaleza lingüística, es lenguaje. Precisemos algo lo que quiere decir aquí la palabra convención.

Por convención ha de entenderse la creación arbitraria (entendiendo esta última palabra en su sentido lógico y, por tanto, no axiológicamente) de un ente. Tanto en el caso de los juegos como en el del Derecho, el ente creado tiene una función inmanente que consiste en regular o dirigir la acción. El ente creado es un ente práctico. Si al ente le llamamos ámbito óntico, el resultado de la convención es un ámbito óntico-práctico. La convención puede producirse de hecho como resultado de la decisión unipersonal o pluripersonal, como producto de un conjunto de decisiones racionalmente planificadas o como derivación espontánea de un uso fáctico. El cómo se produce de hecho la convención es indife-

rente respecto de su configuración intrínseca. La convención ya convenida hay que separarla así tajantemente de la convención en su aspecto dinámico o convención *in fieri*. Es la convención ya acabada y consumada la que es lenguaje, la que es texto, siendo indiferente el modo de expresión de este último. No es necesario que se trate de lenguaje escrito. La regla generada consuetudinariamente es regla porque es expresada y expresable en lenguaje *como* tal regla. El texto que expresa el ámbito está formado por expresiones lingüísticas, cuyo sentido sólo puede comprenderse en conexión con el sistema total que representa el texto. Dado que la función inmanente de este último es dirigir u orientar la acción, aquellas expresiones tendrán obviamente idéntica función inmanente. A estas expresiones las denominamos reglas. Tanto el sistema como las reglas que lo componen son el resultado de la construcción hermenéutica sobre el material "bruto" del texto que expresa el ámbito. Aquí no nos ocuparemos de esa cuestión, pero es preciso tener en cuenta que el cometido de la Teoría general del Derecho sólo puede cumplirse sobre la base de operar con modelos ideales, gracias a los cuales será posible posteriormente la ordenación y recta comprensión del texto "bruto" en que se manifiesta un orden jurídico determinado. En este sentido, la Teoría general del Derecho es lógicamente previa a la Dogmática jurídica, ya que aquélla le proporciona el esquema formal que ésta ha de llenar de sentido atendiendo al texto jurídico concreto. Las reglas adquieren sólo su sentido en cuanto que están enlazadas entre sí configurando el sistema y, por su parte, este último no puede entenderse sino como el conjunto de las reglas. Una regla es, pues, una proposición práctica —esto es, dirigida directa o indirectamente a orientar o dirigir la acción— perteneciente a un sistema proposicional que expresa, hermenéuticamente construido, el texto "bruto" de un ámbito óntico-práctico. Una regla desligada del sistema deja de ser regla, para transformarse en otra cosa, como, por ejemplo, un ruego, un consejo, una orden, etc. Lo que diferencia a una regla jurídica de una regla moral, lúdica o de cualquier otro tipo es que pertenece a un sistema jurídico.

Teniendo en cuenta todo lo anterior podemos penetrar más fácilmente en nuestro tema. Para ello, sin embargo, se impone entender, aunque sea a grandes rasgos, cuáles son los elementos de todo ámbito óntico-práctico, con objeto de ver a continuación qué papel juegan las reglas respecto de ellos.

En todo ámbito óntico-práctico se dan determinados elementos sin los cuales es impensable la acción, que es el punto central del ámbito, ya que éste ha sido creado precisamente para constituir (en el sentido de crear) y dirigir la acción. Estos elementos necesarios de todo ámbito



óntico-práctico son: el espacio en el cual ha de tener lugar la acción, el tiempo durante el cual ha de producirse, los sujetos de la acción, las competencias respectivas de los mismos y los procedimientos que expresen la acción. Aquí no me detendré a analizar cada uno de estos elementos, sino que simplemente aludiré a algunos aspectos destacados que han de tenerse en cuenta en esta exposición.

Los cuatro elementos citados primeramente, esto es, el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias constituyen los elementos necesarios de carácter estático, mientras que el procedimiento es el elemento necesario de carácter dinámico. Los elementos necesarios estáticos no afectan directamente a la acción, pero sí indirectamente. Es imposible la realización de una acción perteneciente al ámbito si los movimientos correspondientes se ejecutan fuera del espacio y del tiempo establecidos, o por sujetos distintos de los establecidos convencionalmente, o más allá de las competencias que a éstos correspondan. Los elementos de carácter necesario que afectan sólo indirectamente a la acción son, por lo mismo, presupuestos de ésta, por lo que también pueden ser denominados condiciones de la acción. Forman la estructura óntica del ámbito. Por tanto, los elementos necesarios del ámbito pueden ser denominados también condiciones de la acción, presupuestos o condiciones ónticas o, simplemente, elementos ónticos del ámbito.

Respecto del procedimiento interesa destacar dos aspectos. En primer lugar, su carácter necesario. No podemos jugar a un determinado juego si no lo hacemos en el marco de los elementos ónticos y, además, haciendo uso de un determinado procedimiento. Exactamente igual sucede con el Derecho. Para que una acción sea "jurídica", esto es, pertenezca al ámbito óntico-práctico que es el Derecho, hemos de utilizar necesariamente un determinado procedimiento. Toda acción concreta perteneciente a un determinado ámbito óntico-práctico es la realización in actu de un procedimiento genérico. Ahora bien, el procedimiento genérico no es sino la acción genérica establecida convencionalmente por los creadores del ámbito. El procedimiento está necesariamente presente en la realización de la acción, precisamente porque aquél no es sino la acción genérica. A esta característica la he denominado carácter omnipresente del procedimiento. La idea usual, que vincula estrechamente el procedimiento a la actuación de los órganos jurisdiccionales, tiene que ser desechada como excesivamente restringida. Esto nos conecta con el segundo aspecto que quiero destacar aquí. El procedimiento es el elemento necesario de carácter dinámico del ámbito. Dicho carácter reside en que no es otra cosa que la acción en sí misma considerada, si bien aún no actuada; es la acción genérica. Dicho más brevemente: el procedimien-

to es la acción. El modo usual de expresión, según el cual mediante el procedimiento el agente consigue como resultado una acción, es erróneo, ya que confunde la acción con el resultado de la misma, la acción in fieri con la acción ya acabada y consumada. En rigor, hay que denominar acción al proceso dinámico y no a lo que de él resulta, que es el resultado de la acción.

Los elementos necesarios del ámbito óntico-práctico son, pues, de dos tipos (estáticos y dinámicos), caracterizándose ambos por ser expresión de la necesidad convencionalmente establecida. No son, pues, manifestación ni de la necesidad natural o causal, ni de la necesidad lógica. Necesidad convencional es la que tiene su origen en la convención.

Un ámbito óntico-práctico puede constituirse exclusivamente por elementos necesarios. Así sucede con determinados juegos que establecen el marco espacio-temporal, los sujetos, las competencias y los procedimientos. En el ajedrez, por ejemplo, estos elementos agotan el ser del juego en sí mismo considerado. Los deberes sólo tienen sentido en relación con el juego, con ocasión del mismo, pero directamente no dicen nada respecto de la acción de juego propiamente dicha, sino del comportamiento moral o cuasi-moral de respeto al contrario, no hacer ruido para distraer, etc. En el Derecho, las cosas son muy diferentes, ya que, como sabemos, en todo orden jurídico hay comportamientos debidos y comportamientos que constituyen infracciones, acciones lícitas y acciones ilícitas. El deber no pertenece al mundo de la necesidad, sino que se asienta sobre la posibilidad. Así pues, todo orden jurídico se caracteriza por ser un ámbito óntico-práctico en el que, junto a los elementos necesarios de carácter estático y dinámico, se establecen elementos posibles bajo la forma de la deonticidad.

Todos los elementos descritos se traducen en las reglas y sus diversos tipos. Como el ámbito es resultado de la convención, esto es, lenguaje, sus elementos no pueden ser generados sino mediante determinadas expresiones lingüísticas. A las reglas que crean los elementos ónticos del ámbito las he llamado reglas ónticas, a las que crean el procedimiento, reglas procedimentales o técnico-convencionales (para distinguirlas de las reglas técnico-causales y de las técnico-lógicas), y a las que expresan deberes, reglas deónticas o simplemente normas. El sistema jurídico es un sistema de reglas de diferente naturaleza lingüística, lo cual es obviamente el reflejo de los diversos elementos que lo componen. Es preciso hacer hincapié en la heterogeneidad de las reglas que componen el orden jurídico, la cual no sólo ha de entenderse en conexión con su distinta función dentro del sistema, ya que este criterio es insuficiente aisladamente

considerado, esto es, si no se le integra y se le dota de sentido por medio de la investigación de la diferente forma de expresión de las reglas. Puesto que éstas no son sino expresiones lingüísticas, su heterogénea funcionalidad ha de revelarse necesariamente en los tipos de proposición en que su verdadero significado se expresa. En el esquema propuesto en mi libro se realiza principalmente un análisis lingüístico de las reglas, pero sin olvidar su funcionalidad inmanente dentro del ámbito. La función inmanente de las reglas se refleja en su configuración lingüística.

Examinemos ahora brevemente los tres tipos de reglas antes mencionados: reglas ónticas, reglas procedimentales o técnico-convencionales y reglas deónticas o normas.

Reglas ónticas son aquéllas que *crean* los elementos ónticos del sistema, esto es, el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias. Su fuerza vectorial radica en que, mediante ellas, el creador o los creadores del ámbito generan los elementos necesarios de carácter estático del nuevo ente. Se expresan, o son expresables, mediante el verbo *ser*. Esto quiere decir que su verdadero significado, obtenido mediante la labor reconstructiva, es traducible mediante el verbo *ser* aunque en el lenguaje del creador (poder constituyente, legislador, órgano, etc.), esto es, en el texto "bruto" no sea así. Este no tiene, en la regla óntica, carácter descriptivo ni calificativo. No describe ni califica nada, puesto que la descripción y la calificación suponen la existencia previa de lo descrito o calificado. Por este mismo motivo, la regla óntica no es equiparable a la definición ni al acto de poner nombre a las cosas. Todas estas operaciones suponen la existencia previa del objeto de referencia, sea cual sea la índole de éste. La regla óntica no se refiere a una realidad preexistente, sino que crea ella misma la realidad.

En todo sistema jurídico son reglas ónticas:

a) Las reglas que delimitan el espacio del ámbito y que lo ordenan interiormente, tales como las que establecen los límites espaciales de los Estados federados, regiones o "nacionalidades" autónomas, provincias, municipios, y cualquier otra demarcación territorial. Asimismo, las que crean la capitalidad del Estado y las respectivas capitales de las diferentes circunscripciones territoriales, las que se refieren a la localización espacial de personas (domicilio), de órganos, etc.

b) Las reglas que delimitan el marco temporal de la acción, entre las que merecen particular atención las derogatorias; éstas constituyen un tipo específico de reglas ónticas ya que no van dirigidas directamente

a regular la acción sino que se limitan a señalar autoritariamente el fin de la validez temporal de otra regla o de un conjunto de reglas.

c) Las reglas que establecen autoritariamente *quiénes* son los sujetos de la acción jurídica, esto es, los sujetos de Derecho. Tanto los órganos como las personas han de considerarse sujetos, al entender esta palabra en su significación más amplia equivalente a sujeto de la acción jurídica. Las reglas que establecen los sujetos, al igual que las que delimitan el marco espacio-temporal de la acción, no son expresables sino mediante el verbo ser: indican creadoramente quiénes son sujetos de Derecho.

d) Por último, todas aquellas reglas que crean el marco material de actuación de los sujetos de Derecho, es decir, sus respectivas competencias. La palabra competencia ha de entenderse también en su significado amplio, como equivalente a marco de la acción potencial de los respectivos sujetos. Por tanto, la distinción entre competencia y capacidad de obrar en este contexto carece de sentido, ya que ser competente no puede querer decir otra cosa sino que se es capaz de realizar determinadas acciones, mientras que tener capacidad de obrar puede traducirse por ser titular de una determinada competencia. De igual manera, el concepto de derecho subjetivo, que tan polémico se plantea con frecuencia, tiene aquí su lugar, puesto que con esa expresión se está apuntando sencillamente a una determinada concreción de la competencia de un sujeto de Derecho. Dentro de este epígrafe de reglas se comprenderán, por tanto, las que fijan la mayoría de edad, las que establecen la capacidad penal u otros géneros de capacidad, como por ejemplo para contraer matrimonio o para celebrar determinados negocios jurídicos, y de igual modo, las reglas que delimitan la capacidad general señalando las incapacidades. Y también, por supuesto, habrá de contar aquí las reglas que delimitan las competencias de los órganos, tanto de los entes públicos como de los privados.

Pasemos al segundo tipo de reglas: las técnico-convencionales o procedimentales. Este tipo de regla ha sido desconocida por la Teoría del Derecho, hasta mi trabajo "Norma y regla técnica". Se la ha vinculado exclusivamente al mundo de la naturaleza, ignorando en absoluto otras posibles aplicaciones. En la concepción tradicional se denomina regla técnica a aquella que establece los medios necesarios para conseguir determinado fin, dejando bien sentado de antemano que tanto el medio como el fin son fenómenos naturales. La regla técnica, entendida de esta forma, no es sino una reformulación de la ley causal correspondiente. Así, si ésta señala que el calor (causa) produce la dilatación del metal

(efecto), la regla técnica se formula: si alguien quiere que se produzca la dilatación de un metal *tiene que* calentarlo. Este “tener que” expresa que la regla técnica no es ya una ley descriptiva, como la ley causal, sino prescriptiva, puesto que va dirigida a alguien que se plantea libremente la consecución de determinados fines. Además, el “tener que” se distingue del “deber” en que aquél es expresión de una necesidad insoslayable, mientras que el deber supone la posibilidad de la infracción. Si el sujeto incumple la regla técnica realmente no la infringe: lo único que sucede es que no alcanza el fin propuesto. Nadie podría decir: puesto que no he acercado el metal al calor, he infringido la regla técnica que dice que si quiero que el metal se dilate tengo que calentarlo.

A esta regla, conectada con la ley causal, la he denominado regla técnico-causal, con objeto de distinguirla de otros tipos de reglas técnicas: la regla técnico-lógica y la regla técnico-convencional. De igual manera que la regla técnico-causal es una regla de la acción que expresa un vínculo necesario entre el medio y el fin, así sucede en estos dos tipos de reglas técnicas: La regla técnico-lógica establece los pasos procedimentales —de carácter lógico— necesarios para que mi razonamiento sea correcto (naturalmente dentro de *una* lógica de la que se supone su idoneidad). Por su parte, la regla técnico-convencional establece cómo hay que operar necesariamente para que la acción pertenezca a un ámbito óntico-práctico. Ejemplo: cualquiera de las reglas de ajedrez que nos dicen *cómo* hay que mover las fichas. Si alguien quiere mover el alfil *tiene que* hacerlo en diagonal. No le queda otro remedio. Si no lo hace así, no infringe nada (la infracción supondría la realización de una acción de juego ilícita, pero al fin y al cabo acción de juego), lo único que sucede es que no juega al ajedrez.

En el Derecho las reglas procedimentales son reglas técnico-convencionales: establecen cómo el sujeto tiene que operar para que su acción sea “jurídica”. Si no lo hace así su acto no es nada desde el punto de vista del Derecho. Exactamente igual que no se produce el razonamiento correcto si se hace caso omiso de la regla lógica, ni tampoco tiene lugar el efecto físico hipotéticamente deseado si no se actúa la causa, el “efecto” de no actuar de acuerdo con la regla técnico-convencional es que no tiene lugar la acción propia del ámbito, la cual hubiera tenido lugar si el agente hubiera actuado en consonancia con el procedimiento.

Es preciso subrayar enérgicamente que en los ámbitos óntico-prácticos *toda* acción es expresable en un procedimiento, de tal manera que hay que rechazar la idea de que el procedimiento se vincula tan sólo a los órganos jurisdiccionales. El procedimiento, por el contrario, se ma-

nifiesta como *omnipresente*: una acción sólo es jurídica si constituye la realización concreta de un procedimiento. Es indiferente que la acción sea realizada por un órgano jurisdiccional, por otro tipo de órgano, o por un simple ciudadano. Si alguien quiere casarse tiene que cumplir determinadas formalidades y realizar determinados actos. Lo mismo sucede si un estudiante quiere matricularse en la Facultad de Derecho, o si quiere comprar una cajetilla de tabaco en el estanco de la esquina. El procedimiento será más o menos riguroso, dará lugar a más o menos dosis de libertad al sujeto de la acción, pero siempre existe como exigencia ineludible. Si no existe en un caso determinado, respecto de unos movimientos determinados, habrá que decir que estos movimientos no constituyen una acción jurídica, esto es, que no pueden ser "leídos" en el marco del ámbito óntico-práctico que es el Derecho. Será un conjunto de movimientos jurídicamente indiferente. Por tanto, todas aquellas reglas que señalan qué tiene que hacer el sujeto de Derecho para realizar una acción jurídica, de cualquier tipo que ésta sea, son reglas procedimentales de carácter convencional, esto es, reglas técnico-convencionales.

Las reglas técnico-convencionales o reglas procedimentales son reglas necesarias, ya que son ellas mismas las que constituyen o crean la acción genérica, que es el elemento dinámico del sistema, señalando los requisitos necesarios para que el conjunto de movimientos realizados por el agente pueda ser calificado de acción perteneciente al ámbito. Va dirigida al sujeto libre que se propone la realización de tal tipo de acción. Las reglas procedimentales son reglas directas de la acción, puesto que plantean una exigencia directa al agente. Esta exigencia tiene el carácter de "necesaria" y, por tanto, ineludible en el supuesto, claro está, de que el sujeto pretenda realizar una acción del ámbito. Lingüísticamente se expresan o son expresables mediante el verbo *tener que*, que, a diferencia del deber, no acepta la idea de infracción. Quien no realiza los movimientos exigidos por la regla procedimental, o dicho más ampliamente, quien no cumple los requisitos necesarios establecidos por ella, no infringe realmente nada; precisamente porque su acción no pertenece al ámbito. Para que una acción pueda ser calificada jurídicamente de "ilícita" es obvio que, primero, ha de ser una acción "jurídica", esto es, una acción perteneciente al ámbito óntico-práctico que es el Derecho. En este sentido, el delito es una acción jurídica, ya que es una acción no indiferente al ámbito; por el contrario éste contempla la acción de tal manera que, mediante otras reglas, impone a determinado órgano el deber de ordenar una sanción al sujeto imputable y a otro determinado órgano, el deber de realizar una conducta cuyo contenido es precisamente la imposición efectiva de la sanción.

La regla procedimental puede estar respaldada por una regla deóntica, o sea, por un deber, por ejemplo cuando existe en un orden jurídico determinado una norma que impone a un órgano el deber de cumplir las reglas procedimentales. En este caso es preciso distinguir nítidamente entre la norma que expresa el deber y el contenido de éste (o de aquella), que es obviamente la regla técnico-convencional. El órgano debe cumplir tales requisitos. La regla que expresa los requisitos ha de ser diferenciada claramente de la que expresa el deber. Pero no siempre la regla procedimental viene respaldada por la norma. Cuando el orden jurídico determina tan sólo los requisitos necesarios para que la acción de un sujeto pertenezca al ámbito, pero no impone —mediante una regla deóntica o norma— el deber de realizar tal acción, la regla procedimental es independiente del deber.

Las reglas procedimentales se asemejan a las reglas ónticas en que son reglas necesarias, ya que expresan una necesidad, las primeras de carácter dinámico y las segundas de carácter estático. La conjunción de ambos tipos de reglas constituye el entramado básico del Derecho, ya que sin reglas ónticas y procedimentales es impensable la acción del ámbito jurídico. Se diferencian, no obstante, entre sí en que mientras que las reglas ónticas son reglas indirectas de la acción, las reglas procedimentales son reglas directas, puesto que van dirigidas directamente al sujeto de la acción planteándole la exigencia.

Las reglas técnicas no pueden ser infringidas, aunque sí incumplidas o, mejor “no realizadas”. La no-realización de la regla técnica produce, como consecuencia, que lo que en principio habría que esperar que tuviera lugar en la realidad del ámbito, esto es, la acción perteneciente a éste, no se produce. Estamos entonces ante la nada jurídica, la acción es nula. La nulidad no es una sanción, sino la consecuencia de la no realización de requisitos que se exigen como necesarios.

Por último, junto a las reglas ónticas y a las técnico-convencionales o procedimentales, aparecen en el Derecho las reglas deónticas o normas. Llamamos reglas deónticas a aquellas que expresan un *deber*. El deber descarta absolutamente la necesidad, suponiendo la posibilidad, ya que implica tanto el poder realizar la conducta exigida como el poder no realizarla. La prueba la tenemos en que tanto la acción lícita como la ilícita pertenecen al ámbito. Con respecto a un deber jurídico, la conducta conforme y la disconforme son, a pesar de su inversa relación con el deber, conductas jurídicas, pertenecientes al ámbito que es el Derecho. A diferencia de las reglas ónticas y procedimentales, las deónticas no son reglas necesarias, ya que no expresan una necesidad. Sin embar-

go, se parecen a las reglas procedimentales en que son reglas directas de la acción, ya que van dirigidas inmediatamente al destinatario exigiéndole un comportamiento. La acción exigida por una regla deóntica es la conducta.

La norma es simplemente la expresión lingüística del deber, o dicho con mayor precisión: es el mismo deber expresado lingüísticamente. No es consustancial a la norma la previsión de una sanción o acto coactivo. Consustancial es tan sólo el deber, ya que la norma y el deber son la misma cosa. Que la coacción no es consustancial a la norma lo prueba la existencia de los ámbitos prácticos, como la Moral, en los cuales está excluida la previsión del ejercicio de la fuerza. Asimismo, en el orden jurídico nos encontramos con frecuencia ante deberes no vinculados a sanciones. A pesar de ello, dichos deberes son “jurídicos” ya que pertenecen al sistema que es el Derecho. El criterio de juridicidad de una norma no es, pues, la vinculación a una sanción, sino la pertenencia de la norma al ámbito que es un determinado Derecho positivo, generado, como hemos visto, por la convención. Aisladamente consideradas, las normas no presentan ningún rasgo caracterizante de su índole jurídica, moral, social, etc. La estructura de la norma es siempre la misma: expresión lingüística de un deber condicionado. En realidad decir deber “condicionado” es lo mismo que decir deber simplemente, ya que es impensable un deber incondicionado. La condición del deber se refiere, cuando menos, a los supuestos personales del destinatario y a la existencia del objeto de referencia del deber. Por ejemplo, el precepto “debes amar al prójimo” supone: primero, implícitamente, la aceptación por parte del destinatario de la autoridad que dicta el precepto (Jesús, conciencia personal, etc.) y además, obviamente, la existencia del prójimo. En rigor, dicho precepto debe ser formulado de forma muy distinta a la categórica: Si aceptas la moral evangélica como obligatoria (o bien, si aceptas la voz de tu conciencia como la voz de tu deber) y si existe el prójimo, debes amarlo. Puede objetarse que el prójimo siempre existe, pero esto no es impedimento —en el supuesto de que se aceptara que efectivamente siempre existe— para admitir el carácter condicional del precepto. Toda norma es hipotética.

También toda norma *jurídica* lo es. El problema es averiguar cómo el orden jurídico articula sus reglas deónticas y qué lugar corresponde a la sanción en la estructura general. Salta a la vista que todo orden jurídico prevé sanciones, y, por tanto, en este sentido, la coactividad es una de sus características. No obstante, hay que resaltar que ni las reglas ónticas ni las procedimentales son reglas coactivas, ya que la imposición de una sanción es completamente extraña a su naturaleza; respecto de



las reglas ónticas porque éstas no son reglas de la acción y, por ello mismo, no son susceptibles de cumplimiento ni de incumplimiento, de realización ni de no realización; y respecto de las reglas técnico-convencionales, porque son in infringibles, siendo el "efecto" de su incumplimiento la no consecución del resultado que se hubiera conseguido en el supuesto de haber actuado conforme a la regla, esto es, la nulidad. Por tanto, la coactividad del Derecho sólo puede comprenderse en conexión con las reglas deónticas, puesto que únicamente cabe imponer sanciones a sujetos infractores y sólo pueden existir tales sujetos infractores donde hay reglas que establezcan deberes. Sin deber no hay infracción, y sin ésta no hay sanción.

Pero en el Derecho no todas las reglas que expresan deberes están, a su vez, conectadas con sanciones. En todo orden jurídico existen preceptos que así lo demuestran. Por otro lado, es imposible conectar todos los deberes con sanciones, al menos en lo que se refiere a los órganos supremos de decisión, cuyos deberes jurídicos no vienen respaldados por sanciones, y ello por imposibilidad lógica. Toda esta problemática nos lleva a la cuestión de la estructura de la norma jurídica. Suele entenderse que la norma jurídica "completa" es expresable mediante la conexión de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica o sanción a través del nexo del deber (o deber ser). De esta forma: Si H es, debe ser C, siendo H el supuesto fáctico y C la consecuencia jurídica. Esta formulación es sumamente simplificada, además de plantear serios problemas respecto de la distinción entre normas "completas" e "incompletas". Dejaremos de lado este último problema (2) para centrarnos en la complejidad que encubre la fórmula simplificadora.

Bajo tal fórmula se esconde en realidad nada menos que tres reglas deónticas *distintas*:

- (N1) La norma de conducta
- (N2) La norma de decisión, y
- (N3) La norma de ejecución.

La norma de conducta es aquélla que expresa un deber dirigido a determinados sujetos de Derecho, que no tienen la cualidad de órganos, sino la de súbdito o ciudadano. Expresándola en forma hipotética: Si determinados ciudadanos cumplen determinadas condiciones entonces deben realizar determinada conducta.

---

(2) Véase a este respecto mi crítica a Kelsen en *Epistemología y Derecho* (Ed. Pirámide. Madrid 1982). Págs. 133-137.

La norma de decisión no va dirigida al ciudadano sino a un órgano, imponiéndole el deber de decidir. La decisión, objeto del deber del órgano, *puede* estar conectada con la norma de conducta, dirigida al ciudadano, en cuyo caso supondrá la infracción de ésta y se expresará como deber de ordenar —en determinadas condiciones— una determinada sanción dirigida contra el sujeto infractor. Pero puede suceder también que la norma de decisión no esté conectada con una norma de conducta, como cuando un órgano debe decidir qué deben hacer otros órganos o determinados ciudadanos en determinadas circunstancias. La norma de decisión, por tanto, no va necesariamente unida a la norma de conducta. A su vez, esta última puede, en determinadas ocasiones, no ir respaldada por una norma de decisión. El legislador, por las razones que haya estimado oportunas, ha impuesto un deber de conducta sin organizar ningún mecanismo decisorio posterior.

La norma de ejecución es aquella que expresa el deber del órgano de ejecución y cuyo contenido es el cumplimiento de lo ordenado por la norma de decisión. La acción que debe realizar el órgano de ejecución puede ser una sanción, aunque el concepto de ejecución no se agota, ni mucho menos, en el de sanción.

En la mayoría de los casos, el orden jurídico articula sus reglas deónicas de tal manera que los tres tipos señalados aparecen conectados entre sí. La característica de la coactividad se reduce entonces al hecho de que en todo orden jurídico existen gran cantidad de normas del tipo de las que llamo normas de ejecución, cuyo contenido se concreta en ordenar a un órgano un comportamiento consistente en el ejercicio de la coacción. El concepto de ejecución no se agota en el de coacción, ni éste se agota en el de sanción. Solamente porque hay, en el orden jurídico, normas de ejecución cuyo objeto es el ejercicio de la fuerza, decimos que el Derecho, a diferencia de otros sistemas de reglas que, como la Moral, no implican este tipo de normas, es un orden coactivo.

Son reglas deónicas, aparte de los tres tipos mencionados, las llamadas habitualmente “normas permisivas”, las reglas interpretativas y las reglas admonitivas. Toda “norma permisiva” es la expresión de un deber formulado de manera indirecta, naturalmente respecto de los sujetos a los cuales no va dirigido el permiso. Además, hay que caer en la cuenta de que la acción jurídicamente indiferente, esto es, aquella que no es la realización de un procedimiento jurídico, no es una acción jurídica y, por tanto, no está “permitida”. Lo jurídicamente indiferente está fuera del Derecho. Las reglas interpretativas son reglas deónicas dirigidas a orientar la actividad intelectual —consistente en la interpretación—

que acompaña a todo proceso de decisión. Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse, entre las reglas interpretativas, los siguientes tipos:

- a) Las llamadas “definiciones legales”.
- b) Las reglas que indican el sentido de una palabra o expresión.
- c) Aquellas que prescriben determinados cánones o métodos hermenéuticos, y
- d) Las que establecen la prohibición de determinados modos de interpretación.

En síntesis: el Derecho, desde el punto de vista formal o lógico-lingüístico, es un sistema de reglas de tres tipos diferentes: reglas ónticas, técnico-convencionales o procedimentales y deónticas o normas, las cuales a su vez son de tres clases: norma de conducta, normas de decisión y normas de ejecución. Las reglas ónticas se expresan mediante el verbo *ser* y su misión inmanente consiste en crear los elementos ónticos del sistema. Las reglas procedimentales son expresión del *tener que* convencional en que consiste el procedimiento que expresa toda acción perteneciente al Derecho. Y, por último, las reglas deónticas o normas son las que expresan el *deber*.

# LOS EMPRESARIOS ANTE LA ADHESION A LA CEE\*

CARLOS CORTES BELTRAN

Cuando se pidió mi intervención en estas Jornadas sobre la integración en Europa, estaba yo redactando el editorial del último Boletín del Círculo de Empresarios que, preeisamente, lleva por título "Europa y las Empresas" y cuya lectura considero que puede servirnos de introducción a este trabajo.

"La adhesión de España a la CEE está siendo recibida con unánime alborozo, fundamentalmente por lo que significa de ruptura con un aislacionismo político no deseado por la sociedad española, y de consolidación de un proceso de modernización, que incluye un reforzamiento de nuestra democracia, al insertarse en esquemas supranacionales. El Círculo de Empresarios ha tenido pronunciamientos claros al respecto.

Es obvio que esa unánime congratulación es fruto, ante todo, de una reacción como ciudadanos españoles, conscientes de haber alcanzado un objetivo perseguido con afán. Cabe preguntarse si, desde el punto de vista estrictamente empresarial, existe la misma unanimidad.

Si contemplamos lo que han sido las actitudes de las empresas españolas durante el largo periodo de negociación, podemos observar reacciones de muy distinto signo, no sólo en función de las perspectivas más o menos halagüeñas, según los sectores, sino, sobre todo, en función del talante de los empresarios. Y es también la diferencia de talante la que en estos momentos, en que la integración es un hecho próximo, da lugar a situaciones de optimismo o de temor.

Si hubiera que buscar un denominador común en las implicaciones que para las empresas españolas va a tener la integración en Europa, ha-

\* Conferencia pronunciada el 16 de mayo de 1985 en Palma de Mallorca dentro de las *Jornadas sobre la integración de Europa*.

*Cuadernos de la Facultad de Derecho, 11 (Palma de Mallorca, 1985).*

bría que hablar de un ensanchamiento de la competencia. No puede hablarse, pura y simplemente, de ensanchamiento del mercado, cuando es la competitividad la que va a determinar si el mercado de una empresa se agranda o se aminora. Y como elemento básico de esa competitividad aparecen la productividad y la calidad de la gestión empresarial, a las que el Círculo viene dedicando especial atención, desde la publicación, en diciembre de 1983, de un Boletín monográfico sobre "política de productividad".

Nuestra entrada en las comunidades europeas va a significar la desaparición de cualquier doble juego de quienes invocan la libertad de empresa, pero buscan el proteccionismo estatal. El reto de la competitividad es también el reto de la libertad. Y el auténtico empresario, el empresario inmerso en la cultura del riesgo, y no de la protección, es consciente del esfuerzo necesario para competir en un mercado más amplio, pero más duro. Al propio tiempo, la empresa española espera que la desaparición de la protección lleve consigo una paralela desaparición de la intervención.

Todo ello significa que vamos a asistir a un nuevo proceso de saneamiento empresarial, parecido al que ya ha producido la crisis económica que arrastramos desde 1973, y que no estará exento de consecuencias dolorosas; pero con un fortalecimiento final de aquellas empresas que no estén viviendo artificialmente y, sobre todo, con un fortalecimiento de la libertad empresarial.

El proceso de liberalización económica, que es un clamor entre los empresarios de todo el mundo y que se viene pidiendo insistentemente por nuestra Asociación, va a tener, pues, un nuevo hito con nuestra adhesión a la Europa comunitaria. He aquí un motivo más para congratularnos del éxito de las negociaciones, desde una óptica estrictamente empresarial, que viene a sumarse a la satisfacción que, como ciudadanos, sentimos todos los españoles."

Es obvio que en este momento los empresarios de todos los sectores están realizando un esfuerzo de profundización en los problemas concretos que la entrada en las Comunidades Europeas va a suponer para sus respectivas empresas. Dentro de estas Jornadas se han celebrado ya sesiones en las que, junto a planteamientos de carácter general, han sido analizadas las consecuencias de la adhesión sobre el sector turístico y la preocupante cuestión del IVA. En la mañana de hoy, lo que quisiera poner sobre la mesa son una serie de reflexiones, no tanto sobre problemas concretos de las empresas, sino sobre las actitudes con que los empresa-

rios se enfrentan a la adhesión y los retos que ésta entraña para ellos.

Si tuviese que definir en una frase cómo contempla el empresario español nuestra casi inmediata condición de Estado miembro de la Comunidad, me atrevería a decir que se contempla con elevadas dosis de ignorancia, temor ante los efectos e incertidumbre en cuanto a los resultados.

## 1. EL DESCONOCIMIENTO

La ignorancia es fruto de una múltiple coincidencia de factores, tales como:

a) La extraordinaria lentitud y parsimonia del proceso de negociación, que dió lugar a un alto grado de escepticismo. La historia de las relaciones hispano-comunitarias se ha desarrollado en el marco de una dialéctica de necesidad-imposibilidad y de necesidad-dificultad. Cuando se superó políticamente, gracias al restablecimiento democrático, la dialéctica necesidad-imposibilidad, caímos en la otra dinámica, necesidad-dificultad, que ha durado casi 8 años. No es, por ello, de extrañar que el escepticismo fuera la norma y el convencimiento la excepción.

b) Dentro de este marco de escepticismo, ocasionado por la falta de certeza, era normal que el empresario español no se preocupara por los aspectos concretos de los derechos y obligaciones que en su momento tendría que asumir. Más aún, sin certeza absoluta, podía constituir un serio riesgo tomar algunas decisiones empresariales en la perspectiva de la adhesión, si luego ésta no tenía lugar. (Pensemos, por ejemplo, en decisiones de empresas transformadoras de agricultura/electrónica/refinerías).

c) Por otra parte, se ha hablado mucho de los aspectos generales, políticos y macroeconómicos de la Comunidad, pero no se ha facilitado sistemáticamente la información operacional. No basta con que el empresario sepa que existen instituciones y/o proyectos políticos y económicos. Es necesario conocer el contenido de los Reglamentos, de las Directivas, el contenido preciso de los acuerdos suscritos por la Comunidad con terceros y que serán asumidos por España, y, en general, el conjunto de actos emanados de las instituciones comunitarias y que constituyen el llamado Derecho derivado.

d) Ya no es hora de conocimientos teóricos, ni de estudios sectoriales, sino de aplicación directa a cada producto de cada empresa de la ficha

de afectación, es decir, del conjunto de derechos y de obligaciones que van a pesar sobre cada producto. Esta información existe, sin lugar a dudas, pero la Administración no la ha difundido a tiempo, no la ha consultado antes de ultimar las negociaciones.

La ignorancia, por consiguiente, está bastante generalizada, salvo en honrosas excepciones.

## 11. *EL TEMOR*

El temor tiene sin duda buena parte de su origen en esa ignorancia de que hablamos. Pero es innegable que los datos que la realidad objetiva nos ofrece inducen, de manera lógica, al temor. Para comprenderlo, basta hacer un somero análisis comparativo de lo que es la economía española en relación con la de los países comunitarios, así como de las características de las empresas españolas en relación con la de ellos.

Veamos algunos datos que me parecen especialmente significativos: España, que va a suponer un 7,8% del PIB de la CEE, tiene una estructura de población activa en la que el 18,3% está en la agricultura, porcentaje sólo superado por Grecia y Portugal, y que contrasta con el 2,7 del Reino Unido, con el 5,5 de la República Federal de Alemania, con el 5% de los Países Bajos, con el 8,5% de Francia y de Dinamarca y con el 4,7% de Luxemburgo. La ampliación de la Comunidad supone pasar de un porcentaje del 7,5 en un sector primario al 9 en la Europa de los 12.

La dependencia energética con el exterior era en 1982 del 46% para el conjunto de los países comunitarios, mientras en España esta dependencia alcanza el 74,6%. La renta per capita neta, también referida a 1982, era de 7.777 ecus en la Europa de los 10 y pasará a 7.205 ecus con la ampliación, teniendo España una renta per capita de 4.655 ecus y de 2.781 ecus en Portugal. (La cotización del 25 de enero de 1985 era de 1 ecu igual a 122,89 pesetas).

Todas estas cifras, y sin citar el porcentaje de desempleo que alcanza una cota muy superior a la media de los países comunitarios, son suficientemente indicativas de una debilidad estructural que induce, lógicamente, al temor.

Si de las cifras globales de nuestra economía pasamos a analizar la situación de las empresas, nos encontramos con una estructura empresa-

rial española que se apoya en sectores básicos con índices de concentración muy dispares y, en general, inferiores a los normales en los países más desarrollados de la OCDE y en la media de la Comunidad Económica Europea. En concreto, las pequeñas y medianas empresas, consideradas como tales las de menos de 500 trabajadores, constituyen en España un 95% de las empresas que figuran en el censo industrial y ocupan a un 77% de la población activa. La empresa española emplea una media de 11 trabajadores, nivel sensiblemente inferior al existente en otros países europeos. También las grandes empresas españolas son más pequeñas que sus equivalentes en el Mercado Común; así, por ejemplo, en 1982, tomando como base la cifra de ventas, entre las 100 primeras empresas industriales de Europa, según datos de Fortune, sólo aparecían dos empresas españolas.

Posiblemente, los datos sobre el tamaño de nuestras empresas no son demasiado elocuentes a la hora de subrayar una posición de desventaja en relación con las empresas de los otros 10 países comunitarios. Hago esta reserva porque un momento en que los procesos de reconversión industrial y de ajuste del sistema productivo que han conocido en los últimos años la mayoría de los países, se traducen precisamente en fenómenos de desintegración y de constitución de medianos y pequeños núcleos empresariales, lo que en principio podría considerarse un debilitamiento, puede tornarse en un punto de partida favorable. Pero si al tamaño añadimos datos sobre la estructura financiera y coste de capital de nuestras empresas, sobre costes salariales y productividad, sobre rentabilidad (la rentabilidad financiera, es decir, beneficios después de intereses e impuestos sobre recursos propios, según los datos de la Central de Balances del Banco de España, es del 2,99%) se comprende que la debilidad estructural de nuestras empresas no es sólo la consecuencia de su dimensión.

### III. LA INCERTIDUMBRE

El temor del empresario surge, como decía antes, de la escasa información, de la fragilidad de nuestra economía y de nuestras empresas al entrar en un espacio económico sensiblemente más fuerte que el español y también de la incertidumbre en cuanto a los resultados. Las tres cuestiones están íntimamente ligadas. Las empresas no pueden prepararse ni acrecentar su capacidad de respuesta ante el reto comunitario si ignoran de una forma concreta y precisa cómo les va afectar el Acta de Adhesión.



Y éste es un tema muy importante.

Se ha hablado mucho de la Comunidad en términos genéricos. La Administración ha convocado reuniones también de carácter genérico. Pero la empresa española no conoce aún los detalles concretos, la lista de contingentes y de excepciones, etc., que se han pactado con la Comunidad.

No basta decir que la empresa española tiene que prepararse para la Comunidad, hay que facilitarle aquella información sin la cual toda preparación es estéril.

No deja de ser preocupante el que se diga que, incluso, parte del Tratado de Adhesión que se firme el 12 de junio puede ser redactado durante el período interino que va desde la firma hasta el 1º de enero de 1986. ¿Si desconocemos el contenido del Tratado, cómo nos vamos a preparar de forma eficaz?

Precisamente en base a estas consideraciones, no es hoy infrecuente oír a algunos empresarios la opinión de que, una vez firmado y ratificado lo antes posible el Tratado, fuese bueno demorar la adhesión efectiva hasta 1º de julio de 1986 o 1º de enero de 1987, a fin de tener un tiempo prudencial de conocimiento del Tratado y de preparación a su contenido. Es opinión que personalmente no comparto, pero quiero dejar constancia de que existen voces en este sentido.

Con lo dicho hasta aquí podría obtenerse la impresión de que la actitud del empresario español es negativa, y, sin embargo, no es ésa la realidad. La ignorancia y la incertidumbre son datos de los cuales hay que partir, y el temor es algo que, por ser inherente a cualquier tipo de riesgo empresarial, no significa una postura negativa o de pesimismo, sino de pragmatismo.

El empresario español sabe que se enfrenta a una serie de retos cuya superación puede suponer un paso gigantesco en la modernización de nuestro sistema productivo y, por ende, en el mundo de nuestras empresas. ¿Cuáles son estos retos? Quiero referirme a cuatro fundamentales: el reto de la libertad, el reto de la productividad, el reto de la transparencia y el reto del diálogo.

El empresario español se viene quejando de las rigideces que afectan a las empresas, singularmente en lo que concierne al funcionamiento de los mercados (mercado financiero, mercado de trabajo y mercado de

bienes y servicios). La entrada en la Comunidad va a suponer un proceso de liberalización económica que, en principio ha de ser bien recibido por quienes continuamente se quejan de aquellas rigideces. Entre las ventajas de esta liberalización podemos subrayar las siguientes:

a) Al adherirse España a la Comunidad van a desaparecer los obstáculos arancelarios y contingentarios que hoy encuentra la exportación española. Esta liberalización no será inmediata, sino progresiva, pero a lo largo del período transitorio también mejorarán las condiciones de acceso de los productos españoles en la Comunidad y, especialmente, de aquéllos que, como textiles, siderúrgicos o agrícolas, estaban sometidos a limitaciones cuantitativas o para aquéllos otros, como conservas, calzado, etc., cuyo grado de protección arancelaria o de discriminación frente a terceros es considerable.

b) Las empresas podrán programar con menores riesgos y efectuar economías de escala gracias a la nueva y mayor dimensión de mercado. La empresa española también podrá establecer más fácilmente acuerdos de cooperación con empresas de otros países comunitarios, gracias a las nuevas facilidades en materia de derecho de establecimiento, libre circulación de capitales y de personas.

c) También España podrá acceder con mayor facilidad a determinados mercados de países terceros que tienen lazos especiales o preferencias con la Comunidad. Me refiero, por ejemplo, a la vertiente africana que van a poder desarrollar las empresas españolas.

d) También conviene considerar las posibilidades que se abren de acceso a recursos financieros comunitarios y a los beneficios resultantes de hacer solidariamente con otros programas de reconversión o de reindustrialización compartidos.

e) En última instancia, y a pesar de los sacrificios que ello comporta, la modernización del tejido industrial español (gracias a la liberalización de nuestra economía y al afianzamiento de una economía de mercado, menos intervencionista y autárquica) contribuirá a plantear una estructura más sana y competitiva.

Ahora bien, al hablar de liberalización no estoy sólo refiriéndome a las ventajas que ésta va a representar, sino también a la exigencia de que las empresas españolas comiencen a ser coherentes con sus propios postulados. Es muy frecuente que aquellos que más abogan por márgenes

nes de libertad más amplios sean los primeros en las ventanillas de ayudas estatales y los que claman también por sistemas más o menos encubiertos de proteccionismo cuando se trata de competir a escala internacional. Precisamente por la necesidad de superar estas contradicciones he querido referirme a la liberalización como un reto, considerándola como un auténtico reto de la libertad en su más amplio sentido. Quienes somos contrarios a todo género de intervencionismo y de proteccionismo somos también conscientes de que este proceso de liberalización implicará un ajuste con consecuencias traumáticas a corto plazo; pero que será la condición inexcusable de un saneamiento y modernización estables de nuestro sistema productivo y de nuestra estructura empresarial.

Aludía, en segundo término, al reto de la productividad. Como anunciaba al principio, es ésta una de las cuestiones a las que el Círculo de Empresarios viene dedicando desde hace tiempo especial atención. No voy ahora a abrumarles con datos numéricos sobre la productividad en España, sensiblemente más baja que en la Europa de los 10, por no referirnos a su comparación con cifras de productividad de Japón y de Estados Unidos, país éste último que, sin embargo, ha estado seriamente preocupado por la tasa de productividad de los últimos años. Y, sobre todo, no quiero referirme a las cifras porque cuando hablo del reto de la productividad estoy aludiendo a algo que sobrepasa los límites de lo laboral y, como mantenía recientemente el Director de la Escuela de Organización Industrial, Cristian Sala, "está ligada más que nada a una actitud mental y sólo si se logra actuar sobre esta actitud mental, en algunos casos creándola y en otros potenciándola, tendremos un medio poderoso y estable para modificar los comportamientos que conduzcan a mejoras sostenidas de la productividad".

En mi opinión, nunca pondremos suficiente énfasis en que la cuestión de la productividad no es la pura obtención de un ratio de valor de la producción por hora trabajada, sino algo que afecta fundamentalmente al empresariado. En el trabajo que en este momento realizamos en el Círculo, hablamos siempre de la productividad y calidad de la gestión empresarial. Es preciso que el empresario tome conciencia, por una parte, de que la calidad del management es un factor determinante en la productividad global de nuestras empresas; por otra, de la necesidad de establecer los incrementos de productividad como uno de los objetivos específicos de política de empresa y de poner en marcha estrategias también específicas y adecuadas al logro de tal objetivo. En la actualidad, sólo una mínima parte de nuestras empresas tienen montadas tales estrategias específicas y, ante su carencia, ningún reproche puede hacerse a

los trabajadores cuando el propio empresario no ha tomado conciencia de su responsabilidad al respecto.

La productividad está en la base de la competitividad que necesitan nuestras empresas para actuar en ese nuevo escenario de la Europa de los 12. Recordemos que en los últimos informes sobre competitividad industrial elaborados por el European Management Forum, en una tabla ordenada de países según su competitividad, los tres primeros puestos los ocupan Japón, Suiza y Estados Unidos, y los cuatro últimos España, Turquía, Grecia y Portugal, en una clasificación que incluye a 22 países.

El tercer reto es el de la transparencia. Pocas cosas nuevas puedo descubrir, en cuanto a la idiosincrasia de la empresa española, durante tantos años viciada por hábitos de doble contabilidad, por un clima social de fraude fiscal y por toda una picaresca que va desde los impuestos a la Seguridad Social, pasando por irregularidades en la contratación y por manejos más o menos habilidosos en la obtención de recursos públicos. Afortunadamente, en los últimos años se ha producido una evolución netamente favorable en lo que concierne a la conciencia fiscal, a la veracidad de los datos contables y, podríamos decir, en resumen, a la seriedad en la asunción por el empresario de sus obligaciones sociales, jurídicas y fiscales.

Sin embargo, la encrucijada en que nuestra economía y buena parte de nuestras empresas se van a encontrar tras la adhesión a la Comunidad Europea puede ser un hito que signifique el reforzamiento de una economía sumergida hoy ya en continuo incremento por mor de las rigideces de nuestro mercado de trabajo, de la presión de las cargas sociales y de los índices de esfuerzo fiscal, concepto en el que, a diferencia de lo que ocurre cuando se habla simplemente de presión fiscal, España ocupa uno de los primeros lugares entre los países europeos.

El reto de la transparencia, a mi modo de ver indisolublemente ligada al papel de un país moderno, progresista y económicamente agresivo, como todos deseamos que sea España, debe estar unido a un esfuerzo colectivo para hacer posible el nacimiento de nuevas empresas en el marco de la más estricta legalidad, huyendo de soluciones al estilo italiano, en las que la desbordante realidad de una economía sumergida in crescendo acaba por concitar la connivencia de las propias autoridades económicas, cuando no su impulso y fomento, como es el caso en numerosas regiones italianas.

Un paso importante para que esta opción se haga en el sentido deseado ha de ser el acercamiento de los costes de nuestra Seguridad Social a los índices habituales en Europa. Es sabido que hoy la empresa española financia a la Seguridad Social en un 70%, frente al 47,3% que representa la media comunitaria. Si la aplicación del IVA, con sus consecuencias negativas a corto plazo, por cuanto se refiere al nivel de precios, no se utiliza por nuestras autoridades económicas para reducir, a través de los aumentos de recaudación, la carga que las empresas soportan de la Seguridad Social, estaremos en unas condiciones de competitividad en las que difícilmente podrá sobrevivir la empresa española.

Esta alusión al papel que la Administración tiene en el futuro de nuestras empresas me lleva al cuarto de los retos mencionados, el reto del diálogo. Es indudable que cualesquiera de las actitudes y retos hasta ahora citados tienen una relación inmediata con el entorno en que las empresas se mueven y al hablar de ese entorno no me refiero ya al marco comunitario, sino a la necesidad de que internamente el empresario español tenga un diálogo ágil con el resto de los agentes sociales.

Es preciso, en primer lugar, que nos apliquemos a fórmulas innovadoras en lo que concierne a nuestro modelo de relaciones laborales. No es posible hablar de incrementos de productividad ni hablar del factor humano en la gestión de la empresa si mantenemos un panorama como el que nos ofrece la realidad de los últimos años, con unas organizaciones sindicales clamando casi exclusivamente por incrementos salariales no soportables por muchas empresas y con una actitud escasamente solidaria con los desempleados, y por unas patronales obsesionadas por el despido libre, que es el que en muchos casos está de modo exclusivo en su mente cuando se habla con, mayor o menor eufemismo, de superar rigideces. Estimo que, sin menospreciar el papel legítimo de los sindicatos, hay que volver a fórmulas de diálogo en el seno de las empresas que eviten todo tipo de politizaciones y sean capaces de aunar esfuerzos de empresarios, directivos y trabajadores.

Será necesario, por otra parte, que ese proceso de liberalización en el que entramos se desarrolle en un clima de diálogo mucho más fluido que el actual entre empresarios y Gobierno, poniendo las exigencias de nuestra modernización y de nuestra potenciación económica por encima de intereses políticos o partidistas.

Tras este análisis somero de las actitudes que tiene y, a mi juicio, ha de tener el empresario en la coyuntura de nuestra integración quisiera

hacer referencia a otros dos aspectos. Me refiero, en primer lugar, a las empresas y la política regional comunitaria. Frente a los iniciales temores que, al estructurarse nuestro régimen de autonomías, tenían algunos empresarios por posibles repercusiones negativas en la unidad de mercado, hoy hay que reconocer que el acercamiento a los problemas de las empresas que las autoridades autonómicas tienen y el hecho de haber sido, unánimemente todos los Gobiernos autonómicos, impulsores de la iniciativa privada, contrastando con tentaciones de intervencionismo estatal, hace a las autoridades económicas de nuestras autonomías acreedoras de un reconocimiento por el empresario privado que contrasta con sus temores iniciales y con las quejas de dirigismo que tiene frente al poder central.

Por otra parte, ante las perspectivas de la política regional comunitaria, hay que considerar que nuestro sistema autonómico ha tenido un claro sentido de anticipación, y, si hoy no existiera el mapa autonómico español, tendríamos que inventarlo, cara a esa política regional de las comunidades europeas.

Junto a esta cuestión, quiero también subrayar otra oportunidad que, a mi juicio, la integración en la CEE va a impulsar decisivamente: me refiero a las relaciones entre el mundo económico y el sistema educativo. Cuando uno examina lo que se está haciendo en otros países de Europa por el acercamiento entre la empresa y la universidad, se da cuenta de que constituye éste también un capítulo en que el retraso en España es notable. El reconocimiento de que muchos de los problemas económicos tienen una profunda raíz cultural y de que el divorcio entre empresa y sistema educativo bloquea las posibilidades de superar aquéllas, es algo que no dudo se abrirá paso a medida que veamos los frutos que en otros países comunitarios está dando el acercamiento entre el mundo de la empresa y el mundo de la educación, y, singularmente, de la relación entre empresarios y universitarios.

Como se puede comprobar, cuando, en vez de tratar de los problemas concretos que la libertad de comercio, la unión aduanera o las políticas comunes representan para cada empresa o cada producto, analizamos lo que son problemas de actitud y de talante, podemos decir que no nos encontramos ante una problemática que sea específica o que específicamente dimane de nuestra adhesión a la Europa comunitaria. Más bien, en el panorama que he tratado de describir, nos encontramos problemas seculares de la empresa y del empresario españoles, cuya superación es condición básica de modernización y de competitividad. Y es que, en definitiva, éste es el gran esfuerzo a que las empresas españolas están

llamadas en un proceso de saneamiento, lento y costoso, que, estoy seguro, nos abrirá paso a una situación estructural de la empresa española y a unas características en el empresario capaces de contribuir eficazmente al crecimiento sostenido de nuestra economía y, con ello, al progreso económico y social al que aspiramos con ese paso de internacionalización que es formar parte de la Europa de los 12.

# UNA NOTA SOBRE LA DAMNATIO AD BESTIAS

GUSTAVO RAUL DE LAS HERAS SANCHEZ

El objeto del presente trabajo es el de realizar algunas consideraciones a propósito de la *damnatio ad bestias* en relación a la propia condición de los reos; no se trata, por tanto, de analizar cada uno de los diferentes aspectos que concurren en este tipo de suplicio, sino de éste en particular. Al respecto, el prof. D'Ors (1) viene a señalar que, a diferencia de los *noxii ad gladium ludii damnati*, los condenados a ser devorados por las fieras eran generalmente esclavos o liberos (2). Mommsen, al analizar la pena que nos ocupa, no aborda, sin embargo, este singular aspecto (3). Por su parte, Ferrini (4) tan sólo apunta que en el periodo imperial no se hace ninguna excepción para las mujeres.

La referencia del prof. D'Ors (5) se apoya en una disposición del emperador Constantino recogida en el Código de Teodosio (6), que en uno de sus puntos expresa: *servus vel libertate donatus bestiis primo quoque munere obiciatur, liber autem sub hac forma in ludum detur gladiatorium...* Disposición que, por cierto, se recoge también en el Código de Justiniano (7), aunque interpolada (8), *servus quidem vel libertate donatus bestiis subiiciatur, ingenuus autem gladio consumatur*. Pero los tex-

---

(1) D'Ors: "Epigrafía jurídica de la España romana". Madrid, 1953, 56.

(2) *Noxi = Noxii*, que aparece en la cita, no es término extraño al respecto e incluso calificaría a esta categoría: *Scrip. Hist. Aug.*, Hadr., 17, 12: *trescentos noxios... in harenam misit ad eius munera deridenda*; Suetonio, Nero, 12: *Munere... neminem occidit, ne noxiorum quidem*; en su acepción general *noxius* vendría a significar culpable o criminal: Cicerón, *de leg.*, III, 6; Livio, V, 11; C.9,4,1; 9,47,18,1.

(3) Mommsen: "Droit Penal Romain", III, París, 1907 (1898), 263-6.

(4) Ferrini: "Diritto Penale Romano". Roma, 1976, (1901), 150; publicado por vez primera en *Enciclopedia del diritto penale*, I.

(5) D'Ors, *loc. cit.*, cita igualmente D. 49,18,1 y 3, y *Pauli Sent.*, 5,23,1,15,17; 5,29,1; pero se refieren a veteranos, decuriones y *humiliores*.

(6) C. Th. 9,18,1.

(7) C.9,20,16.

(8) La razón sería la inexistencia ya en esta época de los juegos gladiatorios, por lo que la pena original vendría sustituida por la muerte a través de la espada (*ad gladium*).



tos aludidos, irrefutables, creemos que deben quedar circunscritos a un momento histórico y quizá, a falta de otros datos seguros, a un crimen determinado, el *plagium* (9).

Ahora bien, del análisis de otras fuentes, estimamos se pueden extraer datos suficientes para introducir algunas precisiones e incluso trazar una general evolución histórica en este punto.

Ante todo y poniéndonos de manifiesto las dificultades de una generalización, tenemos la contundente noticia de Suetonio (10): *Multos honesti ordinis deformatos prius stigmatum notis ad metalla et munitiones viarum aut ad bestias condemnavit...* No se trata aquí de esclavos y libertos sino, muy al contrario, de ciudadanos de honorable condición (*honesti ordinis*), los que en tiempos de Calígula fueron condenados a las fieras.

De igual forma, Tácito (11) nos relata cómo, en época de Nerón, los cristianos, que estarían integrados en todos los órdenes sociales (12), perecerían desgarrados por los perros. Y el mismo Suetonio (13) manifiesta, sin más distinción, que Claudio condenó a las fieras a los convictos de delitos particularmente graves.

De otro lado, en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (14), a través de un fragmento atribuido a Ulpiano, se señala:

*"Nam qui data opera in civitate incendium fecerunt, si humillimo loco sunt, bestiis subici solent, si in aliquo gradu... capite puniuntur"*.

Y en esta misma línea, en la que la *bestiis obiectio* parece circunscrita a los *humiliores*, viene corroborada para otros supuestos en las *Pauli Sententiae* (15):

*"... in honestiores poena capitis vindicari placuit, humiliores vero in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur"*.

(9) Incluso dentro de éste a una categoría concreta de plagiarios; cfr. Lambertini: *"Plagium"*. Milán, 1980, 178.

(10) Suetonio, *C. Cal.*, 27,3.

(11) Tácito, *Ann.*, XV, 44.

(12) Cfr. Nock = *"Religious developments from the close of the Republic to the death of Nero"*, en CAH, X, 503.

(13) Suetonio, *Claud.*, 14.

(14) *Coll. Mos.*, 12,5,1.

(15) *Pauli Sententiae*, 5,23,1 y 15-17; 5,29,1, referido al crimen *maiestatis*: *"... nunc vero humiliores bestiis obiciuntur... honestiores capite puniuntur"*.

Igualmente se aprecia en un fragmento del Digesto (16) atribuido a la obra institucional de Marciano y sospechoso de alteración formal (17):

“... nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliores enim solent vel bestiis subici, altiores vero deportantur in insulam”.

En cualquier caso, esta distinción entre *honestiores* y *humiliores* se aprecia en el terreno jurídico penal en época clásica avanzada (18) y, aunque tales categorías presentan límites imprecisos, parece que entre los *honestiores* se encontraban los senadores, caballeros, decuriones, veteranos y otros (19), con lo que la categoría de los *humiliores* sería necesariamente más amplia que la que constituirían los libertos simplemente.

A destacar también el texto atribuido a Gayo (20), en el que se precisa que pierden ciudadanía y libertad *qui ad bestias damnatur*. Y, de la misma forma, es interesante la referencia de Modestino (21), en el sentido de que tras la ley Petronia se quitó a los dueños el derecho de entregar a voluntad los esclavos para luchar con las fieras, pero, cuando se somete un esclavo al juez por una justa queja de su dueño, sí puede ser entregado para sufrir esa pena.

Debe tenerse en cuenta, así mismo, que esta pena no nos consta venga explícitamente nombrada en ninguna ley (22); por tanto, debe ser circunscrita a la esfera de la cognición magistratul, lo que aparece además de diversos datos, como el “*solent*” de D. 48,8,3,5 o la *Collatio*, del citado texto de Suetonio (23) o de las obras de los juristas clásicos en que aparece prevista (24).

(16) D. 48,8,3,5.

(17) Ver *Index Interpolationum*, III, Weimar (1935), 535.

(18) Ferrini, *op. cit.*, 129-30, para quien tal distinción, en cuanto a la diferencia de tratamiento penal, se establece después de Adriano y, en particular, después de Marco Aurelio; Cardascia = “*L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores*”, en RHD, 18 (1950) 305 y ss.; Brasiello = “*Honestiores e humiliores*”, en NNDI, VIII, 108.

(19) Brasiello, *op. cit.*, 108.

(20) D. 48,19,29.

(21) D. 48,8,11,1 y 2.

(22) Ferrini, *op. cit.*, 149.

(23) Suetonio, *Claud.*, 14, donde aparece precisamente como agravación de la pena prevista por las leyes.

(24) Calistrato, *de cognitionibus*, D. 48,19,28 y 15 o Ulpiano, *de officio proconsulis*, citado en n. 14.

De esta forma y atendiendo al tenor de las fuentes y datos de que disponemos, podríamos concluir señalando que con anterioridad al desenvolvimiento de la cognición extraordinaria en materia penal, la *datio ad bestias* sería, probablemente, una sanción o simple decisión adoptada en relación con los esclavos, y que tras la ley Petronia (25) debería aplicarse a éstos, tan sólo, en virtud de una decisión judicial. Posteriormente a tal desenvolvimiento se iría extendiendo en su aplicación a otros casos hasta llegar a la época del Principado, en que sabemos, por el testimonio de las fuentes recogidas con anterioridad, se aplicaba sin distinción alguna e incluso a personas de honorable condición. Más adelante y conforme se va operando la distinción, a efectos jurídicos-penales, entre *humiliores* y *honestiores*, la *damnatio ad bestias* se va limitando en su aplicación a la categoría de los *humiliores*, como aparece de los textos citados de Marciano, Paulo y Ulpiano (26). Línea esta que quizá se mantendría hasta el período justinianeo, pues de no considerar la disposición constantiniana del 315, recogida en los Códigos de Teodosio y Justiniano, restringida al ámbito del *plagium* entraríamos en contradicción con lo mantenido en el Digesto. Todo lo más se podría conjeturar que, a partir de Constantino, para algún supuesto, como el conocido del *plagium*, la *bestiis obiectio* se consideraría sólo con relación a esclavos y libertos.

---

(25) Mommsen, *op. cit.*, 264, considera esta ley como de época imperial, posterior a Tiberio.

(26) Fuentes citadas en notas 14,15 y 16.

# *METODO Y LIMITES DE LAS RELACIONES INDUSTRIALES*

*MANUEL GARCIA FERNANDEZ  
LUIS GABRIEL MARTINEZ ROCAMORA*

*SUMARIO: I. CONCEPTO. II. SUJETOS Y MEDIOS EN LOS SISTEMAS DE RELACIONES INDUSTRIALES. III. LOS MODELOS DE RELACIONES INDUSTRIALES. IV. COMPARACION DE SISTEMAS.*

## *I. CONCEPTO*

El estudio de las relaciones de trabajo puede realizarse desde dos perspectivas distintas: a) estudio jurídico de la norma laboral; y b) estudio normativo de las conductas.

La interacción social ha sido objeto de especial atención por parte de los investigadores estadounidenses (Parsons). Se da la circunstancia de que es en los Estados Unidos donde el liberalismo ha tenido un significado muy intenso y por ello la normación de las relaciones de trabajo fue casi inexistente durante largo tiempo o cuanto menos se aplicó a un conjunto de reglas jurídicas extraídas del Common Law y básicamente ideadas para relaciones contractuales patrimonialistas. Las reglas que se establecían para regular la prestación de trabajo se consideraban como reglas de hecho desprovistas de valor jurídico, al igual que en Gran Bretaña. Se hace necesario añadir, finalmente, que casi en paralelo a la elaboración de la denominada economía neoclásica en Inglaterra y Austria (Marshall, Menger), aparece en E.E.U.U. la escuela institucionalista de la mano de J.R. Commons, cuya investigación se centró sobre la organización de las relaciones económicas.

Los estudiosos norteamericanos investigaron el fenómeno laboral no como un proceso jurídico, sino como proceso social y económico con

*Cuadernos de la Facultad de Derecho, 11 (Palma de Mallorca, 1985).*

un enfoque de las relaciones de trabajo no conocido hasta el momento en Europa. Se trataba de un fenómeno científicamente pluridisciplinar, pues el conocimiento de las relaciones de trabajo se hacía desde las técnicas de investigación sociológica, conocimientos sobre organización del trabajo, técnicas de psicología industrial y también desde las técnicas jurídicas en la parte pequeña que les correspondía. El estudio, pues, de la regulación de las relaciones de trabajo se ha venido efectuando a través de la descripción de esa regulación como un sistema en el que interviene un conjunto de factores que se ven mediatizados por una situación general en la que se dan factores tecnológicos, criterios de distribución de recursos, etc. y sobre los que se proyecta el poder político en una determinada forma.

El estudio de este sistema se denominará, en palabras de J.T. Dunlop, "sistema de relaciones industriales dirigidas a regular la relación de empleo". El sistema de relaciones industriales consiste así en la regulación de la acción de los agentes y los medios de que usan en la regulación de trabajo, así como la relación que guardan entre sí esos agentes o actores con los medios que utilizan y ello desde diferentes perspectivas y con diferentes técnicas a fin de obtener una visión adecuada a la realidad de ese complejo proceso en que consiste la regulación de las relaciones de trabajo.

Hasta cierto punto, esta metodología de estudio de las relaciones de trabajo tenía que aparecer en espacios culturales en los que la normación jurídica del trabajo fuese un hecho puramente marginal. Desde una perspectiva jurídica como la continental europea, fundamentada en la regulación jurídica de los hechos sociales como punto de partida para el conocimiento de la realidad social, la metodología que hemos intentado describir había de tener —como era de esperar— un valor secundario. Para la mentalidad europea el conocimiento de la realidad laboral había de realizarse desde y a través de su disciplina normativa. Por ello la metodología que hemos denominado y descrito como "relaciones industriales" ha tenido un desarrollo tardío en Europa y cuando ha sido objeto de atención por estudiosos lo ha sido sólo en cuanto a aspectos parciales de esas relaciones, como la sociología del trabajo en Francia, o la psicología industrial en Alemania.

Las relaciones industriales nacieron fundamentalmente en los medios institucionalistas americanos y pronto se fueron incorporando como una disciplina normal en las Escuelas de Administración de Empresas y posteriormente en las Facultades y Departamentos de Economía aplicada. Ya hacia los años cuarenta existían departamentos e, incluso,

Facultades específicas de relaciones industriales, como en la Universidad de Cornell, que es la que publica la revista más conocida de la especialidad —*Industrial and Labor Relations Review*— o, también, en la Universidad de California, que publica otra revista de no menos abolen- go, la revista *Industrial Relations*.

En Gran Bretaña se dió una situación similar a la americana. De ahí que a partir de los años cuarenta se formasen en torno a la London School of Economics de Londres y a la Universidad de Oxford dos escuelas de ese tipo. Hay que señalar, sin embargo, que en Gran Bretaña el origen de estos estudios era más remoto, ya que los estudios sociológicos sobre el poder de los sindicatos y sus funciones económicas partían de la famosa Sociedad Fabiane, núcleo del que surgirá el laborismo inglés, y que estaba animado por los esposos Sidney y Beatriz Webb, autores de un clásico en la disciplina: *The History of Trade Unionism*.

Por el contrario, en la Europa continental ese estudio ha sido reducido y centrado en aspectos —como ya hemos señalado— parciales. Entre otros motivos porque en Europa prima cada vez más la disciplina jurídica de las relaciones de trabajo. Si hubo en Europa un desarrollo bastante completo del estudio de la acción del Estado sobre las relaciones laborales en lo normativo y en lo no normativo. Se trataba de una perspectiva distinta a la generalmente adoptada en el estudio de estas relaciones y que fué conocida como “Política Social”. La Política Social fué la contrapartida, hasta cierto punto, de las Relaciones Industriales en los países fuertemente influidos por la acción estatal en los medios laborales.

En España el desarrollo de las relaciones industriales como metodología ha tenido escaso predicamento. No existe ninguna obra teórica básica en este campo de la investigación social y no tiene reconocido ningún nivel académico. La obra de Dunlop, sin embargo, ha sido traducida al castellano (1).

Como *principales aportaciones del enfoque metodológico* de las relaciones industriales en el estudio de la realidad laboral podemos señalar las siguientes:

— Profundización en el estudio de la conducta de los sindicatos co-

---

(1) Traducción a cargo de Jordi Estivill, Ed. Península, Barcelona 1978.

mo sujetos económicos y como poderes sociales.

— El estudio del sector laboral como sector relacionado políticamente con el sistema general, o lo que es lo mismo, el estudio de las relaciones existentes entre el trabajo organizado y la política.

— Estudio de la negociación colectiva sindical y los conflictos laborales como procesos económicos. La Teoría Económica había profundizado en el estudio del salario como magnitud pero no en sus modos de determinación y en este sentido la contribución de las Relaciones Industriales ha sido notable.

— Planteamiento y estudio de las implicaciones laborales de la tecnología.

— Por último, y sobre todo, el estudio de las relaciones laborales en la empresa considerada como un colectivo social, fundamentalmente en lo que se refiere a las relaciones humanas, relaciones de conflicto, formación de grupos de intereses, etc.

## 11. SUJETOS Y MEDIOS EN LOS SISTEMAS DE RELACIONES INDUSTRIALES

Sujetos de un sistema de relaciones industriales son, en primer lugar, las *organizaciones de carácter gubernamental*, como detentadores del poder político y, por lo tanto, jurídico, en un determinado país, ya que la estructura del poder, su distribución y asignación del mismo en un Estado influye decisivamente en la organización de las relaciones laborales.

Lo son, en segundo término, las *organizaciones profesionales*. Todo grupo constituido, formalmente o no, que intervenga en la ordenación del trabajo. Tales son las asociaciones sindicales, las asociaciones de empresarios, comités u organismos creados entre diversos colectivos empresariales, grupos con cierto grado de coherencia que sean suficientemente efectivos. En este mismo grupo podemos incluir los partidos políticos y demás organizaciones políticas ya sea por confundirse con las mismas organizaciones sindicales o porque ellos directamente animan los movimientos laborales. Del mismo modo otra serie de organizaciones de diversa indole como clubs, etc. (2).

---

(2) En España, por ejemplo, asociaciones o clubs de empresarios que no tienen reconocida oficialmente una función en el sector laboral han ejercido una influencia notable en los comportamientos de organizaciones que sí tienen reconocida aquella función, vg. la Asociación para el Progreso de la Dirección o el Círculo de Empresarios. Por lo demás, esta característica es frecuente en los medios empresariales.

Por último, son sujetos los *empresarios* pues son unidades de decisión económica cuya acción afecta a una pluralidad de individuos considerados como tal pluralidad. Se deben señalar diferencias de grado entre este tipo de sujetos, que van desde la gran empresa, cuyas decisiones configuran en gran medida los sistemas de relaciones industriales, a la pequeña empresa cuya influencia es mucho menor en la configuración del sistema. Esa distinción, por cierto, entre grande y pequeña empresa tiene mucha significación en el campo de las relaciones laborales, probablemente más que en cualquier otro sector de las relaciones sociales y económicas.

En cuanto a los medios hemos de distinguir dos tipos que agruparemos bajo las denominaciones de medios en general e instrumentos utilizados por los actores del proceso industrial.

Los medios en general son los principios de convivencia comúnmente aceptados. Estos medios tienen una importancia extraordinaria para definir la naturaleza y la estructura de un sistema. Por ejemplo, en los Estados Unidos el liberalismo económico ha configurado decisivamente las relaciones contractuales entre empresarios y trabajadores (vg. libertad en la extinción de las relaciones de trabajo), las relaciones entre el sindicato, sus afiliados y los no miembros (y, la prohibición de las cláusulas de taller cerrado o "closed shop"), la organización del sistema de la Seguridad Social (vg. la falta de un sistema nacional de asistencia sanitaria por la oposición de las asociaciones de profesionales de la medicina), etc.

Los instrumentos utilizados por los actores son de naturaleza diversa: negociaciones colectivas con distinta eficacia según las legislaciones, decisiones estatales adoptadas por los órganos que integran el Estado según las asignaciones efectuadas a cada una de ellas, arbitrajes privados, etc. Normalmente cada actor tiene un instrumento a su alcance, el que corresponde a la naturaleza de su función y por el que canaliza su actividad. Así el Estado, las leyes y decisiones reglamentarias, los sindicatos, las negociaciones colectivas y la composición de arbitrajes privados, etc.

Las reglas establecidas por esos instrumentos condicionan un sistema de relaciones industriales. Así, por ejemplo, la estructura del salario puede influir poderosamente en el comportamiento de los sindicatos y en su relación con los no miembros (vg. la organización de las primas de asiduidad o asistencia, la importancia de los incentivos, etc.). Otro ejemplo significativo es el establecimiento de sistemas legales de limitación de las causas de extinción del contrato de trabajo, ya que la protección sindical del trabajador es menos necesaria y ello se refleja en el con-



tenido de las negociaciones colectivas. Y así podrían exponerse otros ejemplos.

### III. LOS MODELOS DE RELACIONES INDUSTRIALES

Lo que intenta estudiarse es la estructura de las relaciones industriales teniendo en cuenta que hay una relación o conjunto de relaciones entre los agentes y los medios utilizados. Esas relaciones se establecen en base a determinados criterios organizativos que constituyen los llamados *modelos de relaciones industriales*. Estos criterios organizativos vienen dados por diferentes causas y pueden encontrarse tanto en la distribución del poder político en una determinada forma, en el logro de una eficacia económica superior o, sencillamente, en un compromiso entre diferentes objetivos y las fuerzas que sustentan dichos objetivos. Pues bien, esos criterios forman principios organizativos que dan lugar a estructuras determinadas en los sistemas de relaciones industriales y que pueden ser objeto de comparación.

Se denomina modelo de relaciones industriales a una estructura de relaciones organizada de acuerdo con principios de los que se siguen determinadas formas de actuación. Naturalmente, los modelos son construcciones teóricas extraídas de los rasgos característicos que se derivan de un determinado principio organizativo.

La adscripción de un sistema dado a un determinado modelo está en función, lógicamente, de la aproximación de las características de este sistema a uno u otro modelo.

Las bases por el establecimiento de modelos de relaciones industriales son de dos tipos.

— En primer lugar, los espacios geográficos que dan lugar a los modelos nacionales, tales como el inglés, el soviético, etc. Más frecuentemente se utilizan espacios no nacionales, sino regionales. La diferencia entre una y otra región es evidentemente variada en especial en países con fuertes disparidades geográficas, tales como los Estados Unidos o la misma España.

— Más importante que la base geográfica para el establecimiento de modelos de relaciones industriales, son los modelos establecidos en relación a industrias específicas (producción de una determinada mercancía o mercancías sustitutivas). Los modelos resultantes son mucho

más variados y la operatividad de su uso es mayor y más fructíferos los resultados de la investigación.

— Con carácter general y acudiendo a un máximo de abstracción se habla, por un lado, de modelos autoritarios y, por otro, de modelos liberales. La diferencia entre ambos muestra la mayor o menor intervención del Estado en la organización de las relaciones de trabajo (3). También se suele hablar de modelos centralizados y descentralizados, en función del grado de participación que tienen las unidades menores de decisión en la configuración de un sistema de relaciones industriales (4).

#### IV. COMPARACION DE SISTEMAS

La aportación más interesante de la metodología de las relaciones industriales es la actividad comparativa de sistemas. La comparación proporciona la comprobación de proximidades y diferencias e incluso en ocasiones la "importación" de técnicas, lo que podría denominarse "tecnología social". El problema que plantea la comparación de sistemas es que deben tenerse muy en cuenta los criterios propios de la persona que realiza la comparación, pues su juicio será muy distinto según los valores que estime como prioritarios. Por ejemplo, las conclusiones a que puede llegar el investigador son distintas si se enjuicia una situación desde el principio "eficacia económica" o desde la consecución de "libertad política".

Esta afirmación puede ejemplificarse fácilmente. El cánón obligatorio por negociación colectiva, que deben pagar a los sindicatos todos los trabajadores a los que afecta un convenio colectivo negociado por éste, puede ser considerado por unos como un medio para consolidar la acción sindical y evitar las interferencias de organizaciones minoritarias, lo que es tanto como decir incrementar la eficacia de los sindicatos ya más implantados; sin embargo, otros pueden considerar que tal medida es un atentado contra la libertad sindical. Si se compara un sistema en el que dicho cánón existe y otro en el que no, las conclusiones serán muy distintas según la valoración previa que se haga de este dato, aun-

---

(3) La idea de modelo liberal es sustituida por la de modelo democrático. A nuestro entender la identificación de "liberal" y "democrático" es errónea.

(4) Un sistema centralizado sería el sueco y uno descentralizado el estadounidense, toda vez que en este último el 90% de la negociación colectiva se circunscribe a las empresas.

que la comparación se limitase a considerar la eficacia del sistema. Es evidente que para los segundos un sistema que sacrifica una libertad básica no puede considerarse eficaz. No se trata desde luego, de “prejuicios” sino de valoraciones inseparables de la investigación social.

Hay otros dos peligros graves en la actividad comparativa. En primer lugar la extrapolación, entendiéndose por ella la consideración de un sistema de relaciones industriales sin conocer y valorar adecuadamente el entorno social en que este sistema opera. Lo cual inevitablemente conduce a juicios erróneos. En segundo término, el desconocimiento o falseamiento —aún involuntario— de algún dato o datos relevantes que pueden afectar a todo el proceso. Lo cual induce también a resultados erróneos.

Sentadas estas premisas, es lo cierto que la comparación de sistemas tiene una gran utilidad en la medida en que puede facilitar el conocimiento de técnicas valiosas para la organización de las relaciones laborales en distintos países y la “importación” a la que aludíamos puede ayudar a un país mientras aquellas sean correctamente aplicadas en función de las circunstancias del país en cuestión y la naturaleza del sistema ya existente en el mismo.

# PROPRIETAS: UN CONCEPTO INDIVIDUALIZADO DEL PODER

JOSE MARIA ROYO ARPON

Lo que, a primera vista, llama la atención, al estudiar la evolución de los sentidos con que se utilizó la palabra «propietas», es que, de tener o ser usada, básicamente con el de *peculiaridad, cualidad perenne, estable*, —de alguna manera, esencia o esencialidad,— (1) pasó a dar nombre a una institución jurídica, desplazando en parte, y con el devenir del tiempo, en su práctica totalidad, a la acepción «dominium» que le precede en el tiempo, y con la que no le une ningún lazo etimológico, ni de evolución semántica: le va sustituyendo, sin más, de forma y manera que se asienta en la institución jurídica de la propiedad, y se constituye en solitario como fundamento y base del sustantivo que domina la institución en todos y cada uno de los lenguajes romances.

Cabría entonces pensar en un hallazgo semántico *ex novo*, una invención de un jurista genial que acierta con fina intuición y da en el clavo, visto el éxito de la voz «propietas» al cabo de los siglos. Personalmente no suelo creer en hallazgos geniales de una persona, y menos en cuestiones relacionadas con el lenguaje, que es más bien producto de una cultura asimilada por un pueblo en virtud y causa de las necesidades de identificación de conceptos, previo un terreno preparado suficientemente por el mismo devenir cultural en su más amplio sentido.

El terreno, —en el caso que nos ocupa el sociológico-económico—, estaba lo suficientemente abonado para que se ampliara la gama de sentidos de «propietas», y, por lo tanto, para una rápida y profunda implantación de lo que hoy denominamos derecho de propiedad (2). La etimología, la composición, y los usos previos del vocablo la predeterminaban a la traslación al campo de lo

---

(1) Liv. 45,30

Plin.

Quint. 8,2,1.

ID 10,1,21. Propiedades, como facultades de las hierbas, de las cosas, de las palabras.

(2) Curiosamente los juristas clásicos no nos han legado una definición del concepto derecho de propiedad, sea «propietas», sea «dominium» la palabra a definir.

jurídico, de forma casi natural, sin estridencias inventoras, sin genialidades que engrosaran el activo de tal o cual juriconsulto; y es que había llegado el momento de establecer distancias entre una variedad de conceptos o de situaciones que hasta entonces habían estado necesariamente, en un entorno aglutinado, alrededor de la voz «dominium».

Curiosamente se habla de «dominus proprietatis», para aclarar conceptos, en las ocasiones que pudiera haber confusión entre situaciones parecidas (caso de usufructo, en donde existe un «dominus proprietatis» y un beneficiario-usufructuario). Sin embargo, la complementación, —objetivación— del concepto «dominus», ni deja meridianamente claro el término, ni define el contenido del usufructo.

La variedad de posiciones del poder sobre las cosas, normalmente, es más rica en la realidad que la cantidad de voces que pretenden determinarlas y definir las. Así las posibilidades de poder primario y directo sobre las cosas, de entre la extensa gama que nos ofrece la realidad, podríamos clasificarlas en un primer estadio, así:

situación de poder de hecho, con posible trascendencia jurídica, y procesalmente protegida; —posesio

situación de poder de hecho por parte del Estado sobre los territorios conquistados, que, según la conocida tesis de Bonfante, equivaldría al concepto de soberanía: *dominium populi romani*. (*ager publicus*)

situación de poder jurídico de una persona sobre una cosa concreta.  
:dominium.

Pero es en la situación de poder jurídico de una persona sobre las cosas donde el concepto va quedando más y más indefinido, e incluso con contenidos contradictorios entre sí... Pero así como el conjunto en amalgama de coordinación funcional-económica que formaban las cosas integrantes del concepto «familia» se fue desmenuzando por grupos, —primeramente por especies (cosas, personas), y después por divisiones entre sí de las mismas cosas—, a su imagen, también se debe hablar de divisiones del mismo poder sobre las cosas, sobre una cosa: de poderes que se atribuyen, o se pueden atribuir a distintos sujetos; de distintas titularidades sobre una misma cosa. Así:

el titular de una servidumbre sobre una cosa  
el titular de un usufructo sobre la misma cosa.

Son poderes, ambos que merman el poder del «dominus».

Se habla entonces de derechos contradictorios, para cuya descripción semántica se prescinde de la voz «dominium» y se acude a la más genérica de «ius», adjetivándolo con el genitivo de la palabra que indicara el contenido del derecho contradictorio:

*ius servitutis*  
*ius usus fructus*. etc...

Al titular residual, es decir, a aquel a quien corresponde el «dominium», el poder mermado por la concurrencia de otros derechos de ejercicio sobre una cosa determinada, se le designa con el término, aparentemente confuso de «dominus proprietatis».

El por qué de la similitud de la voz «proprietatis», —palabra que existe ya en épocas anteriores y con diversidad de sentidos—, para designar la función del concepto «lo que queda» del «dominium» unitario sobre una cosa, en caso de coincidencia de derechos, se puede entender, evolutivamente, con el estudio de su etimología, y de los usos de las palabras que la componen:

«Proprietatis» es la sustantivación de «proprius», adjetivo que, como «peculiaris», —lo peculiar, lo propio—, se opone a «communis», lo común. Festus (3) nos dice que en la antigüedad tenía el sentido de «singulis», —aislado, singular—, y que fue reemplazado por «privatus». De esta serie de sentidos pasó con facilidad a sinónimo de «perennis» y «perpetuus», —perenne, estable, no cambiante—.

«Proprius», a su vez, proviene de «privo» —pro-prius—, derivado por su lado de «privus». En efecto, la «o» final habría sido absorbida por la «u» precedente, que tendería a vocalizarse por esa misma razón, diptongándose la «i» delante de la vocal formada, de donde «proprius» (4).

Sentidos de «privo»:

privar de algo; despojar; robar;  
con ablativo: liberar, librar de (5).

Sentidos de «privus»:

único; solo; singular (6).  
cada uno; individual (7).  
propio, peculiar, particular (8).

desprs morfológicas:

como sustantivo (privatus-i): hombre en la consideración de privado, de vida privada, opuesto, por lo tanto, a «magistratus» (10).

(3) Festus, 252,20: privos privasque antiqui dicebant pro *singulis* Ob quam causam et privatim dicuntur quae uniusquisque sint; hic et privilegium et privatum; dicimus enim privatum cui quid est *ademptum*.

(4) Existe una versión de Schulze y Wakernagel —pro patrios—, que no está suficientemente demostrada etimológicamente.

(5) Cic. Top. 11,48 *praepositio «in» privat verbum ea vi, quam haberet, si ea praepositum non fuisset*.

(6) Gell. 10,20,4: veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus.

(7) Liv. 7,27,2.

(8) Cato. R.R. 10,4.

Juv. 8,68.

Gell 11,16.

(9) App, de Deo Socr: 3p. 43,2.

(10) Plaut. Capt: 1,2,63.

Juv, 1,16.

como adjetivo (*privatus-a-um*):

- lo que está aparte del Estado, opuesto a «*publicus*» (11).
- peculiar; de uno mismo, en oposición a «*comunis*» (12).
- cosa aparte, aislada (13).

Dejemos sentado por el momento el hecho de que en la raíz de formación de «*proprius*», —*privo*, *privatus*—, se encuentra ya el sentido de «lo aislado», «lo separado de lo genérico», «lo peculiar».

Según queda dicho, «*privo*», en combinación con «*pro*», va a formar «*proprius*». «*Pro*», por una parte, como partícula inseparable, presenta una variada gama de funciones, posiblemente reconducibles todas ellas a una sola. Veámoslas:

*pro*: delante de (en sentido figurado)

en interés de  
a causa de  
en lugar de

sentidos todos  
opuestos a contra.

según, en la medida de, proporcionalmente a.

Podríamos plantearnos ahora cuál de las acepciones enumeradas es la que corresponde al «*pro*» de «*proprius*»; pero opino que la aparente variedad es tal, más en función de los diferentes contextos al ser traducidos a nuestros idiomas modernos y a nuestra más matizada mentalidad, que por diversidades en sí de la propia preposición, de forma que todas ellas son variantes de la acepción que a todas ellas engloba: «*como*», —*quintaesencia*, sentido el más genérico que a todas puede sustituir (14). Se puede adelantar, en su virtud, que el «*pro-de-privo-proprius*» habría de tener en sí su propia significación funcional-sintáctica que podría describirse con la perífrasis «en la consideración de...» sentido que lleva en sí misma (al menos etimológicamente) por el hecho de estar en composición, y que, naturalmente, habrá de quedar diluido o matizado tanto más en cuanto sea utilizada en frase cuya composición sintáctica modifique el significado intrínseco de la voz «*proprius*».

---

(11) *Caes. B.C. 2,32.*

*Cic. Phil. 11,10,25.*

*Cic. Iuv. 1,25,35.*

(12) *Caes. B.G. 4,1.*

*Cic. Off. 1,7,20.*

*Hor. C. 2,15,13.*

(13) *Cic. Quint. 4,15.*

*Caes. B.G. 1,5.*

(14) Correspondería al llamado caso «*esivo*» de algunos idiomas como el finlandés, húngar, lituano, estonés...

En cuanto a los sentidos y usos de la palabra «*proprius*» habrá que distinguir:

- que pertenece como propio; que no se comparte con los demás (15).
- que tiene una característica especial, peculiar (16).
- durable, estable, permanente (17).
- exclusividad de poder jurídico sobre algo (18).

Especialmente dignos de tener en cuenta en el estudio de la evolución de la palabra que nos ocupa (a lo que habrá que volver con posterioridad), como avance que son de los sentidos del resultante «*proprius*», a partir de «*privus*», son, en primer lugar, el de estabilidad, permanencia, durabilidad, en cuanto que serán características intrínsecas de la voz «*proprietas*». En segundo, el de exclusividad de poder sobre algo, porque nos acerca, sin utilizar el término más al uso en la época republicana, «*dominus*» «*dominium*», a lo que hoy llamaríamos derecho real de propiedad, si bien el contenido de ese «poder sobre algo» quede lo suficientemente desdibujado como para que no sepamos a qué derecho se está refiriendo, cuando atribuye a «*proprius*» la característica o el contenido de poder «*fruitur atque utitur*» («aquello que se usa y de lo que se asimilan los frutos»), que, aparentemente, se estaría refiriendo a un derecho de usufructo. Las otras acepciones, las de «peculiaridad e individualidad aislada» las toma del antecedente «*privus*».

Veamos, sin embargo, los usos diversos de la voz final de esta evolución, con la indicación previa de que no se trata sino de la sustantivación de «*proprius*», su abstracción, a imagen, y con la misma técnica de evolución etimológica, que el resultante «*dominium*» a partir del vocablo «*dominus*».

---

(15) Cic. Amer, 21.

Cic. Phil, 6,19.

Liv, 7,9.

Ov. P, 4,7,14.

Cic. Ros, Am: 5,2,150.

Cic. Or. 1,10,44.

(16) Cic. CM, 35.

Cic. Tusc. 2,43.

Cic. Sull.

Tac. A. 4,19.

Caes. B.G. 6,23.

(17) Cic. Sen. 9.

Lucil, 362,15.

Cic. Red in Sen: 4,9.

Cic. Hist. B. Aff. 32.

(18) Cic. Fam. 7,30,2.

Cic. Mart: 12,78,2.



Usos de «*proprietas*»:

- calidad, peculiaridad esencial (19).
- propiedad: facultad de las cosas y de las palabras.
- propiedad; derecho de. (acepción *postaugustea*) (20).

Acumulando ordenadamente los diversos sentidos de la palabra «*proprietas*» y los de sus antecedentes etimológico-componentes, se podría ya ahora dar una definición de lo que se entiende por «*proprietas*» en el momento en que aparece para dar nombre al derecho real preferente o más importante. Así:

Cuando se habla de «*proprietas*» hay que entender:

1º —Que existe una cosa liberada de un conjunto de cosas de las que conceptualmente (desde el punto de vista económico) formaba parte: cosa arrebatada de algo, de un grupo. Este sentido proviene de la voz «*privo*» (21).

2º —Como liberada, arrebatada de algún conglomerado de cosas del que forma parte por necesidad, se trata de una cosa singular, individualizada, con sus características peculiares; sentido este que le viene de las acepciones de «*privus*» (22).

3º —Consecuentemente, no pertenece al Estado o a cualquier otro tipo de comunidad; es decir: se trata de una cosa privada en el sentido actual del término, además de aislada, aparte. El sentido, el matiz le viene de la voz «*privatus*».

4º —Que tiene una característica especial, peculiar, estable y permanente, no compartida con las demás cosas, aunque sólo sea su ser, la única nota esencial que la distingue de las otras; sentido que le llega a través de la palabra «*proprius*».

El mismo razonamiento, las mismas consecuencias relacionadas en los cuatro puntos señalados, y por las mismas razones etimológicas, cabría desarrollar

---

(19) Cic. Ac. 2,18.

Liv. 38,17.

Plin. 13,22,41.

Liv. 45,30.

Quint. 8,2,1.

id 10,1,21. Propiedades, como facultades de las hierbas, de las cosas, de las palabras.

Suet. Galb. 7.

(20) Just. 27. D. 47,2,47.

Gai Inst. 2,20.

D. 7,4,2.

D. 7,1,13.

(21) Grosso: I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Torino 1944. Pg. 4

(22) Bonfante. Diritto romano. Firenze. 1900. Pg. 344 y sig. Corso di diritto romano, III, Diritti reali, 1933, pg. 8 y sig.

ahora sobre el concepto de *persona*, desde su consideración de individuo que formaba parte de una comunidad en colaboración necesaria con otros, hasta su concepción de persona individualizada, que actúa por sí sola; si se quiere, y con la acepción verdaderamente gráfica que caracteriza a las expresiones romanas, *persona «sui iuris»* (23-24).

Al poder sobre una cosa en la consideración de su aislamiento conceptual y de hecho, ejercido por persona asimismo «*privus*», (es decir aislada, no como parte integrante del Estado ni de otro tipo de comunidad: esto es, por ser él con sus particularidades esenciales que lo diferencian de las demás personas aunque sólo sea por su ser permanente) tendrá ya su acepción lingüística: «*dominium*» ejercido por un «*dominus*» individualizado. Pero es que las posibilidades de poder o de ejercicio del poder son varias, puesto que, aún siendo un todo unitario en sí mismo la cosa objeto sobre la que recae ese poder, visto desde el punto de vista del derecho, aparece la cosa como una gama de posibilidades de ejercicio:

— de hecho: y estaríamos, en principio, fuera del ámbito de lo jurídico, por mucha trascendencia jurídica que el concepto de la posesión pueda tener.

— sobre su uso y disfrute: estaríamos ante lo que la literatura jurídica llama «*ius usus fructus*», en el caso de que ese poder existiera en virtud de las características individuales, de las peculiaridades individualizadas de la persona que lo detente.

— sobre su utilización parcial y esporádica —*via, aquaeductus...*—, y nos encontraríamos entonces ante un caso de «*ius servitutis*» en razón y causa a las necesidades de utilización de otra cosa.

— sobre la característica más esencial de la misma cosa, es decir, su mismo ser, su existencia, al margen de consideraciones económicas de explotación-utilización como complemento de otras cosas o personas; estaríamos ante un caso a cuyo titular se le denominaría «*dominus proprietatis*», esto es: que tiene poder sobre la cosa desprovista (de «*privo*») de todas las características que no sean su propio ser como tal cosa individualizada, siendo él mismo individuo singular, no en su consideración de persona-parte de una comunidad o complemento de otros.

---

(23) Maggiore. L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno. Rev. Intern. de Filosofia del diritto. 1922.111., Mantiene que el proceso del derecho es un proceso de subjetivación, y en el sujeto tiene su asiento la distinción entre derecho público y privado.

(24) J.J. López Jacoiste. Concepto y método del derecho civil. Universidad Nacional a distancia. Madrid, 1966: El concepto de persona no ha sido elaborado por el derecho, pues el ordenamiento lo toma de la vida social. Si acaso, lo que el ordenamiento jurídico hace es transformar la concepción natural, a los solos fines de adaptarlo a las necesidades del tráfico jurídico, pero sin introducir ninguna variación sustancial de la noción presentada por la propia naturaleza.

Según lo argumentado, la palabra «*proprietas*», en principio utilizada como peculiaridad esencial, o facultad de las cosas, exige situaciones coincidentes en el tiempo, en la historia, para que se pueda entender en profundidad su (traslado) conceptual al mundo del derecho:

— La individualización, —privatización—, de las personas en toda su integridad, de forma que hubiera desaparecido su consideración como número—, *caput* (25) de un grupo.

— La posibilidad de utilización, —en su vertiente económica—, de las cosas, cada una de ellas como un todo en sí, —individualizadas—, aisladas de las demás con las que en otros momentos históricos pudo ser necesariamente considerada cosa en función de otras, —parte de un todo económico— para apreciarles un interés de producción (26).

— Previa las anteriores, la posibilidad de considerar a las cosas, sujetas a varias formas de poder; unas observadas con la experiencia de los sentidos (evidentes): usufructo (27) o servidumbre (y la eventualidad posible de que cada una de esas situaciones estén sometidas a personas individualizadas y diferentes); otra no evidente a la experiencia (28), meramente conceptual, por lo tanto, y que se podría definir negativamente con el resultado de restar al cómputo total de poder posible sobre la cosa conceptual, o de hecho, las posibilidades evidentes de acción sobre ella misma, las observables, sin que ello, en principio, quiera decir necesariamente que no son acumulables en la «*manus*» (y aquí la referencia toma múltiples significados de código lingüístico, siendo como es la palabra «*manus*» de la que designa en primer lugar el concepto de poder sobre las cosas y las personas en conjunto) de una sola persona (29).

---

(25) F. de Visscher. Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma Repubblicana. S D H I. 1957, pgs. 41-42: In breve, noi assistiamo ad una fase di organizzazione della proprietà ispirata da concezioni nettamente individualistiche. Questa fase essenziale nella storia della proprietà romana, noi l'abbiamo collocata, sulla base di criteri puramente tecnici, nella prima metà del secolo secundo o all'indomani della seconda guerra punica. Ora, gli storici sono unanimi nel considerare questo periodo come quello che segna una trasformazione radicale della società romana.

(26) R. Panero: Observaciones sobre el sentido originario de la *capitis deminutio*. Publicación Universitaria. Barcelona. 1976.

(27) Kaser. El concepto romano de la propiedad. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense de Notariado, recogida en Instituto Editorial Reus en 1968: «Pero el carácter unitario del poder sobre las cosas estaba tan acentuado en el derecho romano arcaico, que en esta época sólo se conoce un único derecho real, la propiedad, y que incluso los derechos que después se conocieron como limitativos de cosa ajena se diluyen en la propiedad».

(28) D. XXXI, 66,6 *usus fructus unim etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet.*

(29) D. XXIX, 5,1,1. *Ulpianus: Domini appellatione continetur qui habet proprietatem, etsi usus fructus alienus sit.*

Ciertamente, por lo que pudiera haber de reduplicación, la expresión «privata proprietas», —tanto desde el punto de vista de la cosa como el de la persona titular—, no aparece en los textos. Si se habla, sin embargo, de «nuda proprietas» como resto (*supra*) de poder conceptual ejercido por persona individual, con lo que se evita reiteración, sin sentido, de conceptos.

A partir de lo expuesto cabe sacar como apoyo marginal y de referencia, a título indicativo, y como argumentación, las consideraciones siguientes:

— la dificultad, en principio, de encontrar en la dogmática jurídica romana, una aproximación a una teoría de la representación, toda vez que en el tráfico jurídico las personas actúan individualizadamente—, «propriamente, o propriatadamente», si se me permite, «privata mente», de forma y manera que, aun actuando por mandato, el mandatario actúa y se obliga por sí (30).

— la resistencia del derecho romano en su globalidad a aceptar la ficción conceptual de las llamadas personas jurídicas, tanto como agrupación de personas, —sociedad—, —como conjunto de cosas—, —fundación—, toda vez que cada uno de los socios conserva las posibilidades de obligarse-responsabilizarse por sí individualizadamente, —propia mente—, (incongruencia con el objeto y fin económico de la sociedad), con respecto a la sociedad; y en lo que toca a la fundación, la dificultad estriba en la imposibilidad conceptual de distinguir en la persona administrador la individualización como persona distinta a la suya propia como tal (31). El que tenga que considerarse la organización de ambas «ad exemplum rei publicae», abunda en las dificultades que se apuntan sobre la identificación de su personalidad individualizada, y, por tanto, en su consideración clara de persona.

Digamos, resumiendo la serie de consideraciones hechas, que la voz «privata» representa la culminación de la desintegración paulatina de la «familia»:

— como aislamiento (desprendimiento) de las cosas, después de haberse considerado aglutinadamente como conjunto en colaboración, por necesidades de producción.

(30) D.L., 16,25. Paulo: Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia fructus nos domini pars sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse.

(31) D. XLI, 1. Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est, proprietas, adquiritur etiam ignorantibus.

— como aislamiento (desprendimiento) de las personas que componían la «familia», salvedad hecha de los casos en que persisten lo que ahora nosotros llamamos límites a la capacidad personal, y que no son otra cosa que dependencias subsistentes (familiares) en cuanto a la actuación con trascendencia jurídica de algunas personas (menores, mujer, pródigo...) en el tráfico jurídico (32).

### CONCLUSIONES

La voz «manus», que se erige en símbolo de poder, de fuerza sobre las cosas, sobre su disposición, sobre su uso, para su defensa, dio pie al concepto abstraído de «mancipium», concepto que lleva en sí el símbolo de fuerza de «manus», reforzado con la asimilación de «capere», en cuanto que lo determina como poder para sí»: poder de asimilación para sí de las cosas del mundo exterior.

Una cierta disección de «mancipium», a través de la comprobación de su etimología, de su función, de los usos, de las consecuencias de su utilización, nos da como resultado su composición: otros dos conceptos, asimismo con connotaciones de poder, que lo colman y lo determinan:

«Auctoritas».  
«Imperium».

Auctoritas es un concepto de referencia a los antepasados, que la misma cultura de la comunidad primitiva romana localiza en la persona que enlaza, por su posición, con el poder determinante del más allá (augur, auguria), y con los antepasados, de quienes la «auctoritas» toma su origen y su razón de ser. Esta referencia a lo divino (lo desconocido) y a los antepasados, se concreta prácticamente en el concepto de garantía de actuación que da el saberse acorde con la voluntad de las divinidades, por una parte, y de acuerdo con los criterios sociales de vida que los antepasados, en su casi mítico devenir, establecieron (fas est, ius est).

En la época precívica, la «auctoritas» se concreta solamente en la institución del «paterfamilias», única instancia de poder, que se erige en la conciencia cultural de la comunidad como el único enlace de garantía, el punto de referencia de la actividad individual o colectiva, el cauce para acomodarse a las prescripciones y determinaciones de divinidades y antepasados.

---

(32) *Fiscus principis «quasi propriae et privatae principis»*. D, 43,8,2,4., a distinguir del patrimonio particular como persona individual, y de «*Aerarium populi romani*», verdadero patrimonio del Estado.

La aparición de instancias de poder ciudadano-estatales, superestructurales, va a suponer el traslado paulatino de la «auctoritas paterna» a magistraturas y organismos públicos, en las facetas o vertientes políticas y de organización ciudadana, como asimilación conceptual del poder que otrora detentaba el «pater» sobre la estructura familiar. En tanto en cuanto la «familia» vaya dejando de ser agrupación autocrática (en los aspectos políticos y económicos), la institución «paterfamilias» irá cediendo su «auctoritas» sobre las personas y su organización, para ser paulatinamente asimilada por el «rex», primeramente; por los pontífices, los cónsules, el Senado..., etc.

Finalmente, a medida y forma que el «paterfamilias» se vaya despojando de su ámbito de poder sobre las personas en organización, se concretará, casi con exclusividad, en poder sobre las cosas: su «auctoritas» quedará reducida a garantía de disposición sobre las «res», en cuanto utilización de las cosas conforme a la tradición, o como aval de una adecuada utilización de las mismas (33).

«Imperium», como se ha visto, característica dinámica del concepto «manipium», se concreta originariamente en la posibilidad de hecho de aplicar, sobre las cosas y personas sometidas, diferentes medidas de actuación. Originariamente localizado en la institución del «paterfamilias», en su virtud, las posibilidades de éste podrían desglosarse así:

— De administración, organizando la conjunción de bienes-personas, de modo que se asegure la sobrevivencia de la comunidad; lo que conlleva:

Localización del territorio de asentamiento más idóneo, y determinación de la proporción conveniente.

Organización de la fuerza del trabajo, y proporcionalidad a las posibilidades territoriales.

Determinación de las actividades económicas de acuerdo con una técnica precisa, que proporcione seguridad a la comunidad familiar.

Decisión sobre los criterios de seguridad alimentaria y su reparto.

— De defensa, organizando y accionando mecanismos de protección de la comunidad familiar ante las eventualidades exteriores.

— Jurisdiccional, dirimiendo los desacuerdos y confrontaciones internas de las personas que forman la comunidad.

---

(33) De las varias definiciones que a lo largo de la historia se han ido dando del concepto de propiedad, la que se acercaría más a lo que se ha expuesto es la que da Brinz, y que recojo de la *Obra de Scialoja Teoría della Proprietà*: «La propiedad es la unión jurídica de una cosa corporal con una persona, unión que infunde carácter jurídico al cuerpo natural, llegando así a ser una cualidad de la misma cosa».

Asimismo, ver:

— M. Villey: *On sens de l'expression «jus in se» en droit romain classique*. *Revue Internationales des droits de l'antiquité*. III, pgs. 417-436.

Gran parte de las posibilidades de actuación relacionadas, —paralelamente a la traslación del concepto de «auctoritas» a los organismos y magistraturas públicas—, van a ser poco a poco asimiladas por las instancias de poder, diríamos hoy «ejecutivas», a medida que vayan perdiéndose su localización en la institución «paterfamilias».

El desmembramiento paulatino de la «familia» va a ser paralelo a la configuración de la ciudad-estado, de manera que la consideración de «familia» como agrupación de personas que viven y se surten de un mismo territorio, va a ser adquirida por la agrupación más amplia, la ciudad, organizada a imagen de la «familia», en cuanto a la determinación del poder en su justificación y en su ejercicio.

Así, pues, el «imperium» del «pater» en época cívica, se va a concretar únicamente en el poder sobre:

- La mujer.
- Descendientes-asimilados.
- Disposición sobre las cosas.

Ambos conceptos, que incluyen y colman el de «mancipium», en un estadio intermedio entre la organización familiar y la ciudadana, va a pasar por una fase (*consortium inter fratres*) en la que ambos son compartidos en su totalidad por los miembros de la comunidad («ercto non cito»), por los descendientes de un mismo «paterfamilias» ya muerto. El poder sobre las cosas y las personas que conforman la «familia», en las ambas facetas de «auctoritas» e «imperium», se van a localizar en cabeza de cada uno de los miembros (*fratres*), con toda la extensión de poder que cada uno de los dos conceptos lleva consigo, solamente limitados por un cierto derecho a veto (*ius prohibendi*) de cada uno sobre los demás «*condomini*».

La situación del «*consortium inter fratres*» tiene, por otra parte, su paralelo en las áreas de poder cívico-estatales, sobre todo en las bifrontes (el consulado, el tribunado), cargos cívicos duales, con poder ilimitado en sus funciones, pero limitado en consideración a la misma dualidad: posibilidad de veto (*intercessio*) por parte de la otra persona que ostenta el cargo magistratual.

En razón a su situación geográfica de «familia» sometida a los varios poderes ilimitados de cada uno de los condóminos, —según se encuentre cercana o alejada a las áreas de mercado—, se va a mantener la unidad familiar, o se va a dividir, en tantos grupos como miembros «*consortes*» haya (*supra*).

Desde otro orden de cosas, la voz «*mancipium*» sigue otra evolución de diversificación: lo que en principio se entiende como poder indeferenciado sobre la totalidad unitaria de personas y cosas que a él le están sometidas, y por la misma diferencia sustantiva, sustancial, de cada uno de los objetos sometidos

a ese «mancipium», va a ir especializándose, y tomando contenidos acordes con el objeto sobre el que recaiga; se va a diversificar en la forma de sometimiento de cosas diferentes, en virtud de su diferencia.

La diversidad en la forma de ejercicio del poder sobre cosas y personas esencialmente diversas, es obvia, y por esa razón, a través de mecanismos que la moderna lingüística estudia para entender la propia formación del lenguaje (34), lo que originariamente designaba un poder indeferenciado sobre una totalidad en virtud de su consideración unitaria (la «familia»), se va a concretar en acepciones diferentes, específicas, acordes con el concepto sometido.

Así:

— El poder sobre la mujer se mantiene en su acepción más originaria y simbólica: manus.

— El poder sobre los «filii» se remite a otro vocablo, «potestas» que lleva en su misma configuración el concepto de poder, adjetivándolo, en buena lógica, con una referencia que localiza el objeto de sometimiento: «patria». «Patria potestas», —palabras ambas concomitantes con la raíz «pot» (poder, posibilidad)—, centra el concepto de poder sobre los «filii».

— El poder sobre «lo demás» (esclavos, animales, cosas, y la tierra, por supuesto) se encauza, de forma original en Roma, en tanto en cuanto no hay paralelismo filológico en las áreas lingüísticas indoeuropeas, a través del concepto «domus»; se habla entonces, de «dominus», como metáfora de «el señor de la casa», en principio como sinónimo aparente de «pater», pero sin sus referencias de poder ilimitado sobre la totalidad de la familia. La forma abstraída se concretará, más tarde, en la voz «dominium». Dicha abstracción llevada hasta sus últimas consecuencias, dará como resultado la incorporación al lenguaje jurídico de la voz «proprietas», en parte sinónimo de «dominium», en parte «poder sobre la esencialidad de la cosa».

Ciertamente que los dos aspectos que hemos visto integrados en la acepción «mancipium» («auctoritas» e «imperium») y pese a la desarticulación conceptual que sufre el concepto, hay que aceptarlos como incluidos en cada una de las acepciones resultantes. Esta consideración es perfectamente apreciable en las consecuencias de la «mancipatio»; la responsabilidad del transmitente de una cosa «mancipi» (transmisión del poder sobre la cosa) por la obligación que adquiere de asegurar el «habere licere» del adquirente, es exigible, precisamente por la «actio auctoritatis» (acción en virtud de la «auctoritas» que todavía tiene sobre la cosa) durante el tiempo de la «usucapio»; es decir, durante el tiempo que el

(34) De Visscher en *Auctoritatis et Mancipium* —S O H I. 22. 1956. Pg. 111. Mantiene que la «auctoritas» es el fundamento ético y social que va unido y que justifica el concepto «mancipium».



adquirente, ejerciendo el «imperium» a él trasladado, sobre la cosa, hace evidente ante los demás su adquisición total: sobre el hecho del «imperium», adquiere la «auctoritas», y con ella el «dominium» global sobre la cosa.

Ciertamente, toda la evolución de las palabras que indican el poder sobre algo, elucubrada hasta ahora, debería argumentarse más en detalle, tanto en las causas que la producen, como en las consecuencias a que da lugar, para entender el régimen jurídico de las cosas y personas sometidas a ese poder. Sin la pretensión de agotar, ni mucho menos el tema, creo que una referencia a la evolución de la economía como criterio que determina esa evolución filológica, y como sustrato que es de cualquier cambio social, y por lo tanto, jurídico, se hace especialmente necesaria.

PEDRO RODRIGUEZ, *Iglesias particulares y Prelaturas personales*, Eunsa, Pamplona, 1985, 248 págs.

El Dr. Rodríguez, Director del Departamento de Eclesiología de la Universidad de Navarra, ha intentado dar al lector una visión de lo que es la prelatura personal —institución nueva en la Iglesia— desde la perspectiva de un teólogo que para su reflexión ha contado con un diálogo previo, interdisciplinar, enriquecedor, con canonistas que han estudiado el mismo tema. El punto de referencia y el marco de contemplación obligados ha sido la Iglesia particular, cuya naturaleza teológica y razón de ser se explica, en expresión del can. 368, por su realidad estructural de *communio*, en la cual y desde la cual existe la Iglesia Católica una y única.

La obra consta de dos partes. En la primera, titulada *Las prelaturas personales en la perspectiva histórico-teológica*, el autor analiza, de entrada, los orígenes de la figura en el Concilio Vaticano II, subrayando que en sus decretos disciplinarios propuso una reforma de las estructuras jurídicas y pastorales de cara a lograr una mayor eficacia de la misión eclesial en el mundo. Seguidamente, expone el desarrollo legislativo posconciliar y concretamente la importancia del *M.P. Ecclesiae sanctae*, 1, 4, cuando establece que la Sede Apostólica podrá erigir prelaturas no sólo para la distribución más apropiada del clero sino también para el desempeño de especiales trabajos pastorales o misioneros en favor de diversas regiones o grupos sociales que precisan de particular ayuda; y remarca el papel de la *C.A. Regimini Ecclesiae universae*, 49, 1 que atribuye a la Congregación para los Obispos competencia en orden a establecer tales instituciones para dichos trabajos pastorales y misioneros. Y de ahí pasa a la normativa del nuevo Código, partiendo, con una crítica serena, de las diversas redacciones del Esquema *De populo Dei*. Entre las puntuales observaciones del Prof. Rodríguez señalaríamos cuatro de interés, al filo de su argumentación: 1. Que el proyecto de 1977, en lo relativo a propuesta de dos tipos de regulación autónoma de las prelaturas en cuestión, esto es, según tengan o no laicos incorporados, resultó técnicamente defectuoso por cuanto que amenazó la unidad de la nueva figura, centrada, por los mentados textos del Posconcilio, en *los peculiares trabajos pastorales* a realizar, lo que comporta siempre un *coetus fidelium*, constituido, bien por los laicos incorporados a la Prelatura, bien por los destinatarios que han de ser claramente delimitados en el derecho. 2. Que en el debate de 1980 quedó fluctuando la cuestión radical de cuál es su naturaleza teológica y, en consecuencia, jurídica. 3. Que del *schema novissimum* se concluye que las prelaturas personales ni son iglesia particular, ni asociación, sino estructura jerárquica de la Iglesia, regulada dentro de la constitución jerárquica de la misma. 4. Por último, que la nueva ubicación sistemática de esta materia en la estructuración definitiva del Códex, o sea dentro de la primera parte del Libro II, es una anomalía, un defecto técnico en el nivel sistemático formal, algo sorprendente, con visos de improvisación de última hora, y, en pocas palabras, una imperfección del lenguaje jurídico, pues nos dice lo que no son, pero no lo que son las prelaturas personales.

La segunda parte, destinada a *La consideración sistemático-teológica de las prelaturas personales*, empieza con una exégesis de los cuatro cánones que compendian toda la normativa sobre prelaturas personales, para luego entrar de lleno en lo nuclear de su labor investigadora, esto es, en la teología subyacente a la norma jurídica. En esa dinámica irrumpe una pregunta capital: ¿qué son teológicamente las prelaturas personales? Discurriendo básicamente a la luz de la eclesiología del Vaticano II y al hilo de la relación de mutua inmanencia entre la Iglesia universal y las Iglesias particulares, tal cual se refleja en el nuevo Código, el profesor saca sus propias conclusiones, que sintetiza en el prólogo del libro: 1ª) Que las prelaturas personales son instituciones de derecho eclesiástico pertenecientes a la constitución jerárquica de la Iglesia; 2ª) que son distintas, por su naturaleza teológico-canónica, de las Iglesias particulares; 3ª) que consisten en un grupo de fieles que responden estructuralmente a la inmanente relación entre sacerdocio ministerial y sacerdocio común de los fieles; y 4ª) que dichas prelaturas se sitúan pastoralmente como servicios a la comunión de las iglesias, sustentados en la potestad sagrada de la autoridad suprema de la Iglesia universal.

En el epílogo se mira al futuro de estas prelaturas como imprevisible, con una gran confianza en su potencialidad teológica desde la óptica eclesiológica, centrada en el *sacramentum salutis* y la *communio ecclesiarum*, al tiempo que se lanza un reto a la Canonística para que puntualice y desarrolle muchos elementos de técnica jurídica aún incipientes. En el aparato crítico se incluyen un apéndice de documentos, de fácil manejo, y un índice de autores. Por cierto, que aunque a la bibliografía no se dedica un apartado especial, en la citada a pie de página se halla una muy nutrida sobre la prelatura del Opus Dei (pp. 98-99).

En resumen: Un trabajo de investigación, serio, clarificador y sugerente, sobre una temática poco explorada, a la vez que discutida por un sector de la doctrina canónica en torno a sus aspectos teológicos-jurídicos, y además por ciertos pastoralistas que un día impugnaron la conveniencia de la nueva institución y ahora están a ver venir los resultados de la misma para creer en su eficacia.

Por nuestra parte, recomendamos la monografía tanto por su valor científico, como por su evidente actualidad, seguros de que ha de ser muy útil para los estudiosos del Derecho y de la Teología de la Iglesia.

Antonio Pérez Ramos

MANUEL ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984. 307 págs.

Se ha dicho —y a mi juicio con acierto— que la eficacia del Derecho Procesal y del Proceso depende en una gran medida del catálogo de medidas cautelares de que un sistema jurídico pueda disponer. Sin un adecuado sistema de medidas cautelares, gran parte de la jurisdicción puede no alcanzar sus metas y frustrarse.

En un preciso momento histórico, como el que vivimos, de profundas y constantes mutaciones sociales, económicas, legislativas y aun personales, nuestro ordenamiento jurídico mantiene, por contraste, un sistema de medidas cautelares de corte medieval. Este hecho, unido a la inadecuada atención legal al tema de la ejecución de sentencias de condena, propicia una insatisfactoria tutela jurisdiccional de los derechos controvertidos en juicio.

El crédito no está lo deseablemente protegido en la legislación vigente, y el Proceso —instrumento idealmente perfecto en sí de realización del derecho—, por diversas razones que no vienen al caso, se ve con excesiva frecuencia abocado al fracaso. El peligro de insolvencia (intencionada) del deudor amenaza al acreedor desde el mismo momento en que reclama judicialmente la tutela de su derecho.

Ante un tema de tanta transcendencia, la doctrina procesal española ha comenzado a manifestar su lógica preocupación; y en los últimos años viene dedicando gran atención a la justicia cautelar, sin que, por el momento, a esta preocupación doctrinal siga una consecuente eficacia legislativa.

En esta línea doctrinal se inserta la obra que comentamos; obra, a mi parecer, importante que, de entrada, tiene dos considerables aciertos: por un lado, se trata de un estudio profundo de la institución, con agudo sentido crítico. El autor no vacila en manifestar su opinión y fundamentar su posición científica en cada una de las afirmaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que se refieren al tema. Por otro, un exhaustivo examen de las resoluciones de los Tribunales imprime a la obra un interés práctico, de inexcusable lectura a la hora de solucionar casos concretos.

Tras una Introducción y un Primer capítulo destinado a las generalidades sobre la institución, sigue un estudio pormenorizado de los presupuestos del embargo preventivo. Particular interés merece el examen de las ocho tipificaciones que la Ley recoge del “periculum in mora”, incrementado con abundante Jurisprudencia de las Audiencias Territoriales, así como de la exigencia de presentar con la solicitud de embargo un documento del que resulte la existencia de la deuda.

Por lo que se refiere a la existencia de “motivo racional para creer que el deudor ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores”, motivo relativamente indeterminado en su configuración y el de más corriente alega-

ción en la práctica (y que, por otra parte, mayores problemas suscita), el Profesor Ortells, en contra de lo que a veces sostiene la doctrina y la jurisprudencia, opina que tal norma no otorga al Juez una facultad discrecional para conceder o denegar el embargo. Esta norma —dice el autor— confiere al Juez un margen de apreciación para integrar con hechos concretos parte (el “*periculum in mora*”) del supuesto de hecho de las normas que regulan la concesión del embargo; pero una vez realizada esta apreciación, el Juez se halla absolutamente vinculado, según el resultado de aquélla, a conceder o denegar el embargo. Propugna el autor una interpretación no restrictiva del precepto, y, apoyado en criterios jurisprudenciales, afirma que en definitiva lo que importa es la previsibilidad de la frustración de la ejecución por insolvencia del deudor.

En los Capítulos III y IV el Dr. Ortells analiza el proceso del embargo preventivo: competencia, postulación, solicitud de embargo, resolución judicial sobre la misma, ejecución del auto de embargo o sustitución por fianza o consignación, y recursos —Capítulo III—. Oposición al embargo, resolución judicial sobre la oposición y efectos de la misma —Capítulo IV—. Por último, y ante el silencio legal, el autor plantea la posibilidad de revocación de la medida cautelar por cambio de sus presupuestos. En definitiva, se trata de examinar la presencia del instituto de la cosa juzgada en los procesos cautelares, y entender el problema específico de la cosa juzgada en los procesos cautelares situado en el amplio contexto de la normativa general de la cosa juzgada y sus límites.

El último capítulo contempla las diversas manifestaciones de la instrumentalidad (característica de toda medida cautelar) en el régimen jurídico del embargo preventivo, esto es, en qué medida se relacionan el embargo preventivo y el proceso principal: plazo de ratificación; extinción del embargo preventivamente acordado por falta de ratificación; paralización del proceso principal y su repercusión en el embargo preventivo; terminación del proceso principal, tanto con sentencia condenatoria como sin ella, y el embargo preventivo; y, finalmente, la situación jurídica del embargo preventivo en el periodo intermedio entre la sentencia ejecutiva y la iniciación del proceso de ejecución. En este último aspecto, el autor lamenta la falta de previsión legal al respecto, creándose un estado un tanto anómalo por cuanto, por una parte y por su propia esencia, la función de aseguramiento del embargo preventivo deja de ser necesaria y de estar objetivamente justificada cuando se dispone de un título ejecutivo, como la sentencia, que permite la injerencia en el patrimonio del ejecutado para producir la enajenación forzosa de sus bienes; y por otra, al no prever la Ley plazo razonable para instar la ejecución de la sentencia firme, el embargo preventivo —aún no “convertido” en ejecutivo— se mantiene con tal carácter de preventivo, lo cual es a todas luces absurdo.

De esta breve exposición, el lector puede colegir la importancia, teórica y práctica (distinción que carece de todo sentido en un verdadero jurista, como afirma el Profesor Montero al prologar el libro) de la obra que reseñamos; obra que —repto— merece los mejores elogios por su profundidad científica y utilidad práctica.

MARIA LUISA JORDAN, *Mala fe y acción de nulidad en el matrimonio canónico*, Eunsa, Pamplona, 1985, 259 págs.

La autora ha escogido como objeto de su investigación la conducta engañosa y fraudulenta en la conclusión del matrimonio canónico, que es un tema realmente interesante, sobre todo al haberse orientado al ámbito del derecho procesal, o sea en cuanto a limitación de la capacidad de los cónyuges para impugnar en juicio el matrimonio contraído. Las características más destacadas de este estudio son, a nuestro entender, el tratamiento unitario dado al *ius accusandi*, hecho con rigor, basado en el análisis crítico de las fuentes y al filo de la evolución histórica, inspirado en el intento, bien logrado a través de toda la obra, de penetrar en la filosofía o *ratio essendi* de la norma positiva en que se plasmó desde Alejandro III la acusación canónica. De ahí que estimemos esta monografía como una aportación realmente valiosa a la ciencia del derecho, al haberse ocupado de una vieja cuestión con criterios y planteamientos del mejor estilo y calidad, dejando atrás a quienes anteriormente escribieron al respecto de forma más bien parcial o coyuntural, con un enfoque preferentemente exegetico o aferrados en exceso al argumento de autoridad de las interpretaciones auténticas de la Pontificia Comisión de Intérpretes.

Dentro de la escasa producción procesal de nuestro tiempo, y más en particular en la esfera matrimonial, este libro se inserta indiscutiblemente en un buen momento, no sólo por lo que significa de enriquecer una determinada parcela de la literatura jurídica, sino también por coincidir con el dato del progreso legislativo que supone el haberse elevado a la categoría de capítulo autónomo de nulidad la temática del dolo, que no es otra cosa, en definitiva, que la valoración por el legislador, en la vertiente del derecho sustantivo vigente, de la actuación de la conducta engañosa.

El hecho de haberse gestado la labor investigadora, según se desprende de la introducción, bibliografía y notas, en una etapa previa a la promulgación del nuevo Código y, por ende, en fase del *ius condendum*, no ha afectado al *ius conditum*, el cual, como es sabido, sufrió retoques de última hora, pero no cabalmente en tal aspecto del proceso. Es por eso que la Prof. Jordán ha podido sacar íntegramente a luz el fruto de su trabajo precodicial, cuidando de añadir al final un breve capítulo dedicado a la reforma actual, que ha consistido lisa y llanamente, a la vista de la inaplicabilidad práctica del canon 1971, 1, 1º —por diversas razones, entre las que se cuentan las de tipo pastoral—, en la supresión de la limitación tradicional del *ius accusandi* de parte del cónyuge culpable de la nulidad.

En cualquier caso, con limitación o sin ella, como en el actual ordenamiento, del derecho de acusar, pensamos que la aspiración de la autora, de contribuir a dar nueva luz a la compleja problemática del control de la conducta dolosa en las relaciones jurídicas, se ha cumplido con creces.

Como obra de consulta le auguramos una óptima acogida, especialmente por los procesalistas y por los profesionales del foro.

Antonio Pérez Ramos

SANTIAGO CAVANILLAS MUGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares, Serie Ensayos, n° 8 Palma de Mallorca, 1985, 219 págs.

La necesidad de dotar de respuesta jurídica a buen número de situaciones sociales que la reclamaban con urgencia ha convulsionado en los últimos tiempos ese tranquilo y pacífico *hortus conclusus* al que alguna vez se ha equiparado el Derecho privado. Sorprendido por el aluvión legislativo, tan inusual, el investigador del Derecho privado ha tenido que plantearse una opción de importantes consecuencias: o continuar haciendo lo de siempre, es decir, la exégesis reposada de instituciones pluriseculares, o, por el contrario, responder al reto de la novedad.

Sólo el título de la obra es suficiente para poner de relieve cual ha sido la postura adoptada por CAVANILLAS en esta su primera y fecunda incursión en el campo de la literatura jurídica. Desde luego, la menos cómoda, pero también la más valiente. Sin embargo, la dificultad del empeño se ha visto recompensada por los resultados obtenidos, de los que el autor puede sentirse bien satisfecho, porque ha conseguido, sin duda, uno de los trabajos más serios, documentados y sugerentes de los aparecidos hasta ahora sobre la llamada Ley del consumidor, de 19 de julio de 1984.

Si hubiera que destacar, entre los abundantes aciertos del libro, uno sólo, yo resaltaría una afirmación explícita del autor (pág. 97), que actúa a modo de principio general inspirador de toda la obra, en la que se defiende la naturaleza jurídico-privada del Derecho común de la responsabilidad por daños de productos; afirmación que puede, en principio, parecer baladí, pero que no lo es en modo alguno si se tienen en cuenta las continuas agresiones que el Derecho privado está actualmente soportando fundamentalmente desde el campo del Derecho público. Para llegar a esta conclusión, CAVANILLAS realiza un fino y riguroso análisis de las otras posibles fundamentaciones del Derecho del consumo —la publicista y la economista basada en las doctrinas neoliberales—, decantándose, por último y con acierto, por la opinión expuesta.

Desde esta óptica estrictamente privatista, CAVANILLAS pone a continuación de relieve las notables y numerosas deficiencias técnicas de la Ley de 1984 y no se contenta con proponer soluciones específicas a los problemas concretos que aparecen, sino que apunta —lo que, para mí, constituye otro acierto— criterios generales de resolución de los mismos.

A lo antedicho hay que añadir que el estudio del Derecho extranjero se ha realizado con gran corrección y sobre bases muy actualizadas; que se hace especial hincapié en la doctrina y jurisprudencia anglosajona —ese sistema jurídico tan distinto, pero no tan distante, que trabajosamente vamos descubriendo los juristas continentales—, y que, por último, la continua y cuidadosa ponderación de los intereses en presencia constituye una muestra de buen hacer metódico.

En resumen, la obra es importante y, con ella, el autor, Santiago CAVANILLAS, ha puesto de manifiesto sus aptitudes para la investigación jurídica de las que puede esperarse mucho, sea dicho esto como exigencia de un nivel al que, desde ahora, ya está obligado.

*JURISPRUDENCIA  
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL  
DE PALMA DE MALLORCA*



# I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

## A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Funcionarios públicos.** Derecho de huelga. Retención de haberes correspondientes al día que no asistieron al trabajo por tal motivo. Nulidad de actuaciones por no haberse seguido el correspondiente procedimiento con audiencia a los interesados. *Sentencia de 14 de Enero de 1985.*
2. **Funcionarios públicos.** Profesor Agregado interino de Instituto. Retribuciones básicas. Estimación de la demanda, aún en el caso de que no se haya advertido el error consistente en remitir un expediente administrativo distinto del reclamado. *Sentencia de 15 de Enero de 1985.*
3. **Dº. Administrativo sancionador.** Las sanciones administrativas deben estar basadas en normas con rango de Ley formal. *Sentencia de 19 de Enero de 1985\*.*
4. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Alcance, función y límites de dicho procedimiento especial, ceñido a la comprobación de si un acto de la Administración afecta a tales derechos constitucionales. Inadmisibilidad del recurso por comparecer el funcionario sin valerse de abogado y procurador y presentarlo el último día del plazo en la oficina de correos y no en el juzgado de guardia. *Sentencia de 24 de Enero de 1985.*
5. **Actos administrativos.** Las propuestas de nombramiento de funcionarios para puestos de trabajo son actos trámite y como tales no son susceptibles de impugnación autónoma. *Sentencia de 25 de Enero de 1985.*
6. **Administración militar.** Ascensos. Estudio de la Orden de 30 de Di-

---

(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.

ciembre de 1980 sobre provisión de destinos vacantes. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 26 de Enero de 1985.*

7. **Urbanismo.** Necesidad de solicitud de licencia urbanística para la realización de obras por entes públicos sin excepción. Procedencia de la suspensión de obras al no haberse utilizado el régimen especial del art. 180 de la Ley del Suelo. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
8. **Funcionarios públicos.** El concepto de plantilla ha de ir referido a los funcionarios de carrera, con exclusión de los denominados funcionarios de empleo. Nulidad del nombramiento de un funcionario de empleo para un puesto de dirección. *Sentencia de 30 de Enero de 1985.*
9. **Constitución española.** La interpretación de nuestra carta magna no está reservada exclusivamente al Tribunal Constitucional, sino que tal misión incumbe también a los jueces y tribunales ordinarios. Régimen local, estudio de la figura del Teniente de Alcalde. *Sentencia de 31 de Enero de 1985.*
10. **Funcionarios públicos.** Las retribuciones de los funcionarios de la Administración local deberán tener la misma estructura que los de la del Estado. Concesión del nivel de proporcionalidad 10 y coeficiente 4,5 a los Profesores de la Banda Municipal. *Sentencia de 4 de Febrero de 1985.*
11. **Dº. Administrativo sancionador.** Sanciones por utilización indebida de Gasóleo B; indiferencia de que los camiones sorprendidos estén o no en funcionamiento. *Sentencia de 6 de Febrero de 1985.*
12. **Contribuciones especiales:** tres fases en su aplicación: establecimiento de la exacción, reglamentación y aplicación; diferentes y peculiares recursos en cada una de estas fases. **Obras de mejora:** necesidad de acuerdo de imposición previo a su ejecución. Defectos formales: nulidad del expediente. *Sentencia de 7 de Febrero de 1985\*.*
13. **Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales.** Delimitación de sus funciones frente a las de los Ingenieros Superiores. Estudio del Real Decreto Ley 37/37. *Sentencia de 7 de Febrero de 1985.*
14. **Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales:** exenciones: Cajas de Ahorros. *Sentencia de 8 de Febrero de 1985.*

15. **Urbanismo.** Recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación tácita en virtud de silencio administrativo de la petición de que sea ejecutada una orden de demolición dictada por el Alcalde y que ha ganado firmeza. Estimación del recurso. *Sentencia de 9 de Febrero de 1985\**.
16. **Dº. Administrativo sancionador.** Aplicación de los principios del Dº. Penal. Necesidad de una norma con rango de Ley Formal que prevea la sanción a imponer: no tiene tal rango el Estatuto de personal no sanitario al servicio de las instituciones no sanitarias de la Seguridad Social. *Sentencia de 9 de Febrero de 1985.*
17. **Dº. Administrativo sancionador.** Imposición de sanción leve sin formación de expediente. Improcedencia por imperativo del art. 24.2 de la Constitución. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 11 de Febrero de 1985.*
18. **Dº. Administrativo sancionador.** Imposición de sanción leve sin formación de expediente. Improcedencia por imperativo del art. 24.2 de la Constitución. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 12 de Febrero de 1985.*
19. **Urbanismo.** Facultades de la Comisión Provincial de Urbanismo al aprobar definitivamente los planes. Suspensión de dicha aprobación hasta que se subsanen determinadas deficiencias técnicas. *Sentencia de 13 de Febrero de 1985.*
20. **Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales:** exenciones: Cajas de Ahorros. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985.*
21. **Administración militar.** Ascensos. Estudio de la Orden de 30 de Diciembre de 1980 sobre provisión de destinos vacantes. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 15 de Febrero de 1985.*
22. **Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas:** especificación del hecho imponible: actividades complementarias a las de hostelería. *Sentencia de 16 de Febrero de 1985.*
23. **Tasa por servicio de agua, alcantarillado y recogida de basuras:** no tienen naturaleza tributaria, sino de precio privado. Improcedencia del procedimiento de apremio para su cobro. *Sentencia de 19 de Febrero de 1985\*.*

24. **Tasas por servicio de agua, alcantarillado y recogida de basuras:** no tienen naturaleza tributaria, sino de precio privado. Improcedencia del procedimiento de apremio para su cobro. *Sentencia de 20 de Febrero de 1985.*
25. **Tasa por servicio de agua, alcantarillado y recogida de basuras:** no tiene naturaleza tributaria, sino de precio privado. Improcedencia del procedimiento de apremio para su cobro. *Sentencia de 20 de Febrero de 1985.*
26. **Derecho administrativo sancionador.** Principio de legalidad: se extiende a las sanciones impuestas por infracción de la legislación laboral. No son sancionables, en consecuencia, las infracciones de lo dispuesto en las ordenanzas laborales ni en los convenios colectivos. *Sentencia de 21 de Febrero de 1985.*
27. **Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos:** defectos formales de notificación. *Sentencia de 23 de Febrero de 1985.*
28. **Derecho administrativo sancionador.** La presunción de certeza de las Actas de infracción se limita a los datos de hechos comprobados por la Inspección, no a las calificaciones jurídicas. Prestaciones de desempleo: son incompatibles con la percepción de rentas por trabajos realizados por cuenta propia y como tal hay que considerar la administración de un negocio propio. *Sentencia de 26 de Febrero de 1985.*
29. **Impuesto sobre el Lujo:** rectificación de la declaración por error de hecho. *Sentencia de 28 de Febrero de 1985.*
30. **Concesión administrativa.** Estudio de su carácter contractual. Caducidad. No ha lugar a indemnizaciones por amortización de inversiones. *Sentencia de 2 de Marzo de 1985\*.*
31. **Contribuciones Especiales:** tres fases: creación de la exacción, reglamentación y aplicación: diferentes y peculiares recursos en cada una de estas fases. Publicidad de los actos administrativos. *Sentencia de 4 de Marzo de 1985.*
32. **URBANISMO.** Negativa del Ayuntamiento a incoar expediente en relación con la denuncia formulada por un vecino, al haberse excedido los límites de una licencia. Desestimación por falta de pruebas. *Sentencia de 7 de Marzo de 1985.*

33. **Urbanismo.** Edificio fuera de ordenación. Aunque esté en estado ruinoso procede otorgar licencia para su reparación, siempre que la misma no signifique aumento de volumen. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985\**.
34. **Urbanismo.** Denegación de licencia municipal para la actividad de fabricación de aglomerado asfáltico, por razones urbanísticas: procedencia. No se puede alegar silencio positivo a favor del solicitante de la licencia por infringir la misma los planes de urbanismo. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985\**.
35. **Funcionarios públicos.** Petición de funcionarios eventuales contratados de acceso directo al subgrupo de administrativos de Administración General. Improcedencia. *Sentencia de 14 de Marzo de 1985.*
36. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Necesidad de poder notarial de quien comparece como Presidente de un Sindicato. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985.*
37. **Urbanismo.** Suspensión de licencias por modificación del planeamiento: afecta a una de construcción de una nueva planta sobre un edificio ya existente con anterioridad. *Sentencia de 20 de Marzo de 1985.*
38. **Licencia de actividad.** Apertura de tienda en dependencias de un chalet. Procedencia de su cierre por la Alcaldía; no se puede alegar silencio positivo, ya que el mismo no es vía para obtener lo que legalmente no es posible. *Sentencia de 20 de Marzo de 1985\**.
39. **Urbanismo.** Licencia municipal de obras para la construcción de un puerto deportivo para el que el Consejo de Ministros ha otorgado la correspondiente concesión administrativa, habiendo informado el Ayuntamiento afectado: es un acto reproducción de otro anterior que a su vez es de trámite. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 21 de Marzo de 1985.*
40. **Licencia de actividad.** Apertura de tienda en dependencias de un chalet. Procedencia de su cierre por la Alcaldía; no se puede alegar silencio positivo, y que el mismo no es vía para obtener lo que legalmente no es posible. *Sentencia de 23 de Marzo de 1985.*
41. **Funcionarios públicos.** Tienen tal carácter, aunque sometidos a un

“status” especial los antiguos profesores de formación política. Improcedencia de la denegación de excedencia voluntaria. *Sentencia de 25 de Marzo de 1985.*

42. **Funcionarios públicos.** Compatibilidad de la sanción de falta de consideración a los administrados, con la de desobediencia. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985.*
43. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Huelga. Servicios mínimos. Es ajustada a derecho la resolución que les impone en consideración al número de los exigibles y los que se prestan habitualmente. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*
44. **Funcionarios públicos.** Los requisitos de un concurso-oposición no pueden ser impugnados alegando la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de igualdad ante la ley, comparándolo con anteriores concursos-oposición. *Sentencia de 3 de Abril de 1985.*
45. **Dº. Administrativo sancionador.** Procedencia de la sanción a un arquitecto que contrató determinado proyecto con un Ayuntamiento, habiendo declarado el Colegio de Arquitectos la abstención obligatoria de sus colegiados a un concurso de ideas sobre el mismo tema. *Sentencia de 9 de Abril de 1985.*
46. **Funcionarios públicos.** Incompatibilidades con el ejercicio privado de la profesión: deben aplicarse con carácter restrictivo, por ser excepciones al libre ejercicio del derecho al trabajo. *Sentencia de 11 de Abril de 1985.*
47. **Expropiación forzosa.** Expropiación de los derechos de arrendamiento de un local almacén. Estudio de los criterios de valoración de tales derechos. *Sentencia de 12 de Abril de 1985\*.*
48. **Derecho administrativo sancionador.** Prestaciones de desempleo. Es sancionable por fraudulenta la percepción de prestaciones de desempleo por quien obtiene ingresos derivados de trabajos por cuenta propia, entre los que ha de considerarse el cargo de administrador de una Sociedad o mandatario de la misma, con plenas facultades de gestión. *Sentencia de 13 de Abril de 1985.*
49. **Urbanismo.** Redacción de un nuevo plan parcial. Improcedencia de su anulación por quedar el solar de la recurrente con lindero a una

vía pública en vez lindar como anteriormente, con dos calles. No ha lugar a indemnización. *Sentencia de 16 de Abril de 1985.*

50. **Contratación administrativa.** Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales: está en vigor, mientras no se oponga a la legislación posterior. Incumplimiento de formalidades que ocasionan la nulidad de actuaciones. *Sentencia de 18 de Abril de 1985\*.*
51. **Urbanismo.** Actuaciones aisladas en suelo urbano. No se puede invocar cuestión alguna acerca de la percepción de contribuciones especiales en actuaciones urbanísticas por ser materia económico-administrativa. *Sentencia de 19 de Abril de 1985.*
52. **Funcionarios públicos.** El art. 99 del R.D. 3.046/77, que impone la obligación de oposición para el ingreso como guardia municipal, no es de aplicación a la provisión de una plaza de Sargento-Jefe. *Sentencia de 22 de Abril de 1985.*
53. **Funcionarios públicos.** Derecho de un topógrafo a ser encuadrado en el grupo de Administración especial, subgrupo de Técnicos de Grado Medio, al amparo de la Ley 40/81. *Sentencia de 23 de Abril de 1985.*
54. **Funcionarios públicos.** Aún estando en comisión de servicios en otra administración pública, el funcionario puede verse afectado por una declaración de incompatibilidad decretada por la administración de origen. *Sentencia de 24 de Abril de 1985.*
55. **Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas:** especificación del hecho imponible: actividad de discoteca. Concepto de "espectáculo" a efectos del Impuesto. *Sentencia de 25 de Abril de 1985.*
56. **Impuesto Municipal de Radicación:** hecho imponible: utilización de locales para la prestación de servicios médicos. *Sentencia de 25 de Abril de 1985.*
57. **Urbanismo.** Carácter reglado de la licencia de obras. Imposibilidad de denegarlas o condicionarlas, fuera de los términos previstos por la ley. *Sentencia de 26 de Abril de 1985.*
58. **Liquidación de débitos por descubiertos a la seguridad social.** Recurso de alzada contra las resoluciones estimatorias de las Actas de

Liquidación levantadas por los órganos periféricos de la Administración. Innecesariedad del depósito previo. Doctrina Jurisprudencial. *Sentencia de 30 de Abril de 1985.*

59. **Impuesto sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos:** sujeción de las fincas rústicas. Consideración de las mejoras: incrementan el valor inicial. *Sentencia de 30 de Abril de 1985.*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

### 3

3. **D.º. ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.** Las sanciones administrativas deben estar basadas en normas con rango de Ley formal. *Sentencia de 19 de Enero de 1985.*

CONSIDERANDO: Que al establecer el artículo 25. 1 de la Constitución Española que "nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento", es evidente que extiende a la potestad sancionadora de la Administración el principio de legalidad que, tradicionalmente, ha regido el orden penal y si bien esta extensión había sido admitida anteriormente por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa a partir de las sentencias de 27 de junio de 1950 y 12 de Febrero de 1959, seguidas por las magistrales de 25 de Marzo de 1972 y 21 de Junio de 1975, hasta las posteriores a la Constitución, como las de 29 de Septiembre y 10 de Noviembre de 1980, la consagración constitucional de este principio en su relación con otros preceptos del mismo texto fundamental, como el 53. 1 sobre garantías de las libertades y derechos fundamentales y los 81, 1 y 86 sobre elaboración de las leyes y el que del examen del artículo 163 y de su Disposición Derogatoria 3 aparece nitidamente que si bien el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución no es el único y los Jueces y Tribunales están obligados a interpretarla no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se le opongan e inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable, hacen indispensable buscar la cobertura legal que ampara las disposiciones que declara infringidas y las que sustentan las sanciones impuestas por el acto administrativo impugnado, puesto que el principio de legalidad constitucional, tal como debe ser entendido en virtud de los preceptos citados anteriormente, impone no sólo el que exista una disposición normativa que prevea con anterioridad el hecho constitutivo de la infracción administrativa —tipicidad de la infracción—



y que establezca la sanción correspondiente —legalidad de la sanción— sino que exige también que tanto uno como otro aspecto del principio sean determinados por norma con *rango de Ley formal*, sin que en garantía de los derechos fundamentales de libertades y seguridad, pueda quedar en manos del Ejecutivo, como no queda en las del Judicial, la potestad de definir las infracciones y concretar sus sanciones o, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Marzo de 1981 (recurso de amparo 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”, doctrina ésta que en todo lo que contiene de exigencia formalista, ha sido asumida, no sólo por esta Sala en numerosas sentencias, sino también por el Tribunal Supremo en otras muchas entre las que se pueden citar, por más recientes, las 11, 15 y 16 de Junio de 1982, y 14 de Julio de 1983.

CONSIDERANDO: Que por consiguiente, en aplicación de esta doctrina, han de declararse contrarios al Ordenamiento Jurídico los actos impugnados en el presente recurso en cuanto sancionan conductas en base a una Orden de Gobierno Civil sobre horario de cierre en establecimientos públicos y en base a la disposición final segunda de la Ordenanza Municipal de Policía y buen Gobierno del Ayuntamiento de San Antonio Abad, en relación con sus artículos 8 y 10, aquella, digo, porque aquella autoriza de modo ambiguo y general a la autoridad municipal a imponer multas a los infractores de la Ordenanza y éstos prohíben “molestar a los vecinos con ruidos” y disponen, respectivamente, que el uso de “instrumentos musicales deberá moderarse para evitar molestias al vecindario”, ya que esta declaración de desconformidad con el Ordenamiento Jurídico y aún prescindiendo de la imprecisión y vaguedad de las disposiciones sancionadoras que se aplican, viene determinada en virtud de aquella doctrina, por el rango inferior en la jerarquía normativa de tales disposiciones, que tampoco han sido cubiertas legalmente por otra disposición con rango de Ley formal, mediante delegación en estas Autoridades que han dictado las normas sancionadoras.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, de los propios actos administrativos sancionadores, en relación con sus respectivos expedientes, se infiere claramente que cuando fueron sancionadas las supuestas infracciones administrativas, el 7 de Noviembre de 1983, habían prescrito por haber transcurrido con exceso dos meses desde el 5 de agosto anterior en que fueron denunciados los hechos y requerido la infractora a alegar lo que estimara pertinente en su defensa, sin que entre una y otra fecha se hubiera producido ninguna actuación administrativa, pues dicho plazo de dos meses que establece el artículo 113 del Código Penal para las faltas de este orden punitivo, es aplicable a las infracciones administrativas sino establecieran las leyes que las tipifican plazos menores, siendo contrario a derecho el establecimiento de plazos mayores, según ha consagrado una reiterada y constante Jurisprudencia (Sentencias de 9 de Marzo de 1972, 18 de Febrero de 1975, 29 de Mayo de 1979 y 31 de Marzo y 19 de Octubre de 1983).

CONSIDERANDO: Que no existen méritos, para hacer declaración expresa sobre costas.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup>. M. P. R. contra los dos Decretos de la Alcaldía de San Antonio Abad de 7 de Noviembre de 1983 que le impusieron sanciones de multa por producción de ruidos y contra el Decreto de la misma Alcaldía de 2 de Febrero de 1984 que le desestimó la reposición de los anteriores, debemos declarar y declaramos tales actos municipales contrarios al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los anulamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 12

**12. CONTRIBUCIONES ESPECIALES:** tres fases en su aplicación: establecimiento de la exacción, reglamentación y aplicación: diferentes y peculiares recursos en cada una de estas fases. **OBRAS DE MEJORA:** necesidad de acuerdo de imposición previo a su ejecución. Defectos formales: nulidad del expediente. *Sentencia de 7 de Febrero de 1985.*

CONSIDERANDO: Que los presentes recursos acumulados 209, 213 y 228 de 1983 y 1 y 2 de 1984, interpuestos por D<sup>a</sup>. A. C. P., Don G. C. A. y Don G. M. B., tienen por objeto: el 209/83, el Acuerdo del T.E.A. de Baleares de 28 de Julio de 1983 que resolvió reclamación de la Sra. C., expediente 324/82, contra liquidación practicada a la reclamante por el Ayuntamiento de A. (Mallorca) por cuota definitiva de Contribuciones Especiales en razón de "ejecución del proyecto de Prolongación de red de aguas residuales en X., por un importe de 332.235 pesetas; el 213/83, el Acuerdo de la misma fecha del Tribunal Económico Administrativo de Baleares recaído en expediente 325/82 que resolvió reclamación de la misma contribuyente contra liquidación practicada por el mismo Ayuntamiento por cuota definitiva de Contribuciones Especiales por razón de "Alumbrado público de X.", por un importe de 284.428'75 pesetas; el 228/83, el Acuerdo del mismo Tribunal de la misma fecha, recaído en expediente 323/82 que resolvió reclamación del Sr. C. contra liquidación practicada por el referido Ayuntamiento por el mismo concepto que el anterior y un importe de 227.543 pesetas; y finalmente, los recursos 1 y 2/1984 que tienen por objeto común el acuerdo del mismo Tribunal, de 27 de Octubre de 1983, que recayó en los expedientes acumulados 377 y 378/82, y resolvió las dos reclamaciones del Sr. M.B. contra liquidaciones practicadas por el mismo Ayuntamiento e idéntico concepto de cuota definitiva de Contribuciones Especiales, en razón al mismo alumbrado público de X., correspondientes a los Hoteles de los que es titular y Administrador, P. P., S.A. y P., S.A. por importes respectivos de 527.899 y 628.018 pesetas, respectivamente.

CONSIDERANDO: Que en lo que respecta a la reclamación de la recurrente D<sup>a</sup>. A. C., contra la liquidación practicada en razón de la ejecución de obras de prolongación de la red de alcantarillado, el Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares, funda su resolución de estimarla en parte, "anulando la liquidación impugnada, que será sustituida por la que resulte procedente una vez completado el expediente de Contribuciones Especiales con los justificantes del coste de las obras, de lo acordado o que se acuerde acerca de las bases de reparto y de las mediciones de todas las propiedades afectadas determinantes de la evaluación individual de las bases de imposición, girándose aquella en función del 90% del coste acreditado por el Ayuntamiento", en no estimar obligatoria en este caso la previa adopción del acuerdo de imposición, bastando la Ordenanza reguladora aprobada por el Ayuntamiento, pero sin que en el expediente conste los documentos referentes a la obra a realizar, presupuesto, fijación de bases, fijación de fincas y de beneficiarios y cuotas individuales exigibles; mientras que en lo que respecta a todas las demás reclamaciones contra liquidaciones practicadas en razón de las obras de alumbrado público, repitiendo los argumentos anteriores sobre la no necesidad de previo acuerdo de imposición, dada la existencia de la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento en 5 de Abril de 1977 y sobre la ausencia en el expediente de las bases de reparto escogidas de entre las previstas en el artículo 12 de la repetida Ordenanza, en los metros lineales de fachada de los inmuebles beneficiados, que es al parecer, el módulo escogido y añadiendo que el reparto debió hacerse en el 70% del coste de las obras y no en el 90%, resolvió estimar en parte las reclamaciones, anulando las liquidaciones que deberán ser sustituidas por otras, previa unión del justificante de lo acordado o que se acuerde acerca de las bases de reparto, de la relación de todos los propietarios afectados y de la evaluación individual de las bases de imposición, girada en función del 70% del coste acreditado.

**CONSIDERANDO:** Que, en la demanda común a todos los recurrentes, se fundamenta la petición también común de que se declare la nulidad de los acuerdos municipales aprobatorios de los expedientes de contribuciones especiales por alumbrado público y alcantarillado sanitario en la zona de Camp de Mar o la necesidad de la aplicación de otros porcentajes a los establecidos en las resoluciones del Tribunal, en argumentos distintos para unas y otras contribuciones especiales, de alumbrado o de alcantarillado, pues mientras la nulidad del primero la basa en la falta del preceptivo acuerdo de imposición, al ser potestativas las obras de mejora, de acuerdo con el contenido del artículo 25 de la Ley 40/81, así como también en haberse ejecutado antes del acuerdo de aplicación de las contribuciones especiales, como también estima injustificados los porcentajes establecidos por el Tribunal para este alumbrado público, al no haberse ponderado la importancia relativa del interés público y de los intereses particulares concurrentes, la nulidad del acuerdo relativo al alcantarillado, la funda únicamente en la segunda de las causas invocadas anteriormente: haber ejecutado las obras con anterioridad a la confección y aprobación del expediente de contribuciones especiales.

**CONSIDERANDO:** Que es constante y reiterada doctrina jurisprudencial sobre las contribuciones especiales municipales, manifestada, entre otras, en las sentencias de 3 de Enero de 1979, 31 de Diciembre de 1980 y 9 de Octubre de 1982, el que en ellas, como en cualquier otra exacción municipal, es preciso distinguir tres momentos distintos, el de la creación de la exacción, posteriormente el de su reglamentación u ordenación y por último el de su aplicación y efectividad, suscitándose en cada uno de ellos diferentes y peculiares recursos, pues mientras los acuerdos de imposición son susceptibles de reclamación ante el Delegado de Hacienda, con posterior alzada ante el Ministro del ramo e interposición del recurso-administrativo contra ésta última resolución, los de ordenación o reglamentación son impugnables ante el Delegado de Hacienda, pudiéndose recurrir ante la vía contencioso-administrativa contra la resolución que aquel adopte, siendo los actos de aplicación y efectividad impugnables directamente ante los Tribunales Económico Administrativos, contra cuya resolución cabe el contencioso-administrativo; revelándonos esta matización la imperiosa necesidad de que en cada uno de dichos momentos, los actos en ellos adoptados tengan la necesaria publicidad, a fin de que los interesados, puedan ejercitar contra ellos, en caso disconformidad, los correspondientes recursos.

**CONSIDERANDO:** Que aplicando dicha doctrina al presente caso y en lo que respecta al expediente de contribuciones especiales por alumbrado público en Camp de Mar y apareciendo del propio expediente (acta notarial de fecha 4 de Marzo de 1983), como así se reconoce en la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares recaída en los expedientes acumulados 377 y 378/82, en su tercer considerando, que las obras de alumbrado motivo de la contribución son de mejora del existente y no de nueva instalación, es evidente que no son obligatorias por aplicación del artículo 25 de la Ley 40/81 de 28 de Octubre, limitativa en este punto del artículo 26. 1. d) del Decreto 3.250/76 que estableció normas provisionales para la aplicación de las Bases 21 a 34 de la Ley 41/1975, al suprimir la "sustitución y mejora del alumbrado público" de la obligatoriedad de exigencia de contribuciones, con la necesaria consecuencia de adoptar previamente el acuerdo de imposición a que se refiere el artículo 33. 2. del Decreto citado, declarado vigente en lo que no se oponga a la Ley 40/81 por el Real Decreto 3183/81 de 29 de Diciembre, en su artículo 3º; en cuyo acuerdo, además de lo que dispusiera la Ordenanza reguladora, se debían haber hecho constar, entre otros, los datos referentes a la cantidad que acordara distribuir entre los beneficiarios y las bases de reparto, por lo que su omisión, o al menos, la falta de exposición en el tablón de anuncios de la Corporación durante quince días para que los interesados pudieran examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimaran oportunas y de su anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia, como previene el artículo 18 de la Ley 30/81, repitiendo lo ya reglado por el artículo 722 de la Ley de Régimen Local de 1955, determina la nulidad de todo el expediente de imposición de contribuciones especiales por este concepto de alumbrado.

**CONSIDERANDO:** Que a la misma conclusión se ha de llegar en lo que respecta al expediente de imposición de contribuciones especiales por obras de alcantarillado, pues aunque la exigencia de contribución especial para sufragar el 90% del coste, sea obligato-

ria en razón a lo dispuesto en el artículo 25. 1. b) de la Ley 40/81 al ser primera instalación, en relación al artículo 29. 1. a) del Decreto 3250/76, el acto de aplicación de la Ordenanza reguladora, que, al mismo tiempo inició el expediente, constituido por el Acuerdo Plenario de 30 de Julio de 1982, adolece de defectos formales de producción de indefensión de los interesados que determinan su nulidad, a tenor del artículo 48. 2. de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958, pues además de ser posterior a la realización de la obra, con infracción del artículo 33. 3 del Decreto citado, no fue precedido de expediente "de inexcusable tramitación", con los documentos relativos a la determinación del coste de las obras, de la cantidad a repartir entre los beneficiarios, de las bases de reparto y de las cuotas asignadas a cada contribuyente; (artículo 33.4) por lo cual, aquel acuerdo plenario inicial y final del expediente de aplicación, no contenía tales datos inexcusables, como tampoco fue notificado a los interesados personalmente como determina el citado artículo 33. 7. y ordenó el propio acuerdo, limitándose a ser publicado en el Boletín Oficial de Baleares de 26 de Agosto de 1982, con las escuetas palabras de haberse adoptado acuerdo de aplicación de contribuciones especiales, entre otras, de "Alcantarillado en Camp de Mar, pesetas 1.485.462".

**CONSIDERANDO:** Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas.

**FALLAMOS:** Que en los recursos contencioso-administrativos acumulados, números 209, 213 y 228/83 y 1 y 2/1984, interpuestos por D<sup>a</sup> A. C. P., Don G. C. A. y Don G. M. B., en nombre propio y en representación de P., S.A., contra los cinco acuerdos del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de fechas 28 de Julio de 1983 los tres primeros y 27 de Octubre de 1983, los dos últimos, que resolvieron reclamaciones de los recurrentes contra liquidaciones que les fueron practicadas por el Ayuntamiento de X. por contribuciones especiales en razón de obras de alcantarillado y alumbrado público en X., debemos declarar y declaramos nulos en su totalidad los expedientes administrativos que originaron tales liquidaciones, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 15

**15. URBANISMO.** Recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación tácita en virtud de silencio administrativo de la petición de que sea ejecutada una orden de demolición dictada por el Alcalde y que ha ganado firmeza. Estimación del recurso. *Sentencia de 9 de Febrero de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que como quiera que la demanda basa su pretensión de que declaren no conformes a derecho, y por tanto nulos, y que se resuelva que el Ayuntamiento ha de demoler las obras que se indican en la resolución de 7 de Junio de 1982, confirmada por acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de 7 de Julio siguiente, demolición que alcanzará a las obras referidas en el escrito de 10 de Octubre de 1983 de C., S.A. que puedan haberse efectuado, en el contenido del artículo 184 de la Ley del Suelo, Texto Refundido, promulgado por Real Decreto 1346/1976 de 9 de Abril, mientras que C., S.A. única

demandada comparecida en autos, al no haberlo hecho la Corporación municipal, después de la abstención del Abogado del Estado, basa su oposición en el contenido imposible del Decreto cuyo cumplimiento se pretende, al no contener una definición clara de las obras cuya demolición se ordena y en que dispone de licencia otorgada por la Comisión Municipal Permanente (considerando anterior, 1º) y de otra tácita por haber transcurrido con exceso el plazo de un mes, desde que fue formulada la solicitud de 9 de Diciembre de 1931 (considerando anterior 3º), se hace preciso aclarar que la pretensión de la actora no necesita fundarse en el artículo 184 de la Ley del Suelo, como tampoco puede fundarse su oposición en la existencia de una licencia concedida expresamente o por silencio administrativo, sencillamente, por que tales fundamentos serían examinables si el objeto del recurso fuera el Decreto del Alcalde que ordenó la demolición, pero están fuera de lugar en un recurso que no atañe a tal Decreto en su contenido, al ser firme y por consiguiente indiscutible, sino a su ejecutoriedad, que ha sido denegada tácitamente por silencio administrativo, por lo que para resolver el recurso, estimándolo en su petición de que se declare nula la denegación por silencio administrativo de la ejecución de aquel Decreto firme y se declare la obligación municipal de ejecutarlo, basta con recordar el principio general de la ejecutoriedad inmediata de los actos y acuerdos de la Administración, que sienta el artículo 361 de la Ley de Régimen Local, texto Refundido de 24 de Junio de 1955, respecto a los de las Autoridades y Corporaciones Locales, reitera el artículo 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958, aplicable supletoriamente a aquellas (artículo 1º. 4.) y confirma el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, sin que en el presente caso pueda ser obstáculo a esa ejecutoriedad, la imposibilidad de cumplimiento, por no haber enumerado el Decreto las obras a demoler, ya que, estando este Decreto en relación con anterior que le otorgó el plazo de dos meses para legalizar las obras efectuadas sin licencia que se refiere a las consignadas en la inspección efectuada por el Celador de Obras, como así consta en sus resultando, resulta evidente que el Decreto ordena demoler por el propio Ayuntamiento tales obras, tanto mas cuanto dicho Decreto fue precedido de informe del Arquitecto Municipal que confirmó el del Celador y recurrido por la entidad propietaria de las obras a demoler, argumentando que las obras en cuestión estaban legalizadas por silencio administrativo positivo, cuya argumentación rechazó la Comisión Municipal Permanente en Acuerdo de 7 de Julio de 1982, confirmando el Decreto que quedó, por lo tanto firme.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dº C. C. C., contra el acto presunto de denegación por silencio municipal de petición dirigida por la recurrente al Alcalde de Pollensa, de que se ejecutara el Decreto firme de la Alcaldía de 7 de Junio de 1982, que ordenó la demolición por el propio Ayuntamiento de obras realizadas en el terreno contiguo al Almacén de C., S.A., en el Km. 2 de la carretera de Pollensa al Puerto, debemos declarar y declaramos nula tal denegación presunta de la demolición decretada, ordenando la inmediata ejecución del Decreto de 7 de Junio de 1982, en sus propios términos, es decir, que se proceda por el Ayuntamiento a la inmediata demolición a costa de C., S.A. de las obras que efectuó sin licencia y que constan en el acta de inspección del Celador de Obras del Ayuntamiento referido en el Decreto citado, y en el informe del Arquitecto Municipal que le precedió, sin hacer declaración expresa de las costas causadas en el recurso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 23

**23. TASA POR SERVICIO DE AGUA, ALCANTARILLADO Y RECOGIDA DE BASURAS:** no tienen naturaleza tributaria, sino de precio privado. Improcedencia del procedimiento de apremio para su cobro. *Sentencia de 19 de Febrero de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, tiene por objeto el Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares de 24 de Mayo de 1984, que en expediente de reclamación del Presidente y representante de la Comunidad de Propietarios del edificio de la calle A. B., 18 de esta Ciudad, contra cédula de notificación en recaudación ejecutiva del Ayuntamiento de Palma, de providencia de apremio por certificación de descubierto de débito por servicios de agua, alcantarillado y recogida de basuras en el período de Mayo de 1982 a Abril de 1983, resolvió estimar la reclamación, anulando la providencia de apremio impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que son antecedentes del acto administrativo impugnado jurisdiccionalmente que deben servir de base al enjuiciamiento de la cuestión debatida, los siguientes: 1º Que en virtud de expediente instruido por el Ayuntamiento de Palma para municipalizar, con monopolio, el servicio de "recogida y eliminación de residuos sólidos urbanos" en régimen de Sociedad Privada Municipal, el Ministerio de Administración Territorial, en acuerdo de 26 de Febrero de 1982, resolvió aprobar el expediente incoado de municipalización del servicio" que será prestado en régimen de Sociedad Privada Municipal, que adoptará la forma de Sociedad Anónima bajo la denominación de Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S.A. (Emayasa), y que se regirá por los Estatutos y Reglamento del Servicio incorporados al expediente, en el que también figuran las tarifas aprobadas reglamentariamente"; 2º Presentados al cobro por la entidad Emayasa a la Comunidad de Propietarios del edificio de A. B., 18, los recibos de los servicios de agua, alcantarillado y recogida de basuras correspondientes al período de Mayo de 1982 a Abril de 1983 y tras infructuosos intentos de la Comunidad deudora de satisfacer a través de Notaría las cantidades correspondientes a los servicios de agua y alcantarillado, descontando del total de los recibos las cantidades correspondientes a recogida de basuras, y en base a haberse expedido por la Recaudación Ejecutiva del Ayuntamiento de Palma, certificación de descubierto por el importe total de la cantidad adeudada por los tres servicios, con el recargo del 20%, se dictó por el Alcalde Providencia de apremio por un importe total, incluido el recargo, de 163.298 pesetas; 3º Interpuesta por ésta reclamación económica-administrativa, el Tribunal de Baleares, en acuerdo de 24 de Mayo de 1984, anuló la providencia de apremio impugnada, siendo este acto administrativo objeto del recurso jurisdiccional como se hizo constar en el anterior considerando.

**CONSIDERANDO:** Que en base a las normas generales establecidas en la Ley de Régimen Local (artículos 164 y siguientes del Texto Refundido aprobado por Decreto de 24 de Junio de 1955) y en los correspondientes artículos de su Reglamento de Servicios promulgados por Decreto de 17 de Junio de 1955 (artículo 45 y siguientes), determinados servicios como los de abastecimiento de agua, alcantarillado y recogida y aprovechamiento de basuras, pueden ser explotados directamente, municipalizándose por los Ayuntamientos, sin monopolio o con él, de igual manera que una vez municipalizado el servicio puede ser prestado por gestión directa, con o sin órgano especial de Administración, en forma de Empresa privada, o en régimen de Empresa mixta mediante participación de particulares en el capital, diferenciándose la primera de las formas de prestación de las otras dos, en que a ella son totalmente de aplicación las normas del Derecho Administrativo, mientras que en las otras, al adoptarse la estructura de una sociedad mercantil, la Administración ha de actuar conforme a las disposiciones legales mercantiles y las que se hagan constar en la escritura social (artículos 175, 176 y 177 de la Ley y 89 al 94 y 102 al 112 del Reglamento), pues la "mens legis" es distinta en uno y otro supuesto, ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1982, siguiendo la doctrina de la de 19 de Abril de 1979, la elección de esta técnica de la sociedad mercantil no es fruto de un arbitrio de la Administración y del legislador, sino resultado de un cálculo muy consciente para agilizar la funcionalidad de ciertos servicios, liberándolos de las rigideces de los principios presupuestarios, de los métodos selectivos del personal y de las trabas del procedimiento administrativo; pero sobre todo para establecer una limitación en los riesgos, no comprometiendo el patrimonio de la Administración, sino en cuantía limitada —la mitad del capital social en la forma de Empresa privado o la cuantía de la apartada por la Corporación a la Sociedad en la empresa mixta— a tenor de lo establecido en los artículos 175. 2. y 177 de la Ley y concordantes del Reglamento.

**CONSIDERANDO:** Que como consecuencia de dicho distinto régimen jurídico de una y de otras formas de prestación del servicio público, sin bien la Administración dispone en ambas del "poder tarifario", es decir, de la facultad de establecer el precio o tarifa de la prestación del servicio, cuya actuación en este sentido es esencialmente pública y sometida al Derecho Administrativo (Sentencia de 3 de Abril de 1979), por lo que en este aspecto pueden ser asimiladas a las tasas, sin embargo, la prestación del servicio con arreglo a las formas de Derecho privado y en especial, por Sociedad privada municipal, otorga a las tarifas el carácter de precio o merced, sometido a las prescripciones civiles o mercantiles (artículo 155. 2. del Reglamento de Servicios), con la obligada consecuencia de pérdida del privilegio de un procedimiento especial —apremio sobre el patrimonio— de que dispone en general la Administración pública para el cobro de las deudas que tienen un carácter contributivo o fiscal; y en este sentido hay que interpretar la diferenciación entre tasas fiscales y tasas de contraprestación a que se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1970 y 1º de Marzo de 1980, citadas por las partes, ya que estas tasas de contraprestación no pueden estimarse como tributos a los efectos del artículo 26. 1. a) de la Ley General Tributaria (230/63 de 28 de Octubre), pues no son "cantidades que como ingresos de Derecho Público deban percibir las Entidades Locales" (artículos 3. 1. c) del Reglamento General de Recaudación aprobado por Decreto 3.154/68 de 14 de Noviembre), por lo que al no serles aplicables las normas del procedimiento de apremio establecido en los artículos 93 y siguientes del mencionado Reglamento General, es nula, en aplicación del 48. 1. de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958, en relación a su artículo 1º. 4. la providencia de apremio dictada en dicho procedimiento y debe ser confirmado el acto impugnado de la Administración General del Estado que así lo acordó.

**CONSIDERANDO:** Que en contra de tal conclusión no es atendible el argumento empleado por el Ayuntamiento demandante basado en que el servicio en cuestión se presta con monopolio, aunque sea en régimen de Empresa privada, por lo que su contraprestación debe ser considerada tributo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 155. 3. del Reglamento de Servicios antes citado, pues si bien es cierto que este precepto expresa literalmente y con aparente contradicción con el número anterior, que "cualquiera que sea la forma de prestación, tendrán no obstante carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados"; esta expresión debe ser entendida en el sentido de que, en estos casos y como se dijo antes, conserva la Administración su potestad tarifaria, pero no en el de que los servicios monopolizados engendran siempre tasas fiscales, pues estimarlo así, no solo haría este precepto contradictorio con el precepto del número anterior, referido a la prestación del servicio con arreglo a las formas de derecho privado, sino que, además, entrañaría su derogación por el artículo 14 del Decreto 3.250/76 de 30 de Diciembre, de puesta en vigor de determinadas disposiciones de la Ley 41/1975 de Bases del Estatuto de Régimen Local, pues este último precepto, con toda la claridad que le falta al cuestionado y sin distinguin entre sistema de monopolio o de libre concurrencia, expresa que tendrán la consideración de renta o precios los productos de las tasas correspondientes a los servicios prestados con arreglo a formas de Derecho privado y, en especial, por sociedad privada municipal, arrendamiento o concierto.

**CONSIDERANDO:** Que tampoco es posible, como pretende el Ayuntamiento recurrente, fundamentar el procedimiento de apremio para el cobro del importe de estos servicios en el artículo 22 del Reglamento de Prestación del Servicio de Recogida y Eliminación de Residuos Sólidos Urbanos, aprobado por el Ayuntamiento en el mismo expediente que decidió su municipalización, no solo porque las palabras que emplea el Reglamento: "funciones derivadas del ejercicio de autoridad", no pueden ser identificadas con la vía de apremio, sino por que, además, de entenderlo así, supondría que el Ayuntamiento hubiera creado "ex novo" un tributo municipal en contra de las leyes, lo que determinaría la invalidez de tal precepto reglamentario por aplicación del artículo 133 de la Constitución.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuestos por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, contra el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 24 de Mayo de 1984, que estimando reclamación interpuesta por la Comunidad de Propietarios del inmueble de la calle A. B., anuló la providencia

de apremio dictada por la Alcaldía por débitos de agua, alcantarillado y basuras, debemos declarar y declaramos tal acto administrativo del referido Tribunal, conforme con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia, lo confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el recurso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 30

**30. CONCESION ADMINISTRATIVA.** Estudio de su carácter contractual. Caducidad. No ha lugar a indemnizaciones por amortización de inversiones. *Sentencia de 2 de Marzo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere a la pretensión principal de que se declare nulo el acuerdo recurrido de reversión de la concesión al Ayuntamiento en base a que por haberse convenido la misma a perpetuidad, las limitaciones de tiempo que establecen las disposiciones legales vigentes deben computarse a partir del 17 de Julio de 1945, fecha de promulgación de la Ley de Régimen Local y a la pretensión subsidiaria primera de que en virtud de lo convenido, el Ayuntamiento debió respetar los derechos de la entidad concesionaria hasta el 15 de Febrero de 1984, en cuya fecha debía cumplirse una de las prórrogas tácitas establecidas en el contrato de concesión, es decir, en lo que se refiere a las pretensiones que quierase o no se fundan en que debe determinarse el plazo de extinción y consiguiente reversión habida cuenta de lo convenido en el contrato concesional, ha de recordarse que si bien éste participa del principio de la autonomía de la voluntad de que está impregnada toda la materia contractual aunque sea pública y por ello en lo no previsto en las disposiciones legales propias de la contratación administrativa local o estatal y de cada contrato en particular, se aplican los preceptos pertinentes del Derecho privado (Disposición Adicional segunda del Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales de 9 de Enero de 1953), lo primordial en esta clase de relaciones jurídicas es el mantenimiento del servicio público en las mejores condiciones posibles dentro de una relación de tracto sucesivo de larga duración, lo que determina que, en cualquier problema que surja, la interpretación finalista ha de prevalecer sobre la interpretación voluntarista al modo del Derecho Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1979 y 13 y 16 de Marzo de 1981); y en lo que se refiere concretamente al tiempo, tampoco hay que olvidar que —como dice la Sentencia del mismo Tribunal de 14 de Julio de 1981— la concesión, toda concesión, ha de ser incardinada en la categoría conceptual de “negocio fijo” o negocio de “término esencial”, lo que quiere decir que esta figura jurídica no es concebible en una dimensión temporal indefinida y que, más pronto o más tarde, la concesión ha de caducar; constituyendo la caducidad un efecto “ex lege” propio de los negocios fijos, aunque sometido en principio, para su plena efectividad, al presupuesto o “conditio iuris” de la declaración expresa de la Administración, que se limita a constatar la producción del hecho extintivo de la concesión y a manifestarlo para así eliminar toda duda al respecto y suprimir el equivoco de una situación de apariencia, de una concesión en realidad caducada, pero hasta entonces no declarada.



**CONSIDERANDO:** Que aplicando tal doctrina al supuesto que nos ocupa, en relación con las disposiciones legales invocadas por los actos recurridos y otras de aplicación, interpretadas finalísticamente, se hace preciso la desestimación de las pretensiones del recurrente principal y primera de las subsidiarias, referentes a no haber caducado la concesión cuando se dictaron aquellos, puesto que consciente el legislador de aquella necesaria prevalencia del servicio público sobre la autonomía de la voluntad y de la característica de estos contratos en los que la duración definida es esencial, no solo dispuso para el futuro de forma terminante en el artículo 10 del citado Reglamento de Contratación, la nulidad de los contratos de duración indeterminada o por más de cincuenta años, de la misma forma que el artículo 115. 4.ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Junio de 1955, estableció como cláusula obligatoria, que el plazo de la concesión no pueda exceder de cincuenta años, sino que, además, la Disposición transitoria Segunda de éste último dio a esta condición legal efectos retroactivos, extendiendo su aplicación "a los servicios existentes en la actualidad para el régimen sucesivo de los mismos" y las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del Reglamento de Contratación, con más rotundidad y claridad, dispusieron su aplicación a los contratos ya perfeccionados, sin que tuvieran "la consideración de derechos adquiridos para los contratistas, las situaciones derivadas de cláusulas o convenios cuya nulidad se declara en el presente Reglamento", que, como se dijo, declara nulos los contratos cuya duración exceda de cincuenta años; de lo que se infiere que la caducidad de la concesión que nos ocupa se había producido, no cuando se declaró por el Ayuntamiento con efectos del 15 de Abril de 1983, en que se cumplieron los cincuenta años de la adquisición por la recurrente del derecho concesional, sino anteriormente, en la fecha en que se cumplieron los cincuenta años del otorgamiento a la Sociedad que se la trasmitió —R., S.A.— como también podía haber declarado, a partir de la vigencia del Reglamento, la nulidad del convenio y consiguiente extinción de la concesión por otorgarse, en contrato de duración indeterminada.

**CONSIDERANDO:** Que por ello, tampoco son válidas las razones fundadas en la cláusula de reversión a voluntad del Ayuntamiento a partir del treinta y un año del otorgamiento de la concesión, pues si bien a su amparo podría el Ayuntamiento haber declarado entonces terminada la concesión en virtud de lo convenido, como también pudo hacer uso de dicha cláusula pasados diez años, es decir, el año cuarenta y uno del otorgamiento, al no haberlo hecho, la concesión caducaba a los cincuenta años por disposición legal, y con plena efectividad, el día en que se cumplió la "conditio iuris" de la declaración administrativa de constatación del hecho extintivo.

**CONSIDERANDO:** Que en lo que respecta a las demás peticiones alternativas subsidiarias referentes a pago por el Ayuntamiento del valor de todas las instalaciones o satisfacción del importe de las inversiones realizadas y no amortizadas, es decir, a lo que constituye pretensión de anulación parcial de los acuerdos recurridos en la parte que declaran la reversión gratuita del servicio público concedido, hay que decidir por su desestimación, pues en lo que se refiere a la primera, es decir, el justiprecio y pago del valor de las instalaciones, aparece evidente su improcedencia al no haber sido la concesión, objeto de rescate convencional o legal, al amparo de los artículos 46 y siguientes del citado Reglamento de servicios, sino de caducidad extintiva por transcurso del plazo máximo establecido en la Ley, para cuya situación no es concebible justiprecio y pago de instalaciones o elementos del servicio, puesto que este sistema de gestión indirecta de los servicios públicos, está ordenado sobre la base de que la retribución económica del concesionario ha de mantenerse, durante el plazo de la concesión, en función de la necesaria amortización del coste del establecimiento del servicio que hubiera satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial (artículo 126.2. b) del repetido Reglamento de Servicios); razón por la que tampoco procede su última pretensión subsidiaria, de que se le indemnice en el importe de las inversiones realizadas y no amortizadas, pues los contratos en que intervengan las Corporaciones Locales se entienden convenidos a riesgo y ventura del contratista, que pudo, antes de realizar las instalaciones que dice no amortizadas, solicitar aumento del precio o tarifas de la concesión al amparo del precepto citado y de los artículos 57. 1. e) del Reglamento de Contratación y 127. 2.ª b) del de Servicios; por lo que el no ejercicio de dicha facultad, implica la inexistencia de desequilibrio o de ruptura de la economía

de la concesión, sobre todo en casos como el presente en los que el concesionario consiente, al no utilizar los recursos pertinentes, el acto denegatorio de aumento de tarifas.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por A. de P., S.A. contra el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de dicho municipio de 24 de Marzo de 1983 que declaró extinguida la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable al Puerto de Pollensa, de la que era concesionaria y contra el Acuerdo plenario del mismo Ayuntamiento de 13 de Mayo del mismo año que le desestimó la reposición del anterior, debemos declarar y declaramos tales actos municipales con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los confirmamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 33

**33. URBANISMO.** Edificio fuera de ordenación. Aunque este en estado ruinoso procede otorgar licencia para su reparación, siempre que la misma no signifique aumento de volumen. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que siendo reglada la potestad municipal de otorgamiento de licencias de obras, por cuanto —como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de la que se puede citar, ad exemplum, las claras sentencias de 26 de Septiembre y 7 de Octubre de 1.980— las licencias no conceden ni otorgan ningún derecho, sino simplemente autorizan el ejercicio de un derecho preexistente inherente al dominio con arreglo a lo dispuesto en el art. 350 del Código Civil, una vez asegurado que la forma de este disfrute es acorde con las disposiciones de carácter general que, de alguna forma, limitan, condicionan o pautan su ejercicio, pues, en palabras del art. 76 de la Ley del Suelo, Texto Refundido promulgado por Real Decreto 1346/1.976 de 9 de Abril, las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de sus límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios, aparece evidente la improcedencia de denegar una licencia por los motivos expresados en los actos impugnados, pues en lo que se refiere al que funa el acto primero, carece de apoyatura legal la limitación del "ius edificandi" del propietario, basad en un Plan en proyecto, ya que como reconoció implícitamente el Acuerdo resolutorio del recurso de reposición y explícitamente el escrito de contestación a la demanda, el Municipio de Formentera carece no solo del Plan Es-

pecial en embrión, sino de Plan General Municipal de Ordenación aplicable al supuesto que nos ocupa, no comprendido en las previsiones indicativas para los Planes Generales Municipales que contiene el Plan Provincial de Baleares, aun en vigor.

**CONSIDERANDO:** Que ante esta situación y aceptando al no haber sido negado por la parte actora que el edificio a reformar se encuentra emplazado en terreno no urbanizable, tal como lo califica el Aparejador Municipal que, sin duda, ante la carencia de Plan, atiende a la falta de las estructuras urbanísticas a que se refiere el art. 81.2 de la Ley del Suelo y a haber apreciado que a falta de Proyecto de delimitación el área de ubicación no está consolidada por la edificación con arreglo al art. 12.4 de la Ley anterior, aparece evidente la calificación del edificio existente en zona tan desprovista de Ordenación específica, que queda regulada urbanísticamente respecto a las nuevas construcciones, por las rigurosas limitaciones del art. 85 de la Ley del Suelo, como fuera de ordenación, por lo que en el mismo pueden realizarse todas las obras especificadas en el proyecto y transcritas en el segundo considerando, a excepción del cubrimiento del patio, al significar aumento de volumen, pues las demás, tal como la califica el técnico municipal con el apelativo de menores, son pequeñas reparaciones que exigen la higiene, ornato y conservación del edificio, permitidas en el art. 60.2 de la Ley del Suelo, y que como tales debieron ser autorizadas por los actos impugnados en el presente recurso, que, en consecuencia, deben ser anulados parcialmente.

**FALLAMOS:** Que estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. B. T. T. contra los Acuerdos de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de Formentera de 17 de Junio y 26 de Julio de 1.982 que le denegaron licencia de obras en edificio Sa F. V., de Las Salinas y la reposición del primero, respectivamente, debemos declarar y declaramos dichos actos municipales contrarios en parte al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos también parcialmente, declarando que el interesado recurrente tiene derecho a adecuar y reformar el edificio citado, con arreglo al proyecto redactado por el Aparejador D. C. G. de P., en todas las obras previstas en el mismo, a excepción del cubrimiento del patio descubierto para que forme parte de la Sala 2; todo ello, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el recurso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 34

**34. URBANISMO.** Denegación de licencia municipal para la actividad de fabricación de aglomerado asfáltico, por razones urbanísticas: procedencia. No se puede alegar silencio positivo a favor del solicitante de La licencia por infringir la misma los planes de urbanismo. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que como quiera que, sobre tales antecedentes, la demandante funda sus pretensiones de anulación de los actos impugnados, con declaración de disponer de licencia y de que debe ser indemnizada de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos anulados y del precurso de la maquinaria, en haber obtenido licencia municipal por silencio positivo y en disponer de autorización de la Delegación en Baleares del Ministerio de Industria y Energía que impide, a tenor de la Ley de Minas y Reglamento General para el régimen de la minería, suspender trabajos de aprovechamiento de recursos que estuvieran autorizados, es preciso recordar que el Reglamento que regula el ejercicio de actividades molestas, nocivas, insalubres o peligrosas, promulgado por Decreto 2414/1.961 de 30 de Noviembre, así como su Instrucción complementaria contenida en la Orden de 15 de Marzo de 1.963, tal como ha sido interpretado por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, contiene dos exigencias referidas a dos aspectos fundamentales, conionado el uno respecto al otro, consistiendo el primero en la idoneidad del lugar elegido para la actividad, en función de la normativa urbanística de aplicación en la zona y el segundo por la determinación de las medidas correctoras a cargo de la Comisión Provincial de Saneamiento; por lo que cuando el lugar de ubicación que se elija no sea idónea, por prohibición del primero de esots Ordenamientos, la licencia resulta inconcebible (Sentencias de 27 de Febrero de 1.981, 23 de Marzo de 1.982 y 30 de Mayo, 16 de Junio, y 16 de Noviembre de 1.933), ya que en esta clase de licencias rige el principio de prevalencia de los planes de urbanismo sobre cualquier otro aspecto, a tener de los dispuesto en el artículo 4 del Reglamento y 11 de la Instrucción (Sentencias de 13 de Enero de 1.973, 25 de Febrero de 1.976 y 15 de Abril de 1.983), es decir, que se antepone la legalidad urbanística a cualquier otra consideración, siendo esta apreciación de exclusiva competencia municipal, por lo que el Ayuntamiento puede denegar de plano la concesión de la licencia por razones urbanísticas y otras también regladas, a tenor del artículo 30. 1. del Reglamento (Sentencias de 22 de Marzo y 30 de Noviembre de 1.983).

**CONSIDERANDO:** Que en aplicación de esta doctrina, se hace preciso rechazar la alegación del recurrente de haber adquirido la licencia por silencio positivo al amparo del artículo 33. 4. del mismo Reglamento, expresivo de que "transcurridos cuatro meses desde la fecha de la solicitud sin que hubiese recaído resolución ni se hubiese notificado la misma al interesado, podrá éste denunciar la mora simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial de Servicios Técnicos y transcurridos dos meses desde la denuncia podrá considerar otorgada la licencia por silencio positivo", pues aunque en el presente caso el recurrente cumplió todos estos requisitos de tiempo y doble denuncia de mora, sin embargo, al tratarse de una actividad industrial, emplazada en terreno calificado urbanísticamente como Forestal Protegido en el Plan General de Urbanización de Santa Eulalia del Rio, como se sentó en el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente desestimatorio del recurso de reposición formulado por la entidad recurrente contra la Orden de la Alcaldía de cese de la industria, sin que extremo tan fundamental haya sido contradicho en el expediente ni en actos, aparece incuestionable que está sujeto a las limitaciones del artículo 36. 2. de la Ley del Suelo, Texto Refundido promulgado por Decreto 1346/1976 de 9 de Abril, ya que al ser espacios que por sus características, según el Plan General, deben ser objeto de una especial protección, no pueden ser dedicados a utilizaciones que impliquen transformación de su destino o naturaleza o lesionar el valor específico que se quiere proteger, lo que implica la imposibilidad de adquirir la licencia por silencio positivo, puesto que la aplicación del silencio no constituye medio para conseguir lo prohibido por la Ley (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras muchas, de 19 de Febrero de 1980, 2 de Febrero de 1.982 y 30 de Mayo y 16 de Junio de 1983), o, como dice el artículo 173. 3. de la Ley del Suelo recogiendo anterior Jurisprudencia similar a la citada: "en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades, en cotra de lo previsto, digo, prescrito en esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento".

**CONSIDERANDO:** Que por consiguiente, al carecer de licencia la actividad que se estaba ejerciendo por la entidad recurrente, aparece incuestionable con arreglo al Ordenamiento Jurídico, la potestad del Alcalde para impedir aquellos usos sin licencia, no solo en virtud de las facultades que le otorga el artículo 117 de la Ley de Régimen Local en general, para el cumplimiento de las Leyes y disposiciones gubernativas, sino también y

específicamente, en virtud de la obligación que le impone el artículo 134. 1. de la Ley del Suelo, de suspender los actos de uso del suelo efectuados sin licencia; sin que sea atendible en contra del ejercicio de aquella potestad y cumplimiento de la correlativa obligación del Alcalde, la invocación de la existencia de una autorización concedida por la Delegación del Ministerio de Industria y Energía al amparo de los artículos 16 y siguientes de la Ley 22/1973 de 21 de Julio, reguladora de las Minas y demás aprovechamientos minerales y recursos geológicos, que determinan las autorizaciones necesarias para el aprovechamiento de recursos de la Sección A. (escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida) en terrenos de propiedad privada, puesto que la necesidad de la licencia municipal, no impide la exigencia de otras estatales, ni éstas suplen o sustituyen aquella, lo que determina uno de los numerosos supuestos de competencias compartidas o concurrentes, cada vez más frecuentes, dado el frenético legalismo del Ordenamiento administrativo (Sentencias, entre otras, de 6 de Octubre de 1977, 5 de Diciembre de 1973, 18 de Abril de 1979 y 13 de Junio de 1983); por lo que la prohibición de suspensión de actividades o aprovechamientos de recursos mineros autorizados conforme a la Ley, contenida en el artículo 116 de la Ley de Minas y 142 de su Reglamento promulgado por Decreto 2994/1932 de 15 de Noviembre, ha de ser entendida aplicable a aquellos aprovechamiento o actividades que gozaran de todas las autorizaciones necesarias legalmente, incluida, como es lógico y evidente, la fundamental de legalidad urbanística.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "H. P. T. S.A.", contra el Decreto de la Alcaldía de Santa Eulalia del Rio de 21 de Febrero de 1984 que le ordenó el cese de actividad de fabricación de hormigón asfáltico en terrenos de su propiedad y contra el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del mismo Ayuntamiento de 19 de Marzo siguiente que le desestimó recurso de reposición interpuesto contra el anterior, debemos declarar y declaramos dichos actos municipales conformes al Ordenamiento Jurídico y en consecuencia, los confirmamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 38

**38. LICENCIA DE ACTIVIDAD.** Apertura de tienda en dependencias de un Chalet Procedencia de su cierre por la Alcaldía; no se puede alegar silencio positivo, ya que el mismo no es vía para obtener lo que legalmente no es posible. *Sentencia de 20 de Marzo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que sobre tales supuestos fácticos, aparece evidente la procedencia de desestimar el recurso, confirmando el acto administrativo impugnado, pues estando sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles (artículo 2. 1. del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Junio de 1955), corresponde al Alcalde, en uso de las competencias que le otorga la Ley de Régimen Local en su artículo 117, en relación con las generales de los Municipios expresada en el 101, ordenar el cierre de los establecimientos sin dicha licencia, cuanto más en los casos como el presente, en los que, por oponerse el uso comercial al ordenamiento urbanístico, la suspensión de dicho uso, mediante la orden de cierre, viene impuesta además, por el artículo 134. 1. de la Ley del Suelo, Texto Refundido promulgado por Real Decreto 1346/76 de 9 de Abril.

**CONSIDERANDO:** Que contra tal conclusión no puede prevalecer el único argumento en que se sustenta el recurso, consistete en entender la licencia otorgada por silencio administrativo positivo al amparo del artículo 9. 1. 7º c) del citado Reglamento de Servicios, que se refiere, entre otros supuestos, a licencias de apertura de toda clase de establecimientos, pues aun siendo cierto que en relación a la licencia que contemplamos no es presupuesto necesario para su concesión tácita, la denuncia de la mora, cuya falta invoca la Corporación Local demandada en base al artículo 33. 4. del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de Noviembre de 1961, que la exige para que se entienda otorgada la licencia por silencio administrativo, puesto que un comercio de venta de objetos de piel para uso personal, no puede ser considerado como actividad molesta en os términos de la definición que de su artículo 3 y menos como insalubre, nociva o peligrosa, por lo que no está relacionada en el Nomenclator anexo a la reglamentación, no lo es menos que, según doctrina jurisprudencial reiterada, están excluidos de la concesión tácita de licencias o autorizaciones or silencio positivo los casos en que tal concesión no fuese legalmente posible, toda vez que no puede estimarse concedido tácitamente lo que es ilegal otorgar expresamente (Sentencias, entre otras muchas, de 20 de Junio de 1980 y 1 de Junio de 1983) y que esta doctrina, en lo que se refiere a legalidad urbanística, como es el supuesto que estudiamos, Ha sido consagrada por el artículo 178. 3. de la citada Ley del Suelo; por lo que apareciendo del dictamen técnico que precedió al acto impugnado que el uso que pretende la licencia de apertura de local comercial que nos ocupa, no está autorizado por el Plan Parcial del sector donde está situado, cuyo criterio ha sido confirmado por la prueba documental practicada a instancia de la actora, aparece incuestionable la ausencia de licencia y conforma a derecho el Decreto municipal que decidió su cierre.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dº F. P. V. contra el Decreto de la Alcaldía de Alcuía de 13 de Septiembre de 1983 que le ordenó el cierre de la actividad comercial en el local llamado "El C." sito en bajos solar de la carretera Puerto de Alcuía-Artá, debemos declarar y declaramos dicho acto municipal conforme con el Ordenamito Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 47

**47. EXPROPIACION FORZOSA.** Expropiación de los derechos de arrendamiento de un local almacén. Estudio de los criterios de valoración de tales derechos. *Sentencias de 12 de Abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la primera cuestión a resolver es la relativa a la naturaleza jurídica del arrendamiento en cuestión, pues estableciéndose en el artículo 44 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1954, que en estos casos de expropiación de fincas arrendadas se determinará la cuantía del justiprecio por als normas de la legislación de arrendamientos, la determinación de esta naturaleza aparece como fundamental, ya que en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (Decreto 4104/64 de 24 de Diciembre), se distinguen dos criterios diferentes para la indemnización de la pérdida de los derechos arrendaticios, según se trate de arrendamientos de locales de negocio propiamente dichos, o de arrendamientos de locales asimilados a ellos comprendidos en el nº 2 del artí-

culo 5 de la Ley (depósitos y almacenes), puesto que si se trata de los primeros se calculará la indemnización con arreglo al artículo 73. 3. (precio medio de traspaso de locales destinados al mismo negocio y existencia o inexistencia en la zona de locales desalquilados y adecuados al negocio), mientras que si se trata de los segundos, la internización será de dos anualidades de renta (artículo 70.4).

**CONSIDERANDO:** Que dadas las características del local en cuestión, que ha puesto de manifiesto la prueba documental, pericial y de reconocimiento judicial y el uso que de él hacia el arrendatario, hay que estimar como ajustada a derecho la calificación dada por el Jurado de Expropiación de depósito o almacén, pues aun cuando en dicho local guardaba el expropiado cámaras frigoríficas y estanterías necesarias para el negocio que expleta de bar-bodega en el edificio del otro lado de la calle, las exiguas proporciones de aquel local que lo hacían impropio en cualquier caso para la ampliación del bar-bodega y consiguiente acceso de público, determinan la imposibilidad de que pueda ser calificado como local, donde se ejercía, con establecimiento abierto, una actividad comercial, que es el concepto propio de local de negocio a tener del artículo 1º. 1. de la L.A.U., sino de que ha de serlo como un depósito, que aunque sea auxiliar de un negocio de aquellas características, su privación no implica el cierre de éste, ni las consecuencias respecto a aquella actividad que son las que originan el distinto trato indemnizatorio que otorga la Ley a uno y otro supuesto de expropiación.

**CONSIDERANDO:** Que esta calificación implica, por una parte, rechazar las pretensiones del expropiado respecto a la indemnización del derecho arrendaticio en función de los valores que tiene encuentra el aludido artículo 73. 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —precio medio de traspaso y existencia o inexistencia de locales desalquilados y adecuados al negocio— que cifra en la cantidad de 3.500.000 pesetas, así como también la referente a las pérdidas por paralización temporal y menor clientela, aunque si procede, con arreglo a dicha calificación, la partida que la otorga el Jurado, de indemnización de dos años de la diferencia entre la renta que satisfacía y la que se verá obligaba a pagar por otro local apto a los fines que cubría con el anterior en contra del criterio de la entidad expropiante, pues siendo la finalidad del instituto expropiatorio la de indemnizar al expropiado de todos los perjuicios causados por la privación de sus bienes y derechos, no es incompatible el otorgar como Hacer el Jurado la cantidad de dos anualidades de renta establecida en el artículo 70. 4 de la L.A.U. que tiene como fin el compensar el tiempo en el que el arrendatario se ve privado del almacén o depósito hasta que encuentra otro apropiado a sus fines, con el atorgamiento de una indemnización por la diferencia entre la renta que pagaba y la que se va a ver obligado a pagar por local análogo durante esos dos años, ya que la incompatibilidad que ha sentado la Jurisprudencia entre las indemnizaciones por traspaso y las de capitalización de diferencias de renta en los casos de locales de negocio propiamente dichos, tienen su fundamento en que ambas son subsidiarias la una de la otra al responder al concepto de traspaso, en los términos del artículo 73. 3 de la L.A.U., que no es de aplicación, como se ha dicho, al presente caso en el que se trata de un local destinado a almacén.

**CONSIDERANDO:** Que tampoco pueden tenerse cuenta a estos efectos las alegaciones de la Corporación expropiante, referentes a la falta de licencia municipal de apertura del almacén en cuestión, pues sin perjuicio de que esta licencia ha de estimarse comprendida en la del establecimiento comercial principal del que era un mero elemento accesorio, esta supuesta falta de licencia no pueda influir en su calificación a efectos indemnizatorios, pues como tiene declarado reiteradamente conocida Jurisprudencia del Tribunal Supremo que no es preciso enumerar, las supuestas infracciones administrativas no pueden influir en la naturaleza jurídica de las actividades, que es la que califican los locales y su destino a efectos indemnizatorios.

**CONSIDERANDO:** Que en lo que se refiere a las demás partidas que integran el justiprecio del Jurado, hay que recordar la doctrina jurisprudencial reiterada de presunción "iuris tantum" de acierto y prevalencia de los Acuerdos de los Jurados provinciales de Expropiación basada en su variada composición, formación técnica y jurídica de sus miembros que aseguran la independencia y objetividad de su actuación, por lo que no habiéndose

dose practicado respecto a ellas por las partes suficiente que sirva a demostrar errores de hecho de hecho o de derecho en sus cálculos, han de aceptarse todas como ajustadas a derecho, incluso la referente al concepto de montaje y desmontaje de las estanterías existentes en el local que el Jurado cifra en 50.000 pesetas y respecto al cual el Ayuntamiento expropiante invoca haberse excedido del precio dado por el expropiado en su hoja de aprecio, con notorio error, pues en ella, como en la factura acompañada para sustentar esta partida (folio 56 del expediente) figuran 162.321 pesetas.

**CONSIDERANDO:** Que no existen méritos para hacer declaración empresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que desestimando los recursos acumulados interpuestos por D.M.M.S. y por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, contra el Acuerdo del Jurado de Empropiación Baleares de 15 de Junio de 1983, que fijó el justiprecio de los derechos de arrendamiento del primero de ellos en el local enclavado en el inmueble en la suma total de dos millones, quinientas setenta y una mil, trescientas trece pesetas con cincuenta céntimos (2.571.313'50), debemos declarar y declaramos dicho acto administrativo conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## 50

**50. CONTRATACION ADMINISTRATIVA.** Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales: esta en vigor, mientras no se oponga a la legislación posterior. Incumplimiento de formalidades que ocasionan la nulidad de actuaciones. *Sentencias de 18 de Abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que de los defectos formales invocados por las demandantes que no se tuvieron en cuenta al admitir a todos los concursantes y que no solo aparecen del expediente sino que son reconocidos por el Ayuntamiento demandado (hechos segundo y tercero), son de destacar los siguientes: a) falta de presentación por A. de M., S.A. de documentos exigidos para acompañar a la proposición en la cláusula 36 del Pliego de Condiciones Administrativas, como son el último recibo de la Contribución industrial y el justificante de pago de los seguros sociales (epígrafe e); b) falta en esta empresa licitadora admitida a la que fué adjudicado el concurso, solidariamente con otra; del justificante documental de su competencia técnica acreditada por experiencia de cuatro años, como mínimo, en el servicio a adjudicar (epígrafe f); c) falta del poder que acreditara la representación del que concurrió en su nombre y falta del bastanteo del presentado por su solidaria adjudicataria, A. S.A.; (epígrafe d); d) falta de inscripción en el Registro Mercantil de A. M. S.A., pues se constituyó con posterioridad a serle adjudicada la concesión, el día 11 de Marzo de 1982 y fue inscrita al día siguiente; y e) falta de designación por ambas empre-



sas licitadoras agrupadas al fin de concurso, de representante único de la agrupación con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato.

**CONSIDERANDO:** Que todas y cada una de estas infracciones formales que, como se ha dicho, resultan del expediente y han sido reconocidas por la demandada, entrañan la anulabilidad del procedimiento que debe retrotraerse al momento en que se cometió la falta, es decir, al momento de apertura y admisión de plicas al que se refiere la cláusula 37 del Pliego que regía el concurso, que exigía desechar las proposiciones que no adjunten toda la documentación exigida, ya que éste, como las demás formas de contratación administrativa, exige un respeto acentuado no solo a las formas establecidas por la Ley para cada una de ellas, como garantía del respeto al interés público (Sentencias de 27 y 30 de Junio de 1980 y 29 de Abril de 1983, entre otras), sino también a las condiciones del Pliego que constituyen "las inter partes" (S.S. de 3 de Mayo 1979, 3 y 4 de Julio, 12 y 24 de Noviembre de 1980, 23 de Enero de 1981 y 10 de Noviembre de 1983); y las faltas señaladas, infringen los artículos 29, 30 y 40 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, 25, 26, 27, 97, 98, 99 y 101 del Reglamento General de Contratos del Estado en relación con los correspondientes de la Ley y las cláusulas 36 y 37 del Pliego de condiciones económico-administrativas citado.

**CONSIDERANDO:** Que no es atendible la argumentación de las demandadas tendente a minimizar la importación de tales infracciones y a destacar la subsanación de algunas —no todas— con posterioridad a la adjudicación, ya que, como, se ha dicho, todas y cada una de ellas son suficientes a la anulabilidad de los actos preparatorios a que se refiere el artículo 44 del Reglamento General citado, en relación con el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que se trata de requisitos formales indispensables para que el acto de adjudicación alcance su fin y además han producido indefensión en los otros licitadores que se han visto arbitrariamente privados de la posible adjudicación, puesto que el interés público al que tiende toda actividad administrativa, trata de garantizar en materia de contratación, con el establecimiento de procedimientos objetivos de selección del contratista, las condiciones que armonicen los tres principios básicos de publicidad, competencia e igualdad de oportunidades, cardinales en toda licitación (Sentencias de 27 de Noviembre de 1979, 13 de Junio de 1976 y 27 de Junio de 1980, entre muchas otras).

**FALLAMOS:** Que en los recursos contencioso-administrativos acumulados interpuestos por A. S. T., S.A. y por S. de G. de U., S.A. contra el Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Manacor de 19 de Enero de 1982 que adjudicó la concesión de la explotación del servicio de Abastecimiento y Saneamiento de aguas del núcleo urbano a las empresas A. M. S.A. - A. S., S.A. en forma solidaria y contra la desestimación expresa de su reposición, debemos declarar y declaramos nulos los actos preparatorios del procedimiento que condujo a dicha adjudicación, debiendo retrotraerse el dicho procedimiento al momento en que finalizó el plazo de presentación de proposiciones y continuarlo ajustándose a las cláusulas 36 y 37 del Pliego de Condiciones económico administrativas que rige la contratación de dicha concesión y preceptos legales de rigurosa aplicación, sin hacer expresa declaración sobre las cosas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

## C. INDICE ANALITICO

- Actos administrativos, 5.
- Constitución española, 9.
- Concesiones administrativas, 30.
- Contratos administrativos, 50.
- Constituciones especiales, 12, 31.
- Denuncia por extralimitación de licencia, 32.
- Derecho de huelga, 1.
- Edificio fuera de ordenación, 33.
- Expropiación forzosa, 47.
- Funcionarios públicos:
- Concurso-oposición, 44, 52.
  - Excedencia, 42.
  - Eventuales, 35.
  - Huelga, 1.
  - Incompatibilidades, 46, 54.
  - Nombramiento, 5.
  - Oposición, 52.
  - Plantillas, 8.
  - Retribuciones, 2, 10.
  - Sanciones, 16, 17, 18, 42.
  - Técnicos de Administración especial, 53.
- Impuestos:
- Incremento Valor Terreno, 27, 30.
  - Lujo, 29.
  - Radicación, 56.
  - Tráfico de Empresas, 22, 55.
- Ingenieros Industriales, 13.
- Licencias de obras, 7, 34, 39, 57.
- Licencias de actividad, 38, 40.
- Licencias Fiscales, Actividades Comerciales e Industriales, 14, 20.
- Militares, 6, 21.
- Orden de demolición, 15.
- Peritos, 13.
- Plan parcial, 49.
- Planes de Urbanismo, 19.
- Procedimiento contencioso-administrativo, 2, 4, 36.
- Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, 4, 36, 43.
- Sanciones administrativas, 3, 11, 15, 16, 17, 18, 28, 45, 48.
- Seguridad Social, 58.
- Silencio administrativo, 38, 40.
- Suelo urbano, 51.
- Suspensión del otorgamiento de licencias, 37.
- Tasas, 23, 24, 25.
- Zona marítimo terrestre, 39.

## II. SALA DE LO CIVIL (1)

### A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Deslinde y amojonamiento.** Cuestión de hecho. El principio de la buena fe supone no actuar en contradicción de sus propios actos. **Servidumbres de luces y vistas.** Confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos. *Sentencia de 11 de enero de 1985.*
2. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de plus-petición. Inasistencia del letrado recurrente al acto de la vista de apelación. Confirmación de la sentencia. *Sentencia de 14 de enero de 1985.*
3. **Arrendamientos urbanos.** Excepción de cosa juzgada. Requisitos para su existencia: a) identidad de sujetos reconocida por el recurrente; b) identidad de objeto: existe por cuanto se trata de los mismos locales arrendados; c) identidad de causa petendi: existe por cuanto en ambos juicios la pretensión ejercitada fue la misma y con base en la misma norma especial. *Sentencia de 14 de enero de 1985.*
4. **Juicio ejecutivo cambiario.** Cuestión de hecho. Valoración de la prueba aportada. Estimación parcial del recurso. *Sentencia de 15 de enero de 1985.*
5. **Reclamación de cantidad.** Confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos. *Sentencia de 16 de enero de 1985.*
6. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de pago. Inexistencia. *Sentencia de 16 de enero de 1985.*

---

(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.

7. **Juicio ejecutivo.** Póliza de afianzamiento mercantil. Impugnación por dos motivos: a) falta de notificación del saldo: no ha lugar por cuanto los demandados liberaron a la entidad bancaria de tal deber al firmar la póliza; y b) iliquidez de la deuda: inexistencia al cumplir los requisitos exigidos en la Orden de 21 de abril de 1950. *Sentencia de 16 de enero de 1985.*
8. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Se puede interponer contra tomador distinto del librador cuando existe una especial relación entre el librador y tomador. Mala fe en la transmisión de la cambial, para eludir la falta de provisión de fondos. Doctrina Legal. *Sentencia de 18 de enero de 1985\**.
9. **Propiedad industrial.** Declaración de nulidad del registro de la marca. Vigencia del principio "*prior in tempore potior in iure*". Carácter meramente declarativo de la inscripción en el Registro. "El certificado de concesión de registro de una marca y el nombre comercial constituye una presunción "*iuris tantum*" de propiedad". *Sentencia de 22 de enero de 1985.*
10. **Reclamación de cantidad.** Revocación de la sentencia por aplicación errónea del art. 1124 Cc sobre la carga de la prueba. *Sentencia de 22 de enero de 1985.*
11. **Culpa extracontractual.** Imprevisibilidad sobre la rotura de la canalización telefónica por inexactitud del plano aportado por la compañía a la entidad demandada. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 23 de enero de 1985.*
12. **Contrato de seguro.** Prórroga del contrato al no existir denuncia por cualquiera de las partes. Falta de prueba en la alegación de la parte demandada del preaviso necesario. Carácter imperativo de la ley de contrato de seguro 50/1980 de 8 de octubre, a no ser que en ella se disponga otra cosa. *Sentencia de 23 de enero de 1985\**.
13. **Culpa extracontractual.** No hay concurrencia de culpas (que deriva de las exigencias de culpas contrapuestas o meramente distintas y origina compensación en la indemnización) cuando todos los sujetos participan en una común acción negligente. Previsibilidad: no alcanza a la eventualidad de accidentes debidos a la conjunción de circunstancias no fortuitas sino claramente culposas, extraordinarias, singulares y desusadas. *Sentencia de 28 de enero de 1985\**.

14. **Juicio ejecutivo.** Los efectos al portador son transmisibles por la simple tradición del documento, legitimando al tomador de los cheques de cambio, en cuanto suficientemente preparado mediante el exigible reconocimiento de la firma por el responsable del pago. *Sentencia de 28 de enero de 1985.*
15. **Divorcio.** Doctrina acerca de la incongruencia “*extra petita*”. Innecesariedad de existencia de culpa para determinar el divorcio. El cese efectivo de la convivencia conyugal no implica la necesidad de habitar en casas diferentes. *Sentencia de 29 de enero de 1985.*
16. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición a la ejecución. Motivos: falta de legitimación para pretender la ejecución; falta de legitimación pasiva; falsedad de las cambiales; falta de provisión de fondos. Desestimación de todos ellos. Doctrina jurisprudencial al respecto. Imposición de costas al demandado-concurrente. Confirmación de la resolución de instancia. *Sentencia de 29 de enero de 1985.*
17. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición a la ejecución. Motivo: falta de provisión de fondos al ser ilíquida la deuda e ignorarse, en consecuencia, si reúne los requisitos exigidos por el art. 457CCo. Desestimación. Conducta desleal de la parte demandada-recurrente al silenciar en el momento procesal oportuno —escrito de oposición a la demanda— en qué consistía la falta de provisión de fondos genéricamente invocada, dejando así a la contraparte en situación de indefensión e imposibilitándola de cumplir la carga probatoria que le incumbe. Mala fe procesal y temeridad en la parte demandada: condena al pago de costas. Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
18. **Reclamación de cantidad.** Doctrina acerca de la legitimación “*ad processum*” y la legitimación “*ad causam*”. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 30 de enero de 1985.*
19. **Intereses moratorios.** Juicio ejecutivo. Interpretación del art. 921 LEC. Doctrina del T.S.: la parte ejecutada debe satisfacer intereses desde la fecha de la interposición de la demanda hasta aquella en que el pago tenga lugar, siendo tales intereses los comedidos por las partes, dado que, al ser superiores a los del art. 921 LEC, deben prevalecer aquellos. Revocación de la sentencia apelada en lo relativo a este extremo. *Sentencia de 30 de enero de 1985.*

20. **Juicio ejecutivo cambiario.** Plus-petición. Inexistencia. *Sentencia de 1 de febrero de 1985.*
21. **Reclamación de cantidad.** Existencia de daños en la construcción del edificio. Aquietamiento del arquitecto a la sentencia de 1ª instancia. Responsabilidad del aparejador y el constructor por cuanto establece esta sentencia que también, por negligencia de ambos, su actuación fue determinante de la ruina. *Sentencia de 2 de febrero de 1985.*
22. **Propiedad Horizontal.** Invalidez de los acuerdos tomados por mayoría en celebración de junta convocada en segunda convocatoria, cuando se necesita unanimidad al suponer la obra una alteración transcendental en la situación jurídica en que se hallaban las cosas comunes. **Forma de presentación de la demanda.** No acompañar un documento fundamental a la demanda, a tenor del art. 503 LEC, no significa falta en el modo de proponer la demanda a tenor de la excepción dilatoria del párrafo 6º del art. 533 LEC. **Caducidad de la acción.** Diferencias entre caducidad y prescripción. Posibilidad, según Doctrina legal en casos excepcionales apuntados por el T.S., de interrumpir el plazo de caducidad. *Sentencia de 4 de febrero de 1985\*.*
23. **División de cosa común.** Finca proveniente de la herencia de los padres de los actores y demandados. Según disposición testamentaria se dividirá entre los ocho hijos, previa subasta sin licitadores extraños, y con preferencia sobre la finca en dos de sus hijos. Escritura de aceptación de la herencia, modificando el tenor literal del testamento, y adjudicándose la finca los ocho hijos, indivisamente, y así se hace constar en el registro (doctrina del T.S. sobre la eficacia de las normas distintas a las ordenadas en el testamento en cuanto concurra la distribución del caudal hereditario, a falta de persona con derecho de impugnación). Posteriormente, esgrimir acción de división de cosa común, a través del art. 400 Cc, significa la venta en pública subasta, con licitadores extraños, cuando la cosa es indivisible, como sucede en autos. Impugnar dicho procedimiento, al estimar la aplicación de las disposiciones testamentarias al proceder en la subasta significa ir en contra de sus propios actos, al haber aceptado la herencia contraviniendo el texto literal del testamento. *Sentencia de 4 de febrero de 1985\*.*
24. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Puede interponerse válidamente contra aquéllos que se subrogan en el crédito al firmar como librador viniendo, originariamente, firmada la cam-

- bial por el librado en blanco. Revocación de la sentencia de 1ª instancia. *Sentencia de 4 de febrero de 1985.*
25. **Reclamación de cantidad.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 4 de febrero de 1985.*
26. **Desahucio de industria.** Calificación del contrato como de industria, según se desprende de los elementos materiales coordinados y adecuados entre sí para ser destinados al uso industrial. Además, la literalidad del contrato no deja lugar a dudas sobre el uso del local destinado a "venta de alimentos". *Sentencia de 5 de febrero de 1985.*
27. **Juicios ejecutivo cambiario.** Excepción de causalidad fundada por el recurrente-demandado al no tener en cuenta el juez "a quo" un documento por él aportado. Desestimación por cuanto el tenor literal de la sentencia apelada hace alusión directa al documento. *Sentencia de 6 de febrero de 1985.*
28. **Desahucio de industria.** Inadecuación del procedimiento admitida por el juez "a quo" argumentando la existencia de "complejidad jurídica" sin el más mínimo apoyo probatorio. Doctrina del T.S.. Revocación de la sentencia apelada y desestimación de la excepción. Falta de pago de la renta y falta de contratación de seguro como incumplimiento de causa legal y de causa pactada que debe originar la resolución del contrato. Inexistencia de prueba aportada por el demandado. Estimación del desahucio. *Sentencia de 6 de febrero de 1985.*
29. **Ejecución de obra.** Falta de prueba de la parte recurrente sobre la realización de la obra. Aplicación tajante del art. 1214 Cc, pese al incendio producido en el local donde supuestamente habían sido realizadas las obras. *Sentencia de 6 de febrero de 1985.*
30. **Juicio ejecutivo.** Diligencias preparatorias de reconocimiento de las firmas y las rúbricas de la Letra de cambio. Incomparecencia del librado y declaración de confeso a la demandada. Excepción de nulidad por desconocimiento de los protestos, así como de las cédulas de citación de las diligencias preparatorias. En contestación a la oposición aduce el ejecutante que no se trata de la acción ejecutiva esgrimida a tenor del párrafo 4º del art. 1429 LEC, sino del párrafo 2º del citado artículo. La Sala aprecia la validez de las notificaciones de las diligencias preparatorias por cuanto el art. 268 LEC no exige que la citación sea de carácter personal. Por el contrario, no puede aceptar que la acción promovida sea la contenida en el párrafo 2º

del art. 1429 LEC, por cuanto la Letra de cambio no es más que un mandato de pago que dirige el librador al librado, pero no es documento donde se reconozca que el librado sea deudor de cantidad alguna, como exige el párrafo 2º del citado art. 1429 LEC. *Sentencia de 7 de febrero de 1985\**.

31. **Condena de hacer.** Reconstrucción del muro o pared derrumbada por falta de pericia del constructor. Responsabilidad por cumplimiento irregular de la obra. *Sentencia de 7 de febrero de 1985.*
32. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria; lo son los constantes malos tratos recibidos por la esposa y el completo abandono económico de ésta y su hijo. Revocación de la sentencia de 1ª instancia. Determinación de las medidas que deben adoptarse tras la separación matrimonial. *Sentencia de 7 de febrero de 1985.*
33. **Divorcio.** El cese efectivo de la convivencia conyugal no fue acordado por mutuo consentimiento de ambos cónyuges. Inexistencia, en consecuencia, de la causa 3ª, apartado c) del art. 86 Cc, como motivadora del divorcio solicitado. *Sentencia de 7 de febrero de 1985.*
34. **Arrendamientos urbanos.** Solicitud del arrendador de resolución de contrato por: a) traspaso in consentido (art. 114, 5º LAU); y b) cambio de destino al uso del local de negocio. Inexistencia de ambos motivos por: a) el traspaso sólo requiere el cumplimiento de los requisitos legales del art. 32 y ss. LAU, y además, existió un consentimiento del arrendador, sin someterse a condición alguna, según convenio verbal; y b) no existe cambio de destino al utilizar el codemandado un local como habitación, anejo al local arrendado, cedido por el actor, que no forma parte del objeto del contrato de arrendamiento. *Sentencia de 12 de febrero de 1985.*
35. **Propiedad Horizontal.** Reclamación de cantidad contra el propietario de un piso por gastos comunes de la finca. Valor del conjunto de la prueba practicada. Revocación de la sentencia de 1ª instancia. *Sentencia de 12 de febrero de 1985.*
36. **Reclamación de cantidad.** Daños ocasionados en vivienda arrendada. Presunción de que se encontraba en buenas condiciones. Responsabilidad del arrendatario, a no ser que pruebe que los daños se han ocasionado sin culpa suya. *Sentencia de 12 de febrero de 1985.*



37. **Juicio ejecutivo cambiario.** Inasistencia del letrado recurrente a la vista del juicio. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 13 de febrero de 1985.*
38. **Arquitecto.** Doctrina acerca de la responsabilidad sobre los daños ocasionados en finca colindante a la construída. Falta de colocación de las juntas de dilatación que origina la responsabilidad en el Arquitecto como director de la obra, no en el Constructor ni en el Aparejador que, en todo momento, como se desprende de la prueba practicada, siguieron las instrucciones dadas por el Arquitecto *Sentencia de 13 de febrero de 1985.*
39. **Resolución de contrato.** Incumplimiento en el pago del precio previamente convenido. No es admisible la tesis propugnada por el demandado de que se trata de una compra-venta de un piso de protección oficial, siendo en consecuencia el precio menor. Se trata de una vivienda transmitida por tercera vez y, además, los compradores-demandados conocían con anterioridad a la formalización del contrato las características de la citada vivienda. Fijación de la indemnización por la Sala con base en el posible alquiler, y en consecuencia, la renta obtenida por el propietario al tiempo en que el piso estuvo en la posesión de los demandados (certificación del Instituto para la promoción de la vivienda). *Sentencia de 14 de febrero de 1985.*
40. **Reclamación de cantidad.** Prescripción: inexistencia. Novación: no la supone el hecho que el actor no exigiera el crédito mientras duró la relación matrimonial entre el demandado y su hija. *Sentencia de 14 de febrero de 1985.*
41. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondo: inexistencia por cuanto los trabajos que debió realizar el actor fueron iniciados y sólo, tras mutuas disensiones surgidas en la fase de ejecución de obra, y cuando las recíprocas prestaciones ya habían sido parcialmente realizadas, dejó los trabajos por indicación del demandado, todo lo cual constituye una cuestión ajena al juicio ejecutivo especial, sumario y de características propias. *Sentencia de 15 de febrero de 1985.*
42. **Reclamación de cantidad.** Existencia de la obligación que se desprende de las pruebas realizadas. Inexistencia de novación al aceptar la entidad dos talones, librados por sujetos distintos de la demandada, cuando éstos resultaron impagados. *Sentencia de 15 de febrero de 1985.*

43. **Reclamación de cantidad.** La referencia normativa de que las obligaciones nacen de la ley, los contratos..., etc. (art. 1089 Cc) tiene un valor meramente enunciativo, incluyéndose toda otra norma jurídica emanada del sistema de fuentes del Ordenamiento estructurado en el art. 1 del Cc.. En consecuencia, las obligaciones nacidas de las Ordenes dictadas por la Comandancia de Marina sobre la necesidad de utilizar remolcadores en las maniobras de atraque y desatraque de los barcos en el puerto de Ibiza entre la Naviera (propietaria de los Barcos) y la empresa remolcadora deben tener plena validez. *Sentencia de 18 de febrero de 1985\**.
44. **Reclamación de cantidad.** Necesidad de que la Junta de propietarios fije la distribución de cuotas en el pago de los gastos comunitarios (art. 8 L.P.H.). Confirmación de la sentencia de 1ª instancia. *Sentencia de 18 de febrero de 1985.*
45. **Reclamación de cantidad.** No queda relevado el actor de demostrar la concurrencia de los presupuestos constitutivos de la pretensión tras la declaración de rebeldía procesal de la demandada. No obstante, la ausencia del demandado en el proceso, que ha de ser el primero en velar por la protección de sus intereses personales, no debe ser un obstáculo insuperable que venga a significar una dificultad más acusada que la ordinaria. *Sentencia de 19 de febrero de 1985.*
46. **Arrendamientos urbanos.** Alteración en la persona del arrendatario del local de negocio que supone un traspaso o subarriendo no consentido. Resolución del contrato al no justificar debidamente el demandado la presencia del tercero. *Sentencia de 19 de febrero de 1985.*
47. **Divorcio.** Aplicación del convenio firmado por las partes. Controversia en torno a la fijación de la pensión alimenticia por el juzgador "a quo". *Sentencia de 20 de febrero de 1985.*
48. **Desahucio de industria.** La calificación de arrendamiento de industria según se desprende del tenor literal del contrato suscrito por las partes y la conducta contractual de los litigantes —aumento de la renta en un 150% en 1974, de un 80% en 1979 y de la existencia de una indemnización de 2.000 Ptas. diarias a partir del vencimiento hasta la efectiva posesión del local por su propietario— suponen, de manera infalible, que nos encontramos ante un arrendamiento de industria y no de local de negocio. *Sentencia de 20 de febrero de 1985.*

49. **Separación matrimonial.** Inexistencia de culpa del marido. Determinación de doble prestación: alimentos y pensión compensatoria. Viabilidad de las mismas al existir un claro desequilibrio económico entre los cónyuges al producirse la separación. *Sentencia de 20 de febrero de 1985.*
50. **Juicio ejecutivo.** Existencia de plus-petición. Reconocimiento por el ejecutante y el ejecutado de las cantidades adeudadas. Incongruencia en la sentencia del juez "a quo" al estimar la deuda en cantidad inferior a la reconocida por las partes. *Sentencia de 21 de febrero de 1985.*
51. **Juicio ejecutivo.** Principio de preclusión. Alegación de excepciones en la segunda instancia: su improcedencia por no haber sido oportunamente planteadas en la primera. Defecto en la citación de remate, al no mencionarse en la correspondiente diligencia el nombre de los testigos que en ella tomaron parte: tal defecto no produce nulidad, sino la irregularidad del acto (SS. de 10 de Julio de 1888; 27 de Febrero de 1933 y 8 de Mayo de 1952), ya que la intervención de los testigos en el acto de citación de remate es acreditada por el secretario y consta en autos que tuvo lugar tal acto de comunicación. *Sentencia de 22 de Febrero de 1985.*
52. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. Introducción de un tercero ajeno a la relación contractual arrendaticia: presunción "iuris tantum" de la existencia de la causa resolutoria, sin necesidad de que el actor-arrendador califique exactamente la figura jurídica correspondiente. Inversión de la carga de la prueba a cargo del arrendatario-demandado al tener éste que justificar la legalidad de la introducción del tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada. Confirmación de la sentencia apelada, con imposición de costas al apelante. *Sentencia de 22 de Febrero de 1985.*
53. **Servidumbre de medianería.** El muro que separa fundos situados a distinto nivel es propiedad del titular que está a mayor altura. Ejecución de sentencia interdictal: es procedente en el declarativo posterior solicitar la reconstrucción de lo demolido en aquella fase procesal. *Sentencia de 23 de Febrero de 1985.*
54. **Impugnación de acuerdos sociales.** Estimación de la demanda sobre nulidad del acuerdo de modificación de determinado artículo de los Estatutos Sociales por haberse adoptado contrariando prescripcio-

nes imperativas de la L.S.A. Desestimación de las excepciones de caducidad de la acción y defecto legal en el modo de proponer la demanda. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985.*

55. **División de cosa común.** Indivisibilidad de los bienes, por lo que procede la venta en pública subasta. Imposibilidad de división material de los mismos, ya que la división propugnada por la demandada-apelante originaría un desmerecimiento considerable de la finca haciéndola inservible para el uso a que se destina. Confirmación de la sentencia apelada, con imposición de costas al apelante. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985.*
56. **Propiedad horizontal.** El no uso de un servicio común no exime del cumplimiento de la obligación de contribuir a su sostenimiento, por lo que debe prosperar la pretensión impugnativa y revocarse la sentencia de instancia. *Sentencia de 26 de Febrero de 1985.*
57. **Incongruencia.** Alteración de la causa de pedir: no la supone la mera cita de una determinada acción, si el conjunto de hechos encaja en la norma que el juzgador estime correcta. Doctrina jurisprudencial según la cual individualizándose la acción por el hecho, la incongruencia sólo es posible por alteración de la causa de pedir, y no por el cambio de punto de vista jurídico. Confirmación de la sentencia apelada, con imposición de costas al apelante. *Sentencia de 27 de Febrero de 1985.*
58. **Procurador.** Cese en su representación. Obligación de poner con anticipación en conocimiento de los poderdantes el cese, tanto por desistimiento "voluntario" como por cesar en su oficio, a tenor del núm. 2 del art. 9 L.E.C. *Sentencia de 27 de Febrero de 1985.*
59. **Compensación de culpas.** Concepto jurisprudencial de "cantidad líquida" a efectos de pago por el deudor de los intereses legales desde su reclamación judicial. *Sentencia de 28 de Febrero de 1985.*
60. **Propiedad horizontal.** Antes de interponer reclamación judicial es necesario como requisito de procedibilidad que el copropietario reclame ante la Junta de propietarios. Improcedencia de condena al deudor al pago de los intereses desde la fecha de interpelación judicial en los supuestos en que a la determinación del "quantum" adeudado se llega en la sentencia recaída. *Sentencia de 28 de Febrero de 1985.*

61. **Arrendamientos urbanos.** Obligación del arrendador de reparar los daños de la cosa locada, excepto cuando las obras de reparación tienen su origen en daño doloso o negligente producido por el inquilino. Régimen de costas a tenor del art. 149 LAU. *Sentencia de 1 de Marzo de 1985.*
62. **Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.** Contrato de corretaje. Contrato de opción consumado y compraventa perfeccionada. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 1 de Marzo de 1985.*
63.  **Culpa extracontractual.** Omisión del deber de cuidado impuesto al Consell Insular de Mallorca como organismo titular de la carretera de autos. Indemnización por muerte: deuda de valor. *Sentencia de 2 de Marzo de 1985.*
64. **Contrato de seguro.** Póliza contra riesgo de incendios. Art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro; normas imperativas que garantizan al asegurado una adecuada protección frente al asegurador, como parte más débil e ignorante en la compleja relación jurídica asegurativa. El pago de una deuda sólo se entiende realizado cuando completamente se haya entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, sin que el simple ofrecimiento libere al deudor si no va seguido de consignación de la cosa debida. Confirmación de la sentencia apelada con expresa imposición de costas. *Sentencia de 4 de Marzo de 1985\*.*
65. **Contrato de arrendamiento de obra.** Diferencias con el de arrendamiento de servicios. Proyecto de arquitecto manifiestamente incompleto e inadecuado al Reglamento General de Policía y Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (de 27 de Agosto de 1982), pero que no desemboca necesariamente en la desestimación de la demanda, sino que puede originar que sea calificado de "anteproyecto" con la consecuencia obligada de reducir los honorarios profesionales a la cifra del 15% de los mismos. *Sentencia de 4 de Marzo de 1985.*
66. **Reclamación de cantidad.** Valor probatorio de los documentos privados legalmente reconocidos. Imposibilidad de reclamar contra la aplicación del pago si el deudor aceptare del acreedor recibo donde conste tal aplicación, a no ser que medie causa que invalide el contrato. *Sentencia de 6 de Marzo de 1985.*
67. **Quiebra.** Graduación de créditos. Impugnación de acuerdos toma-

dos en la correspondiente junta y pretensión de que se reconozca preferencia al crédito del impugnante: inexistencia de la misma al haber optado por la solicitud de inclusión del constante en documento privado por el que se transigió un pleito anterior en el que se había obtenido anotación preventiva de embargo. *Sentencia de 6 de Marzo de 1985\**.

68. **Tercería de dominio.** Contrato de compraventa simulado. Adquisición por el tercerista de unas acciones trabadas, con el único fin de sustraer dichas acciones —de que era titular el ejecutado— a los fines de la ejecución. Expresa condena en costas al tercerista dada la mala fe y temeridad que supone ejercitar una acción reivindicatoria al amparo de un título absolutamente simulado. *Sentencia de 7 de Marzo de 1985\**.
69. **División de cosa común.** No procede acoger la acción por hallarse ya la cosa dividida. Inoperancia de que el acuerdo de división conste o no por escrito para desplegar su eficacia jurídica, ya que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez (arts. 1.261, 1.258 y 1.278 del C. Civil). *Sentencia de 8 de Marzo de 1985*.
70. **Contrato de cuenta corriente.** La no aportación con la demanda del contrato de cuenta corriente no es causa de indefensión, al ser respetada la exigencia de aportación de los documentos fundamentales. Compensación bancaria correcta que, en su caso, podría motivar acciones no actuadas en esta litis. *Sentencia de 8 de Marzo de 1985*.
71. **Separación matrimonial.** Abandono de hogar. No lo suponen las ausencias pretéritas, con consentimiento marital, cuya normal convivencia posterior evidencia su no influencia en la actual crisis del matrimonio. Uso exclusivo del domicilio conyugal a la esposa, cuyo interés (mantiene bajo su cuidado a su madre anciana y a un hijo menor de 18 años) es el más necesitado. *Sentencia de 9 de Marzo 1985*.
72. **Culpa extracontractual.** Deber de diligencia o cuidado a desarrollar por quien se afirma ser responsable. Revocación de la sentencia apelada, al no poder imputar a la Comunidad de Propietarios demandada la producción de determinado resultado dimanante de la infracción de deberes que ni le afectan ni le atañen. *Sentencia de 11 de Marzo de 1985\**.

73. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de quita y espera. Inadmisibilidad de tal excepción ya que la presunta concesión de la espera no aparece reflejada en documento alguno (forma exigida por el art. 1.465 de la L.E.C.). Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 11 de Marzo de 1985.*
74. **Póliza de préstamo bancario.** La fiadora —mediante pago— queda subrogada en todos los derechos de la entidad acreedora. Confirmación de la sentencia apelada, con expresa imposición de costas en la alzada. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985.*
75. **Documentos.** Aportación extemporánea en el proceso. Intencionada falta de aportación en el momento procesal oportuno. La mala fe dimanante de este hecho propicia la imposición de costas de la alzada. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985.*
76. **Contrato de seguro.** Normativa aplicable. Concepto de “accidente” en la Ley de Contrato de Seguro —de 8 de Octubre de 1980—. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985.*
77. **Prueba pericial.** Valoración de los dictámenes de peritos. Singular atención al valor de la prueba dimanante de un perito tachado. Revocación de la imposición de costas de primera instancia a la demandada. *Sentencia de 13 de Marzo de 1985.*
78. **Divorcio.** Aceptación, por el M. Fiscal en el acto de la vista, por razón de economía procesal, de la tramitación seguida en primera instancia, lo que supone la subsanación de las omisiones de diligencias que le afectan y la desaparición de la posible nulidad de actuaciones. *Sentencia de 13 de Marzo de 1985.*
79. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Peculiaridades de dicha excepción. Desestimación. Contrato de “leasing financiero”, distinto del de “leasing operativo”. *Sentencia de 13 de Marzo de 1985.*
80. **Separación matrimonial.** Amplio arbitrio judicial en la interpretación de las causas legales de separación. Malos tratos e inexistencia de convivencia matrimonial. Apreciación conjunta de la prueba por el juez de instancia. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985.*
81. **Recurso de apelación.** Indebida admisión a trámite del recurso de

apelación por carecer el escrito de interposición de la preceptiva firma del Letrado: se entiende que quedó consentida la resolución admitiendo a trámite el recurso de apelación al no haber impugnado en su día la parte ejecutante dicha resolución. Doctrina del Tribunal Constitucional en torno al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.- Juicio ejecutivo. Nulidad del mismo por faltar la fecha de aceptación: inanidad de la falta a tenor del art. 477 del C.Co. Pacto de espera: no resulta probado al no constar en documento alguno (como prescribe el art. 1.465 de la LEC). Pluspetición: desestimación. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985\**.

82. **Quiebra.** Incidente de oposición al auto de declaración de quiebra. Posible inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa reguladora de la declaración de quiebra necesaria: la exigencia de contradicción provoca que se posponga la eficacia del auto declaratorio de quiebra hasta que el deudor haya tenido oportunidad efectiva de ser oído. Doctrina del Tribunal Constitucional (SS. de 32-3-1981 y 20-10-1982). Cómputo del plazo para impugnar la declaración de quiebra necesaria. Estado objetivo de quiebra: sobreseimiento del comerciante en el pago de sus obligaciones; no esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo. Desestimación del recurso con expresa imposición de costas al apelante. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985\**.
83. **Divorcio.** Patria potestad: se concede a uno de los cónyuges en "interés exclusivo de los hijos", sin tener en consideración otros criterios de índole subjetiva de uno de los progenitores. Pensión alimenticia: empeoramiento de la situación económica de la esposa. Nulidad constitucional del art. 709 (en relación con el 707, 2º) del Código de Justicia Militar por violar el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución. Confirmación de la Sentencia apelada. *Sentencia de 16 de Marzo de 1985*.
84. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Seguro obligatorio de vehículos de motor. Culpa o negligencia exclusiva del perjudicado. Principio de seguridad o de "conducción defensiva". Doctrina de la Sala según la cual los motivos de oposición a la demanda ejecutiva ex art. 1º del D. de 21 de Marzo de 1968 de Uso y Circulación de Vehículos a Motor no constituyen excepciones, sino causas de nulidad del juicio ejecutivo, por lo que la imposición de costas de primera instancia debe ser revocada, aceptando el resto de la sentencia apelada. *Sentencia de 21 de Marzo de 1985\**.



85. **Juicio ejecutivo.** Póliza original de contrato mercantil. El título carece de fuerza ejecutiva al no ser intervenido por Corredor de Comercio en el momento oportuno. La intervención acredita el acto mercantil a que se refiera, la identidad y la capacidad de los contratantes y el otorgamiento del acto o contrato, por lo que, al no producirse tal intervención “en el momento de” sino “después de” dicho contrato mercantil, procede declarar la nulidad del juicio ejecutivo, revocando la sentencia de instancia. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985\**.
86. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia conyugal. Ausencia de vinculación de los juicios valorativos recogidos en la sentencia canónica respecto de los tribunales de la jurisdicción ordinaria. Medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos adoptados en beneficio exclusivo de ellos. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 23 de Marzo de 1985.*
87. **Bienes de dominio público.** Antes de la promulgación de la Ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880 (donde por primera vez aparece el término “zona marítimo-terrestre”) ya pertenecían comunalmente a todos los ciudadanos “las riberas de mar” (Partida III, Tit. XXVIII, Ley III), cuya enajenación no estaba permitida. Doctrina del Tribunal Supremo según la cual dicha “zona marítimo-terrestre” pertenece a la categoría de bienes que merecen el calificativo de “bienes de dominio público por naturaleza” y por tanto son inalienables, imprescriptibles e inembargables. *Sentencia de 25 de Marzo de 1985.*
88. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de pago: no produce los efectos extintivos de la deuda si no se realiza a la persona legitimada según el art. 488 y ss C.Co. Confirmación de la sentencia apelada, con imposición de costas a la parte apelante. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985.*
89. **Juicio ejecutivo cambiario.** Acción de regreso. Endoso intervenido por Corredor de Comercio. Se entienden autorizados los administradores de compañías, por el sólo hecho de su nombramiento, para firmar en nombre de la entidad representada letras de cambio. Confirmación de la sentencia apelada, con expresa imposición de costas a la recurrente. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*
90. **Excepción de incompetencia de jurisdicción y arbitraje.** La supone el otorgamiento del compromiso, mas no la cláusula contractual preliminar que únicamente da derecho a instar judicialmente la formalización de aquél. Legitimación activa: no la tiene el tomador de un

seguro que cubre del riesgo de robo a cajas de seguridad alquiladas a terceros. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*

91. **Responsabilidad civil.** Ausencia de culpa al actuar el profesional conforme a la técnica médica —concepto en el que transforma en el supuesto de autos la diligencia de un buen padre de familia—. Corrección disciplinaria impuesta por la Sala al Juez “a quo” que dictó la resolución impugnada. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985\**.
92. **Separación matrimonial.** Improcedencia de expresa declaración de culpabilidad en uno de los cónyuges. Pensión indemnizatoria: improcedencia por resultar acreditado que la esposa convive con otra persona. Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*
93. **Nulidad de contrato por falta de consentimiento.** Presunción de capacidad. Venta otorgada en estado premortuario. Análisis de la prueba practicada, de la que no se sigue la destrucción de capacidad. Venta que en realidad encubre una donación. Validez del negocio jurídico así concertado. *Sentencia de 29 de Marzo de 1985.*
94. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos: desestimación por la vía presuntiva regulada en los arts. 1.249 y 1.253 C.C. Excepción de pluspetición: desestimación por carecer de todo apoyo fáctico. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 29 de Marzo de 1985.*
95. **Desahucio de industria.** Resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo. Obligación de consignar el importe de las rentas debidas: cuestión de orden público (S.T.S. de 14 de Julio de 1981) apreciable de oficio. Nulidad de las actuaciones practicadas a partir de la providencia en que se admitió a trámite el recurso de apelación contra la sentencia de instancia. Normativa aplicable. *Sentencia de 29 de Marzo de 1985.*
96. **Intereses de demora.** Cláusula penal. Doctrinal jurisprudencial según la cual la cláusula penal —por constituir una excepción al régimen normal de las obligaciones— ha de ser interpretada con carácter restrictivo. Doctrina del Tribunal Supremo acerca de la ausencia de mora en los débitos ilíquidos (“in iliquidis non fit mora”). *Sentencia de 29 de Marzo de 1985\**.

97. **Juicio ejecutivo cambiario.** Motivo de nulidad: carácter formal del acto de protesto, a tenor de la nueva regulación introducida por Ley de 22 de Julio de 1967. El protesto levantado antes de las veinte horas del día del vencimiento fijado en la cambial da lugar a no estimar válido dicho protesto (por reducir indebidamente la duración del ejercicio de un legítimo derecho reconocido por la ley) y apreciar la causa de nulidad del título ejecutivo invocada. *Sentencia de 1 de Abril de 1985.*
98. **Alimentos provisionales.** Excepción de incompetencia objetiva por razón de la materia: no procede su acogimiento ni procede nulidad de actuaciones por conocer de dicho juicio el Juzgado de Primera Instancia (y no el de Familia, como pretende el demandado apelante). *Sentencia de 1 de Abril de 1985.*
99. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Excepción de pago. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 1 de Abril de 1985.*
100. **Culpa extracontractual.** Interpretación del art. 1.902 C.C.: doctrina jurisprudencial. Inversión de la carga de la prueba: corresponde al autor de los daños probar que en el ejercicio de sus lícitos actos obró con toda la diligencia precisa para evitarlos. Principio general de la restitución in natura y, subsidiariamente, la reparación en dinero o deuda de valor. Cuantificación de los daños. *Sentencia de 3 de Abril de 1985.*
101. **Juicio ejecutivo cambiario.** Nulidad en el título por error material en el acta del protesto. Excepción de falta de provisión de fondos. Desestimación por el juez "a quo". Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 3 de Abril de 1985.*
102. **Desahucio de industria.** Expiración de plazo contractual. Rebeldía de dos de los tres codemandados. Interpretación del contrato concertado entre las partes (art. 1.281 y ss. Cc.). Calificación de un arrendamiento como de "industria" (frente a "local de negocio"): doctrina jurisprudencia al respecto. *Sentencia de 3 de Abril de 1985\*.*
103. **Contrato de obra.** Obra concertada por precio alzado. Elevación del precio de lo edificado por encima de la suma originariamente presupuestada. Reconvencción. Falta de legitimación activa en los demandados-actores reconvenccionales por corresponder la titularidad de los derechos económicos por ellos reclamados a los codeemandados declarados en rebeldía. *Sentencia de 3 de Abril de 1985.*

104. **Arrendamientos urbanos.** Reclamación de cantidad por rentas devengadas y no pagadas por la entidad arrentaria —solidaria de naves comerciales propiedad de los actores. Solidaridad —estipulada en contrato de arrendamiento— de las entidades arrendatarias. Congruencia en segunda instancia: petición de indemnización extemporánea en la vista oral, que no debe ser acogida. Doctrina legal. *Sentencia de 6 de Abril de 1985\**.
105. **Reclamación de cantidad.** Rebeldía de la parte demandada. Reconocimiento de deuda por el demandado en contrato de transacción suscrito por la parte actora para poner fin a pleito precedente. La rebeldía del demandado no equivale a allanamiento, ni entraña tácita admisión de los hechos en que se funda la demanda. No obstante, la ausencia del demandado no puede ser obstáculo para su condena, si el actor prueba los hechos afirmados a tenor del art. 1.214 Cc. *Sentencia de 12 de Abril de 1985\**.
106. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo bancario. Oposición a la ejecución alegando nulidad del título ejecutivo: desestimación. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 12 de Abril de 1985*.
107. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición a la ejecución: excepción de pago y, como sendos motivos de nulidad del juicio, iliquidez de la cantidad e inexigibilidad. Desestimación: no puede prosperar la excepción de pago por resultar de la prueba practicada que dichos pagos no eran referidos a las cambiales originadoras de este pleito. *Sentencia de 15 de Abril de 1985*.
108. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición a la ejecución: pago por endoso de letras aceptadas por terceros, e iliquidez de la cantidad. Desestimación de sendas causas de oposición. *Sentencia de 15 de Abril de 1985*.
109. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocios. Motivo: incumplimiento de la obligación impuesta por el art. 41 de la L.A.U. (notificación al arrendador del precio de traspaso del local y del correspondiente a los diferentes bienes y mercaderías del negocio en él instalado y que fueron también transmitidos). Doctrina legal. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 16 de Abril de 1985*.
110. **Sucesión testada: inventario de bienes relictos.** Determinación de

los bienes y derechos del causante que en él deben incluirse. Omisión (por el cónyuge heredero universal) de bienes patrimoniales del causante. Pertenece al caudal hereditario, y no “**ex iure proprio**” al marido, el edificio construido sobre un solar que era de propiedad exclusiva de la difunta: presunción del art. 359 Cc. (principio “**superficie solo cedit**”). Falta de prueba en contrario. *Sentencia de 17 de Abril de 1985.*

111. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo bancario. Intereses moratorios. Revocación de la resolución apelada por manifiesto error en la apreciación de tal extremo: inaplicación por el juez “**a quo**” de lo dispuesto por los artículos 1.108,1 Cc. y 921 LEC, y Doctrina del T.S. relativa a este último precepto. Si los intereses moratorios devengados por la cantidad objeto de condena son superiores, por pacto u otra causa, a los prescritos legalmente, han de prevalecer aquéllos y, en definitiva, en cualquier caso el tipo más elevado. Inaplicación, también, de la regla “**dies interpellat pro homine**” del art. 63,1 C.Com.: los intereses se devengan desde el día siguiente al fijado contractualmente para el cumplimiento de la deuda. *Sentencia de 17 de Abril de 1985\*.*
112. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos: notas características de este motivo de oposición. Carga de la prueba: doctrina del T.S. al respecto. *Sentencia de 19 de Abril de 1985.*
113. **Rebeldía.** No produce indefensión del rebelde la citación mediante edictos cuando no sea factible el emplazamiento en su persona. Doctrina del T.C. *Sentencia de 19 de Abril de 1985\*.*
114. **Arrendamientos urbanos.** Indemnización por daños causados por el arrendatario. Concepto de daño (art. 1.106 Cc.). Teorías sobre la valoración del daño: la del “valor objetivo” y la del “interés o valor subjetivo”; postura jurisprudencial al respecto. Debe existir relación directa entre la prestación de la indemnización y la repercusión que por el daño sufra el patrimonio lesionado; y tal prestación debe ser total en el ámbito del Derecho civil. *Sentencia de 19 de Abril de 1985\*.*
115. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria e incumplimiento de deberes conyugales (párrafo 1 del art. 82 Cc.). Problemática de la prueba en esta clase de litigios. Facultades de las que se halla investido el tribunal “**ad quem**” en los recursos de apelación. Revocación total de la resolución impugnada. *Sentencia de 18 de Abril de 1985.*

116. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocios. Motivo: obras in consentidas que alteran la configuración del inmueble. Desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por aquietamiento de la parte demandada ante su rechazo en la sentencia de instancia. Libre apreciación de la prueba pericial. Estimación del recurso en su integridad y revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 22 de Abril de 1985.*
117. **Nulidad de actuaciones.** Se propone en juicio de rescisión de hipoteca instada por la sindicatura de un concurso voluntario de acreedores, por su constitución en fraude. Requisitos para la admisión del denominado incidente de nulidad de actuaciones (hoy suprimido del Ordenamiento procesal, en virtud de la nueva redacción del art. 742 LEC). Desestimación del recurso interpuesto y confirmación íntegra de la resolución recurrida. *Sentencia de 22 de Abril de 1985.*
118. **Juicio ejecutivo cambiario.** Imposición de costas en primera instancia a la parte ejecutante. Artículo 1.475 LEC sobre la imposición de las costas. *Sentencia de 23 de Abril de 1985.*
119. **Acción reivindicatoria.** Potestades conferidas a la junta de vecinos en tanto consolida sus derechos de propiedad por vía del sistema de acceso diferido a la propiedad (el cedente transfiere al cesionario exclusivamente la posesión de la vivienda, conservando el dominio hasta que sea satisfecha la totalidad de las cantidades a que esté obligado). Desestimación del recurso por ineficacia del título presentado por el recurrente. *Sentencia de 24 de Abril de 1985.*
120. **Reclamación de cantidad.** Los deberes impuestos a los titulares de viviendas integrantes de una comunidad de propietarios gozan de fuerza vinculante por lo que se refiere al abono de los gastos. *Sentencia de 24 de Abril de 1985.*
121. **Separación matrimonial.** Fijación de cantidad en concepto de alimentos y cargas matrimoniales. *Sentencia de 24 de Abril de 1985.*
122. **Intereses moratorios.** Cuando el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios que prescribe el art. 1.101 Cc. ha de consistir, a falta de pacto posterior en contrario, en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal. *Sentencia de 25 de Abril de 1985.*

123. **Reclamación de cantidad.** Obligación de satisfacer las provisiones de fondos en la cuantía y el modo acordados por la junta de propietarios de un edificio. No se aprecia la excepción de prescripción. *Sentencia de 26 de Abril de 1985.*
124. **Cuestión de competencia.** Los fueros que la LEC ofrece no juegan sino en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes litigantes. *Sentencia de 26 de Abril de 1985\*.*
125. **Impugnación de acuerdos sociales.** La resolución judicial que acuerda suspender el "acuerdo" atacado requiere la previa audiencia de la entidad mercantil, para que informe sobre los efectos que la suspensión interesada pueda irrogar, así como para que inste caución adecuada a los eventuales perjuicios que se deriven. Nulidad de la providencia que suspende los acuerdos sociales hasta tanto no recaiga resolución definitiva, y de las actuaciones posteriores. *Sentencia de 29 de Abril de 1985.*
126. **Arrendamiento de obra.** La capa asfáltica prevista en el proyecto de construcción constituye un elemento común del inmueble, perteneciendo por tanto en copropiedad a los dueños de las partes separadas. Inexistencia de las excepciones de falta de legitimación activa y de falta de litisconsorcio activo necesario. Concepto de ruina. Se requiere una estricta delimitación entre los conceptos de dirección y ejecución en orden a determinar la responsabilidad nacida de las obras defectuosas. *Sentencia de 29 de Abril de 1985.*
127. **Divorcio.** No cabe desestimar una demanda de divorcio alegando indefensión por declaración en rebeldía de uno de los cónyuges cuando existen pruebas concluyentes de que el rebelde es conocedor del proceso que se sigue. *Sentencia de 29 de Abril de 1985\*.*
128. **Reclamación de cantidad.** Inserción del llamado "contrato de arquitecto" dentro de la categoría genérica de contratos de resultado. La posibilidad de que un facultativo distinto del autor de los planes pueda dirigir la obra siguiendo las directrices marcadas por éstos, supone incumplimiento. *Sentencia de 29 de Abril de 1985\*.*
129. **Divorcio.** Oposición a las medidas coetáneas acordadas, en cuanto a la procedencia y régimen de visitas del padre a su hijo. *Sentencia de 30 de Abril de 1985.*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 8

**8. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falta de provisión de fondos. Se puede interponer contra tomador distinto del librador cuando existe una especial relación entre el librador y tomador. Mala fe en la transmisión del cambial para eludir la falta de provisión de fondos. Doctrina Legal. *Sentencia de 18 de enero de 1985.*

CONSIDERANDO: Que en orden a la calificación jurídica del negocio cambiario en atención a su causa, con directa repercusión en la oponibilidad frente al portador de la letra de excepciones dimanantes del contrato fundamental o subyacente y, de manera singular, de la conocida como falta de provisión de fondos —aquí invocada por el ejecutado apelante—, sabido es que la doctrina jurisprudencial adopta una solución ecléctica, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1978 y cuantas en ella se citan, cuando en la cambial intervienen personas distintas del librador y librado (que es el supuesto específico del artículo 480 del Código de Comercio), aquélla tiene un valor abstracto, desligado de las apoyaturas causales que la originaron, lo que impide pueda entrar en juego la llamada “provisión de fondos” en aras de la seguridad jurídica de los terceros, mientras que, al contrario, cuando los intervinientes son únicamente el librador y el librado, la causa, entendida no en el sentido del artículo 1.274 del Código Civil, sino como el acto jurídico o contrato que determina el nacimiento de la relación de deuda entre las partes, provoca todos sus efectos, en el sentido de ser indispensable la prueba de su realidad, sin que pueda presumirse su existencia, pues entonces la letra carece del carácter abstracto privativo ajeno a la conexión causal, que le da fuerza procesal autónoma; pero esta doctrina y puesto que la protección que la consideración abstracta de la letra entraña, sólo merece ser dispensada a quien obra de buena fe, ha sido matizada y completada por el propio Alto Tribunal en sentencias de 22 de febrero y 18 de Marzo de 1960, 16 de Junio de 1965, 3 de febrero de 1966, 7 de marzo de 1967, 25 de mayo y 17 de junio de 1970, 4 de julio de 1981 y otras varias, afirmando que si el tercero tenedor de la letra intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia la excepción de falta de provisión de fondos, solución que coincide con la del artículo 17 de la Ley Uniforme de Ginebra de 7 de junio de 1930, que permite a las personas demandadas en virtud de la letra de cambio articular las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores contra el portador que, al adquirir la letra, haya obrado a sabiendas en detrimento del deudor, por lo que en la presente litis ha de principiarse por establecer si, juzgando por el contenido de los autos, consta que el tomador ejecutante tuvo participación de alguna clase en el contrato del que traen origen las dos letras de cambio que ejecuta, y tanto en su perfección, como en el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones corresponsivas asumidas en su



virtud por las partes contratantes, para luego, y en su caso, entrar en el examen concreto de los motivos de oposición alegados por el recurrente en la primera instancia y que reitera en esta alzada.

**CONSIDERANDO:** Que, a tal finalidad, es de destacar que: a) el tomador, Letrado en ejercicio, mantiene relaciones profesionales con el librador de las cambiales, D. A. A., según termina por reconocer al absolver la posición 3ª en prueba de confesión (folio 73); b) dicho tomador fue quien redactó y dio forma a los documentos privados de fecha 18 de enero y 24 de febrero de 1983, que aparecen en los folios 28a 37 de los autos, en los que se recoge el contrato de compraventa celebrado entre el Sr. A., como vendedor, y el librado-aceptante, Sr. G. F., como comprador, pues la concreta manifestación de la dirección letrada de este último que así lo afirma en el acto de la vista, no ha sido objeto del rotundo y preciso desmentido que, caso de ser falsa, sin duda hubiera recibido; y c) en el apartado 2º del documento modificativo fechado a 24 de febrero de 1983, (folio 37), convinieron los contratantes que determinadas letras de cambio y, entre ellas, la nº A 0081468 de 10 millones de pesetas de nominal, que es una de las que se ejecutan en el presente juicio, serían custodiadas por el abogado, ahora actor apelado, hasta el día 15 de Agosto, en cuya fecha debía proceder, o bien a entregarlas para su inutilización al aceptante, caso de que la parte del precio de adquisición que garantizaban, hubiese sido satisfecha, o bien, en otro supuesto, a entregarlas al Sr. A. para su puesta en circulación; añadiendo a estas circunstancias, reveladoras de su intervención en la génesis y desarrollo del contrato con asunción, inclusive, de personales compromisos, que, pese a la peculiaridad de las relaciones desveladas en el escrito formalizador de la oposición, el ejecutante ha mantenido una conducta procesal por completo pasiva y de nula colaboración, cara al esclarecimiento de la realidad debatida, escudado tras el formalismo de su condición de tomador de las cambiales, sin ofrecer la más mínima explicación de las razones o motivos jurídicos que justifican la tenencia de las mismas y ello aunque en su texto consta el valor como "recibido", no cabe duda de que dicho repetido tomador no es un tercero ignorante y ni tan siquiera ajeno a las vicisitudes del negocio jurídico suyacente, sino que tiene perfecto conocimiento y ha tomado parte en ellas, por lo que, resulta factible oponer a su pretensión las excepciones que del mencionado contrato derivan.

**CONSIDERANDO:** Que por el contrato de compraventa concertado entre los Sres. A. y G., aquél se obligo a transmitir la titularidad de las 1.050 acciones en que se divide el capital social de la entidad "M. H. S.A." mediante la firma de los correspondiente "vendí" ante Corredor de Comercio a medida y proporción que el Sr. G. fuera satisfecho los 75 millones de ptas. estipuladas como precio, debiendo realizarse la primera entrega, una vez abonara éste el primer plazo fijado en los 10 millones; pese a que el Sr. G., del total precio convenido ya ha satisfecho, de uno y otro modo, una suma que alcanza los 33.781.889 pts., según su no desmentida ni desvirtuada afirmación, es lo cierto que, como se desprende de los autos, el vendedor no ha transmitido hoy por hoy, ni tan solo una de las acciones prometidas a cambio, fueren los que fueren los motivos que lo impiden, extraños todos al recurrente, de suerte que ha dejado de cumplir de manera íntegra y palmaria la prestación esencial, de que resulta corresponsiva la de pagar el precio asumido por el otro contratante, por lo que, reclamándose en este juicio ejecutivo la cantidad de 14 millones de pts. a que asciende el importe conjunto de dos letras de cambio emitidas como parte del precio de adquisición de las acciones y aceptadas en tal concepto por el Sr. G., aquella completa y radical falta de cumplimiento de la prestación debida con arreglo al negocio subyacente por el librador, entraña la ausencia de contrapartida al deber de pagar contraído por el aceptante y, por ende, la de provisión de fondos invocada; en consecuencia y sin necesidad de examinar los restantes motivos de oposición alegados, por demás íntimamente entrelazados con aquél, procede con estimación del recurso de apelación interpuesto, declarar la postulada nulidad del juicio ejecutivo al amparo del número 2 del artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, consiguientemente la revocación de la sentencia recurrida.

**CONSIDERANDO:** Que a los fines del párrafo 3º del artículo 1.474 de la Ley Procesal no se aprecian méritos para imponer de manera especial las costas de la primera instancia a ninguna de las partes, ni tampoco las causadas en esta alzada.

VISTOS: los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por Don J. G. F. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad el nueve de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de juicio ejecutivo de que este rollo dimana debemos revocar y revocamos dicha sentencia, dejándola sin efecto; y, en su lugar, apreciando la falta de provisión de fondos alegada, debemos declarar y declaramos la nulidad de dicho juicio ejecutivo instado por D. R. P. M. contra el mencionado recurrente, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas producidas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 12

**12. CONTRATO DE SEGURO.** Prórroga del contrato al no existir denuncia por cualquiera de las partes. Falta de prueba en la alegación de la parte demandada del preaviso necesario. Carácter imperativo de la ley de contrato de seguro 50/1980 de 8 de octubre, a no ser que en ella se disponga otra cosa. *Sentencia de 23 de enero de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la entidad C. S. A. C. E. S., formula reclamación contra don B. C. M., en los juicios declarativos aquí acumulados, para el pago del importe de las primas con vencimiento 15 de Mayo de 1983, de las pólizas de seguro suscritas por los hoy litigantes, que ascienden a las siguientes cantidades: a) a 321.047 pesetas las de la póliza de seguro de incendios número 812.171 suscrita el 27 de Mayo de 1981 y con efecto desde el 15 del mismo mes y año, sobre la discoteca A. 2, sita en Magalluf (Calviá) —autos nº 1782 de 1983 del Juzgado de Primera instancia número Uno—. B) a 297.264 y 88.329 pesetas por la póliza de seguro de incendios número 812.169 y por la de seguro contra robo y expoliación nº 820.272 suscritas el 27 de Mayo de 1981 y 31 de Mayo de 1982, con efectos desde el 15 de Mayo de 1981 y 15 de Mayo de 1982 respectivamente, recayentes ambas sobre la discoteca A., sita en esta ciudad —autos nº 1786 de 1983 del mismo Juzgado que el anterior—. C) a 345.899 y 93.026 pesetas por las pólizas, de incendio número 812.170 y contra robo y expoliación número 820.271, suscritas el 27 y 31 de Mayo de 1981 respectivamente, con efectos ambas desde el día 15 de Mayo de 1981, cubriendo dichos riesgos de la discoteca A, sita en esta capital —autos nº. 1801 de 1983 del Juzgado de Primera instancia número dos de Palma de Mallorca—. La parte demandada que reconoce el otorgamiento de dichas pólizas, se opone a todas las reclamaciones formuladas, alegando: 1º) Haber notificado a la Compañía actora, por escrito y con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión de dichos contratos su oposición a la prórroga de los mencionados contratos de seguro; y 2º) por resultar impensable que el señor C.M. prorrogase dichos contratos dada la mala fe con que había actuado y todavía actúa la Compañía aseguradora C. negando el pago de la preceptiva indemnización por el incendio producido en la discoteca I., cuyo local es propiedad del hoy apelante-demandado, siniestro que estaba cubierto por la citada entidad aseguradora.

**CONSIDERANDO:** Que en los contratos cuya prima anual se reclama en los juicios ahora acumulados en esta litis, se fijó como duración de los mismos "un año prorrogable"; estipulándose en todos ellos como una de las Condiciones Generales de las pólizas, la siguiente cláusula: "Aún cuando el presente seguro se contrata por una duración de UN AÑO PRORROGABLE, queda expresamente convenido que ambas partes contratantes podrán rescindirlo al fin de cada anualidad, avisándose reciprocamente por medio de carta certificada y por lo menos con tres meses de antelación al vencimiento de la prima". Cláusula esta que, si bien al amparo del derogado artículo 380 del Código de Comercio que declaraba que "el contrato de seguro se regirá por los pactos lícitos consignados en cada póliza o documento y, en su defecto, por las reglas contenidas en este título", y de la jurisprudencia que, ante tan claro texto, había declarado en forma reiterada que en todo contrato de seguro de carácter mercantil "la póliza es la norma fundamental para regular las relaciones entre las partes" (sentencia de 10 de Octubre de 1973, por todas ellas), era válida y eficaz, como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), en la actualidad carece de eficacia, dada la nueva normativa que regula dicho negocio jurídico, como a continuación se expone.

**CONSIDERANDO:** Que la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de Octubre ha supuesto un cambio radical en nuestro Derecho positivo, ya que proclama que sus preceptos tienen carácter imperativos a no ser que en ellos se disponga otra cosa" (artículo 2). El fundamento de esta nueva orientación se encuentra, en buena parte, en el deseo de la Ley de proteger al asegurado, y no pura y simplemente en cuanto parte más débil en el contrato (entendida esta inferioridad o debilidad en sentido económico), sino porque a la hora de valorar las consecuencias de una determinada cláusula contractual el asegurador se encuentra normalmente en una situación de un conocimiento más profundo que el tomador del seguro. La imperatividad de las leyes del contrato de seguro se encuentra apoyada por el criterio de querer establecer un esquema que contenga un conjunto de reglas básicas permanentes que ofrezcan una cierta seguridad y uniformidad para la solución de los más importantes problemas, sin que las condiciones generales de los contratos puedan deformar estas reglas. Por ello, la transcrita cláusula en cuanto dispone que para rescindir el contrato al fin de cada anualidad, los contratantes se han de avisar por medio de carta certificada y por lo menos con tres meses de antelación al vencimiento de la prima, no es válida ya que tales condiciones son más gravosas para el asegurado que las que preceptúa el artículo 22 de la mencionada Ley especial que, tras prohibir que el periodo de prórroga sea cada vez superior a un año, dispone que las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del periodo del seguro en curso.

**CONSIDERANDO:** Que la parte demandada, hoy apelante, aduce haber notificado, a tenor del citado artículo 22, en debido tiempo y forma, a la Compañía aseguradora actora, su propósito de no prorrogar las pólizas de seguro con ella suscritas, por carta de fecha 10 de Marzo de 1983 (folio 34); Hecho este que, al no haber sido reconocido en ningún momento por la parte demandante, aquí apelada, y al no estimarse probado el envío o remisión de tal comunicación, ya que sólo tiene como apoyo probatorio, la declaración del testigo don A. L. R. M., —empleado del demandado— (folio 483) y no ser lógica la remisión de la mencionada carta por correo ordinario dada la mala fe que, según el hoy apelante, actuaba C. S. A. desde que se produjo el incendio de la discoteca I. (Diciembre de 1982), determina, al recaer la carga probatoria de tal acto sobre el demandado (artículo 1214 del Código Civil), el rechazo de tal causa de oposición.

**CONSIDERANDO:** Que igual destino adverso ha de recibir la tesis de la parte demandada de que es impensable que el señor C.M., a principios del año 1983, tuviera el propósito de prorrogar los contratos cuyas primas anuales se reclaman en los presentes juicios acumulados, dada la actitud de C. S. A. de no satisfacer la preceptiva indemnización por el incendio ocurrido el 13 de Diciembre de 1982 en la discoteca I., instalada en local del hoy apelante, y asegurada de dicho siniestro por la Compañía actora, al constituir todos los seguros concertados por el demandado con C. S. A. un conjunto global de seguros, un todo, que, al incumplir la entidad aseguradora su obligación de indemnizar al producirse un siniestro por ella cubierto, determina, según dicha tesis, la no prórroga

de los otros seguros concertados. Si se tiene presente que los contratos suscritos no son de misma modalidad —lo hay de incendio y contra robo y expoliación—, que se formalizaron en sendas pólizas, que se extienden recibos distintos para cada uno de ellos y aino constar ni deducirse relación ni conexión técnica ni jurídica entre ellos, cae por su base la última causa de oposición deducida.

**CONSIDERANDO:** Que al estimarse acreditada por la prueba practicada, fundamentalmente por la documental aportada, la procedencia de las reclamaciones dinerarias formuladas, procede confirmar el fallo recurrido.

**CONSIDERANDO:** Que toda vez que la fundamentación jurídica de esta sentencia es distinta de la que contiene la resolución que le concede el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no hace especial condena de las costas de esta alzada, no obstante pronunciar sentencia confirmatoria.

**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 B. C. M., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha quince de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, aclarada por auto de data diecinueve del mismo mes, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Instancia número Uno de esta ciudad, en los juicios declarativos de menor cuantía acumulados de los que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas devengadas en esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

## 13

**13. CULPA EXTRA CONTRACTUAL.** No hay concurrencia de culpas (que deriva de la exigencias de culpas contrapuestas o meramente distintas y origina compensación en la indemnización) cuando todos los sujetos participan en una común acción negligente. Previsibilidad: no alcanza a la eventualidad de accidentes debidos a la conjunción de circunstancias no fortuitas sino claramente culposas, extraordinarias, singulares y desusadas. *Sentencia de 28 de enero de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que el examen de las cuestiones planteadas en esta alzada por los recursos interpuestos contra la sentencia recaída en la primera instancia de estos autos, que sólo en parte estimó las pretensiones de resarcimiento, fundadas en responsabilidad extracontractual, deducidas por las actoras, debe principiar por la fijación de aquellos precisos extremos fácticos que esta Sala, mediante una ponderada valoración del conjunto probatorio, entiendo acreditados, y que son los que siguen: a) el causante de las actoras, D. J. B. C., era empresario transportista autónomo que, sirviéndose del camión de su propie-

dad, marca Pegaso y matrícula PM.-146.594, y provisto de tarjeta de serie MDC para la realización de transporte público discrecional de mercancías (folios 423 y 510), se venía dedicando con propósito lucrativo al traslado de silos, piensos y otros materiales para terceros clientes, —y, entre ellos, para A. A. M. S.A.—, con quienes mantenía relaciones propias del contrato de transporte sin mayores subordinación y dependencia; así resulta, sin posible duda, de las respuestas dadas por el testigo Sr. O. (folio 270), y, principalmente, de las prestadas en prueba de confesión por las mismas demandantes (folios 444, 491 y 736 a 738), independencia e individualidad organizativas que no queda oscurecida por el simple hecho de que en los laterales de la caja del camión apareciera pintada, con fines publicitarios y a costa de esta última empresa, la frase "A. piensos" (Sr. M., folio 270 vto.); b) el día 8 de Julio de 1980 el Sr. B., en la dicha condición, y contratado por A. S.A. como ya lo había sido en otras varias ocasiones anteriores (folios 156, 248, 270, 406 y 491), descargó un silo metálico nuevo en la finca "S. P.", sita en el Km. 7 de la carretera a Sineu, donde A. explota una granja destinada a cría de ganado porcino, que cuenta con varias naves, tarea en la que fue ayudado por varios obreros, empleados en la granja, entre los que se hallaban los demandados y ahora recurrentes, Srs. R. V., C., N. y G., quienes estaban trabajando en la construcción de una nueva nave; c) terminada la descarga, todavía tenía el Sr. B. que trasladar con su camión otro silo, éste viejo, desde el lugar donde había depositado el primero hasta otra edificación situada, dentro de la misma finca, a unos 100 metros de distancia; sin embargo, dado que tenía prisa y deseaba aprovechar el viaje y faltaba poco para el descanso de mediodía, en vez de colocar el silo, (cuya altura total era de 5,40 metros) en la caja del vehículo, decidió hacer el traslado, con el fin de ahorrar tiempo, llevándolo simplemente sujeto con la grúa auxiliar marca Volma, de que estaba dotado el camión y que, en posición completamente vertical, alcanzaba una altura, en relación al nivel del suelo, de unos 6,10 metros, de modo que el silo fuera colgando en el aire por delante de la cabina y a algo más de medio metro de tierra aproximadamente; d) el Sr. B. pidió a los empleados de A. S.A. que le ayudaran durante el recorrido, apartando los obstáculos que hubiera en el trayecto y sujetando las patas del silo, para que no golpearan contra la chapa del camión, a lo que dichos empleados accedieron de manera espontánea y sin que nadie les hubiera dado órdenes al respecto; e) desde el mes de Junio de 1962 la finca "S. P." se halla atravesada por un tendido aéreo de conducción de energía eléctrica de alta tensión a 15 Kv, perfectamente visible, que pertenece a G. y E. S.A., cuyos cables discurren a una altura superior a la mínima reglamentaria de 6 metros y en cuyos apoyos en tierra están colocados los preceptivos letreros que advierten del peligro de muerte (folios 250 a 254, 549, 599 a 606 y 632); f) al cabo de unos 25 metros de marcha muy lenta y comoquiera que ni el Sr. B., ni ninguna otra de las personas que le ayudaban, habían prestado atención alguna a la existencia de la línea de suministro eléctrico ni a la posibilidad de rozar con ella, al cruzar bajo la vertical de la misma, el extremo superior de la grúa entró en contacto con uno de los cables, por efecto de lo cual se produjo una descarga, que arrojó al suelo al Sr. G., único que, en aquel momento, agarraba el silo, pues el Sr. N. se había apartado un instante para recoger su camisa y los demás estaban retirando unas piedras, y provocó un incendio en los bajos del vehículo y sus neumáticos; b) creyendo D. M. C. que G. había caído al suelo por un tropezón, asió con las dos manos el silo, para que no chocara con la cabina, recibiendo entonces y durante unos tres minutos aproximadamente, —tiempo que tardó en lograr despegarse del metal—, una fuerte descarga eléctrica, a consecuencia de la cual sufrió gravísimas quemaduras y otras lesiones, determinantes de su actual situación de invalidez, permanente absoluta para todo tipo de trabajo (folios 428 a 439); h) entretanto el Sr. N., que había visto el fuego debajo del camión, trató de llamar la atención del conductor, golpeando con los nudillos la puerta izquierda de la cabina, con lo que también recibió otra descarga, ésta de leves consecuencias, que le dejó inconsciente unos instantes; sin embargo, el Sr. B., que hasta entonces no había sufrido el más mínimo daño, percatado ya de lo que estaba sucediendo, bajó de la cabina a tierra, y con la mano derecha, agarró la palanca que acciona la grúa, con intención de separarla del cable, pero al hacerlo, recibió, a su vez, otra descarga de tal intensidad que le causó la muerte por electrocución (folio 535); descripción del accidente y sus circunstancias en que coinciden los testigos presenciales en cuantas declaraciones han prestado sobre él, tanto en las Diligencias Previas 2.026/80 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca (folios 530 a 626), como en el presente litigio; i) la línea de alta tensión estaba provista de los dispositivos de seguridad necesarios para que, de producirse

un cortocircuito, quedara cortada la corriente, si bien en este caso no entraron en funcionamiento, porque la fuga de fluido no alcanzó la intensidad mínima prevista —30 amperios— para provocar el disparo de sistema de protección, según ponen de relieve los dictámenes periciales emitidos por los Srs. M., C. y E. (folios 252 a 254) y G. (folios 599 a 606).

**CONSIDERANDO:** Que previamente a efectuar el análisis y valoración jurídicos de las expresadas conductas en orden a la determinación de responsabilidades por razón de los resultados dañosos ocasionados, conviene recordar que, pese a la evolución operada en materia de culpa aquiliana hacia postulados próximos a la responsabilidad objetiva, mediante la introducción jurisprudencial de pautas correctivas del inicial principio subjetivista que inspira el artículo 1.902 del Código Civil, cuales el expediente de inversión de la carga probatoria, con presunción "iuris tantum" de que existió culpa en el agente, la elevación, hasta el agotamiento, del nivel de diligencia exigible para impedir la producción del evento lesivo, que no se detiene en la mera adopción de precauciones y cuidados reglamentarios, si éstos se revelan insuficientes en la evitación de daños previsibles y evitables, y la aplicación en determinadas esferas de la doctrina del riesgo, en cuya virtud el deber de resarcir surge en contrapartida de actividades que, si lícitas, permitidas y provechosas, generan riesgo para los demás, es lo cierto que el propio Tribunal Supremo (así sentencias de 27 Mayo 1982, 29 Marzo, 6 y 16 Mayo, y 13 Diciembre 1983, 8 y 18 Mayo 1984, etc.), cuida de señalar que el principio de responsabilidad por culpa, cuya esencia radica en la previsibilidad del resultado, continúa siendo el básico en nuestro ordenamiento jurídico, lo que comporta, en palabras de la última sentencia citada, "que el acto dañoso ha de ser imputable a título de negligencia al agente y, además, que revista la nota de antijurisdicción, consiguiente a la vulneración de una norma, aun la más genérica ("alterum non laedere"), protectora del bien quebrantado"; bien entendido, en todo caso, que no es factible imputar responsabilidad a tercera persona, cuando la culpa de la víctima es tan acusada y determinante, que constituye el único fundamento del resultado lesivo producido (sentencias de 3 de abril de 1979, 27 de Mayo y 4 de Octubre de 1982, 22 de Noviembre de 1983, etc.).

**CONSIDERANDO:** Que ninguna de cuantas personas tomaron parte en los luctuosos hechos relatados podía ignorar que la finca se hallaba cruzada por un tendido eléctrico de alta tensión, ni, consecuentemente, la peligrosidad inherente a todo contacto con los cables conductores, pues, ni la línea en sí y los letreros que advertían del riesgo de muerte ya eran perfectamente visibles para cualquiera, tanto más para quienes, como unos, trabajaban habitualmente en la finca y, como el otro, acudía a la misma con frecuencia para realizar transportes; y siendo ello obviamente así, ha de observarse que el arranque del proceso que desembocó en el accidente, se encuentra en la elección por el Sr. B. de un procedimiento, a todas luces inadecuado, para el traslado del silo, ya que exigía levantar el extremo de la grúa auxiliar a una altura superior a los 6 metros, con lo que creó una situación de riesgo evidente por completo innecesaria, en cuanto que no venía demandada por el objetivo a cumplir y sí respondía tan sólo a sus particulares conveniencias y comodidad, no obstante lo cual, y pese a que la posibilidad de que, a tal altura, la punta de la pluma se enganchara o rozara con los cables del tendido podía ser apreciada por todos a simple vista, los empleados de A. S.A. accedieron a la petición de ayuda que les formuló el transportista y colaboraron, de manera absoluta libre y voluntaria y sin haber recibido órdenes o instrucciones al efecto de su empresa, en la realización del traslado que, sin ellas, no hubiera podido hacerse mediante aquel peligroso procedimiento, de suerte que vinieren a compartir y sostener con sus actos la situación de riesgo por el Sr. B. ideada; asimismo y una vez en marcha la comitiva, todos y cada uno de los que en ella intervenían, tanto el conductor del camión, como los que iban pie a tierra, podían y hubieran debido percatarse de que era forzoso pasar por debajo de los cables de alta tensión y preciso cuidar de no tocarlos, por lo que la desatención e inadvertencia, que condujeron directamente a la producción de los resultados dañosos acaecidos, —excepción hecha de la muerte de D. J. B. C., conforme más tarde se dirá—, son predicables respecto de todos ellos en plano de absoluta igualdad; en consecuencia, puesto que no se trata de un supuesto de un concurso de conductas culposas contrapuestas o meramente distintas que, superponiéndose o añadiéndose unas a otras, confluyen de manera eficazmente diversa en la producción de un mismo evento lesivo, en cuyo caso habría lugar a la correspondiente compensación

de las respectivas pretensiones resarcitorias en atención al grado de aportación causal y descuido de cada actor, y menos de una hipótesis en que haya una sola persona responsable, sino de un supuesto en que una pluralidad de sujetos participa al mismo nivel en la realización de una misma e idéntica acción negligente, única de que derivan los daños ocasionados, ninguna de las víctimas o perjudicados puede imputar responsabilidad a los demás a fines de ser indemnizados por ellos, sino que habrá de soportar sus propios daños, razón por la que procede rechazar la pretensión reconventional que deduce el Sr. C., así como la que formulan las actoras, en su cualidad de causahabientes de D. J. B., en punto al resarcimiento de los desperfectos padecidos por el camión a consecuencia de la descarga eléctrica.

**CONSIDERANDO:** Que bastaría en realidad estos argumentos para desestimar igualmente la reclamación que dirigen las demandantes contra los Sres. R. V., C., N. y G., por razón del fallecimiento de su padre y esposo respectivo; pero es que, además y en cualquier caso, la muerte del Sr. B. fue producto, inmediato y directo, de un acto posterior suyo, exclusivo, personal e individual, realizado, no cuando el peligro de electrocución por contacto aún permanecía latente, ignorado y en la esfera de lo posible, sino cuando ya era manifiesto y había adquirido cuerpo real, pues que, hallándose hasta entonces el transportista por completo indemne, tuvo efecto al asir con la mano derecha una de las palancas de gobierno de la grúa con el claro propósito de apartarla de la línea, acción que, revelando al tiempo que aquél tenía conciencia de cual era el factor causante de lo que sucedía, fue determinante único de su muerte, según se desprende del informe de autopsia obrante al folio 535, por lo que, roto por esta iniciativa todo nexo causal con la conducta anterior de los demás intervinientes, el resultado letal ha de imputarse a culpa exclusiva de la propia víctima y no a negligencia de otras personas.

**CONSIDERANDO:** Que tampoco puede prosperar la demanda en cuanto va dirigida contra A. A. M. S.A., toda vez que: a) entre dicha empresa y el fallecido Sr. B. empresario transportista autónomo que disponía de los medios adecuados para el desarrollo de su actividad profesional, no mediaban otras relaciones que las nacidas del contrato de transporte, conforme resulta acreditado, siendo así que es doctrina jurisprudencial (sentencias de 4 Enero 1982, 7 Octubre y 2 Noviembre 1983, 9 Julio 1984) que "cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903 del Código Civil, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra 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 participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia y dirección", supuesto este último, que no el del caso de autos; ya que, si los trabajadores dependientes de A. prestaron ayuda al Sr. B., no para las tareas de carga y descarga, sino en la realización del traslado mismo, en cuyo transcurso tuvo lugar el accidente, fue por libre y espontánea iniciativa y no porque hubieran recibido órdenes o instrucciones al efecto de su empresa; b) mal puede exigirse responsabilidad por hecho propio a A. S.A., fundándola en que no avisó con antelación a G. E. S.A. para que cortara el suministro de la línea de alta tensión, que atraviesa la finca, cuando es lo cierto que A. S.A. ignoraba por completo el día y hora en que D. J. B. iba a transportar el silo, ni tampoco por otra parte, la sencillez y simplicidad del encargo hubiera precisado de aquella precaución de haberse ejecutado de manera normal y correcta, es decir, con el silo adecuadamente depositado dentro de la caja del camión, y no mediante él, por completo extraño y, por ende, imprevisible sistema finalmente escogido por aquél; y c) atribuida la muerte del Sr. B. a su propia y exclusiva culpa, cae por su base toda pretensión indemnizatoria deducida contra terceras personas.

**CONSIDERANDO:** Que a la "Compañía G. y E. S.A." propietaria del tendido eléctrico, se le reprocha la ineficacia de los dispositivos de seguridad de que, reconocidamente, se hallaba dotada la línea para prevenir y evitar el concreto accidente ocurrido, ya que, producida la primera descarga de energía, no entraron en funcionamiento para interrumpir el paso de corriente; pero este reproche tampoco puede compartirse, puesto que, si bien repetidamente se ha dicho que no le basta al causante de un resultado dañoso con acomodo

dar su conducta a las previsiones legales o reglamentarias, por cuanto que si la adopción de tales garantías para evitar esos resultados, previsibles y evitables, no han ofrecido el resultado positivo apetecido, claramente vienen a evidenciar su insuficiencia, y por ello que algo quedaba por prevenir, deviniendo la diligencia incompleta (sentencias de 12 de febrero y 17 de Marzo de 1981, 20 de Diciembre de 1982, 3 de Diciembre de 1983, etc.), también ha de tenerse en cuenta que el nivel de diligencia exigible, no sólo ha de valorarse en relación a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar concurrentes (artículo 1.104 del Código Civil), sino, además, en atención al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta (sentencias de 7 de febrero y 1 de diciembre de 1983 entre otras), por lo que no cabe requerir de la Compañía suministradora que, al objeto de impedir la eventualidad de accidentes debidos a la conjunción de circunstancias no fortuitas, sino claramente culposas, extraordinarias y, por ello, de muy difícil previsión, tan singulares y desusadas, como las que confluieron en el que ha dado motivo a este pleito, tenga que mantener las dispositivos de seguridad en condiciones tales que el suministro de un elemento de vital necesidad y relevancia para los intereses de la comunidad, como es el de energía eléctrica, corra el riesgo de frecuentes interrupciones y graves perturbaciones, lo que ocurría, según indica la prueba pericial, (folio 603), en caso de rebajar el índice de intensidad de corriente de defecto a tierra, que provoca la entrada en funcionamiento del sistema de desconexión, por debajo de los 30 amperios a que estaba fijado.

**CONSIDERANDO:** Que, por consecuencia de todo lo expuesto, procede revocar en parte la sentencia apelada y, confirmando el rechazo de la pretensión reconvenzional deducida por el Sr. C. y la inicial absolución de G. y E. S.A. desestimar íntegramente asimismo la demanda formulada por la esposa e hijas de D. J. B. C. contra los restantes demandados.

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar méritos para imponer a ninguna de las partes en especial el pago de las costas causadas en ambas instancias, dada la índole y complejidad de las cuestiones debatidas en este litigio, la fecha en que fue dictada la sentencia apelada, anterior a la vigencia del nuevo artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento, y el carácter parcialmente revocatorio de la presente resolución.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que estimando íntegramente los recursos de apelación interpuestos por D. J. G. C., D. F. N. M., D. A. R. V. y "A. A. M. S.A.", estimando sólo en parte el formulado por D. M. C. R. y desestimando en su totalidad el deducido por D<sup>a</sup>. C. B. M. y D<sup>a</sup>. J. M. P., que actúa en nombre propio y en el de su hija D<sup>a</sup>. C. B. M., debemos, con revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca con fecha de diecinueve de Noviembre de mil novecientos ochenta y tres en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, de los que este rollo dimana, absolver, como absolvemos, a los demandados D. A. R. V., D. J. G. C., D. F. N. M., D. M. C. R. y "A. A. M. S.A.", de las pretensiones deducidas contra ellos por las actoras D<sup>a</sup>. C. B. M., D<sup>a</sup>. J. M. P., que actúa en su propio nombre y en el de su hija, D<sup>a</sup>. M. B. M., las cuales desestimamos íntegramente.

Asimismo, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en cuanto que absuelve a "G. y E. S.A.", de la demanda formulada contra ella por las mencionadas actoras y en cuanto que, igualmente, desestima en su integridad la reconvección ejercitada por el codemandado D. M. C. R., de cuya pretensión absuelve a las demandantes reconvenidas; todo ello sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñón Giménez).



## 22

**22. PROPIEDAD HORIZONTAL.** Invalidez de los acuerdos tomados por mayoría en celebración de junta convocada en segunda convocatoria, cuando se necesita unanimidad al suponer la obra una alteración trascendental en la situación jurídica en que se hallaban las cosas comunes. Forma de presentación de la demanda. No acompañar un documento fundamental a la demanda, a tenor del art. 503 LEC no significa falta en el modo de proponer la demanda a tenor de la excepción dilatoria del párrafo 6º del art. 533 LEC. Caducidad de la acción. Diferencias entre caducidad y prescripción. Posibilidad, según Doctrina legal en casos excepcionales apuntados por el T.S., de interrumpir el plazo de caducidad. *Sentencia de 4 de febrero de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia recaída que, tras rechazar las excepciones de falta de legitimación activa y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, estimó en parte las pretensiones de la actora y declaró la invalidez del acuerdo adoptado con fecha de 12 de Agosto de 1981 en la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios del Edificio B., sito en el nº 146 de la calle Joan Miró de esta capital, por no haber obtenido dicho acuerdo, tomado en segunda convocatoria, la mayoría legalmente requerida, condenando a la Comunidad de Propietarios —en situación procesal de rebeldía— a estar y pasar por tal declaración, y a la demandada persona, Dª. M. L., a retirar a su costa la escalera metálica que, al amparo de dicho acuerdo, había instalado para comunicar su vivienda con el local de la planta inferior, destinado a piscina y solarium, dejando dicha zona en la forma en que se encontraba con anterioridad a la realización de las obras, es apelada por las partes personadas: 1º) directamente por la demandada: a) por no haber sido acogida la excepción segunda de las esgrimidas en su escrito de constestación, —defecto legal en el modo de proponer la demanda—; b) por caducidad de la acción ejercitada; y c) porque, dada la índole de la obra, bastaba para la válida adopción del acuerdo la simple mayoría de propietarios, que fue la que tomó el acuerdo en la Junta General; y 2º) por la demandante, Dª M. M. A., apelante por vía de adhesión: a) por ser nulo el acuerdo al haber sido adoptado en segunda convocatoria efectuada de modo distinto al establecido en la Ley de Propiedad Horizontal; y b) porque, alterando las obras, la estructura del edificio y suponiendo una alteración de las cosas comunes, precisaba la unanimidad de todos los copropietarios, en vez de la mayoría de asistentes, apreciada bastante por la sentencia combatida.

**CONSIDERANDO:** Que funda la demandada su invocación de la excepción dilatoria 6ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el hecho de no haberse acompañado a la demanda instauradora de esta litis el título de propiedad del inmueble sobre el que la actora afirma su derecho dominical, con infracción, en su particular criterio, de los artículos 503 nº 2 y 524 de la mencionada Ley; pero llano resulta que, consistiendo el denunciado defecto, según precisa el párrafo 2º del nº 6 del artículo 533, en que “no se llenen en la demanda los requisitos a que se refiere el artículo 524”, las cuales, como con todo acierto subraya la resolución recurrida, tienen carácter intrínseco al propio escrito fundamental, cuyo contenido indispensable configuran, sin aludir en absoluto a los documentos que deben acompañarle, materia ajena que aparece regulada en los artículos 503 y siguientes, la omisión de presentar en aquel momento el título de dominio podrá dar lugar, si

acaso, a su inadmisibilidad ulterior en aplicación de los artículos 504 y 506 de la Ley Procesal, pero nunca integrar dicha excepción dilatoria, por lo que procede, en virtud de los mismos razonamientos de la sentencia de primera instancia, el rechazo de la excepción que en esta alzada se reitera.

**CONSIDERANDO:** Que en orden a resolver acerca de la caducidad de la acción ejercitada por la actora, hay que partir de los siguientes hechos: 1º) la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios del Edificio B., celebrada en segunda convocatoria el día 12 de Agosto de 1981, adoptó, por 8 votos a favor, 6 en contra y 3 abstenciones, el acuerdo de autorizar la colocación de una escalera desde el primer piso —vivienda de la aquí codemandada— a la piscina existente en la planta inferior (folio 2); 2º) la actora, Dª M. M., asistente a dicha Junta de Propietarios, votó en contra del acuerdo; 3º) El 11 de Septiembre de 1981 la Sra. A. presentó en el Decanato de los Juzgados de Distrito de Palma de Mallorca, demanda de proceso de cognición contra las mismas partes que en el presente juicio de mayor cuantía, en solicitud de que se declarara la nulidad del acuerdo por no ajustarse a la segunda convocatoria de la Junta a lo preceptuado en la Ley de Propiedad Horizontal y porque, dada la índole de la obra, la autorización debería haberse concedido por unánimada y no por simple mayoría, señalando en 45.000 pesetas la cuantía del pleito; 4º) personada en dicho juicio de cognición Dª M. L., se opuso a la pretensión de adverso, impugnando con carácter previo y al amparo del artículo 47 del Decreto de 21 de Noviembre de 1952, la cuantía litigiosa fijada en la demanda (folios 85 a 89); 5º) tramitado el incidente, el Juzgado de Distrito dictó auto de fecha 18 de Noviembre, por el que declaró no ser competente para conocer del tema litigioso al exceder su cuantía (que valoró en 60.500 ptas., al ser éste el importe en que se apreció pericialmente la obra discutida —Folios 98 y 99—) de la fijada por la Ley para el proceso de cognición; 6º) apelado dicho auto por la actora, fue confirmado por resolución de la Audiencia Provincial de esta capital de fecha 22 de abril de 1982, la cual fue notificada a las partes el día 26 del mismo mes y año (folios 185 a 188); y 7º) este mismo día 26 la Sra. A. presentó a reparto en el Decanato de los Juzgados de 1ª Instancia la demanda que dio lugar al juicio ordinario de mayor cuantía, que ahora se examina.

**CONSIDERANDO:** Que dispone el párrafo 2º de la regla 4ª del artículo 16 de la Ley 49/1960, de 2ª de Julio, sobre Propiedad Horizontal que la acción para impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios contrarios a la Ley o a los Estatutos "deberá ejercitarse dentro de los 30 días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne", plazo que es de caducidad y no de prescripción, como recuerdan las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1983 y 31 de Marzo de 1984; pero si, ciertamente, dicho Alto Tribunal tiene declarado en numerosas resoluciones, entre las que cabe destacar, como más recientes, las de 7 de Mayo de 1981, 1 de Febrero de 1982 y 30 de Mayo de 1984, que los diferentes modos de interrumpir la prescripción no son aplicables a los plazos de caducidad, pues ambas instituciones, aunque sirvan a la finalidad de evitar que permanezcan indefinidamente inciertos los derechos, ofrecen como nota que las distingue, aparte otras, la de que en la primera el factor tiempo puede ser detenido en su marcha tendente a la extinción, si median actos obstativos al designio prescriptivo, lo que no ocurre con la caducidad, en la cual no cabe la interrupción, ni la suspensión, sino el propio ejercicio del derecho dentro del plazo, por lo que no la interrumpen, ni suspenden, los actos de conciliación, ni la iniciación de un procedimiento inadecuado (sentencia de 26 de Junio de 1974), ni las diligencias preliminares, esta doctrina dista de ser unánime y tan absoluta como aparenta, pues también se ha dicho que "como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias de 5 de Julio de 1957 y 22 de Mayo de 1965, la regla general de la imposibilidad de interrumpir los plazos de caducidad de la acción, tiene que admitir determinadas excepciones en aquellos supuestos en los que el ordenamiento positivo exige que a la presentación de la demanda inicial del proceso, hayan de antecederle como es instar reposición previa del acuerdo que se impugne, petición al órgano jurisdiccional para aportar determinados expedientes o intentar la celebración de acto conciliatorio previo, porque en tales casos el ejercicio de esas actividades, precisas para la iniciativa del proceso judicial, lógicamente debe producir la interrupción del plazo de caducidad de la acción, siempre que se lleven a cabo dentro de él" (sentencia de 25 de Mayo de 1979), y que, en materia de caducidad se puede producir interrupción "en el caso de que se esté

en presencia de un acto procesal válido que sea de los que, genérica o específicamente, integren el procedimiento al que afecte el plazo fijado al respecto" (sentencia de 8 de Noviembre de 19837, así, en concreto, se ha entendido que desde que la papeleta de conciliación es presentada, quedan en suspenso los efectos de la acción de que se trate (sentencias de 30 de abril de 1940, 5 de julio de 1957, 25 de mayo de 1979 y 13 de abril de 1982), que la previa existencia de un proceso penal, en el que se ejerció la acción civil, sujeta a plazo de caducidad, no impide que, terminado aquél por sentencia firme absolutoria, pueda de nuevo entablarse dicha acción en el pleito correspondiente, porque, "prescindiendo de si tal ejercicio era o no correcto y viable", la realidad es que la acción se planteó dentro de plazo (sentencia de 11 de mayo de 1966) e, inclusive, y en relación a un plazo tan caracterizadamente de caducidad, como es el que el artículo 1.490 del Código Civil fija para el ejercicio de la acción de saneamiento por causa de vicios ocultos en la mercancía adquirida, que, cuando a partir de la recepción de la mercancía se siguieron gestiones entre las partes interesadas que, sin interrupción, continuaron hasta otra fecha determinada, desde esta fecha debe contarse el relacionado plazo de seis meses para la extinción de la acción redhibitoria (sentencia de 26 de Septiembre de 1984), lo que, en definitiva, supone que interin su curso ha permanecido en suspenso.

**CONSIDERANDO:** Que, por otro lado, el mismo Alto Tribunal señala igualmente en sentencias de 25 de Junio de 1963, 18 de Octubre de 1963 y 28 de enero de 1983, como fundamento de la caducidad, no sólo la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino también una presunción de abandono por parte de su titular, pues dicha institución, igual que la prescripción "responde a la común razón de la presunción de abandono tanto de los derechos como de las acciones, que son su consecuencia" (sentencia de 28 de enero de 1983), de donde se sigue la importancia de valorar, en supuestos extremos como el que se debate en esta litis, la existencia de una voluntad decidida e inequívoca de actuar con propiedad la facultad o poder concedido por el ordenamiento para modificar la situación jurídica preexistente a fin de reconocer eficacia a los actos mediante los que se exterioriza; atendidas estas razones, no puede afirmarse sin quebranto de la equidad (de obligada ponderación en la aplicación de toda norma —artículo 3º nº 2 del Código Civil—) y la justicia, que la acción de impugnación que correspondía a la actora, ha caducado por el simple hecho de haberla encauzado primeramente y en tiempo oportuno a través de un juicio de cognición, proceso que, por tener la condición de ordinario, hubiera sido en principio por completo apto, (circunstancia que no se daba en el supuesto fáctico contemplado por la sentencia de 26 de Junio de 1974), para la resolución de la contienda (artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de no ocurrir que el valor de la obra, —que la propia Sra. L. adjetiva ahora de "modestísima" (folio 34), reiterando de nuevo al folio 51 vuelto que tiene un "mínimo alcance constructivo"— fue apreciado luego en la suma de 60.500 pesetas (folio 96), algo superior, incluso, a la cantidad que por ella hubo de desembolsar la demandada, —58.195 pesetas, folio 84—, de suerte que tal pequeño error de cálculo, disculpable, además, en quien no encargo, ni pagó, la obra discutida, hay de provocar a su vez, y de manera inexorable, la total ineficacia de la demanda planteada y, por consiguiente, implique que no hubo ejercicio de acción dentro del tiempo prefijado por la Ley, lo mismo que si aquélla nunca hubiera existido; en consecuencia, reproducida la pretensión mediante nueva demanda presentada en el Juzgado de Primera instancia el día en que se notificó a las partes el auto que confirmó el dictado por el Juez de Distrito, declarándose incompetente por razón de la cuantía litigiosa, ha de entenderse que el plazo hábil para el ejercicio de la facultad impugnatoria no había transcurrido todavía por entero, por lo que procede en este punto confirmar la sentencia apelada.

**CONSIDERANDO:** Que, asimismo, procede su confirmación en cuanto rechaza que en la convocatoria de la Junta de Propietarios hubiera algún tipo de defecto determinante, por extensión, de la invalidez de los acuerdos aprobados en ella, pues, como bien advierte dicha sentencia, la regla 2ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, al limitarse a prescribir que "si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos de la primera", las cuales vienen detallados en el artículo 15, no excluye, ni prohíbe, la posibilidad de que se anuncien ambas conjuntamente con señalamiento de su hora respectiva, práctica ésta que, a más de ser la habitual, se encuentra expresamente permitida para la reunión de ór-

ganos colectivos en otras Leyes, como la de Sociedades Anónimas en su artículo 53, ello aparte de que la Sra. M. asistió personalmente a la Junta y tomó parte en la misma, sin formular reserva ni protesta de ilegalidad algunas, emitiendo voto, que fue favorable al segundo de los acuerdos adoptados, mediante el que se autorizó a los propietarios la instalación de toldos en las galerías de los patios interiores, por lo que, al denunciar en este proceso presuntas deficiencias en la convocatoria de una Junta, en cuyo desarrollo participó activamente, como si fuera válida, actúa en clara contradicción con sus propios actos.

**CONSIDERANDO:** Que a fin de resolver la última cuestión suscitada por los recurrentes y que alude al régimen a que debió someterse la aprobación del acuerdo atacado, que, en opinión de la actora, ha de ser el de unanimidad de todos los propietarios (regla 1ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), para la sentencia apelada el de mayoría de asistentes a Junta celebrada en segunda convocatoria, que represente a su vez más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes (regla 2ª del artículo 16) y para la demandada, en fin, el de simple mayoría, hay que dejar constancia de que la obra realizada por Dª. M. L. consiste, según se desprende de las respectivas alegaciones de las partes y se comprueba por medios de las fotografías aportadas a los autos (folios 39 y 42) en la colocación de una escalera metálica que, partiendo de la terraza de su piso privativo, en la planta quinta del inmueble, apoya en el pavimento del local situado en las plantas tercera y cuarta, el cual, teniendo reconocidamente carácter de elemento común, se halla destinado, entre otros servicios, a piscina y solarium, de suerte que permite la comunicación directa entre uno y otro, sin tener que acudir ya a las zonas de paso comunes; dado, pues, que la obra invade y ocupa parte de un elemento común, es llano que no se encuentra amparada por el párrafo 1º del artículo 7º de la Ley Especial, como sostiene la demandada, pues este precepto se refiere de manera específica a las facultades que el propietario puede ejercer en relación al piso sobre el que recae su derecho singular y exclusivo de propiedad, y no a las restantes partes del inmueble que le pertenecen en copropiedad con los demás dueños de pisos o locales (artículo 396 del Código Civil y artículo 3º apartado b) de la Ley de Propiedad Horizontal), en las que, por sí, le está vedado realizar alteración alguna (párrafo 2º del artículo 7º); tampoco puede considerarse tal obra como simple consecuencia del derecho que ostente cada copropietario a servirse de las cosas comunes bajo la triple limitación que establece el artículo 394 del Código Civil, pues que, por más que su importancia arquitectónica sea mínima, lo cierto es que traspasa tales límites, ya que abre una vía de acceso a un local común, —entidad nº 34— que no está contemplada, ni prevista en el título constitutivo de la Comunidad (folio 130 vuelto), en exclusivo beneficio de una vivienda privativa, —entidad nº 38 (folio 133)—, vía cuya autorización entraña la creación de un gravamen para la Comunidad, que asume la obligación de no impedir el paso por ella en el futuro, por lo que, supone una alteración trascendente de la situación jurídica en que se hallaban las cosas comunes, (sentencia de 23 de Diciembre de 1982), afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, conforme dispone el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, y, consiguientemente, a la necesidad de acuerdo unánime de los propietarios, adoptado en la forma prescrita en la regla 1ª del artículo 16, siendo indiferente que la repetida obra no cause en este momento ningún perjuicio concreto y actual a la demandante, ni a los demás condueños, pues, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1983, la decisión de los copropietarios de autorizar la realización de obras en elementos comunes no tiene por que estar subordinada al hecho de que resulten o no nocivas o perjudiciales, sino que puede ser libremente denegada; y no habiéndolo entendido así la sentencia apelada, procede, con estimación del recurso interpuesto por la actora y rechazo del formulado por la demandada, revocar parcialmente la misma en cuanto a este extremo se refiere.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar temeridad, ni mala fe, en las partes a fines de hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Dª M. M. A. y desestimando el formulado por Dª M. L., revocando en parte y en parte confir-

mando la sentencia dictada con fecha de veintiocho de Marzo de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad en el juicio declarativo de mayor cuantía, del que el presente rollo dimana, debemos declarar, como declaramos, la invalidez del acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios del Edificio B. de esta ciudad celebrada el doce de agosto de mil novecientos ochenta y uno y que figura en el apartado primero del acta correspondiente por no haber obtenido unanimidad en la forma prescrita en la regla primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, condenando, como condenamos, a dicha Comunidad de Propietarios a estar y pasar por tales declaraciones y a D<sup>a</sup>. M. L. a que retire a su costa la escalera metálica que comunica su vivienda con el local destinado a piscina y solarium, dejando dicha zona en la misma forma en que se hallaba con anterioridad a la realización de tales obras; desestimamos las restantes peticiones deducidas por la demandante, todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias de este proceso.

Por la rebeldía de la Comunidad de Propietarios codemandada, notifíquesele esta sentencia en la forma establecida por los artículos 282 y 283 de la Ley Procesal Civil, si en el plazo de tres días no se insta la notificación personal. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 23

**23. DIVISION DE COSA COMUN.** Finca proveniente de la herencia de los padres de las actores y demandados. Según disposición testamentaria se dividirá entre los ocho hijos, previa subasta sin licitadores extraños, y con preferencia sobre la finca en dos de sus hijos. Escritura de aceptación de la herencia, modificando el tenor literal del testamento, y adjudicándose la finca los ocho hijos, indivisamente, y así se hace constar en el registro (doctrina del T.S. sobre la eficacia de las normas distintas a las ordenadas en el testamento en cuanto concurra la distribución del caudal hereditario, a falta de persona con derecho de impugnación). Posteriormente, esgrimir acción de división de cosa común, a través del art. 400 Cc, significa la venta en pública subasta, con licitadores extraños, cuando la cosa es indivisible, como sucede en autos. Impugnar dicho procedimiento, al estimar la aplicación de las disposiciones testamentarias al proceder en la subasta significa ir en contra de sus propios actos, al haber aceptado la herencia contraviniendo el texto literal del testamento. *Sentencia de 4 de febrero de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que son hechos y antecedentes fundamentales de los que hay que partir para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: Primero.- D. B.

R. falleció en la villa de P. el día 2 de Mayo de 1964 (folio 192), habiendo otorgado su último testamento el 16 de Abril de 1959, (folio 187 vuelto al 189), en que instituyó herederos: usufructuaria vitalicia a su esposa; y propietaria a sus ocho hijos A., B., C., D., E., F., G. y H. B. S., por partes iguales; y declaró, en su cláusula sexta lo siguiente: "Es voluntad del testador que la casa del Paseo del General Mola del Puerto de esta villa, número 123 —único bien de importancia del patrimonio— sea adjudicada a aquel de sus ocho hijos que ofrezca por la misma una mayor valoración abonando, por tanto, a los demás su participación en metálico; siendo desecho de testador quesus hijos G. y F. desocupen la porción de dicha casa que respectivamente ocupan, en cuanto la misma sea adjudicada a cualquiera de los ocho hijos; si bien quiere el otorgante que tanto el G. como la F. tengan derecho preferente para la adjudicación de dicha casa siempre que ofrezcan igual valoración que la que mayor ofrezca cualquiera de sus otros hijos. Segundo.- La heredera usufructuaria doña C. S. C., falleció el 8 de Mayo de 1972. Tercero.- En el año 1975, los hermanos Don A., B., C., G., F. y D. B. S., interpusieron contra Doña E. y Don H. B. S. demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, que por turno de reparto correspondió al Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, que bajo el n° 764/75 lo tramitó, con declaración de rebeldía de ambos demandados, y en el que con fecha de 3 de Septiembre de 1976, recayó sentencia, que estimando la demanda, declaró, entre otros extemos el siguiente: 1) los demandados tienen un plazo de treinta días contados desde el siguiente de la firmeza de esta sentencia para que manifiesten si aceptan o repudian la herencia, y en caso de no hacer tal manifestación, se tendrá por aceptada por parte de ambos demandados (folios 146/154). Cuarto.- Dicha resolución adquirió el carácter de firme y transcurrido el plazo de 30 días fijado en ella, desde la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, sin que ninguno de los demandados hubiese hecho manifestación alguna, el día 19 de Enero de 1977 se otorgó escritura pública, autorizada por Notario por la que todos los hermanos demandantes y el Juez de Primera instancia titular de dicho Juzgado, por rebeldía de los demandados doña E. y don H. B. S., aceptaron la herencia del causante don M. B. R. y en virtud de esta aceptación, la finca urbana, "Casa de planta baja y piso, que tiene su frente en la calle del General Mola, número ciento veintitres, término de P., edificado en un solar procedente de la finca denominada X., de cabida ciento treinta y cuatro metros y veinticinco decímetros cuadrados; linda: por el frente con la calle de su situación; por la derecha entrando con porción segregada y vendida a D. B. S.; por la izquierda con propiedad de N. B. R. y por fondo con la calle llamada Roca, "deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad a nombre de los hermanos B. S., comparecientes y representados, como único herederos de dicho causante, por octavas partes indivisas, en cuya proporción queda adjudicada" (folio 77/90). Quinto.- Los demandados personados, Don G. y Doña F. B. S., desde la muerte de su padre, ocupan gratuitamente la casa mencionada, si bien, según confesó doña F., paga la contribución y todos los gastos que hay sobre la finca (posición 5ª). Sexto.- El 21 de Junio de 1979, doña E. B. S. formula en el Juzgado de Primera instancia de Inca, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra Doña B., Doña C., Don G., Doña F., Don D., Don H. B. S. y contra los herederos de don A. B. S., postulando sentencia en la que declara: a) Que procede terminar en la indivisión formada como consecuencia de la aceptación de herencia de don M. B. R. en cuanto se refiere a la casa número 123 de la calle General Mola del Puerto de P. b) Que la finca antes mencionada, es indivisible en ocho partes iguales. c) que como consecuencia de su indivisión procede venderse en pública subasta al objeto de repartirse entre los ocho comuneros el precio que se obtenga por partes iguales. Séptimo.- Que en el juicio declarativo de mayor cuantía que se incoó a virtud de dicha demanda y en el que se personaron y opusieron a la pretensión instada don G. y doña F. B. S. y fueron declarados en rebeldía los demás demandados —al constar en autos el fallecimiento de don D. B. S., fueron sus herederos los declarados rebeldes—, con fecha 19 de Marzo de 1983, recayó sentencia en la que se estima los pedimentos 1º y 2º del escrito de demanda y se desestima el tercero de ellos, absolviendo de él a los demandados. Octavo.- Dicha sentencia fué apelada por la parte actora, y su examen, estudio y resolución en segundo grado jurisdiccional, constituye el objeto de esta alzada.

**CONSIDERANDO:** Que concordes los litigantes en que la finca urbana sita en la calle General Mola n° 123 del Puerto de P., compuesta de planta baja y piso, pertenece por herencia del padre a los hermanos B. S. —por fallecimiento de don A. y don D., hoy sus

herederos, por stirpes—, e igualmente coinciden los contendientes en que el expresado inmueble es indivisible en ocho partes iguales, pero discrepan, y he aquí la cuestión de debate, en cuanto a la forma trámites a seguir en la ejecución de la “*actio communi dividundo*” promovida por la actora al amparo del artículo 400 del Código Civil, ya que la demandante, hoy apelante, pretende que el cese de la indivisión se realice mediante la venta de la finca en pública subasta con admisión de licitadores extraños, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1062 del mismo Código, norma de aplicación a la comunidad de bienes en general, según tiene declarado la jurisprudencia (Sentencia de 26 de Noviembre de 1957); a lo que se oponen los demandados personados, ya que sostienen que la extinción de la indivisión de la finca heredada debe llevarse a cabo en la forma dispuesta en la cláusula sexta —antes transcrita— del testamento del causante, o sea que la casa sea adjudicada a aquel de sus ocho hijos que ofrezca por ella una mayor valoración, abonado a los demás su participación en metálico, con derecho preferente a favor de don G. y doña F. —los hoy apelados personados— para adquirir la finca siempre que ofrezcan igual valoración que la que mayor ofrezca cualquiera de sus otros hijos. Tal discrepancia quedará resuelta a la vista de la prueba practicada, pues ni se aprecia del conjunto de ella haberse llevado a cabo la partición de la herencia de don M. B. R., la comunidad ahora existente sobre el único bien relicto será la ordinaria y en consecuencia debe regirse su extinción por las normas generales y por ende ha de triunfar la pretensión ejercitada en esta litis; en caso contrario, la comunidad seguirá siendo la hereditaria y su extinción habrá de realizarse a tenor de la disposición testamentaria 6ª, al no ser esta contraria a ninguna norma imperativa —artículo 6.3 del Código Civil—, y procederá la desestimación de la demanda instauradora de esta litis.

**CONSIDERANDO:** Que la partición de la herencia, en sentido estricto, es una operación por medio de la cual se pone término a la indivisión de una sucesión, distribuyendo el caudal relicto entre los coherederos, y, en su caso, los legatarios y acreedores del difunto, adjudicando a unos y otros la parte que les corresponde. El artículo 1068 del Código Civil señala el efecto principal de la partición, que es conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que determinadamente se le adjudiquen; por tanto, la partición hereditaria es en nuestro Derecho, según un sector importante de la doctrina científica, determinativa o especificativa de derechos, ya que opera modificando o cambiando un derecho impreciso en otro que se individualiza y concreta sobre bienes ciertos que ingresan en el haber particular decada heredero, y en ese sentido cabe citar la Sentencia de 6 de Mayo de 1958 que declaró que, por la partición se transforman las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto, en titularidades concretas sobre bienes determinados.

**CONSIDERANDO:** Que en la escritura pública autorizada el día 19 de Enero de 1977 (folios 77/90), todos los herederos de don M. B. R., los hermanos B. S., aceptaron la herencia de su padre y en virtud de esa aceptación, se declara en dicho documento notarial, que la finca urbana antes descrita “deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad a nombre de los hermanos B. S., comparecientes y representados, como únicos herederos de dicho causante, por octavas partes indivisas, en cuya proporción queda adjudicada”. Adjudicación que, otorgada por todos los interesados en la herencia —los hoy demandados personados comparecieron a dicho acto notarial y firmaron la escritura— puso término a las indivisión de la herencia de don M. B. R., distribuyendo el caudal relicto —la supradicha casa— entre los herederos, y así lo reconocen don G. y doña F. B. S. en confesión prestada en esta litis, al afirmar ser cierto que como consecuencia del pleito que interpusieron contra su hermana E. se adjudicaron por ocho partes indivisas la casa de la calle General Mola, 123 de la villa de P. (posición 8ª), y ser doctrina jurisprudencial, derivada del artículo 1058 del Código Civil, que procediendo de común acuerdo —que es el supuesto de autos—, los interesados pueden fijar con plena eficacia normas distintas de las ordenadas en el testamento en cuanto concierne a la distribución del caudal hereditario, a falta de personas con derecho a impugnar tal acuerdo (Sentencias de 30 de Diciembre de 1944, 7 de Enero de 1949 y 23 de Junio de 1950).

**CONSIDERANDO:** Que al apreciarse de todo lo expuesto que, en el mencionado acto notarial, se llevó a cabo por todos los herederos de don M. B. R., la partición del único

bien relicto, la finca urbana tantas veces mencionada, no es dable oponer a la pretensión de la copropietaria actora, basada en los artículos 400, párrafo primero, y 1062, ambos del Código Civil de que se venda en pública subasta dicho inmueble con admisión de licitadores extraños, que la adjudicación de la supradicha finca se realice a tenor de una disposición testamentaria, que siete años antes todos los interesados habían hecho caso omiso de ella, al haber verificado la adjudicación en la forma que se expresó en la escritura pública ya mencionada de 19 de Enero de 1977; lo que desemboca en la estimación de la demanda inicial y por ende en la apelación interpuesta.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, estimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de doña E. B. S., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diecinueve de Marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por la Juez del Juzgado de Primera instancia de Inca, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto se oponga a lo que a continuación se declara, y se confirma en lo demás: Que, estimando la demanda deducida en nombre y representación de doña E. B. S., contra doña B., doña C., don G., doña F. y don H. B. S. y contra don D. B. S., hoy sus herederos desconocidos y contra los herederos de don A. B. S., debemos declarar y declaramos: a) Que procede terminar en la indivisión formada como consecuencia de la aceptación de herencia de don M. B. R. en cuanto se refiere a la casa n° 123 de la calle General Mola del Puerto de P. b) Que la finca antes mencionada es indivisible en ocho partes iguales, y c) Que como consecuencia de lo anteriormente declarado procede la venta de dicho inmueble, en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, al objeto de repartirse, por partes iguales, entre los ocho comuneros de la expresada finca, el precio que se obtenga. Condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y hacer o dejar de hacer cuanto fuere preciso o conveniente para su efectividad y cumplimiento. Sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Dada la incomparecencia en esta alzada de los demandados declarados rebeldes, 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 la notificación personal. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

## 30

**30. JUICIO EJECUTIVO.** Diligencias preparatorias de reconocimiento de las firmas y las rúbricas de la Letra de cambio. Incomparecencia del librado y declaración de confeso a la demandada. Excepción de nulidad por desconocimiento de los protestos, así como de las cédulas de citación de las diligencias preparatorias. En contestación a la oposición aduce el ejecutante que no se trata de la acción ejecutiva esgrimida a tenor del párrafo 4° del art. 1429 LEC, sino del párrafo 2° del citado artículo. La Sala aprecia la validez de las notificaciones de las diligencias preparatorias por cuanto el art. 268 LEC no exige que la citación



sea de carácter personal. Por el contrario, no puede aceptar que la acción promovida sea la contenida en el párrafo 2º del art. 1429 LEC, por cuanto la Letra de cambio no es más que un mandato de pago que dirige el librador al librado, pero no es documento donde se reconozca que el librado sea deudor de cantidad alguna, como exige el párrafo 2º del citado art. 1429 LEC. *Sentencia de 7 de febrero de 1985.*

CONSIDERANDO: Que para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso es conveniente puntualizar los siguientes antecedentes: a) El Banco A. S.A. instó diligencias preparatorias de ejecución contra doña W. G., vecina de C., para que reconociese a presencia judicial, como propias, las firmas y rúbricas que aparecen en el lugar de librador de las dos letras de cambio que adjuntó, la OA-61166910 y la OA-611909, ambas de la clase 7ª, con fecha de expedición 13 de Abril de 1982 —vencimiento 2 de Julio y 2 de Octubre de 1982 respectivamente—, de 500.000 pesetas cada una, las dos libradas a la orden del Banco A. S.A., a cargo de doña M. B. c/o Banco B., oficina principal Palma de Mallorca, cta. nº 10056155, firmadas, p.p. en el acepto y protestadas oportunamente por falta de pago, ascendiendo los gastos de protesto 774 y 864 pesetas respectivamente (folios 4/9). b) En las mencionadas diligencias preparatorias fué citada doña W. G. tres veces, entendiéndose siempre, al no ser hallada en los domicilios que se conocieron de la demanda, con vecinas que se hicieron cargo de la cédula expresiva de los particulares necesarios, con la promesa de entregar la cédula a la interesada, con el apercebimiento expreso en la última citación, que de no comparecer sería tenida por confesa en la legitimidad de las firmas, y recayó, con fecha 12 de Diciembre de 1983, auto declarando que se tenía por confesa a la demandada doña W. G., en la autenticidad de las firmas expresadas, a los solos efectos de despachar la ejecución. c) Con base en dicho auto y ser legítima tenedora de las mencionadas letras de cambio, la entidad Banco A. S.A. formuló demanda de juicio ejecutivo contra la señora G. por la suma de 1.001.638 pesetas —importe de los capitales de las mencionadas cambiales, más intereses al tipo legal, vencidos y que venzan de dichos capitales desde la fecha de sus protestas, más las costas causadas. Se invocan en dicha demanda como Fundamentos de Derecho: I) Artículos 480, 516, 521 y 526 del Código de Comercio y II) Artículos 1429, 1435, 1473, 1474, 1430 y 1431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. d) Practicadas las diligencias de requerimiento de pago y embargo con la demandada doña W. G., esta fué citada de remate y personada en autos, en debida forma y tiempo, se opuso a la acción ejecutiva contra ella promovida, aduciendo nulidad del título por cuanto no se le había notificado los protestos de las cambiales que se ejecutan y ser preceptivo dicho requisito para despacharse la ejecución contra el librador de la letra, según establece el artículo 521.1 del Código de Comercio, y además por cuanto de las diligencias preparatorias de ejecución, no tuvo la menor noticia por no haber sido citada personalmente, y las vecinas que, según las diligencias judiciales, recibieron las citaciones, nunca se las entregaron a ella. e) En el escrito de contestación al de oposición a la ejecución, el Banco A. S.A. rechazó las nulidades aducidas de adverso: 1º) por cuanto la acción ejecutiva promovida nunca se ha basado en el párrafo 4º del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en el apartado 2º del mismo artículo, que confiere carácter de título ejecutivo a “cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez competente para despachar la ejecución”; y 2º) las citaciones practicadas en las diligencias preparatorias de ejecución, se llevaron a cabo con las personas y forma señaladas al efecto en el artículo 268 de la citada Ley Procesal. f) en la fase probatoria, la ejecutada reconoció como suyas y auténticas y puestas de su puño y letra, las firmas obrantes en el lugar destinado al librador en las letras mencionadas (posición 1ª), y confesó haber presentado para su descuento por el Banco A. S.A. las letras de cambio expresadas y haber percibido el efectivo metálico correspondiente (posición 2ª); y h) la sentencia recaída desestima la excepción de nulidad del título y manda seguir la ejecución adelante, por la cantidad e intereses reclamados, con condena a la ejecutada de las costas procesales.

**CONSIDERANDO:** Que las mismas causas que la ejecutada opuso en primera instancia a la ejecución despachada, ahora las reitera en esta alzada como motivos de apelación: la nulidad del título ejecutivo: a) por no haber sido citada personalmente en las diligencias preparatorias de ejecución; y b) por no habersele notificado el protesto por falta de pago de las letras de cambio.

**CONSIDERANDO:** Que el primer motivo de impugnación se ha de rechazar toda vez que las citaciones practicadas en las diligencias preparatorias de ejecución, se realizaron en la forma exigida por la ley y con las personas señaladas en el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; no existe norma alguna que preceptúa que tales diligencias se practiquen personalmente con la demandada si esta no se halla en su domicilio o en el lugar donde se realice tal diligencia judicial.

**CONSIDERANDO:** Que mayor dificultad presenta la solución del segundo motivo de apelación, dificultado que se ve incrementada por la inconcreción de la norma procesal de la acción ejecutiva promovida. En efecto, en la demanda ejecutiva, iniciadora de esta litis, ahora en segundo grado jurisdiccional, tras alegar que el Banco A. S.A. es titular de las dos letras de cambio, antes reseñadas, y exponer las vicisitudes de dichas cambiales por su impago, así como el resultado de las diligencias preparatorias de ejecución mencionadas, se declara en el hecho cuarto que "de lo expuesto se deriva que mi representada —la entidad Banco A. S.A.— acredita de la demandada D<sup>a</sup> W. G. la suma de 1.001.638 pesetas importe conjunto de los capitales de las citadas letras de cambio... cantidad que intenta reembolsar mi principal con la interposición de la presente demanda"; en dicha demanda se invocan, como Fundamentos de Derecho, diversos preceptos referentes a las letras de cambio —artículos 480, 516, 521 y 526 del Código de Comercio—, e igualmente se mencionan, entre otros artículos, el 1430 y 1431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —es de destacar que el 1429 de la mencionada Ley Procesal, que es básico en el juicio ejecutivo, es invocado genericamente, sin especificar ordinal alguno de los seis que tiene—; solo en el escrito de contestación a la oposición, se concreta la acción promovida, al declarar que la acción ejercitada no se ha basado nunca en el párrafo 4º del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en el apartado 2º del mismo precepto procesal. Con ello queda circunscrita como cuestión a dilucidar, si las letras de cambio, protestadas por falta de pago y con firma estimada en diligencias preparativas de ejecución, como auténtica del librador de ellas —libradora en el presente caso— son títulos que llevan aparejada ejecución contra dicho firmante —nº 2 del artículo 1429 mencionado—; en caso de respuesta afirmativa, procederá la confirmación de la sentencia de remate recaída, en caso contrario, la nulidad del juicio ejecutivo —nº 2 del artículo 1467 de la citada Ley adjetiva—, nulidad apreciable de oficio.

**CONSIDERANDO:** Que dejando aparte de que un sector importante de la doctrina científica sostiene que los procedimientos de integración previstos en los apartados 2º y 4º del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son excluyentes, de forma que no es válido calificar asépticamente de documento privado a la letra de cambio para acudir a una opción que la Ley no tolera, hay que reconocer que en su consideración meramente civil, la letra de cambio, no acredita la existencia de una deuda y mucho menos que esta, en caso de que se aprecie su realidad, deba ser satisfecha por el librador. Este, ciertamente puede ser obligado al pago de la cambial, pero lo será conforme al Derecho cambiario, y así lo dispone, entre otros preceptos, los artículos 516, 517 y 521 del Código de Comercio y siempre con base en el ordinal cuarto del supradicho artículo 1429. El 1430 de la misma Ley Procesal, en el que basa fundamentalmente su acción la parte ejecutante, exige que el reconocimiento de la firma se lleve a cabo por el "deudor", o sea que del documento se desprenda la existencia de una deuda y que el firmante que reconozca a presencia judicial como propia la firma de dicho documento, sea el "deudor", el obligado a pagar la deuda; circunstancias estas que no se dan en el caso que ahora se enjuicia. La letra de cambio contiene en síntesis un mandato de pago que dirige el librador al librado y, que este acepta, estampando en ella su firma, obligándose a pagar a su vencimiento su importe al legítimo tenedor de la cambial, en los términos que se expresan en el artículo 480 del Código de Comercio. Ciertamente que en su confesión judicial, la hoy ejecutada-apelante reco-

noció (posición 2ª) haber presentado para su descuento por el Banco A. S.A. las dos letras de cambio mencionadas y haber percibido el efectivo metálico correspondiente, pero ello es inoperante en este juicio ejecutivo, juicio basado en documentos reconocidos —una de sus firmas—, al no constar en ellos ni desprenderse de los mismos, la existencia de una deuda, ni que la firmante que ha reconocido como propia la firma —la libradora de las letras de cambio—, sea deudora de cantidad alguna.

**CONSIDERANDO:** Que al apreciarse por todo lo expuesto que los títulos en cuya virtud se despachó la ejecución carecen de fuerza ejecutiva, es por lo que procede, a tenor de lo preceptuado en el n° 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarar la nulidad del presente juicio ejecutivo.

**CONSIDERANDO:** Que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo último del artículo 1474 de la citada Ley Procesal, cada parte pagará las propias costas devengadas en primera instancia, e igual criterio se ha de aplicar para las costas de esta alzada, al haber lugar a la revocación de la sentencia de remate impugnada.

**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 W. G., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha cinco de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo, y en su lugar pronunciamos la siguiente: Que debemos declarar y declaramos la nulidad de todo el juicio, mandando que se alce el embargo hecho en los bienes de doña W. G. sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

**CONSIDERANDO:** Que dejando aparte de que un sector importante de la doctrina científica sostiene que los procedimientos de integración previstos en los apartados 2º y 4º del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son excluyentes, de forma que no es válido calificar asépticamente de documento privado a la letra de cambio para acudir a una opción que la Ley no tolera, hay que reconocer que en su consideración meramente civil, la letra de cambio, no acredita la existencia de una deuda y mucho menos que esta, en caso de que se aprecie su realidad, deba ser satisfecha por el librador. Este, ciertamente puede ser obligado al pago de la cambial, pero lo será conforme al Derecho cambiario, y así lo dispone, entre otros preceptos, los artículos 516, 517 y 521 del Código de Comercio y siempre con base en el ordinal cuarto del supradicho artículo 1429. El 1430 de la misma Ley Procesal, en el que basa fundamentalmente su acción la parte ejecutante, exige que el reconocimiento de la firma se lleve a cabo por el "deudor", o sea que del documento se desprenda la existencia de una deuda y que el firmante que reconozca a presencia judicial como propia la firma de dicho documento, sea el "deudor", el obligado a pagar la deuda; circunstancias estas que no se dan en el caso que ahora se enjuicia. La letra de cambio contiene en síntesis un mandato de pago que dirige el librador al librado y, que este acepta, estampando en ella su firma, obligándose a pagar a su vencimiento su importe al legítimo tenedor de la cambial, en los términos que se expresan en el artículo 480 del Código de Comercio. Ciertamente que en su confesión judicial, la hoy ejecutada-apelante reconoció (posición 2ª) haber presentado para su descuento por el Banco A. S.A. las dos letras de cambio mencionadas y haber percibido el efectivo metálico correspondiente, pero ello es inoperante en este juicio ejecutivo, juicio basado en documentos reconocidos —una de sus firmas—, al no constar en ellos ni desprenderse de los mismos, la existencia de una deuda, ni que la firmante que ha reconocido como propia la firma —la libradora de las letras de cambio—, sea deudora de cantidad alguna.

**CONSIDERANDO:** Que al apreciarse por todo lo expuesto que los títulos en cuya virtud se despachó la ejecución carecen de fuerza ejecutiva, es por lo que procede, a tenor de lo preceptuado en el n° 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declarar la nulidad del presente juicio ejecutivo.

**CONSIDERANDO:** Que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo último del artículo 1474 de la citada Ley Procesal, cada parte pagará las propias costas devengadas en primera instancia, e igual criterio se ha de aplicar para las costas de esta alzada, al haber lugar a la revocación de la sentencia de remate impugnada.

**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 W. G., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha cinco de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo, y en su lugar pronunciamos la siguiente: Que debemos declarar y declaramos la nulidad de todo el juicio, mandando que se alce el embargo hecho en los bienes de doña W. G. sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

## 43

**43. RECLAMACION DE CANTIDAD.** La referencia normativa de que las obligaciones nacen de la ley, los contratos,... etc. (art. 1089 Cc) tiene un valor meramente enunciativo, incluyéndose toda otra norma jurídica emanada del sistema de fuentes del Ordenamiento estructurado en el art. 1 del Cc.. En consecuencia, las obligaciones nacidas de las Ordenes dictadas por la Comandancia de Marina sobre la necesidad de utilizar remolcadores en las maniobras de atraque y desatraque de los barcos en el puerto de Ibiza entre la Naviera (propietaria de los barcos) y la empresa remolcadora deben tener plena validez. *Sentencia de 18 de febrero de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que en la presente litis la actora, Remolcadores N. T. S.A., ejerce acción en reclamación de la cantidad de 675.907 ptas. en concepto de precio debido por los servicios prestados con el remolcador de nombre "Remolcanosa-30" para la realización de las maniobras de atraque y desatraque en el puerto de I. de los buques "Cala Marsal", "Cala Portals", "Cala Galdana", "Cala Gració" y "Cala Llonga", de los que es armadora la entidad demandada, Naviera M. S.A., efectuadas en determinadas fechas comprendidas entre el 7 de Junio de 1982 y el 28 de abril de 1983, a cuya pretensión se opuso la Naviera demandada, —que no se ha personado en esta alzada—, alegando, en sustancia, que la utilización del referido remolcador deriva exclusivamente, puesto que sus naves están perfectamente dotadas para llevar a cabo por sí solas tales operaciones, de una orden dictada el 13 de Marzo de 1981 y reiterada el 14 de diciembre siguiente por el Comandante Militar de Marina de I. que prescribe el uso de remolcador para los atraques y desatraques de los buques de pasaje y carga, cuando en el puerto se encuentre algún bu-

que petrolero o butanero, por lo que, a su juicio, si en acatamiento de dicha orden tiene que "soportar la presencia del remolcador", en sus palabras textuales, carece de toda obligación de pagar el servicio, pues entre ella y la actora no media ningún contrato, dado que falta el esencial requisito del consentimiento, y porque la orden de la Autoridad Militar no es una ley ni una fuente de obligaciones pecuniarias civiles o mercantiles; argumentos que fueron recogidos por la sentencia recurrida, la que, además, apreciando temeridad y mala fé en la parte demandante, la condenó de manera expresa al pago de las costas procesales.

**CONSIDERANDO:** Que es unánime la doctrina moderna en entender que la descripción del origen de las obligaciones que contiene el artículo 1089 del Código Civil, al decir que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que interenga cualquier género de culpa o negligencia", aparte de que responde a criterios procedentes del Derecho Romano hoy superados científicamente, tiene un valor meramente enunciativo o clasificatorio, sin poseer eficacia normativa directa, y que, del mismo modo que la referencia a la ley, pese a lo que parece desprenderse en sentido contrario del artículo 1090, no se limita sólo a dicho tipo de norma en sentido formal, sino que comprende también toda otra norma jurídica emanada del sistema de fuentes del ordenamiento estructurado en el artículo 1º del Código, aquella enumeración no reviste carácter de "numerus clausus", ni es un corsé rígido e inmodificable, como estima la sentencia apelada, pues que su dicción literal no abarca la totalidad de las plurales causas a que el vigente ordenamiento jurídico reconoce o atribuye fuerza productora de vínculos obligatorios privados entre sujeto dederecho; así, al lado del negocio jurídico, máxima expresión de la autonomía de voluntad de las partes, y en contraposición a él, se incluyen hoy, por consecuencia de la expansiva intervención de los Poderes Públicos en el entramado social, los llamados actos de imposición jurídica o de constitución forzosa, que consisten en mandatos estatales, —que pueden ser legales, administrativos o judiciales—, heterónomos, en cuanto que provienen de una voluntad ajena, y superior, a la de los particulares implicados, que, en función de la necesidad o conveniencia de satisfacer determinado interés público en presencia, crea o impone entre dos sujetos privados una relación jurídica de este carácter, bien que idéntica en su esencia, aunque no en el origen, a la que pueda nacer de la concorde voluntad de ellos, fenómeno del que se han señalado antecedentes en el propio Código Civil, como es el caso del depósito necesario, y al que cierto sector doctrinal llama también contrato forzoso, impuesto, necesario o dictado para resaltar su característica diferencia respecto del verdadero y tradicional contrato.

**CONSIDERANDO:** Que a la luz de lo expuesto, la normativa fijada por las órdenes de 13 de marzo y 14 de diciembre de 1981 en cuanto al uso forzoso de remolcador para las operaciones de atraque y desatraque de los buques de pasaje y carga, cuando se hallen amarrados en el puerto de I. buques petroleros o butaneros, dictadas por el Sr. Comandante Militar de Marina con la manifiesta finalidad de evitar posibles situaciones peligrosas que puedan afectar a la seguridad del tráfico portuario y, por extensión, a la del núcleo urbano contiguo a las instalaciones del puerto ibicenco, en ejercicio de las competencias que el artículo 20 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 confiere a la autoridad de Marina en lo referente al movimiento general de embarcaciones, entradas, salidas, fondeo, amarraje, atraque y desatraque en los muelles, remolque y auxilio marítimos, y que no consta que hayan sido recurridas por ninguna de las partes a quienes atañe, constituye un acto de imposición jurídica que, cuando concurren los presupuestos de hecho contemplados en ella, hace nacer, entre quien presta el servicio de remolque y quien lo recibe, en su acatamiento, una relación de arrendamiento de servicios con su contenido típico de derechos y deberes, que, si ciertamente no puede ser calificada de contractual, puesto que surge al margen de la libre voluntad de, al menos, uno de su titulares y, en concreto, del arrendatario, no por ello deja de desplegar todos sus efectos obligacionales como si lo fuera y, entre los mismos, el de sujetar al uno a dar la prestación y al otro al deber jurídico de abonar en contrapartida el correspondiente precio (artículo 1544 del Código Civil), conclusión a la que cabe llegar, pues, sin necesidad de acudir a la teoría del enriquecimiento injusto, que tiene carácter subsidiario y sólo ha de ser aplicada cuando falta todo otro medio de reparar el desequilibrio patrimonial, invocada, además, en esta alzada y en apoyo de su pretensión impugnatoria por la entidad recurrente.

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia, acreditada la prestación de los servicios de remolque alegados en la demanda, por medio de los justificantes documentales que obran a los folios 5 a 144 de los autos, siendo de notar, por cierto, que dos de tales servicios, los efectuados los días 26 y 27 de julio de 1982 en beneficio de los buques "Cala Galdana" y "Cala Marsal", respectivamente, fueron solicitados por sus propios capitanes, según se indica en los certificados firmados por éstos y que constan a los folios 18 y 84, se halla la entidad demandada en la obligación de satisfacer su precio, por lo que ha de ser condenada al pago de la cantidad íntegra reclamada por la actora con más sus intereses moratorios ordinarios desde la fecha de interpelación judicial, en virtud de lo que prescriben los artículos 1100, 1103 y 1108 del Código Civil, los cuales quedarán sustituidos a partir de esta sentencia y hasta el completo abono, por los que fija el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo sentido y previa estimación del recurso de apelación interpuesto, procede la revocación de los pronunciamientos que contiene la sentencia impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para imponer a ninguno de los litigantes el pago de las costas producidas en las dos instancias de este juicio.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que dando lugar al recurso de apelación interpuesto por REMOLCADORES N. T. S.A. contra la sentencia dictada el veintiseis de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos íntegramente dicha sentencia; y estimando la demanda formulada por la parte recurrente, debemos condenar y condenamos a la demandada Naviera M. S.A. a que satisfaga a la actora la catidad de SEISCIENTAS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTAS SIETE PESETAS con más sus intereses moratorios ordinarios desde la interpelación judicial hasta la fecha de esta segunda sentencia, a partir de la cual y hasta el completo pago serán sustituidos por los que establece el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; todo ello sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia a Naviera M. S.A. en la forma que determinan los artículos 282 y 283 de la Ley Procesal, si en término de tres días no se insta la notificación personal. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 51

**51. JUICIO EJECUTIVO.** Principio de preclusión. Alegación de excepciones en la segunda instancia: su improcedencia por no haber sido oportunamente planteadas en la primera. Defecto en la citación de remate, al no mencionarse en la correspondiente diligencia el nombre de los testigos que en ella tomaron parte: tal defecto no produce nulidad, sino la irregularidad del acto (SS. de 10 Julio de 1888; 27 Febrero de 1933 y 8 Mayo de 1952), ya que la intervención de los testigos en el acto de

citación de remate es acreditada por el secretario y consta en autos que tuvo lugar tal acto de comunicación. *Sentencia de 22 de febrero de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que impugna el ejecutado la sentencia de remate que ordenó seguir adelante la ejecución despachada a demanda de la entidad actora sobre la base de una póliza de préstamo mercantil intervenida por Corredor de Comercio, alegando "in voce" en el acto de la vista, dado que ante el Juzgado no llegó a presentar escrito formalizando oposición, las razones siguientes para solicitar la nulidad del juicio: A) defecto en la citación de remate, al no mencionarse en la correspondiente diligencia el nombre de los testigos que en ella tomaron parte; B) infracción del artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haberse trabado embargo sobre crédito no realizable en el acto, en lugar de sobre otros bienes preferentes, según el orden prefijado en dicho precepto; C) pérdida de eficacia del aval prestado en la póliza, a causa de haber transcurrido dos años desde el vencimiento del crédito sin que la prestamista ejercitara acción alguna para su cobro con sobrevenida insolvencia del deudor principal, que se encuentra en estado de concurso general de acreedores; D) falta de previo requerimiento de pago al deudor y de notificación del saldo debido al avalista; y E) plus petición.

**CONSIDERANDO:** Que el proceso constituye una secuencia de trámites preordenada con arreglos a criterios de racionalidad y de igualdad de las partes, que se rige por, entre otros, el principio de preclusión, en cuya virtud cada acto o actividad procesal debe realizarse dentro de la fase o período que tiene previamente asignado, con la consecuencia, en otro caso, de que, vencida esa fase o etapa sin utilizarla, se pierde la oportunidad de llevarlo a cabo posteriormente con eficacia; por tanto, habida cuenta de que el recurrente no formalizó oposición en la primera instancia, "alegando las excepciones y proponiendo la prueba que estima conveniente" en el momento y trámite previsto en el artículo 1463 de la Ley de Enjuiciamiento, no le es lícito introducir ahora inéditos motivos de defensa frente a la pretensión de la demandante, ya que en la segunda instancia sólo cabe examinar las cuestiones que fueron oportunamente planteadas en la primera, sin alteraciones que no vengan permitidas por los artículos 862 y 863 de la citada Ley, ni adición de otras nuevas, lo que tampoco permite el principio de contradicción, por lo que, sin necesidad de más argumentos, procede rechazar las causas de oposición que, extemporaneamente, invoca, con la única salvedad del primero de los defectos denunciados, en cuanto que, al afectar a una de las diligencias esenciales del juicio, cual es el emplazamiento del demandado, la regularidad de las formas observadas en su práctica puede y debe ser controlada de oficio por el Tribunal; ello aparte de que el embargo, como medida cautelar de aprehensión de bienes del deudor, es acto procesal distinto y perfectamente diferenciable de la citación de remate (artículos 1444, 1459 y 1460), de suerte que la eventual infracción del artículo 1447 derivada de no haberse respetado en la traba el orden determinado en dicho precepto, no conlleva la nulidad de ésta, ni la del juicio en sí, ni, en general, integra excepción o motivo de nulidad de los recogidos en los artículos 1464, 1466 y 1467, sin perjuicio de que pueda procurarse se corrija, independientemente del debate acerca de la procedencia de la demanda, por vías como a las que acudió el recurrente por medio del escrito de 18 de abril de 1984, al que dieron respuesta las providencias, consentidas ambas, de fecha 11 de Mayo y 11 de Junio siguientes.

**CONSIDERANDO:** Que, ciertamente, en la diligencia de citación de remate que aparece al folio 17 de los autos, el Secretario actuante, tras consignar que el deudor-demandado "no firma por manifestar no desear hacerlo", se limita a expresar que "lo hacen a mi ruego dos testigos", pero sin mencionar los datos identificativos de los mismos, con cuya omisión es claro que no dió cumplimiento a lo que preceptúa el párrafo 3º del artículo 263 de la Ley Procesal en su vigente redacción, introducida por la Ley de 20 de Diciembre de 1952, al tenor literal de la que "firmarán dos testigos requeridos al efecto por el actuario, quien hará constar sus circunstancias personales"; sin embargo, y pese a que el artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento en su párrafo 1º prescribe que "serán nulas todas las notificacio-

nes, citaciones y emplazamientos que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en esta sección", a cuyos preceptos expresamente se remite el párrafo 1º del artículo 1459, no todos los requisitos establecidos en ella tienen idéntico valor e importancia, ni es posible equiparar las consecuencias de su desconocimiento, pues, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1966, "si bien los de mayor trascendencia pueden originar, incluso, la inexistencia del acto o su nulidad, otros, en cambio, sólo podrán producir la anulabilidad o, simplemente, la irregularidad de él", sosteniendo dicha resolución, que sigue otras del propio Alto Tribunal de fecha 10 de Julio de 1888, 27 de febrero de 1933 y 8 de Mayo de 1952, que, aunque el emplazamiento contenga algunas irregularidades formales, no por ello tiene que ser estimado nulo y que no cabe confundir la falta de emplazamiento con un emplazamiento existente, que produjo su natural efecto al comparecer el demandado; y así es de ver que en esta litis, el Secretario afirma, bajo su fé, que en la práctica de la citación de remate intervinieron dos testigos y, de hecho, la diligencia aparece suscrita con cinco firmas, de las que tres corresponden al fedatario, Agente judicial y Procurador de la parte actora, por lo que parece obvio que el vicio denunciado, aunque cierto, carece de mayor relevancia y no priva de eficacia alguna a un acto de comunicación que, en efecto, tuvo lugar, como evidencia el dato de que, habiéndose realizado el mismo el último día hábil antes del mes de Agosto, en que, a partir del Decreto-Ley 5/1973, de 17 de Julio, vacan los Tribunales, de modo que hasta el 3 de Septiembre no finalizaba el plazo de comparecencia, el 11 de Agosto el recurrente dirigió requerimiento notarial, a la entidad actora, en cuyo apartado tercero aludía a la interposición de la demanda de juicio ejecutivo, y a su contenido, precisando, inclusive, la fecha de ella, extemo éste de que sólo podía tener noticia disponiendo de una copia del escrito, por lo que nada obstaba, en definitiva, a que el demandado se hubiera personado en forma dentro del plazo para oponerse a la ejecución y articular cuantas defensas entendiera conducentes a su derecho y fueran admisibles, en lugar de presentar el 3 de Septiembre demanda incidental de nulidad de actuaciones, que acertadamente no fué admitida a trámite por el Juzgado en correcta aplicación del artículo 1480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como declaró esta Sala en su auto de 14 de Marzo de 1984 al conocer de la apelación interpuesta por el ahora de nuevo recurrente.

**CONSIDERANDO:** Que procede, en consecuencia, la confirmación de la sentencia apelada, sin que, habida cuenta de que la parte contraria no ha comparecido en esta alzada, sea menester hacer especial imposición de las costas producidas en ella.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que rechazando el recurso de apelación que interpone D. B. P. E. contra la sentencia de remate dictada por el Sr. Juez de Primera instancia número Dos de Ibiza el veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de juicio ejecutivo, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos, sin necesidad de hacer especial imposición de las costas causadas en esta alzada. Notifíquese esta resolución a la parte no comparecida en la forma determinada en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en término de tres días no se insta la notificación personal.

Se impone al Sr. Secretario del Juzgado de Primera instancia número dos de Ibiza por vía de corrección disciplinaria una multa de 200 pesetas y dígamele que cuide en lo sucesivo de observar con rigor las formalidades prescritas por la Ley. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).



## 57

**57. INCONGRUENCIA.** Alteración de la causa de pedir: no la supone la mera cita de una determinada acción, si el conjunto de hechos encaja en la norma que el juzgador estime correcta. Doctrina jurisprudencial según la cual individualizándose la acción por el hecho, la incongruencia sólo es posible por alteración de la causa de pedir, y no por el cambio de punto de vista jurídico. Confirmación de la sentencia apelada, con imposición de costas al apelante. *Sentencia de 27 de febrero de 1985.*

CONSIDERANDO: Que por un doble motivo apela la entidad mercantil demandada la sentencia recaída en primera instancia, que le condenó al íntegro pago de la cantidad solicitada por el actor: a) porque, ejercitándose en la demanda, a su entender, acción de enriquecimiento injusto, incurre dicha sentencia en vicio de incongruencia por alteración ilícita de la causa de pedir al fundar el fallo en la normativa propia del contrato de ejecución de obras; y b) porque no se ha demostrado el origen de la carcoma que destruyó el parquet instalado en el chalet propiedad del demandante, ya que bien pudo provenir del contagio con otras maderas de las que, en la época de su montaje, había en el edificio.

CONSIDERANDO: Que la primera de tales alegaciones impugnativas decae por ausencia del presupuesto mismo en que se apoya, cual es que el actor ejercita acción de enriquecimiento indebido, toda vez que, si ciertamente en el apartado III de los fundamentos jurídicos del escrito de demanda se invoca de manera textual el "artículo 10,9 del Código Civil, sobre enriquecimiento sin causa", —cita, por demás, inoperante, pues ese precepto se limita a fijar una norma de conflicto para determinar qué derecho debe regular la materia en el ámbito privado interracional—, no lo es menos que, previamente, se alude a los artículos 1088 y siguientes del Código Civil sobre obligaciones, y luego al Capítulo III (se entiende que del título VI) del Libro IV del referido Código, sobre arrendamiento de obras y servicios, para terminar remitiéndose literalmente a "cuantos otros preceptos sean de aplicación", por lo que no cabe, sobre la base única y exclusiva de aquella solitaria referencia, sustentar la conclusión que, interesada y parcialmente, propugna la apelante con olvido de que, —abundando en las atinadas razones expuestas por el Juez "a quo" en el segundo de los Considerandos de sus sentencia—, la acción se identifica por el "petitum" y por la causa de pedir esto es, por el acaecimiento histórico, por la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa (sentencias de 28 de Junio de 1978, 27 de Mayo de 1983, etc.), siendo así que, según se desprende de la lectura de la demanda, persigue en este litigio el actor la devolución de la cantidad que satisfizo a la demandada, P. B. S. A. en concepto de precio por la instalación en un chalet de su dominio, sito en Andratx, y conforme a las estipulaciones del contrato suscrito el 9 de Marzo de 1981, de un entarimado de madera, que en el mes de Noviembre hubo de ser retirado al observarse que se encontraba totalmente afectado de carcoma, el cual más tarde no ha sido repuesto, de donde con patente claridad se deduce que se trata de acción nacida de presunto incumplimiento contractual, dirigida a recuperar el precio abonado en contrapartida de la prestación correspondiente no realizada por el otro contratante; ello aparte de que así como el Juez se halla vinculado obligatoriamente a los hechos alegados por los litigantes, no ocurre lo propio con las normas aducidas por éstos, pues ello hay que combinarlo con los deberes y poderes del Juez para aplicar la norma adecuada, de acuerdo con el principio "da mihi factum, dabo tibi ius", con lo que la no

designación de norma por la parte o su alegación errónea no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa, si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta, según declaración jurisprudencial contenida, entre otras muchas, en las sentencias de 26 de marzo y 3 de julio de 1979, las que, también, afirman que, individualizándose la acción por el hecho, la incongruencia sólo es posible por alteración de la "causa petendi", y no por el cambio de punto de vista jurídico, en nada de lo que, no obstante, ha incidido la resolución impugnada, ya que, ni ha introducido novedad alguna en el relato fáctico de la demanda, ni, en puridad, se ha apartado de los fundamentos de derecho invocados, bien que de manera genérica, en ella.

**CONSIDERANDO:** Que idéntico destino debe seguir el segundo y último de los argumentos impugnativos empleados por la recurrente, pues, así como no es hecho controvertido que el entarimado se hallaba tan afectado de carcoma, que fué retirado de su emplazamiento por la misma empresa que lo instaló, y no habiendo constancia alguna en autos, a tenor de la resultancia probatoria, de que los restantes muebles y carpintería del chalet padecieran, antes o después, dicho mal, sino que, por el contrario, los testigos Sres. G. y D. manifiestan sin contradicción que se encontraban completamente sanos y en perfectas condiciones (folios 58 y 59), hay que concluir por fuerza en que su origen está en las maderas aportadas por la recurrente en virtud de sus obligaciones contractuales, para la realización del parquet, de cuya calidad y aptitud para producir como resultado útil la obra concertada responde frente al comitente, por lo que, en definitiva, procede, previo rechazo del recurso de apelación interpuesto, confirmar íntegramente la sentencia apelada, con imposición de las costas de esta alzada a la apelante en aplicación de lo que dispone el artículo 710 de la Ley Procesal.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación que interpone P. B. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca el dos de julio de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de menor cuantía, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 64

**64. CONTRATO DE SEGURO.** Póliza contra riesgo de incendios. Art. 18 de la Ley de Contrato de Seguro; normas imperativas que garantizan al asegurado una adecuada protección frente al asegurador, como parte más débil e ignorante en la compleja relación jurídica asegurativa. El pago de una deuda sólo se entiende realizado cuando completamente se haya entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, sin que el simple ofrecimiento libere al deudor si no va seguido de consignación de la cosa debida. Confirmación de la sentencia apelada con expresa imposición de costas. *Sentencia de 4 de Marzo de 1985*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia recaída en primera instancia que, acogiendo en su integridad la pretensión de los actores, condenó a la demandada, Cia. de seguros C. S.A., a satisfacer en concepto de indemnización mínima por los daños experimentados en la Discoteca I. a consecuencia del incendio acaecido el 13 de diciembre de 1982 la suma de 13.711.375 ptas. con más los intereses devengados al tipo del 20% desde el 13 de marzo de 1983, así como al pago de las costas procesales, es recurrida por dicha aseguradora, la cual, argumentando en síntesis que esa suma representa la valoración de los desperfectos efectuada por el perito tasador Sr. M., que había sido nombrado de común acuerdo con los asegurados, pero que éstos rehusan aceptar, pese a que les fué ofrecida en pago por medio de talón bancario fechado a 6 de julio de 1983, en concepto de indemnización total y definitiva, termina por solicitar se revoque la sentencia de primer grado y se le absuelva de la demanda.

**CONSIDERANDO:** Que para la adecuada resolución del recurso conviene dejar constancia de que son hechos fijados, bien por las propias alegaciones de las partes, bien por el resultado de las pruebas practicadas, los siguientes: 1º) los actores tenían concertadas con la Cia. C.S.A. póliza de seguro contra el riesgo de incendio en la Sala de baile denominada I., sita en el n.º 21 de la Avda. Nacional de El Arenal, en Palma de Mallorca; 2º) en la madrugada del 13 de diciembre de 1982 se desencadenó un violento incendio, por causas no esclarecidas, que provocó considerables destrozos en el local asegurado y en otros adyacentes; 3º) ese mismo día y tras haber los actores dado cuenta del siniestro a la aseguradora y proceder ésta a designar como perito para la evaluación de los daños a D. F. M. L.L., suscribieron aquéllos un documento por el que manifestaban su deseo de no ejercitar la facultad de designar, a su vez, otro perito por su parte, que concede el párrafo 4º del artículo 38 de la vigente Ley de Contrato de Seguro (folio 126); 4º) el Sr. M., una vez realizadas las indagaciones y comprobaciones que juzgó oportunas, y para las que contó con la plena ayuda y colaboración de los asegurados, emitió informe pericial, tasando la pérdida causada por el siniestro en 13.711.315 ptas., informe que entregó a la Cia., C. S.A. exclusivamente, en el mes de Febrero de 1983 (folio 904, repreguntas 3ª A y D), pero no a los demandantes, a quienes ni se facilitó copia del dictamen, ni tampoco se participó su resultado y ni tan siquiera la terminación del encargo; 5º) en vista de ello y de que el resarcimiento se demoraba, los actores, después de varias gestiones verbales infructuosas, dirigieron requerimiento notarial a la entidad recurrente el día 14 de abril de 1983, a fin de que procediera a dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 18 de la Ley de 8 de Octubre de 1980, en orden a pagar el importe mínimo de lo que al asegurador pueda deber, dentro de los 40 días siguientes a la recepción de la declaración de siniestro, según las circunstancias por él conocidas, recondándole, al tiempo, el incremento en la indemnización previsto en el artículo 20 de la disposición mencionada (folios 833 y 834); 6º) por idéntica vía notarial, el 6 de junio siguiente requirieron los asegurados a la Compañía para que, habiendo tenido noticia de la conclusión de las peritaciones, pero desconociendo su resultado, les hiciera saber en el plazo máximo de ocho días la cantidad en que habían sido valorados los daños, al efecto de mostrar conformidad con ella o nombrar, si no, segundo perito conminándole, asimismo, a la satisfacción de esa suma, teniendo en cuenta los citados artículos 18 y 20 de la Ley (folios 836 y 838); 7º) de nuevo el día 30 de junio, y puesto que, ninguno de los anteriores requerimientos había sido atendido y ni tampoco contestado, volvieron los actores a dirigir un tercero a C. S.A., participándole que, en vista de su actitud, habían nombrado perito por su parte, advirtiendo además, que procedían a reclamar de manera inmediata el importe mínimo a que alude el artículo 18 de la repetida Ley de Seguro (folios 840 a 842); 8º) por fin a comienzos del mes de julio la Cia. de Seguros ofreció pagar a los actores, mediante talón librado con fecha de día 6 (folio 125), la escueta cantidad señalada en el informe del Sr. M., la que fué rechazada por aquéllos en razón de exigir a cambio la aseguradora la firma del recibo finiquito con renuncia a reclamar cualquier mayor cifra; y 9º) dado que el perito designado unilateralmente por los demandantes evaluó los desperfectos en la cantidad de 24.035.152 ptas., instaron éstos con la oposición de la compañía el nombramiento judicial de tercer perito, para la emisión de nuevo dictamen, el cual, emitido el día 2 de noviembre de 1983, con la sola intervención de estos dos últimos, pero no del Sr. M., fijó la discutida tasación en 21.485.000 pts. (folio 844 a 852); a lo que cabe añadir, por último, que la demanda instauradora de esta litis fué presentada el día 13 de septiembre de 1983 al objeto de que la Cia. C. S.A. fuera con-

denada, como se ha dicho, al pago de los repetidos 13.711.035 ptas. en concepto del importe mínimo a que alude el artículo 18 de la Ley 50/1080, de 8 de octubre, con más los intereses señalados en el artículo 20.

**CONSIDERANDO:** Que la citada vigente Ley de Contrato de Seguro, que deroga los artículos 1791 a 1797 del Código Civil y los artículos 380 a 438 del de Comercio, responde a un principio fundamental, ya recogido plenamente en el Derecho comparado, y que debe presidir la interpretación y aplicación de sus preceptos, cual es el de garantizar al asegurado una adecuada protección frente al asegurador, como parte más débil e ignorante en la compleja relación jurídica aseguraticia, a cuyo fin establece un conjunto mínimo de normas imperativas, salvo que ellas mismas dispongan otra cosa, que sólo pueden ser sustituidas por cláusulas de origen contractual en la medida en que éstas resulten ser más beneficiosas para el asegurado (artículo 2); así, en orden al cumplimiento por el asegurador de su obligación de indemnizar el daño producido, una vez acaecido el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, dicho principio capital se refleja en dos artículos, que tratan de estimular la rápida liquidación de las consecuencias del siniestro, evitando al asegurado los perjuicios inherentes a la demora en que se repare el daño o perciba la prestación pecuniaria debida, y que son el artículo 18, que, tras disponer que el asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo, prescribe su continuación que "en cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber según las circunstancias por él conocidas", y el artículo 20, que sanciona la falta de diligencia del asegurador en cumplir su prestación para dos para ésta en el artículo 20, los que empezarán a correr de manera automática llegado el fin del plazo y sin necesidad de interposición al deudor, de conformidad al n.º 1 del artículo 63 del Código de Comercio y 1100 n.º 1 del Código Civil.

**CONSIDERANDO:** Que, en consecuencia y por las razones aquí expuestas, procede la plena confirmación de los pronunciamientos que contiene la sentencia apelada, toda vez que la demandada, que nunca se había negado extraprocesalmente a hacerse cargo de las consecuencias económicas del siniestro dentro de los límites pactados en la póliza, pese a lo cual acusó a los actores en la primera instancia, —lo que no ha reiterado en esta segunda—, de haber incumplido el deber que impone el párrafo 1º del artículo 38 en el sentido de comunicar por escrito la relación de los objetos existentes al tiempo del siniestro, la de los salvados y la estimación de los daños, no les ha satisfecho hoy en día cantidad ninguna, no obstante saber, al menos desde el mes de febrero de 1983, a cuánto ascendía la evaluación efectuada por el Sr. M., la que, caso de no ser aceptada como indemnización definitiva por los actores, a quienes, por cierto, fué oculta durante varios meses, contrariando lo que dispone el artículo 38 de la Ley de Seguro y las exigencias de lealtad y buena fé que han de presidir toda relación contractual (artículos 57 del Código Mercantil y 1258 del Civil), reflejada siquiera el importe mínimo de que trata el repetido artículo 18 y que debió ser pagado en tal concepto de inmediato, como se postula en la demanda, sin que, dadas las pretensiones que en ésta se formulan y el hecho de que C. S.A. se limita a solicitar su absolución, pero no reconviene, puedan constituir, por imperativo de congruencia, materia hábil del presente litigio las cuestiones relativas a la validez del nombramiento de los diversos peritos, ni a los efectos que deriven de su conducta, ni, en fin, a la entidad del completo resarcimiento adeudado, que, por ello, en nada quedan mediatizadas o afectadas por el fallo que se confirma, y habrán de ser objeto de discusión y decisión, en su caso, en pleito diferente.

**CONSIDERANDO:** Que no desvirtúa estas conclusiones la circunstancia de que los demandantes rechazaran el talón bancario que la Cia. C. S.A. les ofreció en el mes de julio de 1983 por valor de 13.711.315 ptas., pues, siendo así que sólo se entiende pagada una deuda cuando completamente se haya entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista (artículo 1157 del Código Civil), no era lícito subordinar la entrega a que admitieran dicha suma en concepto de liquidación final, mediante la suscripción de recibo finiquito, cuando, por de pronto, no se incluían en ella los intereses devengados de conformidad al artículo 20 de la Ley de Seguro, ni, ante la controversia suscitada, po-

día revestir otro carácter que el de anticipo a cuenta, además de que, en último extremo, el simple ofrecimiento no libera al deudor, si no va seguido de consignación de la cosa debida que se ajuste estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (artículo 1176 y 1177 del Código Civil).

**CONSIDERANDO:** Que el planteamiento y sostén del presente recurso de apelación por la Cia. aseguradora no revela otro propósito ni finalidad, que el de continuar demandando el cumplimiento de una obligación frente a su asegurado de carácter indiscutible, por lo que debe ser sancionada con la justa imposición de las costas producidas en esta segunda instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación que interpone C. S.A., Cia. Española de Seguros, debemos confirmar y confirmamos íntegramente los pronunciamientos de la sentencia dictada con fecha de cuatro de junio de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, de que este rollo dimana, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 67

**67. QUIEBRA.** Graduación de créditos. Impugnación de acuerdos tomados en la correspondiente junta y pretensión de que se reconozca preferencia al crédito del impugnante: inexistencia de la misma al haber optado por la solicitud de inclusión del constante en documento privado por el que se transigió un pleito anterior en el que se había obtenido anotación preventiva de embargo. *Sentencia de 6 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia de instancia ha sido objeto de los recursos siguientes: Primero.- Los dos que interpuestos adhesivamente por la Sindicatura de la quiebra y por la entidad acreedora D., S.A., demandados incidentales, se han sustentado sobre: a) Falta de legitimación activa y b) Defectuosa constitución de la relación juridico-procesal, y Segundo.- El deducido directamente por la entidad acreedora G. S.A., actora incidental, al objeto de lograr la nulidad del acuerdo sobre graduación de créditos pagaderos con el producto de determinados bienes inmuebles del quebrado, pues entiende que su crédito tiene, por razón de haber obtenido a su favor anotación preventiva de embargo, la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil, y es, por razón de antigüedad registral, prioritario al crédito hipotecario de la mencionada entidad D. S.A.

**CONSIDERANDO:** Que las impugnaciones enunciadas en primer lugar no pueden ser acogidas por cuanto: A) Si bien es cierto que la entidad acreedora apelante no sólo dejó de hacer la preceptiva reserva de su derecho a impugnar el grupo de crédito cuya nuli-

dad ahora postula —créditos a satisfacer con el producto de los bienes inmuebles—, sino que, evidenciando con ello una postura claramente contradictoria, votó favorablemente el subgrupo de acreedores comunes, no lo es menos que la exigencia que se denuncia como omitida aparece cumplimentada en el grupo primero, y precisamente en el subgrupo de los acreedores hipotecarios en que está colocado el crédito de D. S. A. específicamente impugnado, de donde debe seguirse la legitimación de la entidad G. S. A. para accionar como lo ha hecho, pues lo contrario, denegar la legitimación a quien hizo expreso mantenimiento de su posibilidad impugnativa sería obstaculizar gratuitamente el ejercicio de una efectiva tutela jurídica, y B) En acciones impugnativas como la ejercitada, la normativa legal (artículo 1276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no impone más demandado que la Sindicatura de la Quiebra, lo cual es acorde con la función representativa que a ésta incumbe y que encuentra en los incidentes sobre reconocimiento y graduación de créditos (artículo 1381 y 1264 del texto legal citado) una de sus más genuinas manifestaciones, y deja a los acreedores con créditos susceptibles de quedar afectados por la resolución pertinente la posibilidad de intervenir voluntariamente como parte en la litis, pues tal es el sentido que corresponde a la expresión “también serán admitidos como parte legítima los acreedores cuyos créditos sean objeto de impugnación...” obrante en el tercer párrafo del citado artículo 1276, por lo que concluye que no cabe estimar defectuosamente constituida la relación jurídica procesal por ausencia de quienes como acreedores, afectados o no por la resolución que se dicte, no son demandados necesarios y tienen respetado su derecho de defensa mediante la doble vía expuesta.

**CONSIDERANDO:** Que la resolución de la cuestión de fondo planteada por el recurso interpuesto por la entidad G. S. A. debe dictarse desde las premisas siguientes: Primera.- La solicitud de inclusión en la masa pasiva, con entrega de los documentos justificativos del crédito —mecanismo sustitutivo del ejercicio de la acción judicial perdida con la declaración de la quiebra—, constituye requisito necesario pero insuficiente para que un acreedor concursal sea tenido por concurrente, por cuanto después de tal indispensable acción de acudir a la quiebra, aquel crédito habrá de ser reconocido por la Junta de Acreedores reunida a tal efecto, de suerte que sólo el reconocimiento del crédito atribuye al acreedor la cualidad de acreedor concurrente y le dota de un título de ejecutivo a los efectos de la liquidación, quedando, caso contrario y en tanto no consiga su reconocimiento, “privado de voz activa en la quiebra” (artículo 1105 Código de Comercio); Segunda.- El acuerdo de la Junta de Acreedores sobre reconocimiento de créditos, no impugnado en tiempo y forma, tiene, en virtud de la autoridad de cosa juzgada (Sentencia Tribunal Supremo 4 de mayo de 1928), efectos preclusivos dentro de la quiebra, y es, por tal causa, de imposible revisión o enmienda dentro de la misma, y Tercera.- La graduación de créditos, operación impuesta por el principio de liquidación única, se realiza precisa y necesariamente sobre los créditos reconocidos a fin de que en su día sean pagados dentro de la clase y en el orden que a cada uno corresponda, sin que, consecuentemente, la Junta de Acreedores reunida a tal efecto pueda sustituir un crédito por otro, pues ello supondría operar sobre créditos distintos a los reconocidos.

**CONSIDERANDO:** Que previamente al examen del indicado tema de la prioridad registral, es necesario establecer cuál sea el crédito que la Junta de acreedores reconoció de modo inalterable como el que había de servir a la acreedora apelante para continuar ejercitando dentro de la quiebra sus preexistentes derechos, para lo que conviene exponer, a fin de su adecuada valoración posterior, los siguientes hechos acreditados: A) Con fecha 36 de julio de 1980 el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Jerez de la Frontera dictó sentencia de remate por la que, poniendo término a la primera instancia del juicio ejecutivo tramitado bajo el n.º 286/80, se condenó a D. F. S. G. ahora quebrado, a satisfacer a la entidad G. S. A., aquí apelante, la cantidad de 14.600.343 pesetas de principal, más 15.523 pesetas de gastos de protesto, intereses y costas; B) El 5 de diciembre de 1980 la entidad citada obtuvo anotación preventiva del embargo que en el procedimiento referido había trabado sobre la finca propiedad del quebrado sita en el término municipal de la Puebla; C) Mediante documento privado suscrito el 15 de enero de 1981, D. F. S. C. y su esposa D<sup>a</sup>. F. F. R., después de efectuar un ajuste de cuentas con la acreedora G. S. A., reconocieron adeudar a esta entidad solidariamente, con independencia de los gastos y costas correspondientes al precitado juicio ejecutivo, la suma de 15.496.097 pesetas, para cuyo pa-

go entregaron cuatro talones cuyos importes —1.650.000 pesetas— motivaron la correspondiente disminución del total adeudado, y veinte letras de cambio; D) En el último párrafo de la estipulación sexta se hizo constar: “Igualmente queda en suspenso el procedimiento ejecutivo 286/80 seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Jerez de la Frontera a instancias de G. S.A., contra D. F. S. C., a no ser que los señores S. C. y F. R. devuelvan una o más letras de las que aceptan en este documento, en cuyo caso, G. S.A., podría seguir el citado procedimiento, reclamar las letras anteriormente devueltas o las derivadas de este contrato, bien separada o conjuntamente, con la única limitación de que la cantidad G. S.A. obtenga en el ejercicio de sus acciones nunca podrá rebasar el importe total adeudado por los señores S. C. y F. R.”; E) Ante el impago de cuatro de las cambiales aceptadas para el cumplimiento de la deuda reconocida en el documento privado mencionado —cambiales no satisfechas cuyo importe ascendía a 5.428.331 pesetas—, la entidad acreedora apelante interpuso contra el quebrado y su esposa, el 7 de marzo de 1981, demanda ejecutiva que daría lugar en el Juzgado de Primera Instancia nº. Uno de Jerez de la Frontera, el procedimiento nº. 166/81, en el que se dictó sentencia de remate e inició la vía de apremio; F) El 26 de abril de 1983 la entidad G. S.A. solicitó su inclusión en la masa pasiva de la quiebra de D. F. S. c., mediante carta dirigida a la Sindicatura, en la que con referencia al juicio ejecutivo tramitado con el nº. 286/80 desglosaba su crédito en el principal allí reclamado (así consta en el Estado General de Acreedores), más 3.029.200 pesetas por intereses desde la sentencia hasta la declaración de quiebra y costas judiciales por 1.280.702 pesetas; G) en relación con tal solicitud la representación del quebrado comunicó a la Sindicatura, mediante entrega de la cédula de citación de remate y copia de la documentación presentada con la demanda correspondiente, la existencia del más arriba citado juicio ejecutivo nº. 166/81 y del documento privado suscrito el 15 de enero de 1981; H) En la Junta de acreedores sobre examen y reconocimiento de créditos celebrada el 24 de mayo de 1983 se aprobó por unanimidad, y haciendo especial referencia al consentimiento expreso de la acreedora G. S.A., como consta en el acta correspondiente, “reconocerle (a G. S.A.) un crédito ya líquido y determinado de 13.846.097 pesetas como saldo al que se refiere el documento de 15 de enero de 1981, aludido en el informe; reconocerle además los intereses de la expresa cantidad desde el 15 de enero de 1981 hasta el día anterior a la declaración de la quiebra. Los intereses se cifran previo su cálculo en 1.729.000 pesetas. Lo que hace un total crédito de 15.575.097 pesetas por todos los conceptos”.

**CONSIDERANDO:** Que la valoración del precitado relato fáctico permite obtener las puntualizaciones de decisiva significación resolutoria que siguen: Primera.- El convenio celebrado el 15 de enero de 1981 es modificativo de la relación obligatoria preexistente, pues mediante él se produce una nueva fijación de la deuda, con aumento de su quantum, y un reforzamiento por causa de la asunción cumulativa que de la nueva deuda efectúa la mujer del hoy quebrado; Segundo. Esta nueva relación obligatoria queda caracterizada por coexistir con la anterior y por ser independiente de la misma en su total desarrollo; Tercero.- Tal coexistencia permite a la entidad acreedora G. S.A., ante la declaración de quiebra del deudor, optar entre varias posibilidades liquidatorias de indiscutible e indiscutida validez; Cuarto.- La entidad acreedora apelante, mediante el expreso consentimiento que prestó a la proposición hecha por la Junta de acreedores reunida para el reconocimiento de los créditos, eligió, consumando así la opción ya iniciada mediante aquella pretensión ejecutiva que dió lugar a los autos nº 166/81, el convenio que el 15 de enero de 1981 se exteriorizó en documento privado, como el título que le había de posibilitar dentro de la quiebra la participación en el producto de la realización del activo.

**CONSIDERANDO:** Que con tal opción la acreedora apelante, a la vez que abandonaba el crédito a cuyo favor había obtenido la anotación preventiva de embargo, participaba decisivamente en la adopción del acuerdo de la Junta de acreedores que, no impugnado en tiempo y forma, fijaba como crédito de aquella entidad, definitivamente y sin posibilidad de ser alterado, el recogido en el documento privado suscrito el 15 de enero de 1981, lo cual, sin necesidad de más razonamiento puesto que la prioridad registral invocada se sustentaba en el carácter preferente del crédito, conduce a la desestimación de la pretensión impugnativa.

**CONSIDERANDO:** Que atendida la desestimación de los tres recursos planteados, no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que desestimando los recursos interpuestos por la Sindicatura de la Quiebra y las entidades acreedoras D. S.A., G. S.A., contra la sentencia dictada el veinticinco de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma, en el incidente de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada. Notifíquese esta resolución a la parte no comparecida en la forma determinada en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin en término de tres días no se insta la notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabe- llo).

## 68

**68. TERCERIA DE DOMINIO.** Contrato de compraventa simula- do. Adquisición por el tercerista de unas acciones trabadas, con el único fin de sustraer dichas acciones —de que era titular el ejecutado— a los fines de la ejecución. Expresa condena en costas al tercerista dada la mala fe y temeridad que supone ejercitar una acción reivindicatoria al ampa- ro de un título absolutamente simulado. *Sentencia de 7 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la dialéctica de los litigantes ha situado la cuestión litigiosa en sede probatoria y circunscrita la misma a la determinación de si, como la entidad ban- caria demandada-apelante pretende por medio de su demanda reconventional, el contrato de compraventa aportado por el tercerista como único título de su pretensión dominical es totalmente simulado, en cuyo caso procederá declararlo inexistente por falta de causa (artículo 1275 Código Civil), o si, por el contrario y como declara el Juez a quo, entre el actor y el demandado declarado en rebeldía se celebró el once de marzo de 1983 un con- trato de compraventa en cuya virtud y por precio de 250.000 pesetas aquél se hizo realmen- te propietario de las acciones números 501 a 750 de la entidad A. E. S.A. con anterioridad a que éstas fueran objeto del embargo cuyo alzamiento se postula en la demanda rectora de la litis.

**CONSIDERANDO:** Que examinado a los fines indicados el material litisdecisorio re- sulta que: Primero.- El tercerista, comprador de las acciones,: a) Es el padre de la mujer del vendedor; b) Es de profesión peón; c) Se hallaba en situación de desempleo en la fecha en que se celebró el contrato denunciado, y d) Desconoce todo lo relativo a la entidad A. E. S.S. —capital social, porcentaje que representan las acciones adquiridas, número e iden- tidad de los socios y número de empleados y de vehículos—, y Segundo.- El demandado, vendedor de la totalidad de sus acciones, continua siendo secretario del Consejo de Admi- nistración de la sociedad.

**CONSIDERANDO:** Que tales hechos, si bien considerados en su dimensión indivi-



dual, como datos inconexos, son insuficientes, pese a lo expresivo de su contenido, para verificar la simulación contractual en cuanto ninguna de ellos es firme apoyatura para establecer la inferencia necesariamente racional y lógica, sin embargo sopesados conjuntamente, valorados como conjunto de hechos emanados de un mismo sujeto o referidos a un mismo sujeto y concurrentes en una misma dirección, permiten establecer por la vía presuntiva del artículo 1249 del Código Civil —mecanismo probatorio adecuado para verificar imputaciones como la simulatoria— y sin duda excluyente alguna, que el negocio invocado por el tercerista como título de su pretensión dominical no fue serio y eficaz, como aparenta, sino mentiroso y ficticio, por cuanto se utilizó únicamente para sustraer las acciones de que era titular el demandado declarado en rebeldía a la ejecución instada por la entidad bancaria ahora apelante y que ya había producido el embargo cuyo alzamiento se pretende en la demanda rectora de la litis.

**CONSIDERANDO:** Que la conducta procesal del tercerista no sólo no desvirtúa la conclusión anterior, sino que, al contrario, la reafirma por causa de la incoherencia que supone acreditar, primero, ser titular de una libreta de ahorros con un saldo medio de 265.480 pesetas, bien para mostrar que era económicamente suficiente para comprar las acciones, bien para insinuar que con dicho dinero las adquirió, y afirmar, después, que “el dinero con el cual compró las acciones provenía de un dinero que tenía en casa y de unas liquidaciones que cobró”, “que las acciones fueron pagadas a D. Juan Estela en un bar” y que ello no es extraño pues”. . . cualquier persona lleva hoy en el bolsillo 200.000 ó 300.000 pesetas”.

**CONSIDERANDO:** Que todo lo anterior conduce a estimar la demanda reconvenicional interpuesta por la entidad bancaria apelante, a desestimar la demanda instauradora de la litis, y a condenar expresamente al tercerista al pago de las costas causadas en la primera instancia, dada la temeridad y mala fé que supone ejercitar una acción reivindicatoria al amparo de un título absolutamente simulado y oponerse a la justa pretensión anulatoria del mismo.

**CONSIDERANDO:** Que el contenido revocatorio de esta resolución dispensa a todo pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el B. M. S.A. contra la sentencia dictada el veinte de junio de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma en el juicio declarativo de menor cuantía de que trae este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando la demanda reconvenicional formulada por la entidad recurrente, debemos declarar y declaramos la inexistencia por falta de causa del contrato de compraventa de las acciones números 501 a 750 de la entidad “A. E. S.A.” celebrado el 11 de marzo de 1983 entre D. J. E. J. y D. M. C. P. y desestimando la demanda principal interpuesta por D. M. C. P. debemos absolver y absolvemos a los por ella demandados de los pedimentos formulados en su contra y con expresa condena del tercerista D. M. C. P. al pago de las costas causadas en la primera instancia. No se hace especial declaración sobre las costas de esta alzada. Notifíquese esta resolución a la parte no comparecida en la forma determinada en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en término de tres días no se insta la notificación personal. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

**72. CULPA EXTRA CONTRACTUAL.** Deber de diligencia o cuidado a desarrollar por quien se afirma ser responsable. Revocación de la sentencia apelada, al no poder imputar a la Comunidad de Propietarios demandada la producción de determinado resultado dimanante de la infracción de deberes que ni le afectan ni le atañen. *Sentencia de 11 de Marzo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que condenada por la sentencia de primera instancia la Comunidad de Propietarios del edificio n° X de la Avenida Jaime III de esta capital a satisfacer a la entidad actora, F. P. S.A. de Seguros, la cantidad de 152.000 ptas. que ésta había previamente abonado a la titular del negocio de confección instalado en los bajos del inmueble, en cumplimiento de las obligaciones asumidas frente a ella mediante suscripción de póliza de multirriesgo de comercio, como importe de los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de inundación padecida en los sótanos del local el día 27 de junio de 1983 a causa de haber quedado obstruidas las arquetas de registro en el punto de unión de la red general de alcantarillado y aguas residuales con la derivación proveniente de la finca, es apelada dicha sentencia por la demanda, la que alega al efecto de conseguir su revocación: a) no hallarse acreditada, ni la realidad de los daños que se dicen ocasionados, ni su valoración; b) imposibilidad de que la actora se subrogue en el lugar de la asegurada contra los presuntos causantes del daño, por haber renunciado ésta en el contrato de arrendamiento concertado con el dueño del local a pedir indemnización por humedades o inundaciones derivadas de las condiciones de agua que por él pasan; y c) falta de toda responsabilidad de la Comunidad en la producción del siniestro.

CONSIDERANDO: Que tal pretensión impugnativa debe prosperar, aunque no sea porque los desperfectos y su cuantía no estén acreditados, ya que las pruebas testifical, pericial y documental son suficientemente expresivas y convincentes al respecto, ni tampoco en atención a la renuncia de la arrendataria-asegurada a pedir indemnización por daños y perjuicios derivados de humedades o inundaciones, que contiene la cláusula 7ª del contrato de arrendamiento otorgado el 10 de mayo de 1972, de suerte que la facultad que reconoce el párrafo 1º del artículo 43 de la vigente Ley de Contrato de Seguro al asegurador para que, una vez pagada la indemnización, pueda ejercitar los derechos y acciones que, por razón del siniestro, correspondieran al asegurado, carezca en el presente caso de contenido material, por inexistencia de la acción, cuyo ejercicio, por vía subrogatoria, se pretende, pues que es, obvio que esa renuncia sólo despliega sus efectos dentro de la esfera de la relación arrendaticia y no va más allá del ámbito de responsabilidad particular del arrendador, pero sin mayor alcance, ni exoneración de terceros eventualmente responsables, que ni fueron parte en el contrato (artículo 1257 párrafo 1 del Código Civil), ni asientan derecho alguno en él, sino porque, según pone de relieve el conjunto de la prueba practicada radica el origen exclusivo de los daños en la obstrucción de las arquetas de acometida a la red general de alcantarillado y aguas residuales en el punto de empalme con la canalización procedente del edificio, como ya había señalado el Arquitecto técnico Sr. V. en el dictamen que emitió en su día a instancias de la Cia. aseguradora, y confirman los restantes peritos, arquetas que se hallan situadas fuera de los límites de la propiedad y en zona de dominio público (perito Sr. P., —folio 86—) y cuya conservación y mantenimiento no es de la incumbencia de la Comunidad de Propietarios, (informe de E. S.A. —folio 84—), a la que tampoco cabe reprochar la falta de estación de bombeo automática, pues

sólo se precisa la misma cuando la red de alcantarillado está a cota superior a las necesarias de desagüe, pero no cuando lo está a inferior, como en el caso presente (folio 86); en consecuencia, puesto que el concepto de culpa, que constituye el presupuesto básico de la responsabilidad extracontractual aquí exigida por la Compañía actora, implica, como primer elemento, apriorísticamente establecido por la norma, la previa existencia de un deber de diligencia o cuidado a desarrollar por quien se afirma es el agente en el área en que el evento dañoso se desencadena, precisamente por omisión de las medidas y caute-las impuestas por ese deber, y dado que no corresponde a la Comunidad de Propietarios demandada la limpieza y conservación de la arqueta de acometida, ni pesa, por tanto, sobre ella, obligación ninguna de vigilar que en dicho punto de la red se produzcan obstruc-ciones, no cabe llegar a otra conclusión jurídica ante la reclamación de cantidad formulada por la actora, que a la postulada en tercer lugar por la parte recurrente, esto es, a la ausencia de toda responsabilidad de la Comunidad demandada por razón de los desperfectos ocasionados por la inundación en los objetos asegurados y del subsiguiente deber de indemnizar su importe, a cuyo pago, por el contrario, la sentencia apelada le con-dena, toda vez que no se le puede imputar la producción de determinado resultado dima-nante de la infracción de deberes que ni le afectan, ni le atañen, por lo que procede con estimación del recurso, la revocación de dicha resolución y absolver a la repetida Comuni-dad de Propietarios de la pretensión deducida contra ella por la actora, F. P., S.A.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian especiales razones para imponer de manera especial a ninguna de las partes litigantes el pago de las costas producidas en ambas instan-cias.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Propietarios del edificio nº X de la c/. Jaime III de esta ciudad, debemos revocar y re-vocamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca el dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de juicio de menor cuantía, de que este rollo dimana a la que dejamos sin efecto; y, en su lugar, con rechazo de la demanda formulada por la actora, F. P. S.A. de Seguros contra dicha Comunidad, debemos absolver y absolvemos de ella a la demandada-recurrente, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes del pago de las costas cau-sadas en ambas instancias (Ponente: Fco. Javier Muñoz Gimenez).

## 81

**81. RECURSO DE APELACION.** Indebida admisión a trámite del recurso de apelación por carecer el escrito de interposición de la precep-tiva firma del Letrado: se entiende que quedó consentida la resolución admitiendo a trámite del recurso de apelación al no haber impugnado en su día la parte ejecutante dicha resolución. Doctrina del Tribunal Consti-tucional en torno al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Juicio ejecutivo. Nulidad del mismo por faltar la fecha de aceptación: inanidad de la falta a tenor del art. 477 del C. Co. Pacto de espera: no

resulta probado al no constar en documento alguno (como prescribe el art. 1.465 de la LEC). Pluspetición: desestimación. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que denunciada por la parte apelada como indebida la admisión a trámite del recurso de apelación interpuesto por el ejecutado contra la sentencia de remate recaída, con fecha de 14 de junio de 1984, en la primera instancia de los presentes autos de juicio ejecutivo, en razón de carecer el escrito de interposición de la preceptiva firma de Letrado, hallándose sólo suscrito por Procurador, por lo que, al amparo del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicita se declare la nulidad de la providencia dictada el 17 de Octubre siguiente, que lo admitió y dió curso, debe tal cuestión ser examinada con prioridad a las que plantea el apelante, dado que la ulterior viabilidad de éstas depende de la decisión que se adopte respecto de aquélla pues, si fuere estimatoria de esa pretensión, todo lo actuado con posterioridad será ineficaz procesalmente y la sentencia apelada habrá ganado "ope legis" firmeza (artículo 408); dicha cuestión ha de ser abordada a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que, con rango de derecho fundamental, proclama el artículo 24 de la Constitución, con arreglo a la que este derecho, que comprende también el de hacer uso del sistema de recursos establecido por el legislador (sentencias de 14 de marzo de 1983 y 9 de febrero de 1985), se satisface, no sólo mediante una resolución de fondo, sino también con una de inadmisión, pero "siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo responder el razonamiento a una interpretación de las normas de conformidad a la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental" (sentencias de 14 de marzo de 1983, 11 de junio, 16 de octubre y 26 de diciembre de 1984, 1 de febrero de 1985), y ello porque, según declara dicho Tribunal en sus sentencias de 8 de mayo y 11 de junio de 1984, "el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales no puede ser obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentidos que, aunque puedan parecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y finalidad de ésta y, desde luego, no ajustadas a una consideración de tales reglas reinterpretadas a la luz del artículo 24.1 de la Constitución", pues que "las normas que contienen los requisitos formales han de ser aplicadas teniendo siempre presente el fin pretendido al establecer dichos requisitos, evitando cualquier exceso formalista que les convertiría en obstáculos insalvables" (sentencia de 9 de febrero de 1985); en aplicación de tal doctrina no cabe, en este momento procesal, atribuir a la referida omisión de firma la trascendencia jurídica que la entidad apelada persigue, ya que, constituyendo ese signo gráfico el medio de acreditar que el acto de que se trate ha sido realizado bajo la preceptiva, — salvo las excepciones enumeradas en el artículo 10— asistencia técnico-jurídica prestada por abogado legalmente habilitado para el ejercicio de su profesión, es de observar que: a) manifestada, dentro del tiempo hábil a través de la presentación del pertinente escrito, la voluntad del ejecutado de ejercitar el derecho de impugnar la sentencia, que le concede el artículo 1476 de la Ley, en todas las actuaciones posteriores de la segunda instancia, que son su consecuencia, ha intervenido en su defensa el mismo Letrado que le dirigió en la primera, lo que pone de manifiesto el carácter de simple descuido de la falta denunciada; y b) en todo caso, la parte ejecutante consintió la infracción del párrafo 1º del artículo 10, pues no impugnó en su día, siendo de su primordial interés el hacerlo, la providencia del Juzgado que admitió a trámite el recurso en ambos efectos, pese a la deficiente formalización que ahora alega.

**CONSIDERANDO:** Que reproduce el recurrente en esta alzada todos los motivos de oposición que adujo frente a la demanda ejecutiva instada por la actora en su condición de libradora de una libra de cambio aceptada por él, y que fueron ya rechazados por la sentencia apelada, la que ordenó seguir adelante la ejecución, por la íntegra cantidad pedi-

da, esto es: 1º) nulidad del juicio por faltar la fecha de la aceptación; 2º) ausencia de ante-firma expresiva de la relación de representación que liga al firmante en el lugar reservado al librador con la entidad actora; 3º) pacto de espera; y 4º) plus-petición.

**CONSIDERANDO:** Que ninguno de tales motivos merece acogida, toda vez que: 1º) si ciertamente el primer párrafo del artículo 477 del Código de Comercio determina que el librado deberá aceptar la letra estampando la fecha, la falta de consignación de este dato resulta de todo punto intrascendente y en nada afecta a la validez y exigibilidad de la obligación de pago asumida en las cambiales giradas a un día fijo, como es la de autos, e, inclusive, tampoco priva de eficacia en juicio a las giradas a la vista o a un plazo contado desde ésta, en que cumple una función determinativa del momento en que deben ser satisfechas, pues, si en ellas dejare el librado de poner la fecha de la aceptación, dispone el párrafo 2º del mencionado precepto que correrá el plazo desde el día en que el tenedor pudo presentarla sin atraso de correo, y, si hecho el cómputo de este modo, resultare vencido el plazo, será cobrable la letra el día inmediato siguiente al de la presentación, lo que confirma la inanidad de la falta; 2º) con absoluta nitidez aparece junto a la firma del librador un sello en tinta azul con el nombre de la entidad actora, S. E. S. A., domicilio y teléfono, por lo que, siendo quien la suscribió administrador de ella, según consta acreditado, no se infringieron los requisitos prevenidos en los artículos 444 y 447 del Código Mercantil; 3º) ni se ha demostrado de algún modo la realidad del invocado pacto de espera, ni, en todos caso, se halla reflejado en escritura pública o en documento privado reconocido en juicio, que son los únicos medios probatorios admisibles para que resulte fijado y surta efecto en esta clase de procesos, a tenor de lo que prescribe el artículo 1465 de la Ley de Enjuiciamiento; y 4º) reconocido por el apelante en prueba de confesión (posiciones 1ª a 3ª, folio 37), que la letra que aquí se ejecuta, fué aceptada por él en renovación de otras anteriores que tienen su origen en deuda dimanante de las relaciones mantenidas entre las partes, no es posible sustentar la excepción de plus petición sobre la base de que se ignora a cuánto ascienden los gastos de negociación y retorno de las precedentes, cuando, de un lado, sostiene el otro litigante que aquél solo firmaba una vez calculado el incremento y así debe presumirse, mientras que, de otro, es el propio recurrente quien, al redactar la posición 7ª para la confesión de su contrario, afirma con todo el valor atribuible a un hecho admitido, que la cantidad que consta en la letra es poco más o menos la que adeuda a la actora (folio 64).

**CONSIDERANDO:** Que procede, en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación que se interpone contra la sentencia de primera instancia, apreciándose temeridad en la parte recurrente a los fines de condenarle al pago de las costas causadas en esta alzada, habida cuenta la escasa consistencia de los argumentos en que apoya su impugnación.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que rechazando el recurso de apelación que interpone Don R. P. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada el 14 de junio de 1984 por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia del Juzgado de Manacor en los autos de juicio ejecutivo, de que este rollo dimana, en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

**82. QUIEBRA.** Incidente de oposición al auto de declaración de quiebra. Posible inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa reguladora de la declaración de quiebra necesaria: la exigencia de contradicción provoca que se posponga la eficacia del auto declaratorio de quiebra hasta que el deudor haya tenido oportunidad efectiva de ser oído. Doctrina del Tribunal Constitucional (SS. de 31-3-1981 y 20-10-1982). Cómputo del plazo para impugnar la declaración de quiebra necesaria. Estado de quiebra: sobreseimiento del comerciante en el pago de sus obligaciones; no esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo. Destimación del recurso con expresa imposición de costas al apelante. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que atendido el contenido de los escritos de solicitud de quiebra y oposición a la misma, de la sentencia impugnada y de los alegatos vertidos in voce en la vista del recurso que ahora se resuelve, tres son las cuestiones que constituyen la tarea de esta alzada: Primera.- Examinar si la normativa reguladora de la declaración de quiebra necesaria está afectada de inconstitucionalidad sobrevenida; Segunda.- Determinar si la oposición del deudor a la declaración de quiebra se formuló en tiempo oportuno y Tercera.- Establecer si existe causa sustantiva para mantener tal declaración de quiebra.

**CONSIDERANDO:** Que en relación con la primera cuestión enunciada se han mantenido en este pleito las dos posturas que siguen: a) El acreedor apelante opina que la normativa reguladora de la declaración de quiebra necesaria no es contraria a la Constitución, pues no cabe hablar de indefensión cuando el deudor puede, en palabras de la Sentencia que cita, la del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1981, "hacer oposición al trámite de quiebra, dentro del plazo de ocho días siguientes a la publicación que previene el artículo 1028 del Código de Comercio, esto es a partir de que se publiquen los edictos que ya han sido acordados en el auto recurrido, que es precisamente el trámite adecuado para impugnar la declaración del estado de quiebra, y no el de quebrantamiento de forma que se ejerció, dado que la efectividad de la resolución que acordó tal estado, por la urgencia que supone y la tendencia que significa a bloquear el actuar del quebrado en su persona y bienes, es meramente provisional. . .", y b) El quebrado entiende que la normativa citada pugna con el Constitución, en cuanto conculca el principio de audiencia —tal declaración de quiebra necesaria se realiza inaudita parte debitoris—, lo cual da lugar, dado que la Constitución es una Ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal— a, de una parte, la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de tal normativa, y, de otra, a su pérdida de vigencia para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación (S.T.C. 2 de febrero de 1981).

**CONSIDERANDO:** Que ninguna de las dos soluciones apuntadas se estima adecuada para resolver la cuestión que ahora se analiza, por cuanto: Primero y en relación con la tesis de la constitucionalidad, si bien es cierta la provisionalidad del auto declaratorio de quiebra, no le es menos que esta resolución supone, de modo inmediato y sin que su posterior impugnación tenga eficacia suspensiva, una invasión coactiva en la esfera jurídica del deudor sin que éste haya tenido oportunidad de ser oído, lo cual se opone al artículo

24 de la Constitución, dado que el derecho de defensa es exigible no sólo en el conjunto del procedimiento sino en cada una de sus fases cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de una persona, y Segundo y en relación con la tesis de la indefensión, el principio de audiencia, incumplido en cuanto la declaración de quiebra se realiza inaudita parte, admite las limitaciones, siempre de implantación restrictiva, que tengan su razón justificativa en otro precepto constitucional.

**CONSIDERANDO:** Que lo expuesto ofrece como prevalente pauta resolutoria la necesidad de conciliar los derechos constitucionales de quienes son intervinientes en el proceso de quiebra, lo cual se traduce en el dictado de una resolución que, por una parte y en cumplimiento del mandato implícito que contiene el artículo 24.1 de la Constitución (mandato dirigido al legislador y al intérprete), consistente en promover la defensa mediante la correspondiente contradicción (S.S. T.C. de 31-3-81 y 20-10-82), posponga la eficacia del auto declaratorio de quiebra hasta que el deudor haya tenido la efectiva oportunidad de ser oído, pues sólo entonces tal resolución no habrá producido indefensión —ajustamiento constitucional que se estima como solución preferente a la inaplicación parcial de la norma, por causa de derogación, pues al tiempo que impide la situación perjudicial derivada de la indefensión, salva el vacío legal que se produciría y que exigiría, hasta la entrada en vigor de la nueva regulación, la articulación judicial ex novo, con los riesgos de desigualdad que ello comporta, de la audiencia abinitio del deudor—, y, por otra parte como limitación a lo dicho y al objeto de asegurar la futura ejecución colectiva y no hacer ilusoria la tutela del derecho de los acreedores —aspiración con fundamento igualmente constitucional (artículo 24)— permita el inmediato apoderamiento del patrimonio del deudor, es decir, la ocupación conservativa de lo que es única garantía con que los acreedores cuentan para la efectividad de sus créditos (artículo 1334 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 1046, 1047 y 1048 del Código de Comercio de 1829).

**CONSIDERANDO:** Que en relación con la cuestión enunciada en segundo lugar es obligado precesar: A) Que a esta Jurisdicción no le corresponde investigar si la fecha en que se notificó el quebrado la llegada de los autos al Juzgado de Primera Instancia de Mahón y la fecha del escrito de oposición fueron enmendadas, como afirma el acreedor apelante, —afirmación carente, por lo demás, de todo apoyo probatorio—, después de la presentación de tal remedio impugnatorio en la Secretaría del Juzgado a quo, y B) Que, por tanto, la cuestión debatida consiste en determinar, supuesto que no sean coincidentes las fechas de las dos actuaciones procesales a que inmediatamente se hace referencia, si el cómputo del plazo de ocho días concedido al quebrado por el artículo 1028 del viejo Código de Comercio para impugnar la declaración de quiebra necesaria debe iniciarse, como pretende el acreedor apelante, desde la publicación del edicto (artículo 1044, 5ª del citado Código de Comercio en relación en el artículo 1337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en cuyo caso se impondría el mantenimiento del auto declaratorio de la quiebra, pues la oposición habría sido extemporáneamente deducida, o desde la notificación al quebrado de dicho auto, como se razona en la resolución recurrida y mantiene en esta instancia el apelado, en cuyo caso procederá el análisis de la cuestión de fondo por cuanto la oposición a su inicial resolución habría sido oportunamente deducida.

**CONSIDERANDO:** Que en cumplimiento del mandato más arriba citado —mandato consistente en promover la defensa mediante la correspondiente contradicción— la cuestión que ahora nos ocupa debe resolverse acordemente con la resolución recurrida, pues el principio de audiencia, básico en todo proceso jurisdiccional —único proceso en un Estado de Derecho— exige, para que sea real y no aparente, para que no sea burlado, que al demandado se le dé la oportunidad efectiva de comparecer a fin de llevar a cabo la actividad alegatoria y probatoria sin la que el designio de la jurisdicción —decisión irrevocable del conflicto— no permite que nadie pueda ser condenado, lo cual conduce a desechar la ficción de que quien pueda verse afectado por la promoción de un proceso queda suficientemente instruido de su interposición por el mecanismo edictal, pues lo cierto es que normalmente es ajeno al mismo (o, como declaró al T.C. en Sentencia de 20-10-82, “la defensa no quedará condicionada al cumplimiento de la carga de leer a diario los Boletines Oficiales”), y, al mismo tiempo, a imponer el emplazamiento personal, siempre que ello resulte factible, como declaró la Sentencia del T.C. de 31 de Marzo de 1981, por lo que, como

al inicio de esta fundamentación se anticipó, la resolución debe inclinarse del lado de la notificación personal por ser el único medio que garantiza el logro de su objetivo, que es permitir al quebrado, dándole noticia suficiente de la declaración de quiebra, que disponga lo conveniente para defender sus derechos e intereses.

**CONSIDERANDO:** Que para decidir acerca de la cuestión de fondo —tercera de las enunciadas— es necesario precisar que, partiendo del concepto legal de quiebra contenido en el artículo 874 del Código de Comercio, a cuyo tenor “se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”, es indudable que para nuestro legislador mercantil la quiebra supone y exige, como declara la Sentencia de 27 de febrero de 1965, “un sobreseimiento en los pagos, según dice la letra de aquel precepto (artículo 874 del Código de Comercio) y se confirma en el artículo 876, siguiendo la idea de la Exposición de Motivos del Código en vigor, donde se dijo que “es el estado en que se encuentra comprendido el que sobresee en el pago de sus obligaciones”, que no habrá de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo, “impotente para satisfacer todas las deudas vencidas de su titular” (Sentencia 22-4-69), siendo cuestión distinta la incursión en mora reveladora de simples dificultades de momento (Sentencia 29-12-27), pues no es suficiente la cesación circunstancial en los pagos sino que se requiere exista la imposibilidad de efectuarlos (Sentencia 12-7-40), pues “si el desarreglo es transitorio, como el mismo sólo se refiere a la imposibilidad de satisfacer las deudas en las fechas de sus vencimientos, lo que implica la solvencia, no es causa suficiente para declarar la quiebra” (Sentencia 22-4-69).

**CONSIDERANDO:** Que a la luz de lo que se acaba de exponer, también debe rechazarse la impugnación deducida por el acreedor contra la resolución de la cuestión que ahora se analiza, pues acreditado que para hacer frente a un total adeudado y vencido no superior a dieciocho millones de pesetas, el quebrado es titular de bienes por un valor pericialmente fijado en 27.450.500 pesetas (edificio compuesto de planta baja —la fábrica— y tres plantas superiores valorado en 20.518.500 pesetas, y la maquinaria de trabajo valorada en 6.932.000 pesetas), y de una considerable cartera de pedidos que, en opinión del Comisario y del Depositario de la quiebra, le hubiere permitido hacer frente a todas las deudas en un plazo de tres o cuatro años, es claro que procede levantar la declaración formal de quiebra pues ha quedado sobradamente acreditado que a la misma no correspondía un estado objetivo de quiebra, siendo necesario destacar, a los efectos de dar cumplida respuesta al alegato impugnativo, que: 1º) El crédito del que, en su condición de tenedor de una letra de cambio, es titular el acreedor solicitante de la quiebra asciende a 47.350 pesetas; 2º) En la solicitud de quiebra necesaria se prescinde de la maquinaria de trabajo, cuya existencia necesariamente era presumible por el acreedor dado que el quebrado se dedicaba a la fabricación de muebles, y 3º) El valor de dicha maquinaria, pericialmente fijado en 6.932.000 pesetas, hubiere sido bastante para que, operando con los datos afirmados en la propia solicitud de quiebra —13.111.720 pesetas de pasivo y 11.000.000 pesetas de activo—, el patrimonio del quebrado fuera suficiente para atender al pago de las deudas vencidas.

**CONSIDERANDO:** Que persistiendo en esta alzada la misma mala fé en el acreedor solicitante de quiebra que motivó la imposición de las costas de primera instancia, procede condenar a dicho apelante al pago de las causadas en esta alzada.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. M. R., contra la sentencia dictada el treinta y uno de Octubre de mil novecientos ochenta y tres, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia de Mahón en el incidente de oposición a la declaración de quiebra necesaria, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, suprimiendo la referencia a la anticonstitucionalidad como causa desestimatoria, con expresa condena del acreedor apelante al pago de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).



## 84

**84. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO.** Seguro obligatorio de vehículos de motor. Culpa o negligencia exclusiva del perjudicado. Principio de seguridad o de "conducción defensiva". Doctrina de la Sala según la cual los motivos de oposición a la demanda ejecutiva ex art. 1º del D. de 21 de Marzo de 1986 de Uso y Circulación de Vehículos a Motor no constituyen excepciones, sino causas de nulidad del juicio ejecutivo, por lo que la imposición de costas de primera instancia debe ser revocada, aceptando el resto de la sentencia apelada. *Sentencia de 21 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la acción ejecutiva fundada en testimonio del auto dictado por el Juzgado de Distrito de Sa Pobra el 10 de junio de 1983 en cumplimiento de lo que preceptúa el artículo 10 del vigente Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, el cual fijó en 392.000 pesetas la cantidad máxima que la hoy actora podía reclamar por los conceptos cubiertos por el Seguro obligatorio de vehículos de motor a consecuencia del accidente de tráfico ocurrido el 19 de enero de 1980 a la altura del punto kilométrico 7.100 de la carretera PM-V-3431 (Muro-C'an Picafort) al colisionar frontalmente el turismo Morris PM-139.164, que conducía la demandante, y el auto-taxi matrícula PM-8997-J, que guiaba en dirección opuesta su propietario D. R. F., alegó la Compañía de Seguros demandada, M. N. S.A., como único motivo de oposición, la culpa o negligencia exclusiva del perjudicado, motivo que, asignándole tratamiento procesal de excepción, fué acogido en la sentencia de primera instancia, la cual es combatida en esta alzada por la parte ejecutante mediante la afirmación de que el Sr. F. no actuó con la diligencia requerida por las circunstancias para evitar el choque.

**CONSIDERANDO:** Que del conjunto normativo formulado por los artículos 1, 5 y 18 del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968, se desprende, según declaró la Sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1984, siguiendo a otras de 24 de noviembre de 1980, 6 de noviembre de 1981 y 8 de febrero de 1982, que el asegurador, para quedar exento de la obligación de satisfacer al perjudicado el importe de los daños y perjuicios sufridos por consecuencia de hecho acaecido con motivo de la circulación de vehículo de motor, dentro de los límites a que alcanza la cobertura del seguro obligatorio, precisa demostrar que el evento dañoso fué debido, únicamente, a culpa o negligencia del propio perjudicado o a fuerzas mayor extraña a la conducción o al funcionamiento de tal vehículo, carga probatoria que comprende, no tan solo que la conducta de la víctima, o la circunstancia de fuerza mayor, fue el aporte decisivo y jurídicamente relevante para la producción del suceso, sino que, además, el conductor del vehículo amparado por el certificado del seguro obró con toda la diligencia exigible para evitarlo según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (artículo 1104 del Código Civil), exigibilidad que no se detiene en la mera observancia de las prescripciones reglamentarias reguladoras del tráfico viario, (principio de confianza o de "expectativa de un comportamiento adverso por parte de los copartícipes"), sino que ha de elevarse, hasta su agotamiento, a cumplir las obligaciones derivadas del más riguroso principio de seguridad o de "conducción defensiva", que impone, en primer término, el deber de prevenir y anticipar el proceder antirreglamentario de los restantes usuarios de la vía, allí donde, como peligro abstracto, sea razonablemente previsible, y, en segundo

lugar, el de realizar con la máxima rapidez, ante una situación de peligro ya concreto, las maniobras de fortuna o emergencia que, conforme a la técnica o la experiencia, sean más eficaces y oportunas para impedir la transformación en daño del peligro inminente en la medida en que resulten factibles; sin embargo, una vez justificada la existencia de culpa en la víctima —o bien, en su caso la fuerza mayor aludida por el texto legal—, y la ausencia total de aquélla en el conductor del automóvil asegurado con arreglo a los cánones de comportamiento descritos, la pretensión encaminada a obtener, indemnización por los daños recibidos es improsperable, pues la obligación de reparar no se asienta en un puro sistema de responsabilidad objetiva o por causación, sino que “el seguro de responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación contribuye a reparar los efectos de una responsabilidad por riesgo en la que siempre hay un principio de actuación cúposa, pues, de otra forma, se caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sí sola servir de base en aquélla responsabilidad por creación de riesgos o peligros” (Sentencia Tribunal Supremo 27 Enero 1983).

**CONSIDERANDO:** Que a fines de resolver adecuadamente la cuestión suscitada por el recurso, son circunstancias fácticas no controvertidas por los litigantes a tener en cuenta, las que siguen: a) el accidente tuvo lugar a la salida de una curva a nivel, de sentido a la derecha para la dirección que la actora llevaba, en que la calzada, mojada por causa de lluvia caída con anterioridad, es de pavimento asfáltico en buenas condiciones de rodadura, tiene una anchura total de 6,60 metros y se halla flanqueada en su parte izquierda por una cuneta de 1 metro de ancho y 0'70 metros de profundidad y en la derecha por una pared de arista viva a nivel y talud de 40 centímetros; b) dicho tramo de carretera carece de toda clase de señalización viaria, vertical, como horizontal; c) el turismo Morris PM-139.614 invadió la banda izquierda de la calzada, por la que avanzaba en dirección contraria el otro coche, y tras colisionar con su vértice delantero derecho contra la parte frontal de él, quedó detenido en situación perpendicular al eje de la vía y con las ruedas delanteras sobre la cuneta izquierda; y d) el auto-taxi terminó en posición oblicua con la parte delantera derecha sobre el borde de la carretera y con el vértice trasero derecho a 1'35 metros distante del mismo.

**CONSIDERANDO:** Que dados los antedichos extremos y valorado el conjunto del material probatorio aportado a los autos, que se traduce al testimonio de determinados particulares del juicio de faltas n° 146/82 y a la confesión en juicio de la actora, nada se desprende de ellos que permita inferir que, tal como sostiene, el Sr. F. dejara de actuar al nivel de diligencia requerible para impedir el accidente, pues que: a) al aproximarse a la curva circulaba dejando libre la parte izquierda, según su mano, de la carretera, que es la precaución impuesta por el Código Viario en su artículo 21 a fin de evitar el eventual riesgo de colisión con los vehículos que marchen en sentido opuesto, y su velocidad, a la que se tacha de excesiva, —que el Sr. F. calcula entre los 60 y 70 km/h.—, no era, en cualquier caso, superior a la del otro turismo, habida cuenta la posición en que los dos coches quedaron a resultas del impacto y que aparece gráficamente reflejada en el croquis unido al folio 51; y b) una vez percatado de que el automóvil conducido por la Sra. B. iba a echársele encima, las posibilidades de una reacción eficaz, por parte del otro conductor eran más bien nulas, tanto por razón de falta de tiempo, como porque la anchura de la vía y la existencia de una cuneta al margen hacían ilusoria toda maniobra tendente a eludir el contacto con un coche que por completo descontrolado, se acercaba realizando movimientos de zig-zag, pese a lo cual el Sr. T. como indica en sus manifestaciones (folios 39, 48 y 57) y corrobora el precitado croquis, se retiró lo que pudo hacia su derecha; por tanto, ya tenga su origen la invasión de la parte izquierda de la calzada en exceso de velocidad o en impericia de la Sra. B., ya sea debida al reventón sufrido por una de las ruedas de su coche —aunque es de notar que la Policía de Tráfico, normalmente muy cuidadosa en la descripción de los esperfectos que presentan los vehículos accidentados, omite toda alusión al presunto mal estado de los neumáticos—; hipótesis integrante de un supuesto de fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo asegurado en la Compañía demandada, la pretensión de resarcimiento deducida por la actora no puede ser acogida en ningún caso por concurrir tanto en uno como en otro las causas de exoneración de responsabilidad de la aseguradora previstas en el artículo 1° del texto legal refundido, en cuyo sentido procede rechazar el recurso de apelación que interpone contra la sentencia

recaída en la primera instancia.

**CONSIDERANDO:** Que constituye hoy criterio unánime, y desde luego compartido por esta Sala (Sentencia 26 de septiembre de 1983 y cuantas en ella se recogen), el de que los motivos de oposición a la demanda ejecutiva, que señala el artículo 1° del texto legal aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1968 no son propiamente una excepción, sino, más bien, causas de nulidad del juicio ejecutivo, encuadrables en el n° 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no ser exigible la cantidad reclamada, de donde se sigue que, con arreglo a los artículos 1473 y 1474 de la Ley Procesal, la imposición de las costas causadas en la primera instancia se rige, no por el principio del vencimiento, sino por el de la temeridad de los litigantes, por lo que, no apreciándose la concurrencia de esta circunstancia en la actora, procede revocar en tal limitado aspecto la sentencia combatida, que indebidamente aplicó los respectivos párrafos segundos de dichos preceptos, sin que tampoco haya lugar a efectuar especial pronunciamiento de condena en cuanto a las producidas en esta alzada.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que estimando sólo en parte y rechazando en lo demás el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. P. B. R. contra la Sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Inca con fecha de Uno de Marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, debemos revocar y revocamos el pronunciamiento que la misma contiene, sustituyéndole por el que sigue: "que estimando los motivos de oposición alegados por la Compañía de Seguros M. N. S.A. contra la demanda ejecutiva formulada por D<sup>a</sup> P. B. R., debemos declarar y declaramos la nulidad del presente juicio ejecutivo, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la primera instancia" y sin hacer tampoco especial condena en cuanto a las producidas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 85

**85. JUICIO EJECUTIVO.** Póliza original de contrato mercantil. El título carece de fuerza ejecutiva al no ser intervenido por Corredor de Comercio en el momento oportuno. La intervención acredita el acto mercantil a que se refiera, la identidad y la capacidad de los contratantes y el otorgamiento del acto o contrato, por lo que, al no producirse tal intervención "en el momento de" sino "después de" dicho contrato mercantil, procede declarar la nulidad del juicio ejecutivo, revocando la sentencia de instancia. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la acción ejecutiva que la Compañía E.P., Entidad de Leasing, S.A. ejerció contra la entidad B., S.A. y contra Don L.B.G., estos demandados invocaron en ambas instancias la causa primera del art. 1464 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil y, subsidiariamente, las causas primera y segunda del artículo 1467 del mismo texto legal, por entender que la póliza original de contrato mercantil, título que pretende ejecutarse, no fué adecuadamente intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, dado que éste no se hallaba presente cuando se celebró la negociación correspondiente y se estamparon las firmas por los distintos intervinientes en la misma. Oposición cuyo adecuado análisis exige dos tareas básicas: *Primera.*- Establecer la realidad de la situación fáctica denunciada, es decir, si, como afirman los demandados apelantes, la celebración y firma del contrato mercantil no se realizó en presencia de Corredor Colegiado de Comercio, *Segunda.*- Determinar, caso de ser cierto el hecho denunciado, cuáles son los efectos que ello produce en la fuerza ejecutiva de la póliza original incorporada con la demanda rectora de la litis.

CONSIDERANDO Que la cuestión de hecho, primera de las enunciadas, debe resolverse acorderamente con la tesis impugnativa, pues si la entidad ejecutante, y así resulta del exámen de su escrito de contestación a la oposición, no cumplió con la carga de pronunciarse categóricamente sobre el hecho que el demandado había articulado como fundamento de su oposición —la intervención del Corredor Colegiado de Comercio fue extemporánea—, ya que, lejos de admitir o negar llanamente el mismo, argumentó, y no ex abundancia, sino como única defensa, la inexigibilidad de que la intervención se produzca cuando se celebra la negociación, es claro que ninguna otra conclusión es la procedente, tanto por causa de la situación de confeso que, al ejercer esta Sala la facultad establecida en el artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a la entidad ejecutante, como por causa de la admisión implícita que el defenderse sólo mediante el argumento de la inexigibilidad de un determinado hecho implica de la realidad de su contrario.

CONSIDERANDO que la cuestión jurídica, segunda de las planteadas, debe resolverse afirmando que el título presentado carece de toda fuerza ejecutiva (nº 2 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues si, por una parte, la norma concede a la póliza original de contrato mercantil el privilegio de abrir directamente el juicio sumario ejecutivo, siempre que tal negocio haya sido intervenido por Corredor Colegiado de Comercio, en cuanto con ello queda autenticada su celebración y verificado que el demandado, y no otro, fue quien aceptó el compromiso al que la Ley reconoce una eficacia especial, y si, por otra parte, como más arriba se ha razonado, la intervención de dicho agente no se produjo “en el momento de” sino “después de”, es claro que no procede establecer conclusión contraria, pues ello, equiparándose ficción a realidad, supondría primar un título en el que no habrían concurrido los requisitos legales, ya que su “intervención” no habría producido, en razón al tiempo en que tuvo lugar, la autenticación normativamente exigible. Conclusión frente a la que no cabe argumentar: Primero.- Que la normativa vigente sólo exige que la póliza esté firmada por Corredor Colegiado de Comercio —no necesariamente intervenido el contrato— y adecuadamente acreditada su conformidad con los libros registros de este Agente, por cuanto ello resulta inexacto a tenor de la clara literalidad del nº 6 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes: ... 6º. Las pólizas originales de contratos mercantiles, firmadas por las partes y por agentes de cambio y bolsa o corredor de comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación...”, y *Segundo.*- Que la intervención igualmente se produce, interpretando el artículo 33 del Reglamento para régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores Colegiados de Comercio a la luz, por razón de analogía, de lo que el artículo 263 del Reglamento Notarial dispone para la legitimación, aunque la celebración del contrato mercantil recogido en la póliza no haya sido realizada en presencia del corredor de comercio, por cuanto: A) La normativa contenida en el citado artículo 33 sólo establece la inexigibilidad de la unidad del acto de la firma de la operación de que se trate (formalizada en letra de cambio o póliza) por los diversos obligados, pero no que tal acto de firmar no se lleve a cabo, sea uno o sean varios los momentos que para ello se utilicen, en presencia del Corredor Colegiado de Comercio, pues así resulta del texto legal cuyo tenor es el siguiente: “En la intervención de operaciones que se formalicen en letra de cambio o póliza, la firma de los diversos obligados podrá tener lugar en momentos diferentes, y si su fecha fuese distinta a la del documento mismo, se hará constar en todo caso en el registro del mediador, siempre bajo la responsabilidad

de éste”, y B) No existe razón de analogía, pues mientras la legitimación sólo alcanza a la autenticidad de las firmas y permite que éstas, dado que el Notario puede basar su personal consideración sobre tal autenticidad en el conocimiento directo de las mismas o en la confrontación con otras indubitadas, no sean puestas en presencia de dicho fedatario (artículo 263 del Reglamento Notarial); la intervención está destinada a acreditar la existencia del acto mercantil a que se refiere, la identidad y capacidad de los contratantes y el otorgamiento del acto o contrato (artículo 81 del Reglamento para régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores Colegiados de Comercio), lo cual impone, por la propia naturaleza de las cosas, que la celebración y firma del negocio se realice en presencia del agente correspondiente. Diferencia entre legitimación e intervención que resulta operativa en la propia normativa reguladora de los títulos que llevan aparejada ejecución, como es de ver en el texto de los párrafos segundo y tercero del n.º 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la aceptación hubiere sido intervenida, o la firma del aceptante estuviera legitimada...” y “con la misma salvedad tendrá aparejada ejecución la letra de cambio, sin reconocimiento judicial de firma, respecto del librador, avalista y endosante, si sus actos hubieren sido intervenidos o sus firmas legitimadas en la misma letra”.

**CONSIDERANDO** Que en aplicación de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer declaración especial sobre las costas de la primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución sobre las de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Don L.B.G. y B., S.A., contra la sentencia dictada el tres de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos declarar y declaramos la nulidad de todo el presente juicio ejecutivo, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

## 91

**91. RESPONSABILIDAD CIVIL.** Ausencia de culpa al actuar el profesional conforme a la técnica médica —concepto en el que transforma el supuesto de autos la diligencia de un buen padre de familia—. Corrección disciplinaria impuesta por la Sala al juez “a quo” que dictó la resolución impugnada. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que para resolver adecuadamente la cuestión litigiosa —responsabilidad civil médica— conviene fijar los antecedentes que siguen: *Primero.*- El día 29 de enero de 1980, D. L.R.T., de 40 años de edad, que padecía un úlcus duodenal penetrante a páncreas, con evolución de nueve años y sin respuesta a tratamiento médico, fue intervenido en la Clínica Rotger de esta ciudad por el demandado D. J.M.A., el cual le practicó una vagotomía troncular bilateral y una gastrectomía tipo Billroth II trasmesocólica; *Segundo.*- Dicho demandado, por cuanto la friabilidad que presentaba el duodeno

hacia previsible un fallo de sutura, practicó un doble cosido de seda y colocó un drenaje en el muñón duodenal con salida por la contrabertura del hipocondrio derecho; *Tercero*.- El día 5 de febrero siguiente, el paciente presentó, y ello fue observado por el demandado, fiebre, astenia intestinal y dolor abdominal; *Cuarto*.- El siguiente día 7 el médico demandado practicó una laparotomía en fosa iliaca izquierda, por la que comprobó la presencia de líquido sero-purulento y peritonitis concomitante, procediendo a la extracción de aquél y a la colocación de un segundo drenaje; *Quinto*.- Como las constantes del operado empeorasen y se hubiere presentado hemorragia digestiva se realizó transfusión de sangre y se le trató antibioticamente; *Sexto*.- El día 10 del mismo mes, dado que persistía fiebre alta y el estado general del enfermo no mejoraba, el demandado decidió trasladarlo a la Residencia V.L.L., por entender que en ella existían mayores medios técnicos para tratar adecuadamente al paciente; *Séptimo*.- El siguiente día 12 ante el estado que D. L.R. presentaba —acidosis progresiva, insuficiencia renal aguda, subida de úrea— fué nuevamente intervenido, ahora por terceros ajenos al pleito, encontrándose un exudado sanguinolento peritoneal de 1.000 c.c. aproximadamente, mezclado con restos fibrinosos y purulentos, por lo que le fué colocada una sonda de Foley a través del muñón duodenal y un drenaje subhepático; *Octavo*.- El día 14 siguiente D. L.R.T. que persistía en un estado de shock irreversible, falleció; *Noveno*.- La esposa e hijos del fallecido pretenden, al amparo de los artículos 1101 y 1104 del Código Civil, se condene a D. J.M.A., por entender que hubo culpa en su actuación profesional, a que les abone en concepto de indemnización la cantidad de cuatro millones de pesetas, y *Décimo*.- La sentencia de instancia, desestimatoria de tal pretensión, es concurrida por los actores.

CONSIDERANDO que de la prueba pericial médica practicada en primera instancia, y de la de igual naturaleza llevada a cabo, como diligencia para mejor proveer, en esta alzada, resulta acreditado: A) Que D. L.R.T., falleció a consecuencia de una peritonitis aguda purulenta cuyo proceso desencadenante fué el fallo de la sutura quirúrgica gastro-intestinal de la operación de úlcera gastroduodenal; B) Que la doble sutura practicada por el demandado en la primera intervención realizada es método técnicamente correcto; C) Que el fallo de sutura fué consecuencia de la dehiscencia que el tejido orgánico presentaba por causa del proceso ulceroso que le había afectado; D) Que el drenaje no evita necesariamente la difusión del líquido cuya producción ha posibilitado el fallo de sutura; E) Que la laparotomía practicada por el demandado fué la medida técnicamente adecuada para cortar el proceso de supuración del peritoneo, y F) Que igualmente fue medida adecuada la segunda intervención practicada por terceros ajenos a la litis.

CONSIDERANDO que lo anterior conduce a rechazar el recurso de apelación interpuesto por los actores, pues si bien es cierto que el fallecimiento de una persona de cuarenta años de edad a consecuencia de una peritonitis producida en el post operatorio de una úlcera de duodeno justifica, por lo sorprendente de que ello se produzca en el estado actual de la medicina, la interposición de la demanda rectora de esta litis al objeto de que se declare la responsabilidad civil del profesional interviniente, el médico demandado, cuya culpa —culpa de necesaria existencia en la clave indicada— será la razón determinante de aquel resultado, sin embargo tal pretensión no puede ser acogida si, como pericialmente ha quedado acreditado en este proceso, el demandado actuó conforme a la técnica médica entonces imperante, esto es, se comportó como un buen técnico de la medicina —concepto en el que, en supuestos profesionales como el litigioso, se transforma la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1104 del Código Civil)—, pues en tal caso la causa de la muerte habrá de ser buscada fuera del hacer médico, y en el caso que nos ocupa, la misma parece quedar localizada en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo.

CONSIDERANDO que no existe razón para hacer pronunciamiento alguno sobre las costas de esta alzada.

CONSIDERANDO que apreciándose que en el segundo considerando de la sentencia impugnada, único teóricamente fundamentador de la misma, el juez a quo realiza, al tiempo que expone una corta motivación de las razones por las que desestima la pretensión

actora, una larga crítica, improcedente, desafortunada y errónea, de la sentencia firme mediante la que el Juez que le precedió en el órgano jurisdiccional a quo estimó la demanda de pobreza interpuesta por los hoy actores, esta Sala estima necesario rechazar expresamente tal proceder y acuerda imponer al Juez a quo que dictó la resolución impugnada la corrección disciplinaria prevista en el número 1 del artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**FALLAMOS:** que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. J.M.S., en nombre propio y de sus hijos menores L.J.M. y V.R.M., contra la sentencia dictada el once de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

Digase al Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia que dictó la sentencia impugnada que en lo sucesivo se abstenga de realizar actuaciones del tenor de la comentada en el último considerando de esta resolución. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

## 92

**92. SEPARACION MATRIMONIAL.** Improcedencia de expresa declaración de culpabilidad en uno de los cónyuges. Pensión indemnizatoria: improcedencia por resultar acreditado que la esposa convive con otra persona. Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia de instancia, estimatoria de las pretensiones matrimoniales que coinciden en lo esencial —separación matrimonial— habían formulado mujer y marido mediante sus respectivas demandas principal y reconvenzional, ha sido doblemente impugnada, por entender cada uno de los litigantes, y así pretenden se declare mediante un pronunciamiento que enmiende el defecto de omisión de toda referencia causal detectado en la citada resolución, que sólo al otro le es imputable la causa de la separación: la mujer invoca el número primero del artículo 82 del Código Civil, y el marido sustenta su pretensión en el abandono del hogar y en la infidelidad conyugal.

**CONSIDERANDO:** Que a la razón de insuficiencia probatoria con la que el Juzgador a quo motivó la improcedencia de cualquier imputación causal —fundamento que se comparte en su esencia—, procede añadir al objeto de dar cumplida respuesta a los dos alegatos impugnativos que: *Primero.*— No es indiferente para la suerte de la pretensión de la demandante, pues, al contrario, tiene decisivo alcance resolutorio, que el acto de arrojar el anillo matrimonial fuera realizado por esta litigante, y no, como ella afirma, por el marido, dado que tal precisión, obtenida por el juez a quo a través de una valoración probatoria coincidente con la que ahora se realiza, afecta negativamente, por un lado, a la imagen que se ofrecía como expresión definitiva del comportamiento del marido y, por

otro lado, a la credibilidad del medio probatorio con el que se pretendía verificar la realidad de ésta conducta, y *Segundo*.- Las relaciones afectivas imputadas por el marido a su cónyuge no pueden constituir la invocada infidelidad conyugal, por cuanto: A) Las coexistentes con el periodo de vida matrimonial han quedado carentes de todo apoyo probatorio, como claramente resulta del informe obrante al folio 71: "Se trata de investigar sobre la conducta y muy especialmente que Dña. F. J. E. convive con D. A. G. O. (sin comprobar segundo apellido) y que, *exceptuando el intervalo lógico de los hechos que han motivado esta información*, los referidos han convivido maritalmente durante unos tres años"; B) Sobre las anteriores al matrimonio litigioso incide la obvia razón de su propia preexistencia, y C) Las coetáneas al tiempo de la investigación cuyo resultado se aporta como principal medio probatorio —octubre de 1983— quedan por disposición normativa privadas de la eficacia pretendida, pues el artículo 82 del Código Civil, recogiendo la conexión que los nuevos modos sociales establecen entre fidelidad y convivencia, preceptúa en el párrafo segundo de su apartado primero que "no podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos...", sin que frente a ello quepa argüir que la indiscutida y pronta terminación de la vida matrimonial, la cual duró cinco días, según el marido, y dos meses, según la mujer, se hubiere producido por exclusiva voluntad de ésta litigante, pues del contexto de la confesión judicial prestada por el marido se infiere que éste recibió de buen grado lo que deseaba íntimamente desde antes de la celebración del matrimonio: "si no hubiere sido porque la boda ya estaba anunciada y avisadas todas las autoridades de Palma, hubiere renunciado a la misma, que no lo hizo por no dar la campanada". (Absolución a la posición decimooctava).

CONSIDERANDO: Que sólo resta precisar que el derecho de la esposa a percibir la pensión indemnizatoria del artículo 97 del Código Civil no puede ser objeto de pronunciamiento estimatorio, tanto porque al haberse abandonado en el acto de la alzada toda pretensión patrimonial queda dispensado el órgano jurisdiccional de efectuar cualquier declaración sobre dicho tema, como porque al haberse acreditado, según más arriba se ha precisado, que la actora convive en la actualidad con otra persona, es plenamente aplicable la norma que contenida en el párrafo primero del artículo 101 del Código Civil dispone: El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona".

CONSIDERANDO: Que no procede efectuar declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por Dña. F. J. E. y D. C. M. S. contra la sentencia dictada el veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Palma, en el proceso matrimonial de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

## 96

**96. INTERESES DE DEMORA.** Cláusula penal. Doctrina jurisprudencial según la cual la cláusula penal —por constituir una excepción al régimen normal de las obligaciones— ha de ser interpretada con ca-



rácter restrictivo. Doctrina del Tribunal Supremo acerca de la ausencia de mora en los débitos ilíquidos ("in iliquidis non fit mora"). *Sentencia de 29 de Marzo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el único motivo por el que la apelante impugna la sentencia que le condenó al pago de la cantidad de 1.273.843 ptas., con más sus intereses legales, reclamados en la demanda en concepto de gastos de custodia, amarre, impuestos, conservación y mantenimiento, devengados por la permanencia ininterrumpida desde el 5 de julio de 1978 de la embarcación "A" en las instalaciones del puerto deportivo propiedad de la actora-apelada "Club M. M.", radica en la porción integrante de dicha cantidad que, en cifra de 902.331 ptas., entiende obedece a un cálculo de intereses de demora efectuado, a tipo compuesto, de manera no autorizada y que, en cualquier caso, resultan abusivos y usuarios, a lo que responde la parte demandante que dicho cálculo se ajusta a las normas establecidas en el Reglamento especial de servicio y póliza de la "Zona Portuaria Deportiva" del Club M. M., aprobado por la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 29 de Diciembre de 1972, el cual regula la utilización y aprovechamiento de las aguas, obras, armamentos, terrenos, instalaciones y servicios de dicha zona portuaria deportiva, sujeta a sus disposiciones, según prescribe el artículo 1º, a cuantas personas o cosas se encuentren, incluso circunstancialmente, en su recinto.

CONSIDERANDO: Que ambos litigantes incurren en confusión cuando discuten en torno a la exigibilidad de determinados intereses de demora, ya que el Reglamento mencionado no prevé el devengo de intereses en los supuestos de retraso en el pago de servicios, sino que establece una cláusula penal, —que sustituye, de conformidad al párrafo 1º del artículo 1.152 del Código Civil, a la indemnización de daños y al abono de intereses, si otra cosa no se hubiere pactado—, al disponer en su artículo 19 que "los usuarios que se retrasen más de cinco días hábiles en el pago de los recibos o facturas que se les presenten por pretaciones de servicios, incurrirán en el recargo del 10% sobre el débito total. La Dirección publicará, mensualmente, la lista de débitos que fueron puestos al cobro y no pagados dentro del plazo antes citado, sirviendo esta publicación para conocimiento de los morosos, quienes deberán saldar sus deudas dentro del mes siguiente. Transcurrido éste segundo plazo, sin que el débito haya sido liquidado, la Dirección dará cuenta al Presidente del "Club M." para el ejercicio de las acciones judiciales que procedan para el cobro del débito"; pero, partiendo de ello, y siendo así que, de un lado, es doctrina jurisprudencial reiterada que, por constituir la cláusula penal una excepción al régimen normal de las obligaciones, las dudas respecto de su existencia y alcance han de ser interpretadas con carácter restrictivo (sentencia de 10 de noviembre de 1983 y cuantas en ella se recogen) y que, de otro, la liquidación de tarifas se efectuaba por períodos de un mes, lo que no prescribe, ni permite dicho Reglamento es que la base para el cálculo del recargo sancionador correspondiente a cada uno de ellos se forme incrementando el precio de los servicios prestados durante el período vencido con el del importe arrastrado de los precedentes no satisfechos y así de manera sucesiva y progresiva, como se ha hecho en las facturas obrantes en los folios 17 a 20 hasta desembocar en la cantidad que se reclama y que la sentencia, sin entrar a criticarla, concede, sino que el "quantum" de cada recargo ha de computarse, exclusivamente, sobre el débito del mes impagado sin añadidos de otras procedencias, pues el calificativo de total que emplea el inciso primero del artículo 19, ha de entenderse referido a la deuda originada por los recibos y facturas presentados para el pago dentro de un plazo que se extiende a cinco días hábiles a partir de su presentación al cobro, esto es, a la globalidad de las nacidas dentro de ese período, pero no significa que deban incluirse, además, las devengadas en períodos anteriores, ya que, de haberse querido aplicar este sistema de acumulación progresiva, de particular onerosidad, en el cálculo de la sanción, se hubiera establecido sin duda, de manera clara y expresa, al modo en que el artículo 25 preceptúa un incremento progresivo del 100 por 100 en las tarifas a percibir por cada día de estancia de las embarcaciones que entren indebidamente en las aguas de la concesión;

en consecuencia, ascendiendo el importe de lo facturado entre el 26 de julio de 1978 y el 31 de Octubre de 1982, por razón de alquiler de amarres, consumos mínimos e I.E.E. a la cantidad de 637.195 pts., y no habiendo sido pagada ninguna de sus partidas integrantes en sus respectivos momentos, la cuantía global resultante de todas las correspondientes a recargos es de 63.719 ptas., por lo que, deducidas las sumas entregadas por la recurrente, la cantidad final que todavía le resta por satisfacer y a cuyo pago ha de limitarse la condena, es la de, salvo error matemático, 412.412 ptas., sentido en el que, previa estimación del recurso interpuesto, procede modificar la sentencia apelada.

**CONSIDERANDO:** Que, asimismo, en virtud del principio "in illiquidis non fit mora", reiteradamente sancionado por la jurisprudencia (sentencias de 20 de Noviembre de 1982, 8 de Julio y 5 de Octubre de 1983, 3 de Julio de 1984, etc.) dicha cantidad, inferior a la reclamada, no ha de devengar otros intereses legales que los que prescribe el artículo 921 de la vigente Ley Procesal y ellos sólo a partir de la fecha de esta segunda sentencia hasta la de su íntegro pago al acreedor, procediendo por último, ante la desestimación parcial de las pretensiones contenidas en la demanda y el hecho de que no puede calificarse como temeraria la oposición frente a la exigencia de pagar una suma, que excede notablemente de la correcta, revocar también el procedimiento recaído en materia de costas procesales y no hacer especial imposición a ninguna de las partes en cuanto al pago de las causadas en la primera instancia, sin que, obviamente, proceda tampoco dicha imposición en lo referente a las producidas en esta alzada.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Qu estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por A. S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca en los autos de que este rollo dimana, con fecha de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro y revocando en lo menester los pronunciamientos de la misma, debemos condenar y condenamos a la dicha A. S.A. a que satisfaga al actor, Club M. M., la cantidad de cuatrocientas doce mil cuatrocientas doce pesetas (412.412 ptas.) con más los intereses prescritos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta segunda sentencia hasta su completo pago, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 102

**102. DESAHUCIO DE INDUSTRIA.** Expiración de plazo contractual. Rebeldía de dos de los tres codemandados. Interpretación del contrato concertado entre las partes (art. 1.281 y ss. Cc.). Calificación de un arrendamiento como de "industria" (frente a "local de negocio"); doctrina jurisprudencial al respecto. *Sentencia de 3 de abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia que dio lugar al postulado deshucio de la industria de bar-cafetería ubicada en los bajos del solar n° 3 de la Urbanización G. en el Puerto de P., por causa de expiración del plazo contractual, convenido en 10 años, (n° 1 del artículo 1.569 del Código Civil), es apelada por el único de los arrendatarios comparecido en la litis, quien afirma que lo arrendado no fue una industria, sino un local de negocio juntamente con una serie de enseres y elementos desarticulados, inertes e inconexos, faltos de organización y no aptos por sí solos para obtener una finalidad comercial, de suerte que la relación arrendaticia vendría a estar comprendido en el n° 2 del artículo 3° de la Ley de Arrendamientos Urbanos y sujeta al régimen jurídico establecido en esta Ley, que concede en su artículo 57 al arrendatario el beneficio de prórroga legal forzosa, y ello porque el local era de nueva construcción y fueron los arrendatarios los que pusieron en funcionamiento la industria, antes inexistente, y porque los medios recibidos del arrendador eran insuficientes para su puesta en marcha, ya que tuvieron que gestionar toda la documentación administrativa precisa para la apertura del establecimiento, contratar a su nombre los suministros de electricidad y gas butano y añadir por su cuenta otros elementos a la explotación, como la totalidad de mercadería y género propios de un bar-cafetería, y también una plancha de cocina y un teléfono, que son imprescindibles en las cafeterías de categoría segunda a tenor de lo que prescribe el artículo 18 de la Ordenación turística de Cafeterías aprobada por Orden Ministerial de 18 de Marzo de 1965, así como proceder a la instalación de cortinajes, lámparas y trabajos de carpintería.

**CONSIDERANDO:** Que la cuestión así planteada constituye en definitiva, un problema de interpretación del contrato concertado entre las partes el día 5 de abril de 1973 a llevar a cabo, conforme las reglas de hermenéutica estatuidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, indagando cuál fue la verdadera voluntad bilateral o común de los contratantes y la finalidad perseguida por ellos; a tal efecto, si bien es verdad que la naturaleza jurídica de lo convenido no queda supeditada a la calificación que le hubieran dado las partes, ni a la estricta literalidad de las expresiones empleadas, también lo es que las palabras son el medio normal de exteriorizar el pensamiento (sentencia de 22 de junio de 1984) y que, si son claras y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, hay que estar al sentido de las mismas (artículo 1.281 párrafo 1°), por lo que del examen de las estipulaciones que contiene el contrato, cabe inferir, de acuerdo con la tesis sustentada en la sentencia combatida, que fue voluntad contractual de los hoy litigantes ceder en arriendo una industria, esto es, un complejo de elementos aptos para servir las distintas funciones que caracterizan determinada actividad lucrativa y organizados en forma que les dota de potencialidad productiva inmediata, y no un simple local con diversos enseres, inarticulados, pues que en el ejemplar del documento aportado a los autos, pero cuya autenticidad no ha sido impugnada, se recoge que las partes, tras manifestar con carácter de antecedente que en la finca "se halla instalada una industria de Bar, con todo el mobiliario y enseres propios de la misma, el que se acompaña inventario en hoja aparte, debidamente suscrita por los contratantes. Manifiestan los arrendatarios... conocer el mobiliario a que se refiere el inventario, así como los elementos de que se compone la industria de referencia, estimando son suficientes" (apartado 2°) y que "los bienes que integran el Bar forman todos ellos una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada y solo está pendiente de meras formalidades administrativas" (apartado 3°), pactan, entre otras cláusulas, que el Sr. S. "cede en arrendamiento la industria de Bar con todos los elementos y mobiliario que se relaciona en la hoja de inventario, firmando todo ello una unidad patrimonial con vida propia a los Srs. C. R., C. A. y P. R., los cuales aceptan de absoluta conformidad" (1), que "los elementos y mobiliario que se entrega a los arrendatarios... los reciben de absoluta conformidad, manifestando ser suficientes, y se de faltar algún elemento la aportarán en su caso; si dichos elementos o mobiliario se destruye o desaparece aunque sea por robo o incendio deberán reponerlo los arrendatarios con otros análogos" (8ª) y que "convienen por tanto los contratantes que dicho contrato queda excluido expresamente de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, y se regirá por lo dispuesto en el mismo y por la legislación común"; frente a la claridad y significado inequívoco de tales términos y, en general, del conjunto del clausulado, las objeciones expuestas por el recurrente no pueden prosperar, ya que: 1°) es doctrina jurisprudencial que no constituye obstáculo a la calificación de un arrendamiento como de in-

dustria la circunstancia de que con anterioridad al contrato no existiera aquella, o se hallase inactiva y pendiente de que el arrendatario la ponga en funcionamiento, puesto que la Ley no impone la preexistencia (sentencias de 18 de junio de 1963, 22 de mayo de 1964, 27 de abril de 1966, 17 de marzo de 1970, 8 de junio de 1979, 4 de mayo y 6 de octubre de 1983, etc.); 2º) tampoco lo es que los arrendatarios fueran quienes gestionaran la obtención de la cédula de habitabilidad y las licencias gubernativas de apertura, así como que contrataran a su nombre los suministros de electricidad y gas —fluidos para cuya recepción no se ha demostrado que tuvieran que realizar obras de acondicionamiento algunas en la finca—, pues que todas son formalidades administrativas de las que alude el nº 1 del artículo 3º de la Ley de Arrendamientos Urbanos; 3º) tiene asimismo declarado el Tribunal Supremo en multitud de sentencias de las que son claro exponente las de 17 de marzo de 1970, 23 de diciembre de 1978, 9 de julio de 1979, 14 de noviembre de 1980, 8 de noviembre de 1982, 4 de mayo de 1983, etc. que no desvirtúa la naturaleza del contrato la sustitución o adición de los elementos recibidos del arrendador, por razón de comodidad, conveniencia o deseo de mejoramiento del arrendatario, ni que éste amplie la explotación, añadiéndole un negocio nuevo, o introduciendo sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada; 4º) los actuales demandados, respecto de quienes la sentencia apelada afirma, sin que haya sido contradicho, que pertenecen por su profesión al ramo de la restauración hotelera, manifestaron conocer los objetos que, bajo amplio y meticuloso inventario, se les entregaba y que los estimaban suficientes, pero que, de faltar alguno, lo aportarían ellos en su caso, con cuyo compromiso exoneraban al arrendador de las consecuencias derivadas de cualquier eventual carencia, por lo que, si bajo tales presupuestos aceptaron contratar libre y conscientemente, no permiten la fuerza vinculante de las obligaciones contractuales (artículo 1.091), ni el principio de la buena fe (artículo 1.258 párrafo 1º) que después de haber disfrutado en propio provecho del objeto arrendado durante todo el período convenido, pretendan más tarde lograr un derecho de prórroga equivalente a una prolongación indefinida de ese disfrute, que rompe por completo el equilibrio entre las respectivas prestaciones contemplado para concluir el negocio, por causa de una originaria insuficiencia en los medios recibidos que, conociéndola, había sido expresamente consentida por ellos, toda vez que, siendo evidente el propósito conjunto de celebrar un arrendamiento sometido a la legislación común, de no mediar aquel compromiso de los arrendatarios el arrendador hubiera podido completar los elementos cuyo uso transmitía, añadiendo la plancha de cocina y el teléfono, que se dicen esenciales para la cafetería, o bien desistir del contrato o celebrarlo bajo condiciones económicas más acordes a la onerosidad inherente a una duración indeterminada, en lugar de por una renta mensual de 8.000 pts. sin cláusula de revalorización de ninguna especie; y 5º) la cláusula 9ª, por cuya virtud quedaba prohibido a los arrendatarios “destinar lo que es objeto de arrendamiento a otros fines que los pactados” no es, por sí, signo favorable a la existencia de un arriendo de local de negocio, por cuanto que la multiplicidad de enseres, instrumentos, mobiliario y maquinaria entregados por el arrendador, también pueden ser empleados en otras actividades afines, pero distintas a la de bar-cafetería, como restaurante, bar-espectáculo, etc. que implicarían sustitución de la industria recibida por otra diferente y nueva, con alteración sustancial de lo arrendado.

**CONSIDERANDO:** Que procede, por todo ello, la confirmación de la sentencia apelada, sin que sean de apreciar razones para condenar especialmente al pago de las costas de esta alzada a la parte apelante.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación, que interpone Don A. C. A. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera instancia de Inca el dos de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la misma en todos sus pronunciamientos, sin hacer especial imposición del pago de las costas producidas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes no comparecidas en la forma prescrita en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en término de tres días no se insta la personal. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 104

**104. ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Reclamación de cantidad por rentas devengadas y no pagadas por la entidad arrendataria-solidaria de naves comerciales propiedad de los actores. Solidaridad —estipulada en contrato de arrendamiento— de las entidades arrendatarias. Congruencia en segunda instancia: petición de indemnización extemporánea en la vista oral, que no debe ser acogida. Doctrina legal. *Sentencia de 6 de abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la cuestión de esta litis es la procedencia de la reclamación de 11.458.333 pesetas que los arrendadores don A. S. F. y doña A. P. S. formulan a la entidad Y. X. Z. S.A., como arrendataria solidaria —la otra arrendataria es S. S.A.— por las rentas devengadas y no pagadas desde Noviembre de 1980 hasta el 15 de Marzo de 1983, a cuya pretensión se opone la demandada, hoy apelante, aduciendo que los locales arrendados fueron abandonados con conocimiento de los arrendadores, los cuales formalizaron un nuevo contrato con otra entidad: C. S.A.

**CONSIDERANDO:** Que consta reconocido que los actores, el matrimonio S.-P., como usufructuarios, arrendaron, mediante contrato de fecha 9 de Octubre de 1979 (folio 9) a las entidades "S. C. G. C. M. S.A." y "Y. X. Z. S.A." unas naves comerciales sitas en Pont D'Inca (Marratxi), General Franco 67, por una renta anual de cinco millones, pagaderas por meses adelantados, pactándose expresamente la solidaridad "a favor" de las entidades arrendatarias (condición tercera), y se estima probado, de la apreciación conjunta de la prueba practicada, que a partir del mes de Noviembre de 1980 se dejó de abonar el alquiler estipulado —416.667 pesetas mensuales—, por lo que los arrendadores promovieron juicio de desahucio por falta de pago, al que no comparecieron las compañías demandadas —S. S.A. y Y. X. Z. S.A.—, recayendo, con fecha trece de Enero de 1983, sentencia declarando haber lugar al desahucio por falta de pago del inmueble arrendado (folio 10), practicándose el día 15 de Marzo del mismo año diligencia de lanzamiento que se entendió con doña H. R. S., gerente de la entidad C., Sociedad Cooperativa Limitada, sita en el mismo edificio, dándose posesión del local a la parte actora.

**CONSIDERANDO:** Que se estima procedente también señalar para el más completo conocimiento de la cuestión litigiosa y de su adecuada resolución, los siguientes antecedentes y hechos que se reputan probados: a) Los hoy apelados-actores juntamente con sus hijas M. M., I. y M. R., fundaron en escritura pública de 10 de Abril de 1970 la entidad "Y. X. Z., Sociedad Anónima, siendo designado Presidente del Consejo de Administración y Consejo-Delegado don A. S. F. (folios 230 y 231). b) Como consecuencia de la venta del noventa por ciento de las acciones de la entidad mercantil Y. X. Z. a un grupo capitalista, en la Junta General de accionistas celebrada el 29 de Agosto de 1979, se revocó el cargo de Consejero-Delegado a don A. S. F. y se nombró nuevo Consejo de Administración, del que formó parte, como vocal, el señor S. F. c) La grave situación económica y laboral que atravesó en el año 1981 la entidad S. S.A. —íntimamente ligada a Y. X. Z., la hoy recurrente— desembocó a finales de dicho año en su declaración de suspensión de pagos. d) Don A. S. F. el primero de Febrero de 1982 renunció a su cargo de vocal del Consejo de Administración de Y. X. Z. S.A. (folio 234). e) Se constituye por escritura pública el 26 de Mayo de 1982, la sociedad Cooperativa Limitada C., con domicilio en Marratxi (Mallorca) calle General Franco, 67, Pont D'Inca, siendo su objeto la calderería

gruesa y construcciones metálicas, entre otros trabajos y obras similares (folios 120/166). f) En escritura pública de fecha 11 de Junio de 1982 la Comisión liquidadora nombrada por la Junta de acreedores de la entidad suspenso S., C. G. C. M. S.A., adjudicó a los trabajadores de dicha empresa, en pago parcial de sus créditos contra dicha compañía suspenso, hasta cien mil pesetas a cada uno, la propiedad del patrimonio mobiliario de Caldejería S. integrado por la maquinaria, enseres, muebles de oficina y cantina y vehículos, cesión global tendente, según se expresa en la propia escritura, "a posibilitar la continuación de la industria por medio de la Cooperativa constituida con tal fin", y por ello, el mismo día 11 de Junio de 1982, 41 socios de la Sociedad Cooperativa Limitada aportaron a ésta su participación indivisa en los muebles adjudicados (folios 168/184 y 186/201). h) En virtud de convenio verbal celebrado entre don A. S. F. y la entidad C., esta cooperativa ocupó parte de los expresados locales, desde Mayo de 1982 hasta Julio de 1983; así lo afirman los testigos don M. G. R., don L. R. D. F. y don E. M. M., antiguos empleados de S. y luego socios de la expresada sociedad cooperativa (folios 116 al 117), y la realidad de tal convenio se confirma por cuanto la referida diligencia de lanzamiento, llevada a cabo como ya se expresó el 15 de Marzo de 1982, se entendió únicamente con doña H. R. S., gerente de C., que se hallaban en los locales de autos (folio 11) y por el requerimiento que don A. S. F. hizo al notario de esta ciudad, don R. C. G., para que presenciara la entrega de llaves de la nave y oficinas de "S., C. G. C. M. S.A." sita en Pont D'Inca, término de Marratxí, requerimiento del que desistió el señor S. F., si bien se acreditó que por parte don E. M. M., el aludido testigo, actuando en nombre de "C." fueron entregadas las expresadas llaves al señor S. F., después de haber inspeccionado este la totalidad del inmueble y haber sacado fotografías que sigue en poder del citado fedatario público (folio 2027).

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto se aprecia que el contrato de arrendamiento suscrito por los hoy litigantes y por la entidad S. S.A. (folio 9) finalizó en Mayo de 1982, al celebrar el señor S. en esta fecha, con la ausencia de las entidades S. S.A. y Y. X. Z., nuevo arriendo de los locales con la sociedad cooperativa limitada C., por lo que los alquileres no satisfechos por las dos citadas mercantiles, objeto de este juicio, son los comprendidos desde Noviembre de 1980 hasta el mes de Mayo de 1982, ascendiendo la suma de dichos 18 meses a la cifra de 7.500.000 pesetas, cantidad a que debe ser condenada la entidad demandada, hoy apelante, a abonar a los actores, por un lado, por cuanto es obligación del arrendatario, que se menciona en el ordinal primero del artículo 1.555 del Código Civil, la de pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos, obligación que se ratifica la parte primera del artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y por otro lado, ya que en virtud de la solidaridad estipulada, cada una de las entidades arrendatarias y por ello Y. X. Z., deben pagar íntegramente la suma que se adeude a los arrendadores (artículo 1.137 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que la tesis de la parte actora, ahora apelada, expuesta en el acto de la vista de esta alzada, de que en cualquier caso se ha de mantener la condena pecuniaria impuesta en su totalidad, ya que las entidades arrendatarias aseguraron en el contrato que suscribieron una permanencia mínima de cuatro años (condición cuarta) y ser de aplicación, según dicha parte, lo dispuesto "in fine" en el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —indemnización a cargo del arrendatario o subarrendatario que desaloja la vivienda o local de negocio antes del plazo estipulado—, no puede ser acogida, entre otras razones, por el principio jurídico procesal de la congruencia que proclama el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que impone, el acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos y fundamentos jurídicos que sirven de apoyo a la petición (Sentencia de 13 de Noviembre de 1982), el debido respeto al componente fáctico de la acción (Sentencia de 20 de Junio de 1981), adecuación a los hechos alegados y a la pretensión esgrimida con esta base fáctica (Sentencias de 12 y 31 de Marzo y 10 de Mayo de 1975 y 20 de Marzo de 1976), pues los elementos subjetivos y objetivos de la demanda y contestación, y de los escritos de réplica y réplica en su caso, determinan el ámbito de la controversia y por lo tanto lo que se pide ("petitum") y los acaecimientos en cuya virtud se formula la petición ("causa petendi"), límites que han de ser escrupulosamente respetados (Sentencia de 28 de Junio de 1978), y tiene como base esencial el respeto a la no alteración de la causa de pedir y a la no sustitución de las cuestiones debatidas por otras distintas

(Sentencias de 6 de Julio de 1952, 23 de Enero de 1960, 24 de Febrero de 1966 y 28 de Marzo de 1980); pues en el caso que ahora se examina por este Tribunal "ad quem", los hechos expuestos, tanto en la demanda como en la réplica como fundamento de la acción —"la acción se individualiza y se define por el hecho", según sentencia de 3 de Julio de 1979—, recaen exclusivamente sobre el impago de varios meses de alquiler y la pretensión promovida se encamina al cobro de los alquileres no abonados y no a obtener una indemnización con base a un supuesto incumplimiento contractual no aducido en los escritos fundamentales de esta litis.

**CONSIDERANDO:** Que la estimación en parte del presente recurso da lugar, no solo la reducción de la cuantía de la suma determinada en el fallo impugnado que la entidad apelante-demandada adeuda y ha de pagar a los actores, sino también la revocación de la condena de costas impuesta a la compañía demandada y veda hacer especial imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de la entidad demandada "Y. X. Z. S.A." contra la sentencia de fecha veinticinco de Octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, aclarada por auto de veintisiete del mismo mes, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia número Uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos —revocando parcialmente dicha resolución y confirmándola en lo demás— estimar y estimamos parcialmente la demanda deducida por don A. S. F. y doña A. P. S. contra dicha entidad demandada y, en su consecuencia, debemos declarar y declaramos que la referida compañía Y. X. Z. S.A. adeuda a los expresados actores la suma de siete millones quinientas mil pesetas, condenando a la supradicha sociedad mercantil a que pague a los demandantes, don A. S. F. y doña A. P. S. la expresada suma de dinero, así como los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las costas de este proceso. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

## 105

**105. RECLAMACION DE CANTIDAD.** Rebellía de la parte demandada. Reconocimiento de deuda por el demandado en contrato de transacción suscrito por la parte actora para poner fin a pleito precedente. La rebellía del demandado no equivale a allanamiento, ni entraña tácita admisión de los hechos en que se funda la demanda. No obstante, la ausencia del demandado no puede ser obstáculo para su condena, si el actor prueba los hechos afirmados a tenor del art. 1.214 Cc. *Sentencia de 12 de abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la pretensión impugnativa de la actora, ahora parte recurrente, encaminada a obtener la revocación de la sentencia recaída en la primera instancia de esta litis, que desestimó la postulada condena del demandado, Sr. G. T., al pago de las 89.705 ptas. reclamadas en concepto de porción última no satisfecha de la global deudada de 247.208 pts. de importe, que aquél había expresamente reconocido deber en contrato de transacción suscrito el 23 de octubre de 1981 para poner fin a pleito precedente, por apreciar el Juez "a quo" insuficiencia en las pruebas, —poco bagaje, afirma textualmente—, practicadas en orden a demostrar su cualidad de acreedora, ha de prosperar por fuerza, toda vez que, si es cierto, con carácter general, que la rebeldía del demandado no equivale al allanamiento, y ni tan siquiera entraña tácita admisión de los hechos en que la demanda se funda, de suerte que no por ello queda relevado el actor de la carga de justificar la concurrencia de los presupuestos normalmente constitutivos de su pretensión, que le impone el artículo 1.214 del Código Civil, también lo es que la recurrente, en el presente caso, ha cumplido, de manera racionalmente convincente y por medio del empleo de los medios probatorios a su previsible disposición, —y no otros cabe exigirle—, dicha carga, pues que obra en autos el documento transaccional de mérito que, conocido por el demandado al habersele dado traslado del mismo junto con el escrito de demanda en trámite de emplazamiento, no fue objeto de impugnación, a lo que se añade que en prueba de confesión llevada a cabo en esta segunda instancia al amparo del número 2 del artículo 862 de la Ley Procesal su autenticidad ha quedado ya explícitamente admitido, así como también consta aportado testimonio de la sentencia dictada el 24 de octubre de 1981 en el juicio declarativo de menor cuantía n.º 1.476/81 de los del mismo Juzgado de Primera instancia de que trae causa la citada transacción, por la que el Sr. G. T. fue condenado a pagar a la actora la cantidad de 217.977 ptas. en calidad de importe de géneros de construcción que había adquirido; si luego el demandado dejó, además, de comparecer, sin expresión de justa causa que se lo impidiera, las dos veces que fue citado, en la forma prescrita en el artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la práctica de la confesión judicial propuesta, permitiendo con ello hacer uso de la facultad que confiere para tales casos el artículo 593, no se comprende qué obstáculo insalvable puede este hecho representar, ni que razones o motivos mínimamente fundados y serios impiden al Juzgador de Instancia en recusable actitud con la que únicamente estimula y prima la deslealtad, la mala fe y el obstruccionismo, tener por adecuadamente verificados los presupuestos en que se apoya la demanda hasta el extremo de denegar la tutela del derecho de crédito solicitada por la actora, máxime cuando el demandado, a quien en primer término incumbe el cuidado de sus particulares intereses, no ha formulado, merced a su pasividad, oposición alguna a las mismas, pese a tener noticia en forma del proceso y gozar de aquella posibilidad; procede, en consecuencia, y sin precisión de más argumentaciones, acoger el recurso interpuesto y, revocando la sentencia impugnada, dar lugar íntegramente a los pedimentos deducidos en la demanda, de conformidad a los artículos 1.088, 1.089, 1.091, 1.156 y 1.157 del Código Civil y demás concordantes, ya que, acreditada sin género de duda la realidad y exigibilidad de la deuda, no consta que el Sr. G. T. la haya liquidado por procedimiento admisible alguno.

**CONSIDERANDO:** Que la falta de toda razón jurídica que ampare la conducta inculpidora del deudor, evidencia mala fe, que debe ser sancionada con la imposición del pago de las costas causadas en la primera instancia, sin que, dado el carácter de esta resolución, proceda efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las devengadas en esta alzada.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que dando lugar al recurso de apelación que interpone G. D. Materiales de Construcción S.A. contra la sentencia dictada el quince de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro por el Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca en los autos de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución, dejándola sin efecto; y en su lugar, con estimación de la demanda formulada por la parte apelante, debemos condenar y condenamos a Don M. G. T. a que satisfaga a la actora la cantidad de ochenta y nueve mil setecientos cinco mil pesetas con más los intereses prescritos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la



fecha de esta sentencia hasta la de su completo pago, así como también al de las costas producidas en la primera instancia, sin hacer especial imposición en cuanto a las causadas en esta alzada. Notifíquese esta resolución al demandado en la forma prescrita en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin el término de tres días no se insta la personal. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 111

**111. JUICIO EJECUTIVO.** Póliza de préstamo bancario. Intereses moratorios. Revocación de la resolución apelada por manifiesto error en la apreciación de tal extremo: inaplicación por el juez "a quo" de lo dispuesto por los artículos 1.108, 1 Cc. y 921 LEC, y Doctrina del T.S. relativa a este último precepto. Si los intereses moratorios devengados por la cantidad objeto de condena son superiores, por pacto u otra causa, a los prescritos legalmente, han de prevalecer aquéllos y, en definitiva, en cualquier caso el tipo más elevado. Inaplicación, también, de la regla "dies interpellat pro homine" del art. 63,1 C. Com.: los intereses se devengan desde el día siguiente al fijado contractualmente para el cumplimiento de la deuda. *Sentencia de 17 de abril de 1985.*

CONSIDERANDO: Que dispone el párrafo 1º del artículo 1108 del Código Civil que si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios a que le sujeta el artículo 1101, ha de consistir, no habiendo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal; constituye asimismo doctrina del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 22 de abril de 1982, en relación al artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si los intereses moratorios devengados por la cantidad objeto de la condena son superiores, por pacto u otra causa, a los prescritos por dicho precepto, han de prevalecer aquéllos y, en definitiva y en cualquier caso, el tipo más elevado; en consecuencia, al haber estipulado las partes en la cláusula adicional primera de la póliza de préstamo en que se funda la demanda ejecutiva, que "las amortizaciones no pagadas a su vencimiento devengarán, desde el día siguiente al del impago, un interés del 22,5 % anual en concepto de demora", y solicitada por la parte ejecutante, ahora recurrente, la condena de los deudores al pago de los intereses del principal que reclama, "a tenor de lo pactado", es llano el error en que incurre la resolución apelada, cuando ordena seguir adelante la ejecución contra los demandados, además de por el principal por los intereses legales del mismo desde la interposición de la demanda, en lugar de hacerlo por los convenidos al tipo del 22,5 % como es lo correcto, según lo razonado, y desde el día siguiente al fijado en el contrato para el vencimiento de la deuda a, conforme a la regla de "dies interpellat pro homine", que consagra el número 1 del artículo 63 del Código de Comercio, en cuyo sentido procede, previa estimación del recurso, la revocación de la sentencia apelada.

**CONSIDERANDO:** Que dado el carácter de esta resolución no procede hacer especial condena en cuanto al pago de las costas producidas en esta alzada.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación que interpone el Banco E.E. S.A. contra la sentencia dictada con fecha de veintiseis de julio de mil novecientos ochenta y cuatro por la Ilma. Sra Magistrada Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca en los autos de juicio ejecutivo de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos el pronunciamiento de dicha resolución que condena a los demandados al pago de los intereses legales de cuatro millones quinientas mil pesetas desde la interposición de la demanda, dejándolo sin efecto y, en su lugar, debemos condenar y condenamos a los demandados a que satisfagan a la actora además del principal de cuatro millones quinientas mil pesetas, los intereses devengados por dicha suma desde el día siguiente al vencimiento de sus respectivas amortizaciones parciales al tipo pactado del 22,5 % anual hasta su completo pago, confirmando en todo lo demás las restantes pronunciamientos de la sentencia y sin hacer especial imposición a las partes del pago de las costas causadas en esta alzada. Dada la incomparecencia en esta alzada de Los demandados, notifíqueseles esta resolución en la forma establecida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el término de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez)

## 113

**113. REBELDIA.** No produce indefensión del rebelde la citación mediante edictos cuando no sea factible el emplazamiento en su persona. Doctrina del T.C. *Sentencia de 19 de abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Propietarios actora contra la sentencia que puso término a la primera instancia de la litis —sentencia que desestima la pretensión de cobro de las cantidades que por gastos comunitarios adeuda el propietario del local número uno de orden— debe ser estimado con base en las dos razones que seguidamente se exponen y que desvirtúan la motivación en la que el juzgador a quo sustentó su pronunciamiento desestimatorio: Primera.- No cabe argüir indefensión alguna del demandado por causa de haber sido citado mediante edictos para que en término de nueve días compareciera en autos, pues si bien es cierto, como tiene declarado el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia de 31 de marzo de 1981, que el mandato contenido en el artículo 24.1 de la Constitución —mandato que se dirige al legislador y al intérprete a fin de que promuevan la defensa desde la correspondiente contradicción— conduce a establecer el emplazamiento personal de los demandados a fin de asegurar el conocimiento de las pretensiones formuladas en su contra, también lo es que ello —tal modo de emplazamiento— debe ser factible, y esto es precisamente lo que no ocurre en el supuesto litigioso, pues la localización del demandado sólo era posible, dado que se desconocía cualquier otra referencia, allí donde el Juzgado de Distrito intentó sin éxito alguno su citación para la celebración del acto de conciliación previo a la deman-

da instauradora de la litis, esto es, en el local de su propiedad más arriba mencionado, y Segunda. - No cabe hablar de insuficiencia probatoria cuando la Comunidad actora acredita mediante certificación librada por su Secretario-Administrador que: a) El demandado, titular del local ya referido, adeuda la participación en los gastos comunitarios correspondiente a los dos últimos trimestres de 1980 y a las dos anualidades completas de 1981 y 1982, y b) Los acuerdos mediante los que la Junta de Propietarios aprobó los gastos de los que, en aplicación de la correspondiente cuota de participación, derivan las cantidades impagadas, no han sido objeto de impugnación alguna.

CONSIDERANDO: Que en la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil procede condenar al demandado al pago de los intereses legales que devengue el principal reclamado —91.116 pesetas— a partir de la fecha de interposición de la demanda.

CONSIDERANDO: Que la conducta del demandado motiva se le condene expresamente al pago de las costas de la primera instancia, sin que dado el tenor de esta resolución proceda hacer declaración especial sobre las de esta alzada.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Don A. G. A. contra la sentencia dictada el diez de abril de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando la demanda interpuesta por dicho recurrente, debemos condenar y condenamos al demandado Don J. C. a que abone a la parte actora la cantidad de 91.116 pesetas, más la correspondiente a los intereses legales a partir de la fecha de la interposición judicial y a los prevenidos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta resolución, así como al pago de las costas causadas en la primera instancia. No se hace declaración expresa sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

## 114

114. **ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Indemnización por daños causados por el arrendatario. Concepto de daño (art. 1.106 Cc). Teorías sobre la valoración del daño: la del “valor objetivo” y la del “interés o valor subjetivo”; postura jurisprudencial al respecto. Debe existir relación directa entre la prestación de la indemnización y la repercusión que por el daño sufra el patrimonio lesionado; y tal prestación debe ser total en el ámbito del Derecho civil. *Sentencia de 19 de abril de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión a dilucidarse esta apelación ha quedado circunscrita por determinación expresa expuesta “in voce” por la Dirección Letrada de la parte recurrente en el acto de la vista de esta alzada, dado que el principio procesal dispositivo

imperera en nuestro ordenamiento jurídico positivo —“ne est iudex ultra petita partium”—, en resolver si la partida de 437.000 pesetas presupuestas para la reparación del horno del inmueble que luego se menciona, debe ser incluida o no en la suma de 1.287.695 pesetas a que ha sido condenada dicha parte a satisfacer al actor, aquí apelado.

**CONSIDERANDO:** Que son hechos y antecedentes fundamentales de los que hay que partir para el examen del presente recurso, los que siguen: Primero.- Don L. T. R. —hoy apelado-actor—, arrendó el 27 de Abril de 1965 el inmueble de su propiedad sito en la plaza de Eduardo Dato números 1, 2, 3 y 4 de Establiments (término municipal de Palma) por 31.800 pesetas anuales a don M. S. P. —aquí apelante demandado—, inmueble destinado a panadería y pastelería, pactándose en la condición cuarta que el arrendatario debía “conservarlo todo a su costa” (folio 11). Segundo.- Como consecuencia de la demanda deducida por el señor T. R. contra M. S. P., el Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad dictó sentencia de fecha 23 de Abril de 1983 que declaró resuelto el citado contrato de arrendamiento de local de negocio, por realización de obras inconcensadas que modifican la configuración del mismo y condenó al demandado a dejar vacío y expédito el referido local (folios 157/162), sentencia que fue confirmada por la de esta Sala de data 9 de Marzo de 1982 (folios 163 y 167). Tercero.- En la diligencia judicial de entrega de posesión del mencionado inmueble a su propietario, practicada el 23 de Septiembre de 1982, se hizo constar, entre otros particulares, que “un antiguo horno de panadería de los que se usaban con leña, aparece fuera de uso hace mucho tiempo, cerrado con un tablero de quita y pon” (folio 23). Cuarto.- Por acta notarial levantada el día 6 de Octubre de 1982 se acreditó la existencia, en el expresado inmueble, de un horno o tahoma propiamente dicha, “el cual presenta un estado de abandono notable” (folio 13 vuelto). Quinto.- En el dictamen pericial emitido en los autos principales por el arquitecto técnico don A. B. V. se hace constar que el horno necesita reparar bóveda y suelo interior, los mecanismos se encuentran en mal estado, algunos inservibles, el conducto de humos está cortado, no tiene salida al exterior, en cuanto al foso y frente presenta un estado deplorable (folio 114) y en términos semejantes está redactado el peritaje del Aparejador don P. J. C. T. (folio 137), coincidiendo ambos peritos en valorar la reparación del horno en 437.000 pesetas.

**CONSIDERANDO:** Que la parte apelante si bien implícitamente admitió en el acto de la vista de esta alzada, el defectuoso estado en que dejó el referido horno cuando cesó en su arrendamiento y la exactitud de la valoración de su reparación —437.000 pesetas—, negó no obstante la procedencia de que se le condene al pago de dicha suma, de ahí el motivo de su apelación, por cuanto la reparación del horno no se ha verificado y no es de utilidad llevarla a cabo, ya que los nuevos negocios —bazar y almacén— instalados en los referidos locales, no precisan horno de cocer pan en condiciones de funcionamiento y no haberse producido por ello, según la recurrente, daño indemnizable alguno a la contraparte.

**CONSIDERANDO:** Que antes de entrar en el concreto estudio de la cuestión objeto de esta apelación, conviene señalar que el artículo 1.101 del Código Civil, fuente de la responsabilidad de indemnización de daños y perjuicios derivada del cumplimiento imperfecto o incumplimiento de las obligaciones, es complementado por el 1.106 del mismo Código que fija el concepto de daño, consagrando el principio de nuestro Derecho histórico de empeoramiento, menoscabo o destrucción que se sufre en la cosa (Sentencia de 4 de Junio de 1955). Las tendencias para valorar el daño son principalmente dos: la del “valor objetivo” y la del “interés” o “valor subjetivo”. El criterio del “valor objetivo” o concreto predomina en el campo del Derecho mercantil que, como consecuencia de la tendencia a impersonalizar las relaciones con el fin de liquidarlas rápidamente, impone en el tráfico mercantil abstraerse de las circunstancias personales que afecten al patrimonio personal del perjudicado (transporte de cosas —artículos 363 y 371 del Código de Comercio—, partidas de la cuenta de resaca —artículo 527 del mismo Código—). La teoría del interés es recogida por el Código Civil y se halla sancionada por repetida jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Diciembre de 1923 la aplica claramente ya que declaró que si la falta de mercancía que debió entregarse no origina perjuicios en los intereses del acreedor, no hay obligación de indemnizar, aunque alcanzase aumento de precio en el mercado durante los meses en que hubo de ser entregada. Sentada la ante-

rior doctrina, procede entrar en el examen de la cuestión medular de esta litis: si el estado de abandono con importantes desperfectos en que dejó el arrendatario, hoy apelante, el horno de cocer pan existente en el inmueble arrendado, cuando terminó su contrato —lo había recibido en buen estado de funcionamiento—, origina o no perjuicio en los intereses del arrendador, dado que éste destina ahora los locales, según exponen los peritos, a otras actividades mercantiles distintas a la de elaboración y cocción de pan.

**CONSIDERANDO:** Que la prestación de la indemnización tiene que ir en relación directa con la repercusión que por el acto sufra el patrimonio lesionado, prestación que, en el ámbito del Derecho civil, ha de ser total, ya que ha de alcanzar todos los intereses del acreedor que resulten perjudicados como consecuencia del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra parte. De ahí que el importe de la reparación del referido horno, elemento integrante del inmueble que fue arrendado al hoy apelante y que este utilizó durante años, no puede excluirse, como pretende la parte recurrente, de la indemnización concedida por el Juez "a quo", al ser imprescindible para restablecer su adecuado funcionamiento y mantener con ello el valor del inmueble arrendado, ya que el deterioro y abandono de utilizar el horno por el hoy apelante afectó negativamente al patrimonio del arrendador, hoy apelado, causándole un perjuicio en sus intereses patrimoniales que debe ser objeto de la adecuada indemnización, lo que conlleva la desestimación del recurso interpuesto y por ende la confirmación del fallo impugnado.

**CONSIDERANDO:** Que de conformidad con el párrafo segundo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede la condena en costas a la parte 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 M. S. P., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha dieciocho de Octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad, en los autos del juicio de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

## 124

**124. CUESTION DE COMPETENCIA.** Los fueros que la LEC ofrece no juegan sino en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes litigantes. *Sentencia de 26 de abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que, dejando al margen, a fin de no demorar más todavía el ya excesivamente dilatado curso de estos autos de juicio de deshausio de industria, por expiración del plazo contractual, que fueron instados el 18 de Octubre de 1983, la circunstancia de que la resolución del Juzgador "a quo" debió adoptar forma de sentencia y no de auto, pues, tramitándose la declinatoria de competencia promovida por el demandado por

vía incidental, como permite el artículo 79 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento, ha de respetarse la prescripción del artículo 758 en orden a la clase de resolución que le ponga término, resulta manifiesto que el recurso deducido por la parte actora contra la decisión última del Juzgado favorable a la cuestión suscitada ha de prosperar, ya que, por de pronto, el promotor del incidente omitió, al formular la declinatoria, la expresión de no haber hecho uso también de la inhibitoria con infracción de lo que dispone el artículo 78 de la Ley Procesal, y, sobre todo, no justificó tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas, ni las consignó tampoco ante el Órgano Jurisdiccional, en contra de lo que terminantemente preceptúa el artículo 1567 en su párrafo 3º, por lo que la cuestión de competencia ni tan siquiera debió ser admitida a trámite; pero, es que, además, la resolución recurrida no tiene en cuenta que, salvo que la Ley establezca de manera especial y concreta otra cosa, el criterio preferente en nuestro Derecho para designar el Juez a quien, por razón del territorio, corresponde conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, viene determinado por la voluntad de los propios litigantes manifestada a través de la sumisión, expresa o tácita, y que, sólo en su defecto, cobran aplicación los restantes fueros que la Ley señala, como se deduce de los artículos 54, 56, 62, 63 y 75, y es doctrina jurisprudencial reiteradísima, siendo por ello obvio que, al haberse estipulado en la cláusula 9ª del contrato de arriendo que "ambas partes acuerdan que se someten a los tribunales de Palma de Mallorca para el caso de dirimir contienda", la competencia territorial para el conocimiento de los presentes autos de juicio de deshaucio común a tramitar por las reglas de los artículos 1.589 y siguientes, se halla atribuida a los Juzgados de dicha capital y no al del partido judicial de Manacor, como ocurriría de entrar en juego la regla 13ª del artículo 63, según, por otro lado, entendió el propio demandado, cuando, presentó querrela por presunta estafa ante los Juzgados de Instrucción de Palma invocando explícitamente para fundar la competencia de los mismos, en contradictoria actitud con la que aquí sostiene, el citado pacto de sumisión (folio 57); procede en consecuencia, sin necesidad de más argumentos, y con revocación de las resoluciones recurridas, no dan lugar a la declinatoria planteada y confirmar la competencia del Juzgado que ya entiende del litigio.

**CONSIDERANDO:** Que los datos que se recogen en el anterior fundamento jurídico, revelan temeridad en el planteamiento de la cuestión de competencia por declinatoria que ahora se rechaza, por lo que deban imponerse las costas causadas en la primera instancia al promotor de la misma, sin que, por el carácter revocatorio de esta resolución, proceda hacer especial declaración en cuanto a las de esta alzada.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación que interpone Dª M. C. O. y con revocación de los autos dictados por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca los días veinte de Junio y veintiuno de Septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro en el presente juicio de deshaucio, debemos declarar y declaramos no haber lugar a la cuestión de competencia por declinatoria en favor del Juzgado de igual clase de Manacor suscitada por el demandado D. B. R. M., a quien expresamente condenamos al pago de las costas causadas por el incidente en la primera instancia, y sin hacer especial declaración en cuanto a las producidas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a la parte no comparecida en la forma prescrita en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en término de tres días no se insta la personal. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

## 127

**127. DIVORCIO.** No cabe desestimar una demanda de divorcio alegando indefensión por declaración en rebeldía de uno de los cónyuges cuando existen pruebas concluyentes de que el rebelde es conocedor del proceso que se sigue. *Sentencia de 29 de abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que la demanda inicial de este proceso se funda en la causa de divorcio establecida en el número 3º-a) del artículo 86 del Código Civil, expresiva del "cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho".

**CONSIDERANDO:** Que si bien la sentencia recaída declara que por la prueba documental y testificar practicada "sería harto suficiente estimar la demanda", no obstante rechaza la pretensión disolutoria del vínculo matrimonial, por indefensión de la demandada, declarada en rebeldía, invocando al efecto el artículo 24 de la Constitución Española; indefensión que el juzgador de primera instancia presume: a) al no haber constancia fehaciente en autos, de que la demandada haya tenido conocimiento del presente procedimiento, pues su emplazamiento se produjo en la persona de su padre, "hecho este que no es garantía suficiente para entender que se le transmitió", y b) "no se solicitó la prueba de confesión, la cual de haberse practicado, o en su defecto, aunque no se hubiere practicado, pero se hubiera constatado en autos la citación personal". Fundamentación esta que se derrumba totalmente por su base, al contar en autos que la demandada tuvo cabal conocimiento del juicio e incluso en tres ocasiones se practicaron personalmente con ella ciertas diligencias, a saber: I) al folio 22 de los autos principales, diligencia extendida el 14 de Febrero de 1984 en la que el Secretario del Juzgado da fe que comparece Dª C. S. P. así consta, mecanografiado en letras mayúsculas— y solicita abogado y procurador de oficio en los presentes autos, comparecencia firmada por la interesada —la señora S. P. es la demandada—. II) En el mismo folio se hace constar que la providencia dictada el mismo día 14 de Febrero y que acuerda, con suspensión del término del emplazamiento, que se nombre abogado y procurador a la demandada, librándose los despachos correspondientes, fue notificada en el mismo día, personalmente, a Dª C. S. P. que firmó dicha diligencia judicial; y III) la providencia de fecha 9 de Marzo de 1984 que acuerda unir a los autos los oficios de los Colegios de Abogados y Procuradores de esta ciudad que comunican el nombre de los respectivos colegios a quienes correspondió por turno de oficio defender a la demandada y que se comunique a esta tales nombramientos, fue notificada personalmente a Dª C. S. P., quien firmó la correspondiente diligencia, según consta al folio 25.

**CONSIDERANDO:** Que al no desprenderse de lo actuado indefensión en la demandada y al apreciarse del conjunto de la prueba practicada —documental y testifical— el cese efectivo de la convivencia conyugal durante mucho más de dos años ininterrumpidos, separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges, se da la causa de divorcio 3ª, apartado a) del artículo 86 del Código Civil, y en su consecuencia procede estimar la demanda previa revocación del fallo recaído.

**CONSIDERANDO:** Que el artículo 95 del repetido Código declara que la sentencia de divorcio producirá, respecto a los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

**CONSIDERANDO:** Que al no constar en autos los elementos necesarios para fijar

las medidas referidas en el artículo 91 del supradicho Código, estas se determinarán en el período de ejecución de sentencia.

**CONSIDERANDO:** Que al no haberse personado la demandada en los presentes autos, no cabe hacer pronunciamiento especial sobre 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 don J. A. S. V., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha dieciséis de Junio de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez accidentalmente del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad en el juicio de divorcio de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando la demanda deducida por la representación procesal de don J. A. S. V., debemos: 1º) Declarar y declaramos disuelto por divorcio el matrimonio de don J. A. S. V. y doña C. S. P. celebrado el día 3 de Junio de mil novecientos setenta y tres en Marratxí-Mallorca. 2º) Que se comunique esta sentencia de oficio al Registro Civil en que consta el matrimonio de los litigantes (Marratxí-Sección 2ª, Tomo 19, Página 34) y el nacimiento de sus hijos J. C. y C. S. S. (Palma, Sección 1ª, Tomo 71, 473 y Tomo 71, página 475, respectivamente). 3º) Decretar la disolución del régimen económico matrimonial de los litigantes. 4º) Que sea en período de ejecución de sentencia, cuando se acuerden, por el Juzgado, las medidas prevenidas en el artículo 91 del Código Civil. Todo ello sin hacer especial imposición en cuanto a las costas devengadas en ambas instancias. Dada la incomparecencia en este recurso de la demandada declarada en rebeldía, notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

## 128

**128. RECLAMACION DE CANTIDAD.** Inserción del llamado “contrato de arquitecto” dentro de la categoría genérica de contratos de resultado. La posibilidad de que un facultativo distinto del autor de los planes pueda dirigir la obra siguiendo las directrices marcadas por éstos, supone incumplimiento. *Sentencia de 29 de abril de 1985.*

**CONSIDERANDO:** Que contra la sentencia de instancia, por la que se condena a la entidad demandada a pagar al actor la suma de 2.771.065 pesetas en concepto de honorarios profesionales por la redacción del “Proyecto básico y de ejecución” de un conjunto residencial, aquella litigante interpone recurso de apelación con base en un primer motivo —falta de legitimación pasiva— cuyo rechazo se impone en razón a la correcta argumentación que se contiene en la resolución recurrida y que se integra como propia de la que ahora se dicta, y en un segundo incumplimiento de prestación —cuyo adecuado análisis exige precisar—: Primero.- Que la inserción del llamado “contrato de arquitecto” dentro de los



de obra o del de servicios viene determinada por el contenido que al mismo hayan dado las partes contratantes, esto es, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1984, que a su vez cita las de febrero de 1950, 10 de junio de 1975 y 29 de septiembre y 3 de noviembre de 1983, para determinar su naturaleza jurídica "habrá de estarse al objeto inmediato de la obligación, de tal modo que si lo convenido fuere la prestación de un trabajo, labor o actividad en si misma considerada y con independencia por tanto del resultado, el contrato será de arrendamiento de servicios, mientras que si lo que se conviene o pacte es un resultado sin consideración al trabajo o actividad que lo produce, es de obra", lo cual permitió a esta Sala declarar en las Sentencias de 28 de octubre y 14 de noviembre de 1981, recogidas por la de 18 de febrero de 1984, que el contrato arquitecto-cliente en cuanto se refiere al Proyecto básico y/o de ejecución es un contrato de resultado y no de simple actividad, como, por lo demás, lo revelaba el Capítulo I del Real Decreto de 1 de diciembre de 1922 al declarar que "se entiende por proyecto el completo de los planes y documentos precisos en cada caso y estudiados con el detalle necesario para que otro facultativo distinto del autor pueda dirigir con arreglo a ellos las obras correspondientes", lo evidencia el Real Decreto de 17 de junio de 1977, actual texto regulador de los honorarios profesionales de los Arquitectos, al establecer que el Proyecto básico deberá tener un contenido suficiente para solicitar, una vez obtenido el preceptivo visado colegial, la licencia municipal (apartado 1.4.3), y que el Proyecto de ejecución habrá de determinar completamente los detalles y especificaciones de todos los materiales, elementos, sistemas constructivos y equipos (apartado 1.4.4); Segundo.- Que lo característico, en sede de cumplimiento, de los contratos de arrendamiento de obra, como declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de junio de 1980, "es que la obligación del empresario no se agota con la mera ejecución de la obra, sino en una realización que reúna las cualidades prometidas y que además no adolezca de vicios o defectos que eliminen o disminuyen el valor o utilidad previstos en el contrato", y Tercero.- Que ante la ausencia de reglas precisas, excepción hecha de la contenida en el artículo 1.591 del Código Civil, para solucionar el conflicto que plantea el cumplimiento defectuoso o imperfecto, la jurisprudencia, en su misión integradora, ha precisado que "si para la protección del equilibrio entre las prestaciones recíprocas no deberá ni podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, supuesto que se resolverá mediante la obligación de la acción redhibitoria o de la reducción del precio, no ocurrirá lo propio cuando los vicios o defectos de la obra alcancen tal grado de imperfección que la hagan impropia para satisfacer el interés del comitente, hipótesis que hará lícita y plausible la utilización de las acciones previstas en el artículo 1.125 del Código Civil". (Sentencia Tribunal Supremo 14 de junio de 1980).

**CONSIDERANDO:** Que el examen del material litis decisorio permite fijar como acreditado: A) Que el contenido del "Proyecto básico y de ejecución" redactado por el Arquitecto actor ha obtenido, según consta en la certificación librada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares, el preceptivo visado colegial, y es suficiente, a tenor de lo certificado por el Ayuntamiento de San José (municipio en el que se levantará la obra), para obtener la licencia municipal correspondiente, como exige el punto 3. (Proyecto básico) del apartado 1.4. (Fases del trabajo) del Real Decreto 2.512/1977, de 17 de junio, y B) Que dicho Proyecto, contrariamente a lo preceptuado en el punto 4 del apartado 1.4. de la normativa citada, no contiene la completa determinación de detalles y especificaciones de todos los elementos y sistemas constructivos que permitirá llevar a cabo la ejecución de la obra cualquiera que sea el Arquitecto que la dirija, por cuanto en él ha sido omitido, según resulta de los dictámenes periciales aportados al pleito, el detalle del armado del muro de contención grafiado en el plano nº 3 ("cimientos y saneamiento"), el de las losas de hormigón de los planos 13 y 14 ("Forjados") y el de las losas de las escaleras.

**CONSIDERANDO:** Que la aplicación a estos hechos de la doctrina expuesta al inicio de esta fundamentación conduce, en primer término, a la imposibilidad tanto de estimar íntegramente el recurso que ahora se resuelve, pues no siendo el Proyecto redactado por el actor impropio para satisfacer el interés de la sociedad comitente, resultaría contrario a la buena fe facultar a ésta, como tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 1979, "para retener el cumplimiento del resto total de su prestación cuando

con una pequeña parte del mismo puede ser resarcido de las imperfecciones de la obra", como de desestimarlos absolutamente, dado que la entidad de los detalles omitidos no sitúan a éstos en el ámbito de los que por su carácter complementario puede establecer el Arquitecto que dirija la ejecución de la obra (apartado 1.4.5. del Real Decreto más arriba citado), sino en el propio de los que siendo esenciales para ésta deben integrar el Proyecto de ejecución (apartado 1.4.4. de la fase de trabajo "Proyecto de ejecución" del referido texto legal), y, en segundo término, al acogimiento parcial de tal impugnación mediante la reducción del importe de los honorarios normativamente establecidos para el Proyecto acabado (2.771.065 pesetas) —solución que mejor responde a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y al sinalagma funcional o interdependencia que las caracteriza (Sentencia Tribunal Supremo 15-3-79) —y que esta Sala cifra en el diez por ciento de los mismos, por estimar que tal disminución —277.106 pesetas— es proporcional al trabajo dejado de realizar por el actor.

**CONSIDERANDO:** Que en aplicación de reiterada doctrina el carácter ilícito del débito impide condenar a la entidad deudora al pago de intereses distintos a los que previene el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**FALLAMOS:** Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Entidad M. S.A., contra la sentencia dictada el veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Ibiza en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en cuanto: A) La cantidad que la entidad demandada debe abonar al actor se fija ahora en dos millones cuatrocientas noventa y tres mil novecientos cincuenta y nueve pesetas, y B) Se absuelve a dicha deudora de la obligación de pagar intereses distintos a los prevenidos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se confirma el resto de la sentencia recurrida. No se hace especial declaración sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

## C. INDICE ANALITICO

- Acción  
 De deslinde, 1  
 De división de cosa común, 23, 55, 69  
 Reivindicatoria, 119
- Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, 62
- Alimentos, juicio de, 98
- Arquitectos, 21, 38, 128
- Arrendamientos  
 De obra, 65, 126  
 Urbanos, 3  
 Daños, 114  
 Obras, 61, 116  
 Rentas, 104  
 Resolución, 52, 109  
 Transpaso, 34, 46
- Caducidad, 22
- Compensación  
 Bancaria, 70  
 De culpas, 59
- Competencia, 124
- Codena de hacer, 31
- Contrato  
 De Compraventa, 39, 68  
 De cuenta corriente, 70  
 De ejecución de obra, 29  
 De obra, 103  
 De seguro, 12, 64, 76  
 Nulidad, 93  
 Resolución, 39  
 Simulación, 68
- Corrección disciplinaria  
 Al Juez, 91  
 Al Secretario, 51
- Culpa extracontractual, 11, 13, 63, 72, 100
- Demanda, 22
- Desahucio, juicio de, 26, 28, 48, 95, 102
- Deslinde, 1
- Diligencias preparatorias de ejecución, 30
- Divorcio  
 Cese de la convivencia conyugal, 15, 33  
 Nulidad de actuaciones, 78  
 Pensión alimenticia, 47, 83  
 Rebeldía, 127  
 Visitas, 129
- Documentos, 22, 66, 75
- Dominio público, 87
- Ejecutivo, juicio de,  
 Cambiario  
 Acción de regreso, 89  
 Costas, 118  
 Legitimación, 16  
 Pago, 6, 88, 107, 108  
 Plus petición, 2, 20, 81  
 Protesto, 97  
 Provisión de fondos, 8, 16, 17, 24, 27, 41, 79, 94, 101, 102  
 Quita y espera, 73, 81  
 Valoración de la prueba, 4
- Cheque, 14
- Póliza mercantil, 7, 85
- Póliza de préstamo, 50, 51, 74, 106, 111
- Tráfico, 84, 99
- Excepciones procesales  
 Incompetencia de jurisdicción, 90  
 Legitimación, 16

- Incongruencia, 50, 57
- Intereses, 19, 60, 96, 122
- Novación, 42
- Nulidad de actuaciones, 78, 117
- Obligaciones
  - Fuentes, 43
- Prescripción, 40
- Principios constitucionales, 81, 82, 83, 113
- Procurador, 58
- Propiedad horizontal, 22, 35, 44, 56, 60
- Propiedad Industrial, 9
- Prueba
  - Pericial, 77
  - Valoración, 4
- Quiebra, 67, 82
- Rebeldía, 45, 105, 113
- Reclamación de cantidad, 5, 10, 18, 21, 25, 36, 40, 42, 43, 44, 45, 66, 105, 120, 123, 128.
- Recurso de apelación, 81
- Responsabilidad
  - Civil, 91
  - Decenal, 21
- Separación matrimonial
  - Abandono de hogar, 71
  - Alimentos, 49, 121
  - Cese convivencia, 80, 86
  - Conducta vejatoria, 32, 80, 115
  - Pensión compensatoria, 49, 92
- Servidumbres
  - de luces y vistas, 1
  - de medianería, 53
- Sociedades anónimas, 54, 125
- Sucesión, 110
- Tercería de dominio, 68
- Tutela efectiva, 81, 82, 113

### III. SALAS 1ª y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

#### A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 9 de Enero de 1985 (2ª).*
2. **Escándalo público.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Enero de 1985.*
3. **Robo con fuerza en las cosas.** Empleo de instrumento preparado como llave. *Sentencia de 10 de Enero de 1985.*
4. **Infanticidio** —Art. 410.— Elementos. *Sentencia de 12 de Enero de 1985 (2ª).*
5. **Robo con intimidación en las personas.** Requisitos. *Sentencia de 12 de Enero de 1985 (2ª).*
6. **Robo con fuerza en las cosas.** Rotura de cristal y escalamiento. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Enero de 1985 (2ª).*
7. **Salud pública.** Venta. Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Enero de 1985 (2ª).*
8. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 14 de Enero de 1985 (2ª).*
9. **Delito Relativo a la prostitución** —Art. 452 bis b) 1º y bis d)—. Requisitos. *Sentencia de 15 de Enero de 1985 (2ª).*

---

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Prof. Gabriel Garcías Planas, del departamento de Derecho Penal.

10. **Imprudencia temeraria**, con resultado de lesiones. *Sentencia de 15 de Enero de 1985 (2ª)*.
11. **Utilización ilegítima de vehículo de motor**. Agravante de reincidencia. —**Robo con fuerza en las cosas**—. **Hurto**. Falta. *Sentencia de 15 de Enero de 1985 (2ª)*.
12. **Robo con violencia en las personas**. Procedimiento del tirón. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Enero de 1985*.
13. **Robo con violencia en las personas**, resultando lesiones leves. Empleo de armas. Concurrencia de las circunstancias agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Enero de 1985*.
14. **Salud pública**. Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 16 de Enero de 1985*.
15. **Robo con fuerza en las cosas**.- **Robo con intimidación en las personas**. Tentativa. Uso de armas. Agravante de disfraz. *Sentencia de 16 de Enero de 1985*.
16. **Utilización ilegítima de vehículo de motor**.- **Robo** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 16 de Enero de 1985*.
17. **Robo con fuerza en las cosas**. Frustración. Conformidad. *Sentencia de 16 de Enero de 1985 (2ª)*.
18. **Robo con violencia en las personas**. Conformidad. *Sentencia de 21 de Enero de 1985*.
19. **Robo con fuerza en las cosas**. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 22 de Enero de 1985*.
20. **Salud pública**. Autoría y complicidad. *Sentencia de 22 de Enero de 1985 (2ª)*.
21. **Robo con fuerza en las cosas**. Rompimiento de puerta. Escalamiento. *Sentencia de 23 de Enero de 1985*.
22. **Robo con fuerza en las cosas**. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 23 de Enero de 1985*.

23. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Enero de 1985.*
24. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Enero de 1985 (2ª).*
25. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 24 de Enero de 1985 (2ª).*
26. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante analógica de drogadicción. El Tribunal aconseja el internamiento en lugar adecuado para el tratamiento de su drogodependencia. *Sentencia de 24 de Enero de 1985 (2ª).*
27. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 25 de Enero de 1985 (2ª).*
28. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico.- **Tenencia ilícita de armas.** Ausencia de conducta típica —pistola de fogueo—. *Sentencia de 25 de Enero de 1985 (2ª).*
29. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 25 de Enero de 1985.*
30. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Enero de 1985 (2ª).*
31. **Falsificación en documento mercantil.** Delito continuado. Circunstancia agravante de abuso de confianza. **Estafa.** Delito continuado. *Sentencia de 28 de Enero de 1985 (2ª).*
32. **Imprudencia temeraria** con resultado de muerte, lesiones y daños. Conformidad. *Sentencia de 29 de Enero de 1985 (2ª).*
33. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. *Sentencia de 29 de Enero de 1985 (2ª).*
34. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante de disfraz. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Conformidad. *Sentencia de 29 de Enero de 1985 (2ª).*

35. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 29 de Enero de 1985 (2ª).*
36. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
37. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
38. **Receptación.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
39. **Robo con intimidación en las personas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
40. **Receptación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
41. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Enero de 1985.*
42. **Apropiación indebida.** Falta. *Sentencia de 30 de Enero de 1985.*
43. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1985.*
44. **Incendio de edificio público.** Combustión de una celda de establecimiento penitenciario. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Enero de 1985\*.*
45. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Enero de 1985.*
46. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana.- **Tenencia ilícita de armas de fuego.** *Sentencia de 31 de Enero de 1985.*
47. **Robo con intimidación en las personas.** Grave amenaza y violencia física. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 31 de Enero de 1985.*
48. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. *Sentencia de 31 de Enero de 1985.*
49. **Hurto.** Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 31 de Enero de 1985 (2ª).*



50. **Robo con fuerza en las cosas.** Requisitos. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 1 de Febrero de 1985 (2ª).*
51. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 1 de Febrero de 1985.*
52. **Salud pública.** Ofrecimiento a Policía ignorando su condición. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Febrero de 1985 (2ª).*
53. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 2 de Febrero de 1985 (2ª).*
54. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985 (2ª).*
55. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos.— **Receptación.** Requisitos. *Sentencia de 5 de febrero de 1985 (2ª).*
56. **Omisión del deber de socorro.** Ausencia de conducta típica.— **Resistencia a agentes de la autoridad.** Elementos.— **Lesiones.**- “Animus laedendi”. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985 (2ª).*
57. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de ventana. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985 (2ª).*
58. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985.*
59. **Injurias.** Cometidas —consumadas— en el extranjero. Absolución en base al principio de territorialidad de la Ley penal. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985\*.*
60. **Robo con violencia en las personas y fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985.*
61. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985.*
62. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 6 de Febrero de 1985.*

63. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal. Agravante de reiteración. *Sentencia de 6 de Febrero de 1985.*
64. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Febrero de 1985.*
65. **Incendio.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Febrero de 1985.*
66. **Robo.** Delito continuado. Escalamiento. Fractura de puerta. *Sentencia de 11 de Febrero de 1985.*
67. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Febrero de 1985 (2ª).*
68. **Robo con intimidación.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Febrero de 1985 (2ª).*
69. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 11 de Febrero de 1985 (2ª).*
70. **Robo con intimidación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Febrero de 1985.*
71. **Falsificación de documento de identidad.- Uso de documento de identidad falso.- Falsedad en documento mercantil.- Estafa.** Falta continuada. Conformidad. *Sentencia de 12 de Febrero de 1985.*
72. **Abusos deshonestos.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Febrero de 1985.*
73. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cristal de vehículo. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985.*
74. **Robo con fuerza en las cosas.- Encubrimiento.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985.*
75. **Hurto.- Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 14 de Febrero de 1985.*
76. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado.- **Utilización ilegí-**

- tima de vehículo de motor ajeno.- Tenencia ilícita de armas.- Hurto.** Falta continuada. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985.*
77. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985 (2ª).*
78. **Robo con intimidación en las personas.** Atenuante de minoría de edad y agravantes de reincidencia y disfraz. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985 (2ª).*
79. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985 (2ª).*
80. **Receptación.** Ausencia de conducta típica por faltar el conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 14 de Febrero de 1985 (2ª).*
81. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Conformidad. *Sentencia de 15 de Febrero de 1985 (2ª).*
82. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Febrero de 1985 (2ª).*
83. **Lesiones.** "Animus laedendi". Sin dejar defecto físico ni deformidad. *Sentencia de 18 de Febrero de 1985 (2ª).*
84. **Falsificación de documento público.** Elementos. El Tribunal hace uso del Art. 318 para rebajar la pena en un grado. *Sentencia de 18 de Febrero de 1985 (2ª).*
85. **Robo con intimidación.** Empleo de armas. Circunstancias agravantes de reincidencia y disfraz. *Sentencia de 18 de Febrero de 1985 (2ª).*
86. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Frustración. *Sentencia de 18 de Febrero de 1985 (2ª).*
87. **Salud pública.** Conducta de favorecimiento. *Sentencia de 18 de Febrero de 1985 (2ª).*
88. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando de drogas. Utilización de documento de identidad falso.** *Sentencia de 19 de Febrero de 1985.*
89. **Falsificación de documento mercantil.- Estafa.** *Sentencia de 19 de Febrero de 1985.*

90. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Rompimiento de cerradura. *Sentencia de 19 de Febrero de 1985.*
91. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Febrero de 1985.*
92. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Febrero de 1985.*
93. **Robo con violencia.** Concurrencia de la atenuante de imputabilidad disminuída y agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Febrero de 1985.*
94. **Imprudencia temeraria,** resultado de lesiones graves. *Sentencia de 20 de Febrero de 1985.*
95. **Hurto.** Vehículo de motor. *Sentencia de 20 de Febrero de 1985.*
96. **Allanamiento de morada.- Daños.** Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 22 de Febrero de 1985.*
97. **Abandono de familia.** Conformidad. *Sentencia de 23 de Febrero de 1985.*
98. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. *Sentencia de 23 de Febrero de 1985 (2ª).*
99. **Robo con violencia en las personas.** Requisitos. *Sentencia de 23 de Febrero de 1985 (2ª).*
100. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y fractura de ventana.- **Tenencia ilícita de armas.** Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Febrero de 1985 (2ª).*
101. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 23 de Febrero de 1985 (2ª).*
102. **Falsedad en documento privado.** Requisitos: a) alteración de documento y b) conocimiento de causación de perjuicio a tercero. Delito continuado. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985 (2ª).*

103. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado.- **Estafa.** Delito continuado. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985 (2ª).*
104. **Salud pública.** —Art. 346-1º—. Ausencia de los requisitos que configuran el tipo. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985 (2ª).*
105. **Robo con intimidación en las personas.** Elementos. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985 (2ª).*
106. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985 (2ª).*
107. **Robo con intimidación en las personas.- Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985 (2ª).*
108. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta.- **Encubrimiento.** *Sentencia de 25 de Febrero de 1985.*
109. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985.*
110. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.- Imprudencia temeraria, resultado de daños.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985.*
111. **Desobediencia leve a agentes de la autoridad.** Falta. *Sentencia de 26 de Febrero de 1985.*
112. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Febrero de 1985 (2ª).*
113. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Febrero de 1985 (2ª).*
114. **Apropiación indebida.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Febrero de 1985 (2ª).*
115. **Robo.** Delito continuado. Casa habitada. *Sentencia de 27 de Febrero de 1985.*
116. **Robo con violencia en las personas,** resultan lesiones. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Febrero de 1985.*

117. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal de una ventana. *Sentencia de 27 de Febrero de 1985.*
118. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.- Robo con intimidación.-** Uso de armas.- **Robo con homicidio.** Delito frustrado.- **Tenencia ilícita de armas de fuego.** Agravante de disfraz y atenuante de transtorno mental transitorio. *Sentencia de 28 de Febrero de 1985.*
119. **Robo con violencia.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 1 de Marzo de 1985 (2ª).*
120. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 1 de Marzo de 1985 (2ª).*
121. **Salud pública.** No se acredita la pertenencia de la droga al procesado. Absolución. *Sentencia de 1 de Marzo de 1985 (2ª).*
122. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Marzo de 1985 (2ª).*
123. **Robo con intimidación.** Escalamiento. Casa habitada.- **Encubrimiento.** *Sentencia de 4 de Marzo de 1985.*
124. **Robo con intimidación.** Requisitos. *Sentencia de 4 de Marzo de 1985.*
125. **Falsificación de documento de identidad.-** Uso de documento mercantil falso.- **Estafa.** *Sentencia de 4 de Marzo de 1985.*
126. **Robo con intimidación.** *Sentencia de 5 de Marzo de 1985.*
127. **Hurto.** Delito continuado. Agravante de abuso de confianza. *Sentencia de 6 de Marzo de 1985.*
128. **Abusos deshonestos.- Escándalo público.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 6 de Marzo de 1985.*
129. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Marzo de 1985.*
130. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. *Sentencia de 6 de Marzo de 1985.*

131. **Alzamiento de bienes.** No concurren los elementos integrantes del tipo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1985\**.
132. **Abusos deshonestos.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Marzo de 1985.*
133. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 8 de Marzo de 1985.*
134. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 9 de Marzo de 1985 (2ª).*
135. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Requisitos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Marzo de 1985 (2ª).*
136. **Lesiones.** Presunción de inocencia. *Sentencia de 11 de Marzo de 1985 (2ª).*
137. **Falsificación en documento privado.** Requisitos. *Sentencia de de 11 de Marzo de 1985 (2ª).*
138. **Allanamiento de morada.** Presunción de inocencia.- **Salud pública.** Donación. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985 (2ª).*
139. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985 (2ª).*
140. **Robo con violencia en las personas.** Requisitos. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985 (2ª).*
141. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985 (2ª).*
142. **Falsedad en documento oficial.** Manipulación en permiso de arma. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985 (2ª).*
143. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de barrotes. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985.*
144. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Marzo de 1985.*
145. **Hurto.- Falsificación de documento de identidad.- Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada.- **Receptación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Marzo de 1985.*

146. **Escándalo público.** *Sentencia de 13 de Marzo de 1985.*
147. **Robo con violencia en las personas.** Delito frustrado. *Sentencia de 13 de Marzo de 1985.*
148. **Incendio en edificio público.** Circunstancia atenuante muy cualificada, análoga con la de trastorno mental transitorio incompleto. *Sentencia de 13 de Marzo de 1984 (2ª).*
149. **Falsificación de documento de identidad.- Estafa.- Falsedad de documento mercantil.** Delitos continuados. *Sentencia de 14 de Marzo de 1985.*
150. **Falsedad en documento mercantil.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Marzo de 1985.*
151. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 14 de Marzo de 1985.*
152. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985.*
153. **Robo.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985 (2ª).*
154. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Llaves falsas.- Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985 (2ª).*
155. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Marzo de 1985 (2ª).*
156. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado.- **Robo con violencia en las personas.** Elementos.- **Robo con fuerza en las cosas.** Requisitos. Atenuante de minoría de edad.- **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1985 (2ª).*
157. **Estafa.** Conformidad. *Sentencia de 20 de Marzo de 1985 (2ª).*
158. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Marzo de 1985 (2ª).*



159. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985 (2ª).*
160. **Salud pública.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985 (2ª).*
161. **Estafa.** Ausencia de los elementos que configuran el tipo. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985 (2ª).*
162. **Salud pública.** Conducta de favorecimiento a tercero para su consumo e introducción de la sustancia tóxica en establecimiento militar. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985\*.*
163. **Falsificación de documento mercantil.- Estafa.** *Sentencia de 22 de Marzo de 1985.*
164. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta.- **Hurto.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985.*
165. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Forzamiento de puerta. *Sentencia de 23 de Marzo de 1985 (2ª).*
166. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 25 de Marzo de 1985 (2ª).*
167. **Robo.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 25 de Marzo de 1985 (2ª).*
168. **Robo.** Desmonte de tapajuntas de cristal. *Sentencia de 25 de Marzo de 1985 (2ª).*
169. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.- Robo.** Rompimiento de puerta. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Marzo de 1985 (2ª).*
170. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985 (2ª).*
171. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985 (2ª).*
172. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985 (2ª).*

173. **Robo.** Escalamiento. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985 (2ª).*
174. **Hurto.** Agravante de reincidencia.- **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia.- **Robo con violencia en las personas.** Agravantes de disfraz y reincidencia.- **Imprudencia temeraria,** con resultado de daños. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985 (2ª).*
175. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985.*
176. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 26 de Marzo de 1985.*
177. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 27 de Marzo de 1985.*
178. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. *Sentencia de 27 de Marzo de 1985.*
179. **Robo con intimidación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*
180. **Falsificación de documento mercantil.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*
181. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerrojo de puerta de acceso. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985.*
182. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985 (2ª).*
183. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 28 de Marzo de 1985 (2ª).*
184. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Marzo de 1985.*
185. **Robo con violencia en las personas.- Robo con lesiones graves.- Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.- Receptación.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 1 de Abril de 1985.*
186. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 1 de Abril de 1985 (2ª).*

187. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventanas. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 1 de Abril de 1985 (2ª).*
188. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 1 de Abril de 1985 (2ª).*
189. **Robo.** Escalamiento. *Sentencia de 2 de Abril de 1985 (2ª).*
190. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 2 de Abril de 1985.*
191. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana y cerradura, en estación de servicio. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Abril de 1985.*
192. **Imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Abril de 1985.*
193. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Abril de 1985.*
194. **Apropiación indebida.** Delito continuado.- **Falsificación de documento mercantil.** Delito continuado. *Sentencia de 11 de Abril de 1985 (2ª).*
195. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. *Sentencia de 12 de Abril de 1985.*
196. **Robo con fuerza en cosas.** Rompimiento de cierre. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Abril de 1985.*
197. **Robo con homicidio.** Frustración.— **Tenencia ilícita de armas.** Requisitos. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 13 de Abril de 1985 (2ª)\*.*
198. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante analógica de drogadicción como muy cualificada.- **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia.- **Salud pública.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1985 (2ª).*
199. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuantes de minoría de edad y analógica con el trastorno mental transitorio in-

- completo o drogadicción y agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Abril de 1985 (2ª)*.
200. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 16 de Abril de 1985 (2ª)*.
201. **Amenazas.** Falta.- **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 16 de Abril de 1985 (2ª)*.
202. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. *Sentencia de 17 de Abril de 1985*.
203. **Falsificación de documento mercantil.- Hurto.** Falta.- **Estafa.** Falta. Frustración. *Sentencia de 18 de Abril de 1985*.
204. **Estafa.** Delito continuado. *Sentencia de 18 de Abril de 1985*.
205. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Abril de 1985*.
206. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 18 de Abril de 1985*.
207. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada.- **Encubrimiento.- Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Abril de 1985*.
208. **Atentado a agentes de la autoridad.- Desacato.- Lesiones.** Falta.- **Coacciones.** Falta. *Sentencia de 18 de Abril de 1985 (2ª)*.
209. **Robo con fuerza en las cosas.** Grado de tentativa. *Sentencia de 18 de Abril de 1985 (2ª)*.
210. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Abril de 1985 (2ª)*.
211. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 20 de Abril de 1985 (2ª)*.
212. **Salud pública.** Tenencia para consumo propio. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 20 de Abril de 1985 (2ª)*.

213. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia y atenuante analógica con la de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 20 de Abril de 1985 (2ª).*
214. **Robo con intimidación en las personas.** Cooperación necesaria. Uso de armas. Casa habitada. Agravante de disfraz. *Sentencia de 22 de Abril de 1985 (2ª).*
215. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 22 de Abril de 1985 (2ª).*
216. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. *Sentencia de 23 de Abril de 1985 (2ª).*
217. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de drogadicción y agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Abril de 1985 (2ª).*
218. **Falsificación de documento de identidad.- Salud pública.- Delito de contrabando.** *Sentencia de 23 de Abril de 1985.*
219. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 23 de Abril de 1985.*
220. **Lesiones.** Concurrencia de todos los elementos que configuran el tipo delictivo. *Sentencia de 25 de Abril de 1985.*
221. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Abril de 1985.*
222. **Intrusismo profesional.** Ausencia de conducta típica —falta de pruebas—. *Sentencia de 25 de Abril de 1985\*.*
223. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de candado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Abril de 1985.*
224. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Abril de 1985.*
225. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno con fuerza en las cosas.** Delito continuado.- **Robo con fuerza en las personas.- Hurto.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Abril de 1985.*

226. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 27 de Abril de 1985 (2ª).*
227. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Ate- nuante de minoría de edad. *Sentencia de 27 de Abril de 1985 (2ª).*
228. **Robo con intimidación.** Uso de pistola. En entidad bancaria.- **Alteración de placas de matrícula.** Agravante de disfraz. *Sentencia de 29 de Abril de 1985 (2ª).*
229. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 29 de Abril de 1985.*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

### 44

**44. INCENDIO DE EDIFICIO PUBLICO.** Combustión de una cel- da de establecimiento penitenciario. Agravante de reincidencia. *Senten- cia de 31 de Enero de 1985\*.*

RESULTANDO: Probado y así se declara expresamente que J. V. C. F., mayor de edad, condenado el 16 de junio de 1980 por robo, el 31 de julio del mismo año por daños y utilización ilegítima de vehículos de motor, el 16 de febrero de 1981 por robo y utiliza- ción ilegítima de vehículo de motor, el 19 de septiembre del mismo año por utilización ile- gítima, el 22 de octubre siguiente por dos delitos de utilización ilegítima de vehículos de motor, el 16 de febrero de 1982, el 17 de abril y el 18 de junio del mismo año por tres delitos de utilización de vehículo ajeno, el 19 de junio de 1982 por resistencia a agentes de la Autoridad, el 13 de enero de 1983 por utilización ilegítima de vehículos de motor e imprudencia y por análogos delitos el 27 de febrero de 1983 y, por último, el 12 de abril de 1983 por delito de incendio; sobre las 9.30 horas del 31 de agosto de 1983, puesto de acuerdo con los otros dos procesados ya condenados en esta misma causa, hallándose todos internados en el Establecimiento Penitenciario de esta ciudad de Palma, subió a la cel- da tras el desayuno y se mantuvo en actitud de vigilancia, para avisar de la presencia de algún funcionario, mientras I. F. de la R. prendía fuego a las colchonetas de la celda cau- sando desperfectos valorados en 185.220 pts.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de incendio de los art<sup>os</sup>. 550 n<sup>o</sup> 1 en relación con el 549 n<sup>o</sup> 1, todos del Código Penal; del que conceptuó autor al proce- sado, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, por lo que solicitó contra aquél

la pena de cuatros años, dos meses y un día de prisión menor, accesorias legales e indemnización de 185.220 pts. a la Administración General del Estado y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa, en igual trámite, negó la participación del acusado en los hechos y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que, como ya tuvo ocasión de exponer esta Sala en la anterior sentencia dictada en la causa, los hechos declarados probados constituyen legalmente un delito de incendio, previsto y penado en el ordinal 1º del art. 550 en relación con el mismo del 549, todos del código penal, al haberse procedido la combustión de la celda de un establecimiento penitenciario —indudablemente, edificio público— sin que los desperfectos alcanzaren la cantidad de 250.000 pts.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable en concepto de autor el acusado J. V. C. F., quién, previo planeamiento con el autor material y físico del destrozo, adoptó el papel de vigilante y prestando, por ende, una colaboración específica y eficaz en actos nucleares típicos, conclusión a la que se llega tras la prueba efectuada en el Plenario, íntegramente confirmadora de los datos que ya suministraba la instrucción sumarial.

**CONSIDERANDO:** Que es de apreciar la circunstancia modificativa agravante de reincidencia (15º del art. 10), con los efectos penológicos prevenidos en el 61.2 del código, en atención a que, al delinquir el acusado, había sido ya condenado en más de 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 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3º-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos al procesado J. V. C. F., en concepto de autor responsable de un delito de incendio de edificio público, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia, a la pena de tres años de prisión menor, con las accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por igual tiempo; a que por vía de indemnización de perjuicios abone, solidariamente con los otros dos condenados, a la Administración General del Estado la suma de ciento ochenta y cinco mil doscientas veinte pesetas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

## 59

**59. INJURIAS.** Cometidas —consumadas— en el extranjero. Absolución en base al principio de territorialidad de la Ley penal. *Sentencia de 5 de Febrero de 1985.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente que W. F. K., súbdito germánico, mayor de edad, sin antecedentes penales en nuestro país, entre los meses de di-

ciembre de 1978 a junio de 1979, como así, por último el 10 de abril de 1980, como Presidente de la Comunidad de Propietarios de la zona residencial denominada "R." de Calas de Mallorca, remitió, desde Alemania, localidad Mülheim-Ruhr, diversas cartas, a modo de "circulares", a los diferentes propietarios alemanes de apartamentos de la dicha zona, todos ellos residentes en Alemania donde las recibieron, cartas que, con referencia al querellante F. M. de A., trabajador a las órdenes del acusado para Calas de Mallorca, contenía expresiones como las siguientes: "solo demuestra todo lo que F. ha tramado con sus abogados para dañar a los propietarios alemanes" y "F. estafó a su mejor amigo (propietario) por un importe de 4.000 pts." (carta 10 abril 1980); "F. se ha comprado un testigo principal" (29 diciembre 1978); "otra historia macabra: a 5 de enero de 1979 a las 10'15 horas A. recibió una llamada y una voz cambiada, con pañuelo delante de la boca, no española, le dijo: tienes que morir a las 10'30 horas. En este momento F. se encontraba ante el chalet 40. Les doy dos oportunidades para adivinar quien era. Una ayuda, la voz era femenina" (26 de enero de 1979); "Ahora sé porque F. provocó un altercado conmigo. Sabía que no permitiría los negocios de usura empezados por él y que pensaba seguir adelante con mayor intensidad" (26 febrero 1979); expresiones todas que, conocidas por el querellante a través de algunos propietarios que al llegar a España le entregaron las cartas recibidas, motivaron la querrela de primero de septiembre de 1980 contra el hoy acusado.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos de esta causa, como constitutivos de un delito de injurias de los arts. 457, 459 y 463 del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de tres meses de arresto mayor, multa de 40.000 pts., accesorias y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular, en igual trámite, calificó los hechos igual que el Ministerio Fiscal, solicitando penas de cinco meses de arresto mayor, multa de 100.000 ptas., accesorias, costas e indemnización de dos millones de pesetas a F. M. de A.

**RESULTADO:** Que la defensa solicitó, en el mismo trámite, la libre absolución del acusado al haberse cometido el delito fuera de España y carecer los escritos del necesario "animus iniuriandi".

**CONSIDERANDO:** Que previa a todo ulterior razonamiento, es preciso reafirmar aquí el principio de territorialidad de las Leyes penales (art. 8º del código civil), principio que, en nuestro caso, no se ve orillado por el precepto contenido en el art. 467. I del código penal que establece, al decir de la doctrina, una extraordinaria derogación del principio territorial introduciendo en el proteccionista del art. 336 de la Ley Orgánica del Poder Judicial un nuevo título de incriminaciones extraterritoriales allí no previsto, por cuanto el citado texto se refiere a "publicaciones" y no a "publicidad" (cual es el evento que se enjuicia), con lo que no cabe extender a este segundo supuesto las asimilaciones permitidas con arreglo al texto del art. 463, ya de por sí interpretación extensiva "ex lege" y por tanto de obligada sectorización hermenéutica; con todo, pues, y sentada la territorialidad de la ley penal -y consiguientemente de la procesal-, será menester examinar si el delito imputado (independientemente de que lo sea o no) se consumó en nuestra país único supuesto en que sería incriminable y perseguible ahora.

**CONSIDERANDO:** Que lo anterior nos lleva de la mano al estudio del momento consumativo del delito de injurias, estudio que precisamente por el breve lapso de prescripción del delito y por la consecuente aparición de posibles figuras imperfectas, ha dado lugar a no pocas polémicas en tanto unos lo situaban en el instante en que las expresiones ofensivas llegaban a conocimiento del agraviado, mientras otros se adscribían a la teoría de la emisión entendiendo consumado el delito con a mera exteriorización de la ofensa; hoy el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de mayo de 1975, tras hacerse eco de esas dudas doctrinales motivadas por la propia circunstancialidad del delito que se enjuicia, comienza admitiendo diversos estadios de consumación según las distintas formas comisivas: injurias ciales o escritas, por carta o publicaciones, dirigidas directamente al ofendido



o a terceros; para terminar reafirmando la tesis ya sustentada en 4 de noviembre de 1948 en orden a que "tan pronto las fases o actos vejatorios, zahirientes o deshonrosos son transmitidos o dados a conocer a cualquier receptor pudieron llegar a conocimiento del ofendido, quedando así, desde este instante exteriorizativo, cometido el delito".

**CONSIDERANDO:** Que todo lo expuesto fuerza a concluir que el delito de injurias imputado al actual acusado, por las muy desafortunadas frases vertidas en cartas dirigidas a terceros, se cometió —consumo— en el extranjero, Alemania, siendo pues imposible su persecución en nuestro país dado el ya predicho principio de territorialidad de las leyes penales, razones que conllevan a la libre absolución del acusado con la consiguiente declaración de oficio de las costas causadas.

**VISTAS:** Las disposiciones legales citadas y demás de general aplicación del Código Penal y leyes especiales.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y Absolvemos al procesado W. F. K. del delito de injurias del que venía acusado, declarando de oficio las costas causadas y ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra el mismo. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu)

## 104

**104. SALUD PUBLICA.** —Art. 346-1º—. Ausencia de los requisitos que configuran el tipo. *Sentencia de 25 de Febrero de 1985 (2ª).*

**RESULTANDO:** Probad y así se declara expresamente que J. H. S., mayor de edad y sin antecedentes penales es propietario de una finca rústica, denominada "S. S." sita en el termino municipal de F. por cuyo lindero Norte transcurre la acequia, construida a cielo abierto y de 1'30 metros de profundidad, que contiene las aguas residuales de dicha ciudad ocurriendo que desde varios años antes a la fecha del 15 de septiembre de 1981 - fecha en que los hechos fueron denunciados al Juzgado de Distrito de F. por el alcalde de la misma ciudad -el procesado colocaba unas maderas que taponaban la acequia y con ayuda de un motor extraía el agua de la misma y, mediante surcos que abría en la tierra, regaba las raíces de las hortalizas que tenía plantadas- rabanos, coles, lechugas, tomates y otras- utilizando parte de la cosecha para su propio consumo y el de su familia- y vendiendo el resto en el Mercado de dicha ciudad. Durante los años anteriores a la denuncia fue advertido verbalmente, en tres o cuatro ocasiones por la Policía Municipal con el fin de que dejara de regar y fue advertido, del mismo modo, por el Alcalde que presentó la denuncia D. P. M. O. El procesado, pese a dichas advertencias y a ser sancionado administrativamente por la Alcaldía, no se enteró jamás de que su modo de proceder pudiera causar el más mínimo peligro y pensaba que sus hortalizas eran mejores que cualquiera otras, consumiéndolas él personalmente y toda su familia. La "Conselleria de Sanitat i Seguritat Social" de la "Comunitat Autònoma de les Illes Balears" en fecha 13 de julio de 1984 informó al juzgado de Instrucción de M. que "todo producto agrícola regado con aguas residuales es potencialmente peligroso al poder vehicularizar gérmenes patógenos productores de enfermedades: fiebre tifoidea, paratífus A, partífus B, Shigellosis, hepatitis, poliomielititis, helmintiasis entre las más importantes". No consta que las hortalizas producidas en dicha huerta y regadas con tales aguas residuales contuvieran germen alguno de

los indicados. Ninguna de las dichas hortalizas fue analizadas por organismos sanitario alguno —público o privado—. La acequia en ocasiones se desbordaba e inundaba los campos vecinos. El procesado desde la indicada fecha de la denuncia dejó de regar en el modo y forma descritos.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 246-1º del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado J. H. T. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de dos años de prisión menor y multa de un millón de pesetas accesorias del artículo 47 y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado en igual trámite negó las correlativas del Ministerio Fiscal y solicitó la libre absolución de su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos del delito del artículo 346-1º del Código Penal por los siguientes motivos: 1º) *Ausencia de Tipicidad* ya que: a) no se ha demostrado que las aguas residuales de la ciudad de Felanitx —en sí mismas potencialmente nocivas al poder vehicular los descritos gérmenes patógenos— alteraran las hortalizas producidas por el procesado siendo requisito del tipo que la aplicación "cualquier mezcla nociva a la salud" altere realmente— y no potencialmente— al "comestible destinado al uso público"; b) las hortalizas de constante referencia no pueden estimarse como "género corrompido" pues no fueron analizadas en momento alguno; c) por el mismo motivo no puede afirmarse que su utilización fuera nociva a la salud; siendo, por tanto, evidente la imposibilidad de concluir que las hortalizas eran "nocivas para la salud" o estuvieran "corrompidas"; en breve: lo importante era demostrar la nocividad de las hortalizas de constante referencia y no que el agua con la que eran regadas "era potencialmente peligrosa al poder vehicular gérmenes patógenos productores de enfermedades" pues entre otras muchas posibilidades cabe, quizás, la de que el llegar el agua únicamente a las raíces de las plantas —no eran regadas por aspersión— éstas, en virtud de reacciones químicas, no absorbieran tales gérmenes; todo lo que no viene, en absoluto, a discrepar de la reiterada Doctrina del Tribunal Supremo según la que dicho delito tutela al bien general de la sanidad colectiva y no el de la salud individualmente considerada, pues es claro que sería delito, en principio, si las hortalizas fueran en sí nocivas con independencia de que hubiera causado lesión a determinada o determinadas personas; 2º) *Ausencia de Dolo en el procesado:* Aún en el caso de que nos olvidáramos de los anteriores argumentos tendríamos que concluir que, en el presente caso, el procesado no tuvo, jamás el propósito de destinar al consumo público las hortalizas de constante referencia constándole que eran nocivas para la salud, conociendo, por lo mismo, el peligro que su tráfico o expendición entraña —en palabras de la S. T. S. de 3 de marzo de 1947— pues, en nuestro caso, se da una situación extremadamente contraria: pese a las descritas advertencias que se le hicieran y pese a ser sancionado administrativamente por la alcaldía "no se enteró jamás de que su modo de proceder pudiera causar el más mínimo peligro y pensaba que sus hortalizas eran mejores que cualquiera otras, consumiéndolas él personalmente y toda su familia" lo cual, aunque se hubiera llegado a la conclusión de que las hortalizas eran nocivas, excluiría no solo el dolo directo, sino el eventual, (que como) dándose, además, en este concretísimo supuesto, por todo lo dicho y atendidas las facultades perceptivas e intelectivas del procesado, un error esencial invencible —artículo 6 bis a del Código Penal; motivos, todos, que determinan la libre absolución del procesado, con declaración de oficio de las costas causadas.

**VISTAS:** Las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 reglas 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos al procesado J. H. T. en concepto de autor responsable de un delito contra la salud pública del artículo 346-1º del Código Penal del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Antonio F. Capó Delgado).

## 131

**131. ALZAMIENTO DE BIENES.** No concurren los elementos integrantes del tipo. *Sentencia de 7 de Marzo de 1985.*

**RESULTANDO:** probado y así se declara expresamente que con fecha 2 de junio de 1966, se constituyó en esta ciudad la entidad "Ascensores M. S. A.", siendo sus fundadores y únicos accionistas M. A. G. y M. M. M., su objeto social la fabricación de ascensores, montacargas y similares, y talleres mecánicos en general y su principal actividad industrial, la fabricación e instalación de ascensores en fecha no determinada pero posterior al año 1979, dicha entidad extendió su actividad a las operaciones de mantenimiento y conservación de ascensores, empezando a tener, a partir del año antes indicado, serias dificultades económicas, situación que se agravaría en el año 1981, siendo en parte causa de tal agravación, el desarrollo de tal actividad de mantenimiento y conservación de ascensores, como consecuencia de su defectuosa infraestructura de personal y de materiales. Con objeto de remediar tal situación y disminuir las pérdidas económicas, la entidad "Ascensores M. S. A.", siendo sus consejeros gerentes G. y M. M. M., cedió en fechas 15 de febrero y 18 de mayo de 1982, 476 contratos de mantenimiento y conservación de ascensores, a la entidad "B. de Ascensores S.A.", cuya principal actividad industrial era esta, al mismo tiempo que esta última entidad contrataba, respetando su sueldo, categoría y antigüedad, a siete empleados que prestaban sus servicios en "Ascensores M. S. A.". En junta universal de accionistas celebrada el día 24 de mayo de 1982, la entidad "Ascensores M. S. A." nombraba administradores, con capacidad ejecutiva, pero sin participación alguna en el capital social ni en sus acciones, a los procesados J. A. M. C., J. S. M. R. y M. R. F. M., todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, los cuales participaron en una ampliación de capital que realizó la entidad "B. de Ascensores S.A." con fecha 24 de mayo de 1982, mediante la adquisición por cada uno de ellos de cien acciones por valor de un millón de pesetas, procedente del patrimonio particular de los procesados, siendo nombrado J. S. M. R., consejero delegado en unión de A. S. S. y M. P. B., antiguos accionistas de "B. de Ascensores S.A.". Al no poder superar sus dificultades económicas, "Ascensores M. S. A." cesó en su actividad a final del año 1982, promoviendo en el año 1983 diversos procesos en la jurisdicción laboral promovidos por los trabajadores y empleados de la empresa, sobre cuyo patrimonio se siguió la correspondiente vía de apremio. La entidad "G. I. S.A.", acusadora particular en este proceso penal, ha presentado, en el orden civil, créditos por valor de 3.384.506 pts. que no ha podido ser satisfechos con el remanente patrimonial de la tan mencionada entidad "Ascensores M. S. A." respecto de la que no consta se haya promovido ningún proceso de ejecución universal.

**RESULTADO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del art. 519 del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados J. A. M. C., J. S. M. R. y M. R. F. M. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquellos la pena de seis meses y un día de prisión menor accesorias e indemnización solidaria de 3.384.506 pts. a la perjudicada "G. I. S.A." y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular en igual trámite estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del art. 519 del Código Penal, del que considerará autores de los tres procesados antes indicados, por aplicación de lo dispuesto en el art. 15 bis del Código Penal, sin las concurrencias de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó se impusiera a cada uno de los procesa-

dos, la pena de dos años de prisión menor, accesorias, costas, incluidas las de la acusación particular e indemnicen solidariamente a dicha entidad "G. I. S.A." en la cantidad de 3.917.678 pts., mas los intereses legales desde la fecha de la sentencia en la que se ordene su pago.

**RESULTANDO:** Que la defensa de los procesados en igual trámite solicito la libre absolución con todos pronunciamientos favorables para sus patrocinados por no ser ciertos los hechos que se los imputan o no ser estos constitutivos de delito.

**CONSIDERANDO:** Que para que se produzca la comisión del delito de alzamiento de bienes, infracción criminal de tendencia, previsto y penado en el art. 519 del Código Penal, el Tribunal Supremo en doctrina pacífica y consolidada, ha sistematizado, en sentencia de 22 de enero de 1973, que recoge la misma tesis establecida en otras de 5 de octubre de 1970, 19 de mayo y 3 de octubre de 1972, reiterada en otras de 2 y 4 de junio y 17 de diciembre de 1973, los requisitos cuya consecuencia es necesaria, a saber: 1º) uno o varios vínculos reales obligatorios entre el deudor, sujeto activo, y el acreedor o acreedores, manifestando en título deudor, u obligación crediticia. 2º) Animo del deudor, de tender finalísticamente con su conducta a defraudar a su acreedor o acreedores actuales, por proponerse con la acción delictiva perjudicarlos, con propósito que ha de probarse y no presumirse. 3º) Ocultación o enajenación simulada o fraudulenta de sus bienes, con tal finalidad, de cualquier manera posible en el ámbito del derecho. 4º) Causación ante el mal quehacer del deudor, de su situación de insolvencia total o parcial y 5º) que por este comportamiento maquinado, el acreedor simple o plural, no pueda conseguir la satisfacción en todo o en parte, de sus créditos, por eliminar o dificultar de manera ostensible la agresión material judicial, de la pretensión procesal, para la realización del valor en los bienes patrimoniales del tan citado deudor. Es indudable que en el desarrollo de este juicio se ha acreditado la existencia del primer requisito: la entidad querellante ha justificado mediante los testimonios de sentencias civiles obrantes en el sumario, que era acreedora respecto de la entidad "Ascensores M. S.A.", de 3.384.506 ptas., sin embargo no se alega a la misma conclusión respecto del resto de los requisitos: según cabe deducir del contenido del escrito de querrela así como de las conclusiones provisionales elevadas a definitivas, tanto del Ministerio Fiscal como de la Acusación Particular, el activo patrimonial objeto de enajenación por parte de los procesados, ha sido el paquete de 476 contratos de mantenimiento y conservación de ascensores que los mismos cedieron o transmitieron a la empresa "B. de Ascensores S.A." y a tales hechos no se les puede dar el valor que pretenden las partes acusadoras pues según ha quedado acreditado tales contratos, aunque en una determinada época pudieron significar una fuente de ganancias económicas para Ascensores M., en las fechas en que fueron cedidos eran por el contrario causa directa de parte de sus pérdidas, y ello sin perjuicio de reconocer que su titularia reportara a la empresa cesionaria beneficios, pues tal resultado satisfactorio había que justificarlo por la especial organización de esta última entidad, enfocada a dicha finalidad específica de conservación y mantenimiento y que indudablemente no era de actividad genuina de la cedente, junto a esta constatación hay que señalar la no justificación del elemento de simulación o fraude con que se realizó tal operación, que si bien no se llevó a cabo mediante su incorporación a una escritura notarial, ejemplo tradicional de un indudable carácter público y no clandestino, si se reflejó en el registro o archivo de un organismo oficial, cual es la Conselleria D'Industria i Comerç de esta Comunidad Autónoma, trámite que despoja a tal operación de cualquier connotación clandestina. En este mismo sentido hay que señalar el hecho, también probado de que la empresa cesionaria se hizo cargo respetando su sueldo, antigüedad y categoría, de siete operarios pertenecientes a la plantilla o nómina de "Ascensores M. S.A.", acto que sin duda, teniendo en cuenta la conjuntura laboral y económica de dicha empresa, supuso un provecho para la misma.

**CONSIDERANDO:** Que a la vista de la prueba, pericial practicada por impulso de la defensa también hay que llegar a la conclusión de la falta de acreditación de que el estado de insolvencia total o parcial, y existente en el tiempo en que se produjo el traspaso de los contratos se hubiere incrementado por el mismo, de tal manera que hubiera disminuido realmente las expectativas de cobro que tenía la entidad querellante en relación al remanente patrimonial de "Ascensores M. S.A." cuando la circunstancia que realmente

incidió en tales expectativas que la incoacción de los sucesivos procesos laborables y sus subsiguientes vías de apremio para ejecutar los derechos reconocidos de los trabajadores que quedaron efectivamente despedidos, sin que la querellante utilizara la posibilidad de ejecutar también sus créditos.

**CONSIDERANDO:** Que no obstante las estimaciones absolutorias antes expuestas y que se refieren a la constatación de que no ha existido el delito de alzamiento de bienes, suponiéndose la hipótesis contraria, también había de llegarse a la misma conclusión absolutoria respecto de los acusados. Efectivamente, si la transmisión de contratos se formalizó los días 15 de febrero y 18 de mayo de 1982, y los procesados, que no habían sido ni eran accionistas, accedieron a los cargos representativos y ejecutivos de "Ascensores M. S.A." por acuerdo tomado el día 24 de mayo de dicho año, debe convenirse que existe una absoluta falta de prueba de que tales acusados hubieran decidido dichas cesiones y por tanto sean los autores de tal supuesto delito, todo ello sin dejar de reconocer las razonables sospechas que surgen al contemplar la coincidencia de fechas existente entre tales nombramientos y la ampliación de capital y suscripción de nuevas acciones por parte de ellos en la empresa "B. de Ascensores S.A.", o el nombramiento de uno de los procesados como consejero delegado de esta última, sospecha y coincidencias que no pueden servir de base a una sentencia condenatoria, por lo que procede declarar la libre absolución de los procesados J. A. M. C., J. S. M. R. y M. R. F. M. del delito de que son acusados, dejando sin efecto las medidas de aseguramiento contra ellos acordadas y declarando de oficio las costas procesales.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos a los procesados J. A. M. C., J. S. M. R. y M. R. F. M., del delito de alzamiento de bienes de que son acusados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, dejando sin efecto su procesamiento, así como las medidas de aseguramiento contra ellos acordadas y declarando de oficio las costas procesales. (Ponente: Juan I. Pérez Alférez).

## 162

**162. SALUD PUBLICA.** Conducta de favorecimiento a tercero para su consumo e introducción de la sustancia tóxica en establecimiento militar. *Sentencia de 22 de Marzo de 1985.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente: que el procesado M. J. A., el día 21 de junio de 1984 sobre las 12 horas, a través de la ventana del calabozo del regimiento de infantería de Palma nº. entregó a varios soldados recluidos, una bolsita de plástico que contenía 1,050 gramos de "hashish", que había recogido en la ciudad de Palma a sabiendas de la sustancia que se trataba para introducirla en el acuartelamiento indicado.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 344-1º y 2º del Código Penal; del que conceptuo autor al procesado M. J. A. 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 correspondiente y dar a la sustancia intervenida su destino legal y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución de su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 344-1º y 2º del código penal del que es autor responsable el procesado, quien cumpliendo un encargo que le hicieron unos compañeros y pasó a recoger una mínima cantidad de sustancia tóxica, de la que se hizo cargo y a sabiendas de su contenido la trasladó desde el punto de recogida al establecimiento donde prestaba servicio militar para su entrega, colaboración prestada sin remuneración alguna, lo que no obsta para el favorecimiento a tercero para consumo de droga prohibida por acuerdo internacional y su transporte e introducción en establecimiento militar previsto y penado especialmente en los preceptos indicados.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado M. J. A.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del procesado.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-103-104-109- y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos al procesado M. J. A. en concepto de autor responsable de un delito contra la salud pública, con favorecimiento a tercero para su consumo e introducción de la sustancia tóxica en establecimiento militar sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis meses y un día de prisión menor a las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante la condena, dése a la sustancia intervenida su destino legal y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin sin perjuicio que contiene. (Ponente Juan Pascual Salvá).

**197. ROBO CON HOMICIDIO. Frustración.- TENENCIA ILICITA DE ARMAS.** Requisitos. Circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 13 de Abril de 1985 (2ª).*

RESULTANDO: Probado y así se declara que sobre las 17'00 horas del día 7 de junio de 1981, el procesado J. R. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, en unión de otra persona, ya enjuiciada y condenada, obrando ambos con un único y común propósito de conseguir un lucro ilícito, se dirigieron, llevando R. M. una pistola real que poseía sin tener licencia ni guía alguna de la misma y el otro una pistola de fogueo, al domicilio de L. C. C., sito en esta ciudad en la calle F. S. n.º 2 - A tercer piso, puerta tercera, con el fin de obtener de cualquier forma el estupefaciente denominado heroína por considerar que el mencionado L. C. se hallaba en posesión de dicha sustancia ocurriendo que precisamente le encontraron en el portal de su casa dirigiéndose a su domicilio y le abordaron en el rellano de las escaleras, correspondiente al segundo piso, lugar en donde el procesado y su acompañante, empuñando ambos sus respectivas pistolas que hasta entonces llevaban ocultas le exigieron que les entregara la heroína que llevara, esgrimiendo el ya juzgado su pistola de fogueo a unos dos metros de C. C. mientras R. M. le apuntaba con su pistola de fuego real apoyada en el estómago y como quiera que C. negara llevar droga R. M. le registró los bolsillos y finalmente le hizo un disparo en la zona del epigastrio con intención de ocasionarle la muerte. En estos momentos A. M. C. y E. M. R. subían la escalera dirigiéndose al domicilio de C. C., con el fin de visitarle y presenciaron los hechos antes relatados. Una vez efectuado el disparo R. M. y su acompañante emprendieron la huida y al encontrarse con los indicados visitantes que subían, el ya juzgado, que todavía esgrimía la pistola, exigió a A. M. C. que le entregara el dinero que llevara obteniendo así, la suma de 10.000 pesetas que aquel les entrego, dándose ambos, seguidamente, a la fuga. A consecuencia del disparo recibido L. C. C. sufrió lesiones tan graves que indefectiblemente le hubieran producido la muerte de no haber recibido, como ocurrió, asistencia inmediata, curando de sus heridas al cabo de ciento cincuenta días durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales precisando, durante cuarenta y siete días, asistencia facultativa y sufriendo una nefrectomía izquierda, una esplenectomía, una hepatectomía parcial y una pancreotomía igualmente parcial pese a lo cual no se encuentra impedido para el desarrollo de tipo alguno de profesión J. R. M., mayor de una familia de dos hermanos, siendo la menor hembra, nació en S. C. del C. (G.) y a los ocho años de edad se trasladó, junto con su familia, a la población de E. de LL., en la periferia de B. cursando estudios de Bachillerato, hasta 4º curso, en el Instituto "A. M." de H. Su ambiente familiar fue bueno aunque con estrecheces y problemas económicos viviendo en la actualidad su padre, que cuenta sesenta y dos años de edad, y habiendo fallecido, a los cincuenta y ocho años, su madre. A los dieciséis años inicia su actividad laboral en una empresa del papel y convence a su padre, poco después, para que le autorice a ingresar, como voluntario, en paracaidismo para así cumplir pronto con su Servicio Militar y lograr dinero con el que ayudar a su familia. En este período militar se inicia en el consumo del hachís y, ocasionalmente, ácidos, anfetaminas y aún más esporádicamente cocaína. Al terminar el Servicio Militar entra en una empresa de plásticos de E. y por su buena disposición es enviado a Alemania para el aprendizaje del manejo de nueva maquinaria. En 1978 se inició en la aspiración nasal de heroína en polvo que consumía de forma esporádica y empezó a inyectarse, por vía endovenosa, la misma sustancia desinteresándose de su trabajo, que abandonó de modo brusco, y de su familia, a la que también dejó, por la dependencia psico-social a la heroína y luego de estar en otras localidades llegó a esta ciudad en donde, por dificultades económicas, empezó a administrarse, además de heroína, otros fármacos para intentar paliar los síndromes de querencia y abstinencia autoadministrándose en alguna ocasión, además de sedantes y tranquilizantes, whisky por vía endovenosa precisando inyectarse gramo o gramos y medio diario de heroína realizando los hechos descritos, ocurridos a las 17'00 horas del 7 de junio de 1981, encontrándose en síndrome de abstinencia lo que mermaba, sensiblemente, su capacidad intelectual y volitiva que, sin embargo, no se encontraba totalmente eclipsada y realizando los hechos impulsado por tal situación de abstinencia. J. R. M. una vez ocurridos los hechos abandonó Mallorca y regresó a Barcelona sorprendiéndole su padre mientras se inyectaba heroína lo que determinó que el día 18 de julio de 1981 ingresara en la Ciudad Sanitaria "P. de E." de Barcelona en donde permaneció hasta el 29 del mismo mes y año diagnosticándosele "síndrome febril autolimitado" y "adición a la heroína"; en la misma fecha que abandonó dicho centro acudió el "Servei de Prevenció, Orientació i Teràpia per a Toxicòmans" de la Excm. Diputació de Barcelona siendo tratado, ambulatoriamente, de su dependencia a la heroína hasta el 10 de Agosto de 1981 trasladándose, poco después, a Granada en

donde el día 3 de septiembre de 1981 ingresó en el Hospital de la Virgen, de la Excma. Diputación Provincial, saliendo, a petición de sus familiares, el 12 del mismo mes y año reingresando el día 2 de enero de 1982 y saliendo, a petición propia, el 4 del mismo mes y año tratándose de su adicción a las drogas. El día 2 de febrero de 1982 ingresó en "Asociación de Patriarca Española" con el fin de someterse a un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación a su drogodependencia hallándose, en dicho momento, profundamente deteriorado su estado físico y psíquico siendo sometido a tratamiento, contrayendo matrimonio el 7 de abril de 1984 y continuando en dicho centro, junto con su mujer, también sometida a tratamiento, y su hijo que hasta el día 23 de Agosto de 1984 ingresó en prisión como consecuencia de haber sido habido, y en atención a la busca y captura que existía contra él en méritos de este procedimiento. El día 21 de febrero de 1985, a instancias de sus defensa letrada y de los peritos médicos propuestos por esta, el analista de esta Ciudad C. G. A. se constituyó en la prisión de esta y recogió, personalmente, una muestra de orina de J. R. M., quien orinó en su presencia, y luego de investigarse en la misma opiáceos-cannabis y cocaína por la técnica de Enzymoinmunoanálisis homogéneo (EMIT) el resultado fue negativo en todas las determinaciones. J. R. M. pese haber podido obtener heroína durante la época en que se encuentra en prisión —desde el 23 de Agosto de 1984, hasta la fecha— no lo ha hecho por no precisarla ni física ni psíquicamente, no habiéndose inyectado heroína ni tomado droga alguna, desde el mes de febrero de 1982 hasta la fecha.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de robo con homicidio, en grado de frustración, de los artículos 500 y 501 número 1º y párrafo último, en relación con los artículos 3 y 51 del Código Penal y un delito de tenencia de armas de fuego del artículo 254 del Código Penal de los que conceptuó autor al procesado J. R. M. con la concurrencia de la atenuante 1ª del artículo 9, en relación con la 1ª del artículo 8 del Código Penal por lo que solicitó contra aquel la pena de doce años de prisión mayor por el primer delito de dos años de prisión menor por el segundo delito, accesorias del artículo 47 e indemnización de 500.000 pesetas al perjudicado L. C. C. y de 10.000 pesetas a A. M. C., abono de prisión preventiva y pago de costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado en igual trámite concórdó la correlativa 1ª del Ministerio Fiscal diciendo que J. R. M. era, en el momento de la comisión de los hechos, adicto a la heroína, por lo que estaba imperiosamente necesitado de conseguir dicho producto, lo que disminuía muy sensiblemente su capacidad de querer y conocer; estimando que los hechos son constitutivos de un delito de robo con homicidio en grado de frustración, siendo autor el procesado, con la consecuencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad eximente, incompleta del artículo 9 del Código Penal, por lo que solicitó la pena de un año de prisión menor, con aplicación de la medida de seguridad de tratamiento ambulatorio y 20.000,- pesetas de multa.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran un delito de robo con homicidio, en grado de frustración, previsto y penado en los artículos 500, 501-nº 1 y párrafo último en relación con los artículos 3 y 51 del Código Penal pues, como ya se indicó en la sentencia de esta Sala de 17 de junio de 1982 —en la que se condenó al otro procesado por estos hechos— el Tribunal Supremo en reiterada doctrina, no citada por ser notoria, establece que el mencionado tipo penal es un delito complejo integrado por la infracción de bienes jurídicos diferentes, la vida y la propiedad, pese a lo cual y por decisión legal constituye una figura indivisible, que en razón de su definición legal tiene una originaria intención de apoderamiento de bienes ajenos, con cuyo motivo u ocasión, antes, durante o después, pero en conexión con dicha actividad depredatoria se produce o resulta un homicidio. En el supuesto enjuiciado, existió un concierto previo del procesado y su acompañante, que juntos y portando armas se dirigieron al domicilio de la víctima para obtener de cualquier forma, que se anunciaba violenta, la heroína que ellos suponían que tenía la víctima. El Animo necando se deduce como una realidad objetiva, del uso de la pistola que es un medio idóneo para matar y de la actividad específica puesta en ejercicio por la persona que utiliza dicha pistola, que la apoya en el estómago de la víctima y la dispara en la región del epigastrio, produciéndole lesiones y limitaciones orgánicas tan graves como las que se han descrito en el primer resultando de esta sentencia; todo



este complejo de datos revela de modo evidente la intención especial y decidida que tuvo el sujeto activo de matar al agredido y excluye el propósito de causar otro mal menor. El Tribunal Supremo en sentencia de 30 de diciembre de 1981, ante un supuesto análogo al enjuiciado, se plantea tres hipótesis de calificación de los hechos: a) la posibilidad de que se rompa el complejo delictivo, penándose ambos hechos por separado, b) mantener intacto dicho tipo complejo haciendo descender la penal al compás de la frustración o de la tentativa y c) la posibilidad de eludir el homicidio frustrado o intentado, subsumiendo el caso en cualquiera de los restantes apartados del artº 501, con exclusión del nº 1 y después de glosar las respectivas posiciones jurisprudenciales que se inclinaron por las soluciones reseñadas en primero o tercer lugar, opta, aludiendo a otra sentencia de 26 de enero de 1979, por la tesis consignada en segundo lugar e insiste en la indivisibilidad del complejo, tanto su se frustra el homicidio, como si lo frustrado se refiere al mencionado homicidio y apoderamiento de lo ajeno, aunque siempre es indispensable que ocurra dolo de muerte, y concluye dicha sentencia afirmando que en caso de frustración delictiva del homicidio, la pena a aplicar será la establecida en el nº 1 del artº 501 haciéndolo descender en un grado como previene el artº 51 del Código Penal en relación con el artº 3º del mismo cuerpo legal.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos declarados probados son, además legalmente constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego previsto y penado en el artículo 254 del Código Penal, pues J. R. M. poseía una pistola capaz como se demostró, de propulsar proyectiles mediante la deflagación de la pólvora sin poseer licencia para su uso ni guía de pertenencia.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor de los referidos delitos el procesado J. R. M. por haber tomado parte directa en la ejecución del hechos —artículo 14-1º del Código Penal—.

**CONSIDERANDO:** Que en la realización de los expresados delitos es de apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal 1ª del artículo 9º del Código Penal en relación con el nº 1 del artículo 8 del mismo cuerpo legal pues al realizar el primer delito y aparecer a la luz el segundo J. R. M. se encontraba sufriendo síndrome de abstinencia de heroína lo que, como hemos dicho, "mermaba, sensiblemente, su capacidad intelectual y volitiva que, sin embargo, no se encontraba totalmente eclipsada y realizando los hechos impulsados por tal situación de abstinencia" estado anímico que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, de la que es muestra la S.T.S. de 2 de febrero de 1984, puede y debe encuadrarse jurídicamente en los números y artículos citados los cuales han de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal que autoriza al Tribunal a aplicar la pena inferior en uno o dos grados y ésta en el grado que se estimare conveniente por lo que a la vista de todas las circunstancias concurrentes y matices del caso se estiman adecuadas al castigo de la infracción las penas privativas de libertad que se dirán en la parte dispositiva de esta resolución.

**CONSIDERANDO:** Que el Tribunal entiende que en el presente caso no hay motivo alguno para utilizar las medidas a que se refiere la circunstancia 1ª del artículo 9 del Código Penal medidas que, además, son de imposición potestativa por el Tribunal ya que de lo declarado probado se desprende que J. R. M. en la actualidad —y a diferencia de su situación en el día de la comisión de los hechos— no tiene drogodependencia alguna ni física— resultado de los análisis de orina efectuados ni psíquica— período de tiempo pasado, desde febrero de 1982, sin haber tenido necesidad ni deseos de tomar droga parte de cuyo tiempo, incluso, ha transcurrido en prisión lo que hace inútil su "internamiento" en establecimiento de curación y sin que, por otra parte, pueda pretenderse, como hace la defensa letrada del procesado, sustituir dicho internamiento por un "tratamiento ambulatorio" que, a su vez, sustituiría a la pena privativa de libertad pues en el caso de la exigente incompleta del artículo 9-1º del Código Penal lo único que se computará como tiempo de cumplimiento de la pena es el "período de internamiento" pero no el posible período de "tratamiento ambulatorio" sin que, además, pueda acudir a dicho tratamiento sin pasar precisamente por el "internamiento" ya que aquel es sustitutivo de éste —artículo

8 n° 1, párrafo 3 y 4 del Código Penal— siendo evidente que el tratamiento privado de desintoxicación al que se sometió el procesado, aprovechando que había logrado eludir la acción de la justicia, no es, técnicamente, el “internamiento que se refiere el Código Penal; en definitiva: J. R. M. está en condiciones físicas y psíquicas para cumplir la pena privativa de libertad asignada por el Código Penal a los hechos por él cometidos no debiéndose olvidar que en un Estado Social y democrático de Derecho —artículo 1° de la Constitución Española— la pena, como señala la mejor doctrina, tiene una función de prevención general, en su doble efecto de prevención intimidatoria y prevención estabilizadora o integradora sin perjuicio de que las penas privativas de libertad deban estar orientadas “hacia la reeducación y reinserción social” del delincuente concreto —artículo 25-2° de la C.E.— y de que éste sea el fin primordial de las Instituciones Penitenciarias —artículo 1° de la Ley General Penitenciaria de 1979—.

**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 concretadas en el presente caso, al 50% de las mismas.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regl. 3° 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos al procesado J. R. M. en concepto de autor responsable de un delito de robo con homicidio, en grado de frustración, de los artículos 500, 501 n° 1 párrafo último y artículos 3 y 51 del Código Penal y de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego del artículo 254 del Código Penal con la concurrencia de circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal 1ª del artículo 9° en relación con el n° 1 del artículo 8° del Código Penal a la pena por el primer delito de **ONCE AÑOS DE PRISION MAYOR** y a la pena de **CINCO MESES DE ARRESTO MAYOR** por el segundo, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido L. C. C. en la suma de 500.000 pesetas y a A. M. C. en la suma de 10.000 pesetas y al pago del 50% de las costas causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil, terminada conforme a derecho. (Ponente: Antonio F. Capó Delgado).

## 222

**222. INTRUSISMO PROFESIONAL.** Ausencia de conducta típica —falta de pruebas—. *Sentencia de 25 de Abril de 1985.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente que A. V. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, en el año 1982 era funerario de la villa de A. y se dedicaba a cobrar las primas de seguros de la compañía “La U., S.A.”, como antes había hecho

con "F.", apareciendo el día 3 de diciembre de dicho año un anuncio en el diario "U. H." de Palma en el que se le atribuía la condición de "agente afecto representante" de aquella compañía, anuncio que ni encargó ni abonó el acusado, el cual, además, apareció en una póliza, en noviembre del mismo año 1982, como "agente", con su nombre escrito a máquina y sin su firma.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de usurpación de funciones del art. 321 párrafos 1º y 2º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor y multa de 40.000 Pts. con arresto sustitutorio de 40 días, accesorias legales y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular, en igual trámite, concordó los hechos y su calificación jurídica con el Ministerio Fiscal solicitando una pena de tres años de prisión menor, accesorias y pago de costas incluidas las de la acusación particular.

**RESULTADO:** Que la defensa, en el mismo acto de la vista negó la existencia del delito y solicitó la libre absolución del acusado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de usurpación de funciones (intrusismo profesional) que contempla el art. 321 del código penal, derivando ello tanto de un análisis de la resultancia fáctica como de una correcta técnica normativa, pues consistiendo la acción típica —según muestra mejor doctrina— en la realización de "actos propios de una profesión" sin poseer el título correspondiente, es decir la práctica de aquellas actuaciones cuya culminación es atribuida por el ordenamiento jurídico-positivo única y exclusivamente a los individuos, de determinadas profesiones, preciso es examinar qué actos realizó el acusado privativos de la condición de agente de seguros a la luz de los requisitos o elementos que enmarcan el tipo legal. Nuestro Tribunal Supremo ha cuidado de definir los límites de esta figura delictiva en sentencias de 23 de marzo de 1968, 29 de enero de 1973, 2 de marzo de 1974 y, más recientemente, en 23 de enero de 1984, afirmándose que es una modalidad falsaria personal o de acto, de condición puramente formal o de actividad, que no precisa de resultado material lesivo pero que supone la realización de actos propios de una profesión sin título o un solo acto específico, idóneo y característico de la profesión usurpada (teniendo siempre en cuanto en este caso la razón legal de su existencia normativa: el peligro o riesgo que para la colectividad pueda implicar, en un intento de tutelar los valores más importantes de los intereses sociales, lo que, en parte, le diferencia de la falta del art. 572, según las sentencias de 5 de mayo y 27 de junio de 1980), pues la "assiduitas" persigue un soporte eficaz del injusto típico (21 de abril de 1969 y 5 de junio de 1975) al utilizarse legalmente el término plural "actos" denotando una actividad profesional. En definitiva, puede decirse que el tipo legal exige: 1º) la práctica de una actividad profesional, con actos reiterados que demuestren una "atribución de estado", o bien con un acto tan decisivo y específico que implique un grave peligro comunitario (así, por ejemplo, una intervención quirúrgica); 2º) que dichos actos estén legalmente atribuidos a una determinada profesión, pues no hay que olvidar —y esto lo recuerda la citada sentencia de 23 de enero de 1984— que el precepto del art. 321 supone una "norma en blanco" que reenvía a disposiciones legales de ámbito extrapeenal; 3º) que se carezca del título habilitador necesario, previsto legalmente para la profesión de que se trate. 4º) la conciencia falsaria o conocimiento del injusto, o sea asunción de responsabilidad por el sujeto de su conducta antijurídica, o de la repulsa normativa del hecho. Pues bien, en el caso que se enjuicia falta el soporte básico de incriminación: la realización de la conducta o actividad profesional u acto propio principal, decisivo, con riesgo social o colectivo. Los únicos datos realmente averdados en la causa (pese a la manifestación del querellante en orden a que conocía la existencia de más de quinientas pólizas suscritas por el procesado) son una póliza de seguros en la que aparece a máquina el nombre del acusado en el lugar correspondiente al "agente" pero sin firma ni elemento otro alguno que permita asignar su titularidad (con la testificación de la tomadora del seguro que contradujo en juicio oral sus declaraciones sumariales) y un anuncio periodístico en el que se atribuía al dicho acusado la condición de "agente afecto representante" que se

ha demostrado fue insertado en el rotativo por orden del Sr. G., Presidente del Consejo de Administración de "La U., S.A." y a través de la agencia de publicidad "N.". O sea, en el peor de los casos para el procesado, un solo acto no público de concierto de una póliza de seguros, acto que —innegablemente— no contiene en sí riesgo público alguno, y ni una prueba, indicio o presunción más; no hay más contratos, no hay informes policiales, municipales o de vecinos, ni un rótulo, cartel o despacho u oficina, o, en fin, demostración alguna que patentice la verdad de la denuncia formulada, con lo que aparece clara e incuestionable su absolución por falta del elemento típico de la acción delictiva.

**CONSIDERANDO:** Que, en base a lo anterior, resulta innecesario hablar de circunstancias modificativas y de responsabilidad civil "ex delicto", debiendo declararse de oficio las costas causadas.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos al procesado A. V. A. del delito de usurpación de funciones del que venía acusado, declarando de oficio las costas causadas y ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra el mismo. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

### C. INDICE ANALITICO

Abandono de familia, 97, 166.	En documento oficial, 142.
Abusos deshonestos, 72, 128, 132.	En documento privado, 102, 137.
Azamiento de bienes, 131.	En documento público, 84.
Allanamiento de morada, 96, 138.	Hurto, 49, 75, 95, 127, 145, 174.
Amenazas, 201.	Incendio, 65.
Apropiación indebida, 42, 114, 194.	De edificio público, 44, 148.
Atentado a agentes de la autoridad, 208.	Infanticidio, 4.
	Injurias, 59.
Desobediencia leve a agentes de la autoridad.	Intrusismo profesional, 222.
Falta, 111.	Imprudencia temeraria, 10, 32, 94.
	Con resultado de muerte y lesiones, 192.
Escándalo público, 2, 146.	
Estafa, 25, 157, 161, 182, 204.	Lesiones 83, 136, 220.
Falsificación.	Omisión del deber de socorro, 56.
En documento de identidad, 71, 125, 149, 218.	Receptación, 27, 38, 40, 51, 58, 80, 120, 134, 139, 151, 152, 172, 175, 213, 229.
En documento mercantil, 31, 89, 103, 150, 163, 180, 203.	

Relativo a la prostitución, 9.

Robo, 66, 115, 153, 167, 168, 173, 189.

Con fuerza en las cosas, 3, 6, 8, 15, 17, 19, 21, 22, 23, 26, 29, 30, 33, 35, 36, 43, 46, 50, 53, 54, 55, 57, 62, 63, 64, 67, 69, 73, 74, 76, 79, 82, 86, 90, 98, 100, 101, 106, 108, 109, 112, 117, 122, 129, 133, 141, 143, 144, 154, 158, 159, 164, 165, 170, 171, 177, 181, 184, 187, 188, 190, 191, 193, 196, 198, 199, 202, 207, 209, 210, 211, 223, 224, 227.

Con homicidio, 197.

Con intimidación en las personas, 5, 34, 39, 47, 68, 70, 78, 85, 105, 107, 113, 123, 124, 126, 179, 214, 228.

Con violencia e intimidación, 135.

Con violencia en las personas, 1, 12, 13, 18, 24, 37, 45, 48, 60, 61, 77, 91, 92, 93, 99, 116, 119, 130, 140, 147, 155, 178, 185, 186, 195, 205, 216, 217, 221.

Salud pública, 7, 14, 20, 28, 41, 52, 81, 87, 88, 104, 121, 160, 162, 176, 183, 200, 206, 212, 219, 226.

Utilización ilegítima de vehículo de motor, 11, 16, 110, 118, 156, 169, 225.

Violación, 215.



**PUBLICACIONES DE LA FACULTAD  
DE DERECHO**

**Universidad de Palma de Mallorca**

**COLECCION ESTADO Y DERECHO**

- 1.- **Robles Morchón, G.,**  
*Las reglas del derecho y las reglas de los juegos,*  
Palma de Mallorca 1984.

**SERIE ENSAYOS**

**Facultad de Derecho**

- 1.- **Losano, M.G.,**  
*Introducción a la Informática jurídica,*  
Palma de Mallorca 1982.
- 2.- **García Fernández, M.,**  
*La terminación del contrato de trabajo por  
voluntad del trabajador,*  
Palma de Mallorca 1983.
- 3.- **Tapia Fernández, I.,**  
*Las condenas no pecuniarias (Sentencias de dar,  
hacer o no hacer),*  
Palma de Mallorca 1984.
- 4.- **Urbina Tortella, S.,**  
*Ética y Política en Luis Jiménez de Asua,*  
Palma de Mallorca 1984.
- 5.- **García Fernández, M.,**  
*La formación del derecho del trabajo,*  
Palma de Mallorca 1984.
- 6.- **Díaz Lema, J.M.,**  
*Sector energético: Política y Derecho,*  
Palma de Mallorca 1984.
- 7.- **Piña Homs, R.,**  
*Alfonso el Sabio y Ramón Llull  
(Su concepción de la justicia y del  
orden social)*  
Palma de Mallorca 1984
- 8.- **Cavanillas Múgica, S.,**  
*Responsabilidad civil y protección del  
consumidor,*  
Palma de Mallorca 1985.



**CAJA DE BALEARES**  
**"SA NOSTRA"**