

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

12-1985



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:

PIXEL, S.A.
Font y Monteros, 22-A - 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

12-1985



Universitat de les Illes Balears

Las opiniones expuestas en los diferentes trabajos son de la exclusiva
responsabilidad de sus autores.

El esfuerzo ilusionado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca y del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares hacen posible esta modesta contribución a la ciencia del Derecho.

Consejo de redacción

Director

Gregorio Delgado del Río

Vocales

Miguel Coca Payeras

Bartolomé Colom Pastor

José Ferrer Marcel

Manuel García Fernández

Juan López Gayá

Román Piña Homs

Gregorio Robles Morchón

Secretaría

Guillermo Alcover Garau

Andrés Ribas Maura

Colaboran en este número

Eduardo Calderón Susín
Departamento de Derecho Público
Universidad de las Islas Baleares

Miguel Coca Payeras
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

Eduardo Martínez-Piñeiro
Notario

Román Piña Homs
Titular de Historia del Derecho
Universidad de las Islas Baleares

Wolfgang Schöne
Universidad de Bonn

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS	
Eduardo Calderón Susín <i>Límites temporales de la ley penal militar</i>	9-32
Román Piña Homs <i>El impacto del liberalismo en Mallorca (1808-1814)</i>	33-50
Wolfgang Schöne <i>La protección del hombre en el mundo moderno (Algunas consideraciones sobre el papel del Derecho penal)</i>	51-74
NOTAS	
Miguel Coca Payeras <i>¿Nueva Compilación del Derecho civil de Baleares, o modificación de la vigente?</i>	77-90
Eduardo Martínez-Piñeiro <i>Las Legítimas en Mallorca en el Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares</i>	91-108
BIBLIOGRAFIA	
Vicente Baldo del Castaño - José Manuel Calavia Molinero, <i>Letra de cambio. Estudio sistemático de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985</i> (Antonio Millán Garrido)	111
Juan Antonio Martos Nuñez, <i>El delito de receptación</i> (Antonio Millán Garrido)	113
<i>Ley orgánica del Poder Judicial y Estatutos orgánicos</i> (Antonio Millán Garrido)	115

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo contencioso administrativo	119
II. Sala de lo civil	193
III. Salas 1ª y 2ª de lo criminal	309

ESTUDIOS

LIMITES TEMPORALES DE LA LEY PENAL MILITAR

EDUARDO CALDERON SUSIN

1: La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar, contiene en su artículo 4º varias prescripciones que parten de la formulación del principio de irretroactividad para, a renglón seguido, consignar, como excepción, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable y, como última regla, establecer el régimen de aplicabilidad de las leyes temporales. Las disposiciones transitorias no hacen sino desarrollar la referida excepción a aquel principio.*

* Dice el artículo 4º que "Se aplicarán las Leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito. Sólo tendrán efecto retroactivo las posteriores que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor éstas, hubiese recaído sentencia firme y el penado estuviere cumpliendo condena.

Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ésta, salvo que legalmente se disponga lo contrario".

Por su parte las disposiciones transitorias prescriben: la primera que "los hechos punibles cometidos hasta la entrada en vigor de este Código serán castigados conforme al Código de Justicia Militar que se deroga, a menos que las disposiciones de la nueva Ley Penal Militar sean más favorables para el reo en cuyo caso se aplicarán éstas, previa audiencia del mismo"; la segunda que "serán rectificadas de oficio las sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente que se hayan dictado antes de la vigencia de este Código, en las que conforme a él, hubiese correspondido la absolución o una condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial"; la tercera que "en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, se aplicarán de oficio o a instancia de parte los preceptos de este Código, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo".

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 12 (PALMA DE MALLORCA 1985).

Sobre el conjunto de prescripciones del artículo 4º, así como de las previstas en los tres anteriores, cabe cuestionarse si era necesario su expresa mención en este Código penal militar; habiéndome ya pronunciado por la clara innecesariedad (1), en tanto que, al tratarse de reglas que son comunes a todas las leyes penales, se contradice, y puede empañar su recta inteligencia, el principio de especialidad que acuña el artículo 5º, pues en ninguno de los cuatro anteriores se recoge peculiaridad o particularismo alguno que diferencie la ley penal militar de la común; su sede es el Código penal y no este castrense, donde deben de calificarse de tautología. Por supuesto carecen de preceptos similares todas las leyes y códigos militares de los países más afines a nuestra cultura y de mayor calidad técnica.

Y, si innecesario, tampoco se atisba razón de peso alguna para predicar la conveniencia de su introducción, a no ser que todos estos preceptos obedezcan tan sólo a un deseo de ofrecer, en el pórtico del texto legal, una buena imagen a modo de operación plástica con la que salir al paso de una posible resistencia, o incluso rechazo, a las duras leyes penales militares; endeble argumento sería este pues, con no ser lugar para ello (2), se olvida, una vez más, algo tan elemental como que la brevedad y sencillez de una ley es virtud que debe adornarla por cuanto puede ganar en claridad (3).

En definitiva, no suponen estos artículos mayor armonía o cohesión en el ordenamiento jurídico, sino que, al contrario, se introduce con ellos un material que, con carecer de utilidad alguna, puede más bien enturbiar la recta interpretación al tratarse en sí mismas de normas, y por ello eficaces, de alegación directa y aplicables por los tribunales; lo digo porque los preceptos en cuestión, copia no exacta (4) de los que ini-

(1) En "Comentarios de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar", Revista General de Derecho, nº 487, Valencia, abril 1985, págs. 908 y 911.

(2) Si algún "magisterio" debe tener la ley penal es de cara a la prevención de delitos, no para explicar en su texto la conveniencia o bondad de las normas; tales explicaciones no deben integrar propio material normativo; otra cosa son las memorias, exposiciones de motivos y la labor de la doctrina científica o de los divulgadores.

(3) Es una pena que todavía tenga que recordarse la recomendación de Beccaria de "hacer que las leyes sean claras y simples", en el capítulo 41 de su conocida obra "De los delitos y de las penas"; por citar alguna edición lo haré de una de las más accesibles: la de Alianza editorial colección "El libro de bolsillo") Madrid 1968, pág. 105. A la "brevedad y sencillez" como bien superior aludía Bentham en "Tratado de legislación civil y penal", Editora Nacional, Madrid 1981, pág. 299.

(4) La prolija exposición de motivos del Proyecto de Código Penal Militar hablaba de "identidad esencial" (apartado III, letra C).

ciaban el Proyecto de Código penal de 1980 y según parece sus inspiradores, no se desarrollan con idénticos términos en el Código penal común e incluso introducen, como veremos, alguna regla nueva, adelantándola (5).

Como cuestión previa, y no a humo de pajas como se verá, surge la de la entrada en vigor del Código penal militar que viene establecida, a fecha fija en su disposición final, para a partir de 1 de junio de 1986.

¿Por qué esta fecha?

Cuando en la primera quincena de septiembre de 1984 el Gobierno aprobó el Proyecto (6), se preveía la vigencia de las normas resultantes para el día 1 de septiembre del año siguiente; sin embargo, la publicación del Proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados (7), dos meses después, y el retraso en la tramitación derivada de la sentida necesidad de que debían existir paralelamente unas, también nuevas, normas disciplinarias, que se publican como Proyecto de la ley en enero siguiente (8), traen como consecuencia que, cuando, aprobados por el Congreso (9) ambos proyectos en julio sin variar la fecha de entrada en vigor originariamente planeada, entran en el Senado, fuera imprescindible cambiar la primitiva previsión gubernamental.

(5) Se dice lo de adelantar normas por cuanto la referente a las leyes temporales, con no estar en el Código penal ni en otra ley, se recogía en el Proyecto del 80 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

Por lo demás queda claro que no me convence la argumentación de quienes defienden estos cuatro primeros artículos (ver Rodríguez Villasante y Pierto, José Luis: "El Código Penal Militar" en Revista General de Derecho, a aparecer en abril de 1986, apartado 4.1.); las razones, a lo que se me alcanza, son, bien que "se añaden fundamentales especialidades militares", que yo no veo cuales sean, bien que "se abren caminos de una interpretación culpabilista de las leyes penales, tradicionalmente acogida con poco entusiasmo por los Tribunales Castrenses", argumento éste que valdría sólo para el artículo 2º, aunque tampoco puesto quien abrió el camino fue el artículo 6º del Código penal en la reforma de junio de 1983 y sobre todo la redacción "in integrum" del Código penal militar; por otra parte ¿no está pensado este Código para ser aplicado por una Jurisdicción Militar tecnicada, o sea integrada substancialmente por profesionales del Derecho?. Debe señalarse por último que la razón que expone Rodríguez Villasante tendría ya más sentido en el régimen disciplinario, pero sin embargo en la ley de 27 de noviembre de 1985 no existen artículos similares.

(6) Al parecer en el Consejo de Ministros celebrado el día 12 de septiembre.

(7) En el del día 12 de noviembre.

(8) Se publicó en el Boletín del día 28 de enero de 1985.

(9) La enmienda 219, correspondiente al Grupo Parlamentario Popular, pretendía modificar lo que entonces veía proyectado como disposición final 2ª con el siguiente tenor: "El presente Código Penal Militar entrará en vigor a los sesenta días de su publicación y, en todo caso, el mismo día en que comience la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen

En efecto, una enmienda del Grupo Socialista (10), con la escueta justificación de "ajustar su vigencia (la del Código) en el tiempo", fue el exacto origen de la disposición final que se aprobó de modo definitivo (11).

Si lo dicho no explica en realidad las razones de lo dilatado del plazo de entrada en vigor (12), casi seis meses desde la publicación, es lo cierto que el legislador ha brindado una generosa "vacatio legis" sintonizando con el sentir doctrinal que propugnaba, en las reformas penales, un periodo más amplio que el general de veinte días, sobre todo en las que, como la comentada, tienen un tan hondo calado y están concebidas con un carácter profundamente innovador (13), pues no en vano el diferir la eficacia de una norma más allá del momento de su promulgación es demandado por elementales exigencias de seguridad jurídica (14).

Disciplinario de las Fuerzas Armadas", pretendiendo con ello, además de dar una adecuada "vacatio", evitar el vacío legal de la ausencia de normas disciplinarias. La enmienda fue desestimada en trámite de Ponencia, que señaló era "preferible fijar una fecha específica en el Proyecto"; y eso se decía el 22 de mayo.

(10) Concretamente la número 169, que figura formulada cuando corría ya el 18 de septiembre.

(11) Sólo hubo otra enmienda al respecto, la 105, originada en el Grupo Popular, que pretendía la supresión por ser "norma de imposible cumplimiento", y que, de prosperar así, hubiera supuesto una "vacatio" de veinte días, en postura no congruente con la mantenida por el homónimo Grupo del Congreso.

(12) La "justificación" de la enmienda 119, del Grupo Socialista en el Senado, al Proyecto de ley de régimen disciplinario se limitaba, al proponer la fecha de 1 de junio, a decir: "en concordancia con el Código Penal Militar".

Tal vez se pensara en dar tiempo a la tramitación de una ley de organización y atribuciones de la Jurisdicción Militar (que a mi entender requiere, a su vez, una paralela ley procesal), puesto que, como ya he manifestado (en mis "Comentarios de urgencia...", cit., págs 909 y 910), la coetaneidad, y conjunta elaboración, de las cuatro Leyes (penal, disciplinaria, orgánica y procesal), que deben sustituir al Código de Justicia Militar de 1945, era exigencia de los más lógicos planteamientos.

Si esto fue lo que pensó el legislador, es obvio que no se va a cumplir su posible previsión por cuanto esa ley de organización no va a entrar en vigor antes de 1 de junio de 1986.

Un simple botón de nuestra de las distorsiones que, con la no simultánea vigencia, puede darse, nos lo ofrece el párrafo 3º del artículo 42 de la nueva ley de Régimen Disciplinario, de donde se desprende que la Autoridad que ordena la incoacción de un procedimiento por falta grave se lo cursa así misma de estimar que los hechos pueden revestir caracteres de infracción penal; otro, el artículo 58 del Código de 1945 sigue permitiendo ordenar la instrucción de procedimientos penales a quienes, en la Ley Orgánica 12/1985, carecen de la facultad en el régimen disciplinario. Los ejemplos pueden multiplicarse con profusión.

(13) Ver, por todos, Cerezo Mir, José, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General I", Tecnos, Madrid 1981, pág. 208; y Sainz Cantero, José Antonio, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II", 2ª ed. Bosch, Barcelona 1985, pág. 135.

(14) Hasta tal punto que, como con acierto ha sido puesto de relieve, debe predicarse la anticonstitucionalidad de las normas que entren en vigor sin solución de continuidad res-

Pero esta prolongada "vacatio legis" plantea, de forma más acuciante si cabe, el problema de si la ley, en concreto este Código Penal Militar (15), es aplicable durante la misma.

Entrada en vigor es tanto como adquirir fuerza o, como antes decía el artículo 1 del Código civil, obligar; señala De Castro que "la ley, durante el transcurso de la vacatio aplaza su eficacia", si bien advierte que "desde su promulgación ya es ley", deduciendo de ello que no cabe dificultar su puesta en práctica por disposiciones administrativas o por cualquier actividad defraudatoria (16). De donde se puede concluir que, aunque se le debe cierto respeto, no cabe su aplicación.

La dogmática penal española, así como la doctrina del Tribunal Supremo, cuando se han pronunciado sobre la cuestión, han sido rotundas; así Cobo y Vives afirman que es "innecesario decir que las leyes en vacatio carecen de toda clase de vigencia y no pueden aplicarse ni en lo favorable ni en lo perjudicial" (17); Sainz Cantero, por su parte, señala que, a los efectos de su aplicación por los órganos judiciales, "ha de considerarse inexistente", recogiendo reiterada jurisprudencia en el sentido de que se trata de "una expectativa de legalidad", de "disposiciones de futura legalidad" (18), y que, de aplicarse por los Jueces y Tribunales la ley que está en suspenso, derogarían estos la ley todavía vigente sobre la materia, invadiendo atribuciones del poder legislativo (19).

Dejo aquí apuntado el problema para su posterior desarrollo concreto, al ocuparme de la disposición transitoria primera, por cuanto, a las tajantes afirmaciones que se acaban de reflejar, convendría alguna puntualización.

pecto de su publicación o que no establezcan un razonable plazo de vacatio; así Cobo del Rosal, M./Vives Anton, T. S., "Derecho Penal. Parte General", Universidad de Valencia, 1984, págs. 168 y 169; a quienes se suma Polaino Navarrete, M., en "Derecho Penal. Parte General (fundamentos científicos del Derecho Penal)", Bosch, Barcelona 1984, págs. 481 y 482.

(15) Y también la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(16) En "Derecho Civil de España. Parte General", tomo I, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid 1955, pág. 702.

(17) Ob. cit., pág. 169.

(18) Ob. cit., pág. 136.

(19) Ya lo había destacado Casabó, para quien se trataba de una cuestión política y no de atender al contenido de la ley, por cuanto "de acuerdo con la división de poderes, si el legislativo establece que una ley no se aplicará, no puede dudarse que únicamente otro mandato del mismo poder legislativo puede desvirtuar tal precepto"; en "Comentarios al Código penal", escritos por Córdoba Roda J./Rodríguez Mourullo, G./del Toro Marzal, A./Casabó Ruiz J. R., tomo II, Ariel, Barcelona 1972, pág. 48; ver también en la bibliografía más reciente, Landrove Díaz, G. "Introducción al Derecho Penal Español", Tecnos, Barcelona 1985, pág. 144.

2. Parte pues el Código penal militar del principio de irretroactividad, con un mandato dirigido a los juzgadores, al establecerse que "se aplicarán las leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito", debiendo entenderse el término leyes como preceptos o normas concretas y no como grupo de ellos sistematizados en una ley.

El calificativo "militares" no es sino una manera de hacer referencia a la especialidad de estas normas, que, con toda la carga de equívocidad que conlleva, debe interpretarse conforme a las prescripciones del artículo 5º (20).

Por leyes penales militares habrá que estimar las contenidas en este Código, las que lo complementan en sus aspectos substantivos y las reformas sucesivas; nunca los bandos, que plantean otro tipo de problemas a la luz del artículo 63.

En cuanto al momento de comisión del delito es unánime la doctrina en señalar que, a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se entienden cometidos cuando el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar (21), no planteando problemas, distintos de los comunes a todo el derecho penal, tampoco los supuestos de delitos integrados por una pluralidad de actos, habituales, permanentes y continuados (22).

Se trata por tanto de una redundancia, que no desarrollo, de lo que ya garantiza tanto la Constitución como el Código Penal, no siendo así de extrañar que todo el artículo 4º no fuera objeto de enmienda alguna en su caminar parlamentario, pues la única razonable hubiera sido no por la expresión o contenido, sino, como ya he dicho, sobre su necesidad.

(20) Que habla "especial naturaleza", intentando dar un sentido material a la especialidad, que excluye tanto el puro hecho de encontrarse, las normas, fuera del Código penal común, como la idea del "estatuto personal". Ver, por todos, Venditti, R.: "Il diritto penale militare nel sistema penale italiano", 5ª edición, Giuffrè, Milano 1985, pág. 27 y ss.

(21) La postura doctrinal, siguiendo el modelo alemán, se vertió en el artículo 7º del Proyecto de Código Penal de 1980 y en el 6º de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, si bien en este último se matizan los casos de tentativa desistida, sea acabada o inacabada, y los de prescripción (se supone que del delito); regulaciones estas calificadas de superfluas por Cobo y Vives, ob. cit. pág. 182.

(22) Ver al respecto Rodríguez Mourullo, G., "Derecho Penal. Parte General", Civitas, Madrid 1978, págs. 125 y ss; Cobo y Vives, ob. cit., págs. 187 y 182; y Casabó, ob. cit., págs. 35 y ss.

El fundamento de la irretroactividad de las leyes penales estriba en que, siendo una consecuencia necesaria del principio de legalidad penal o mejor un aspecto fundamental (23) del mismo, haría ilusorio, su no plasmación diferenciada, el contenido garantista que es esencial a aquel; el sujeto, como justiciable, debe poder saber con certeza, cuando actúa, si su comportamiento es delictivo y con qué pena se le conmina en abstracto; la certeza del derecho (24) está ligada indisolublemente al contenido básico e irrenunciable de la seguridad jurídica.

De donde resulta inconcuso que todas las normas que establezcan delitos y penas así como las que supongan fundamento o agravación de la responsabilidad criminal, o sea las que supongan perjuicio para el reo, sólo pueden aplicarse a hechos cometidos después de su entrada en vigor, sin que su eficacia pueda alcanzar a conductas llevadas a cabo, u omitidas, durante el plazo de "vacatio legis", o antes.

3. La excepción a la irretroactividad que, a continuación, se consigna en el artículo 4º se hace en parangón a lo que proponían tanto el Proyecto de Código Penal de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de 1983, siguiendo los tradicionales derroteros de nuestro ordenamiento jurídico actualmente plasmados en el artículo 24 del Código común (25), que suponen la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable con una amplitud desusada en derecho comparado, en el que es frecuente limitar esta beneficiosa eficacia al momento del juicio, sin alcanzar por tanto a la cosa juzgada (26).

(23) De "requisito básico" lo califican Cobo del Rosal y Boix Reig, en el colectivo "Derecho Penal y Constitución", tomo I de los "Comentarios a la Legislación Penal", Edersa, Madrid 1982, pág. 203.

(24) Expresivo título de la valiosa y sugerente, por su contenido, así como valiente, por cuando fue escrita, obra del italiano Flavio López de Oñate, traducida al castellano y publicada, por Ediciones Jurídicas Europa-América, en Buenos Aires, 1953.

Piénsese que las garantías que implica el "nullum crimen nulla pena sin lege previa" han sido pisoteadas por los regímenes totalitarios, pero que también han sido criticadas por quienes conciben la pena fundamentalmente como corrección o enmienda (como un bien) o con una óptica defensiva (de tutela de la sociedad)

(25) Donde se alude al momento de publicación, en vez de al de entrada en vigor, porque en la primera e invariada redacción de la regla, en el Código de 1848, las leyes entraban en vigor en el momento en el que se publicaban; ver Casabó, ob. cit., pág. 48.

(26) Por ejemplo el artículo 2 (3) del Código Penal alemán prescribe que: "la ley más benigna debe ser aplicada si la ley en vigor cuando se perfecciona el hecho ha sido modificada antes del juicio". Sin duda el seguir este modelo en nuestra legislación, dado lo aleatorio de la duración de los procesos y que en la práctica el constitucional derecho a un proceso "sin dilaciones" no es sino, en más ocasiones de las deseables, papel mojado, llevaría

El fundamento de esta excepción se encuentra en razones de justicia, humanitarias o, genéricamente, de política criminal; bastan para justificarla, puesto que lo más importante es constatar que "la retroactividad de la ley penal más favorable no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de la legalidad... de ahí que esta clase de retroactividad no se oponga al significado liberal del principio" (27).

Lo dicho sirve para ponernos sobre la pista del problema que en su día se planteó en torno a la constitucionalidad del artículo 24 del Código penal (28), y que tanto una interpretación "a contrario" del artículo 9.3. de la vigente Constitución como la apuntada idea de que lo consubstancial a la irretroactividad es la garantía de libertad, hacen que ninguna duda exista sobre el márchamo de validez de la regla en cuestión (29), en el sentido de que la Constitución no la impide.

Pero hoy la cuestión a discutir es cabalmente la contraria, porque, supuesto que la retroactividad favorable no vulnera la Constitución, se plantea, no ya el que la permita, sino que, ahondando más, la consagre y proteja, vinculando así al legislador en cada reforma.

El problema se apunta, como "obiter dicta", en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981 (30) que, en su fundamento jurídico 3º, razona así: "...interpretando a contrario sensu este precepto (la garantía constitucionalidad de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos contenida en el artículo 9.3) puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la ley penal favorable, principio que ya estaba recogido

a palmarias injusticias; pero también cabría encontrar resistencias al tamiz del principio de igualdad. Pudo ser la situación fáctica reseñada la que llevara a nuestro legislador en 1870 a renovar nuestro Código Penal con la regla actualmente recogida en el artículo 24 del Código Penal, entonces en el 23 (el artículo 20 del Código penal de 1848 prescribía: "siempre que la ley modere una pena señalada a un delito o falta, y se publicare aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito o falta, disfrutarán estos del beneficio de la ley").

(27) Ver Mir Puig, S., "Derecho Penal. Parte General", 2ª Edición, PPU, Barcelona 1985, pág. 63.

(28) Verlo en Casabó, ob. cit., págs. 46 y 47. Lo era con relación al Fuero de los Españoles.

(29) Ver Cobo del Rosal, M./ Boix Reig, J., ob. cit., pág. 205.

(30) De su sala 2ª resolviendo el recurso de amparo nº 220/80 y de la que fue Ponente el Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente. Se vuelve a reiterar tal doctrina en la sentencia de 7 de mayo de 1987 (en recurso, de amparo 238/80, con ponencia del fallecido D. Plácido Fernández Viages, sobre sanción administrativa).

y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3... cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial al legislador...”.

En efecto, como ya he dado a entender, el Tribunal no basó su fallo en el razonamiento transcrito (por no hallarse el artículo 9 de la Constitución ni el 24 del Código penal en el ámbito del amparo de libertades públicas y derechos fundamentales), limitándose, a lo que aquí importa, a esbozar con precarios hilvanos el tema, sin que, de lo que conozco, haya vuelto a él para profundizarlo, ya que la sentencia de 7 de mayo de 1981 nada añade.

Debe pues entenderse que el Tribunal Constitucional tan sólo apunta la posibilidad de que la “ley de leyes” garantice la retroactividad de la ley penal favorable, en base a un endeble argumento “a contrario sensu”, que lo único que permite afirmar sin duda alguna es la no anticonstitucionalidad tal retroactividad.

El mandato dirigido al legislador de modo expreso es la irretroactividad y para considerar como tal la retroactividad favorable habría que inducirlo claramente del bloque constitucional (31); en este sentido pienso sería básica la idea de justicia (32) propugnada como valor superior del ordenamiento jurídico, en el artículo 1º, de tal suerte que, si esta fuera basamento único y exclusivo de la retroactividad que analizamos, deberíamos proclamarla como mandato constitucional inequívoco; ello, aunque la trayectoria de nuestra legislación con su reiterada, a partir del Código de 1870, plasmación en las leyes penales parece favorecerlo, creo que es de difícil axiomatización como se demuestra con las excepciones a la excepción, cual es por ejemplo la de las leyes temporales, de las que, casi de seguido me ocuparé.

(31) Como el propio Tribunal Constitucional ha hecho y perfilado en relación al principio “non bis in idem”. Por otra parte me parece algo forzado argumentar, como hace Boix Reig, que “en el fondo late siempre unidad de fundamentación entre el principio de irretroactividad y la retroactividad de la ley penal más favorable, a la que desde esta perspectiva no habría que calificar como excepción al principio general” (en “El principio de legalidad en la Constitución”, en el Colectivo “Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal”, Universidad de Deusto, Bilbao 1983, pág. 75).

(32) Otro intento sería hacerlo desde la idea de libertad, pero, aunque la misma sea cardinal en la Constitución, lo es sobre todo desde la perspectiva de interpretar los derechos que proclama y define.

Por otra parte, los problemas que la aplicación retroactiva de la ley penal militar más favorable pueda suscitar son comunes a los que ya han sido estudiados por la doctrina al socaire del artículo 24 del Código penal y a ella me remito (33); así, todo lo relativo al alcance y determinación de la ley más favorable, a la prescripción (34), a las leyes intermedias, a los estados peligrosos y medidas de seguridad (35), a las leyes modificadoras de las cuantías que delimitan el delito de la falta en determinadas infracciones contra la propiedad (hurto, estafa, apropiación indebida y daños) (36), a las leyes extrapenales que suponen cambio en el blanco de una ley penal, etc.

4. Añade el artículo 4º un segundo párrafo para, como ya he dicho, excepcionar la excepción, apartando así del régimen de la retroactividad de la ley penal más favorable a las leyes temporales, esto es aquellas que de modo expreso delimitan sus concretas fechas de vigencia (37).

(33) Por citar sólo la más reciente ver la ya manejada en las notas 13, 14, 19 y 22; también: Bustos Ramírez, J. "Manuel de Derecho Penal Español. Parte General", Ariel, Barcelona 1984, págs. 95 y ss; Rodríguez Devesa, J. M^a, "Derecho Penal Español. Parte General", edición propia, Madrid 1981, págs. 201 y ss; y Rodríguez Ramos, L. "Compendio de Derecho Penal. (Parte General)", segunda edición, Trivium, Madrid 1985 págs. 49 y ss. Es de anotar que, aunque el tema pueda parecer enjundioso, se carece en la bibliografía española, no en otras, de tratamientos monográficos, excepto el opúsculo de Madrid Conesa, F., "El Principio de Irretroactividad de la ley penal en las variaciones jurisprudenciales desfavorable al reo", número 5 de la serie menor de la Colección de estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, 1982.

(34) Además de la bibliografía indicada, ver Morillas Cuevas, L., "Acercas de la prescripción de los delitos y de las penas", Departamento de Derecho penal de la Universidad de Granada, 1980, págs. 28 y ss.

(35) Ajenas al Derecho militar, con la excepción de la lógica referencia a las medidas que se hace en el artículo 37 del Código que comentamos; y es que, como ya hace años decía Sastre Olamendi, que en los años treinta fue, perteneciendo al Cuerpo Jurídico, Fiscal ante la Sala Militar del Tribunal Supremo, "... al Ejército interesa más el hecho que su autor, y si aplica a este un castigo, lo hace como único medio de que dispone para impedir la repetición de aquel, pues es obvio que no necesitándose el servicio de determinados ciudadanos, sino sólo el de un número de ellos, el problema penal quedaría en la mayoría de los casos reducido a sustituir los que nos fueran normalmente aptos por otros que lo fueran...", en "Un ensayo sobre el Derecho Penal Militar", publicado en tomo 150, año 1932, de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, págs. 109 y 110.

(36) Y que en algo afectan al Código penal militar, por cuanto sus artículos 195 y 196 se remiten "a la cuantía mínima establecida en el Código penal para el delito de hurto"; en las sucesivas reformas del Código Común, la solución que en cada una se adopte será la aplicable y en cuanto a la reforma que en sí supone este Código penal militar, la trataré al ocuparme de sus disposiciones transitorias.

(37) Un ejemplo reciente nos lo proporciona la disposición final 2ª de la controvertida

Se quiere con ello que tales leyes sigan el régimen de rigurosa irretroactividad, aplicándose a todos los hechos cometidos desde su entrada en vigor hasta su, precisada de antemano, derogación, a pesar de que se juzgen cuando ya ha transcurrido su plazo de vigencia y recobrado fuerza la anterior ley.

Aunque no se diga de modo expreso debe extenderse la regla a las llamadas leyes excepcionales, por haber sido promulgadas en circunstancias tales (ley, guerra, alteración grave del orden público o catástrofes), puesto que en pura lógica adoptan la forma de ley temporal, cesando su vigencia cuando se retorna a la normalidad y dejan de ser necesarias, o convenientes (38), pero sólo en el caso indicado, o sea cuando se determina un tiempo de vigencia, bien con fechas concretas, bien indicando claramente la situación en la que la ley está llamada a regir.

Tal precepto supone novedad en nuestro ordenamiento jurídico, separándose el Código militar de las reglas comunes del artículo 24 del Código penal sin razón aparente de especialidad (39), a no ser que se interprete que, aludiendo a "ley temporal" sin calificativo ulterior alguno, se refiera a todas las leyes penales, y no sólo a las militares, exégesis esta que, por elementales razones sistemáticas, descarto.

Y circoscrita la regla al ámbito castrense es difícil formalmente imaginar su aplicación, en tanto en cuanto la ley militar incorpora, previéndolos de modo expreso y sin colapsar la vigencia del propio Código, los supuestos de excepcionalidad imaginables en su ámbito, sea como tipo específico, cual ocurre con la desobediencia a las prescripciones de los legítimos bandos militares en el artículo 63, sea como elemento del tipo (vrg. "tiempo de guerra", "frente al enemigo", "frente a rebeldes y sediciosos", "en circunstancias críticas"); por otra parte podría pensarse que el estado de sitio propicia normas excepcionales y la posibilidad de que se apliquen por la Jurisdicción militar, en cuyo caso no hay que olvidar

Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, "contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución", más conocida por "Ley Antiterrorista", que prevé una vigencia temporal de dos años para lo dispuesto en sus artículos 4º, 5º, 6º, 19, 20 y 22.

(38) No obstante, para evitar dudas, el Código penal italiano alude en su artículo 2º tanto a las leyes temporales como a las excepcionales; también nuestro Código civil separa las excepcionales y las de ámbito temporal. El Código penal alemán, artículo 2 (4), que parece el directo inspirador de la regla a comentar, se refiere a leyes que entren en vigor durante un tiempo determinado.

(39) La explicación puede ser que se han adelantado normas que habían sido pensadas para un nuevo Código penal común; ver mi "Comentario de urgencia...", cit. pág. 908 y ss.

que tales normas serían comunes, y que la atribución de la competencia, para aplicarlas, a órganos castrenses no hace variar su naturaleza (40).

Origen inmediato del precepto parece ser, debido a su literal trascripción, el punto 3 del artículo 5º de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (41), y este a su vez fruto de una corriente doctrinal, de fuerte arraigo, que había puesto de relieve, dicho en síntesis, cómo, dados los claros términos del artículo 24 del Código Penal (42), se podría producir en la práctica una virtual inaplicación de la ley temporal, siendo así que en modo alguno se producía, con la normal sucesión de leyes, cambio del criterio valorativo por cuanto ante idénticas circunstancias la "concepción jurídica" del legislador sería la misma, quedando por contra comprometida la eficacia que, con la mayor severidad, pretendía la ley temporal (43).

Siendo esta argumentación de una solidez tal que ningún reparo encuentro para suscribirla, lo que sí me parece discutible es deducir de la misma la bondad de la regla general que se ha plasmado en el párrafo 2º del artículo 4º del Código penal militar; ¿no sería correcta también la inversa?, en efecto, cabe concluir de tal hilo argumental que sea el propio legislador quien prescriba en cada caso, si hay razón para ello, la ultractividad de la concreta ley temporal de estimar que no va a haber variación del criterio valoratorio, posibilidad que en modo alguno estaba vetada en el ámbito estrictamente militar, ni lo está todavía en relación al resto de las leyes penales (44).

(40) Confundir derecho penal y jurisdicción militares es equívoco frecuente; ver mis "Comentarios a la Ley Penal Militar alemana de 1974", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fasc. 1º de 1985, págs. 88, 90 y 91.

(41) Inspirado a su vez en el párrafo 3º del artículo 6 del Proyecto de Código penal de 1980, si bien la Propuesta mitiga la rotunda proposición de aplicarse "en todo caso" la ley temporal, que ya fue atacada en fase de enmiendas.

(42) En ápice alguno desvirtuados por el artículo 4.2. del Código civil.

(43) El problema, como en tantas otras ocasiones, había sido magistralmente observado por Antón Oneca; ver su "Derecho Penal. Parte General", ed. propia, Madrid 1949, págs. 109 y 110, en las que entre otras, afirma que "la eficacia, buscada con la severidad, queda comprometida, si a los posibles infractores les consta que el rigor de las sanciones amenazadas habrá de desvanecerse una vez pasada la fecha predeterminada de caducidad". Y, antes, por Rodríguez Muñoz en sus notas a la traducción del Tratado de Mezger.

(44) Ni que decir tiene que ambas conclusiones podrían encontrarse dificultadas si se concluyera como en el apartado 3 se ha dicho, que la Constitución garantiza la retroactividad; conclusión que a su vez podría verse entorpecida con este problema de las leyes temporales.

Más correcta me parece esta última opción por cuanto las leyes temporales más severas (45) se pueden dictar, como dijo Antón , por vía de ensayo (vrg. para apretar los resortes de la intimidación ante formas epidémicas de criminalidad) y pueden evidenciarse fracasadas o inútiles, en cuyo caso “las opiniones del legislador han variado sobre la justicia o necesidad de la regulación extraordinaria, y debe aplicarse la ley permanente más favorable” (46).

Se podrá replicar que los supuestos en que no se prevea cambio valorativo se salvan con la precisión de que se puede disponer lo contrario, pero es que eso, por decirlo gráficamente y salvando las distancias, es algo similar a la inversión de la carga de la prueba; con la adopción de fórmulas como la discutida se estimula, por así decirlo, la pereza del legislador, que no aquilate si debe disponer, o no, “lo contrario”; es más, se posibilita que ni siquiera piense en ello, con lo cual, por un olvido (algo nada remoto), los términos del párrafo segundo del artículo 4º del Código penal militar propiciarían formalmente, pero siendo difícil de eludir, una aplicación injusta de la ley temporal.

Pero hay más, pues, como, escidiéndose del parecer mayoritario, ponen de relieve Cobo y Vives, “sentar como regla general el criterio de que, en cualquier caso, los hechos realizados bajo leyes temporales o excepcionales habrán de ser juzgados conforme a estas, significa congelar la valoración jurídica efectuada en el transcurso de una situación extraordinaria, sin tener en cuenta que ya el simple discurrir del tiempo modifica la valoración de las conductas, (v.g. encender las luces sin tomar precauciones en tiempo de guerra no parece, una vez terminada la guerra, tan grave como durante la misma). Con el paso de los años puede modificarse sustancialmente la propia idea de derecho que presidió la elaboración de la ley temporal y, en general, acabadas las circunstancias extraordinarias que motivaron la aparición de estas, el interés del Estado en la protección disminuye”; pareciéndoles, por tanto, “más razonable que la regla sea la benignidad, y que la aplicación del régimen más gravoso necesite un precepto específico y particular” (47); postura a la que me sumo, al haber expuesto razones suficientes para sostener que la regla en cuestión no debía haber accedido al derecho positivo; bastaba que cada ley temporal, de preverse que era necesario su ultractividad, así lo estableciera.

(45) En la menos severa no hay cuestión, por estricta irretroactividad, y no sería necesaria una regla como la discutida; un ejemplo de este tipo de leyes temporales nos lo proporciona el artículo 6º de la ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre.

(46) Ob. cit. págs. 109 y 110.

(47) Ob. cit. pág. 186.

Es momento, a la luz de lo expuesto, para retomar parte de los supuestos de excepcionalidad imaginables en el ámbito castrense a los que antes aludía; en concreto, el delito del artículo 63 del Código penal militar y los casos en los que se incorpora la situación extraordinaria al tipo de injusto como elemento.

Por lo que hace a la desobediencia a prescripciones de los bandos militares, la regla del artículo 4º, en su párrafo 2º, llevaría a la aplicación del artículo 63 a hechos acaecidos durante su vigencia (recuérdese el ejemplo de la prohibición de encender luces, como posible contenido del bando), aunque juzgados con posterioridad, de considerarse a esa "ordenanza de necesidad" que es el bando como una ley temporal, si no ha excepcionado su ulterior actividad, cosa improbable dadas las circunstancias en que podría dictarse (48); de no existir aquella regla, los supuestos se reconducirían a la retroactividad favorable, ya por atribuir al bando carácter de la ley penal, o estimándolo complemento extrapenal del artículo 63, si se conceptúa este como estricta ley en blanco (49).

Respecto a los casos en que la circunstancia excepcional se consigna como elemento del tipo de injusto, aunque puedan constituir, como afirma Maurach, leyes temporales "desde el punto de vista material" (50), no creo que hiciese falta la regla comentada para aplicar aquellos preceptos, aún cuando en el momento del juicio no se diera ya la circunstancia excepcional, en tanto que el legislador, con la técnica empleada, ha cristalizado, o normaliza, su criterio valorativo.

El supuesto muy particular de la imposición de la pena de muerte, muy matizada en el artículo 25 (51), puede plantear problemas tanto en el caso de que, aunque impuesta, no se ha ejecutado todavía cuando han cesado las hostilidades, como en el de que no haya llegado a juzgarse el

(48) En el ejemplo de las luces, la solución no chocaría con las posturas que desde otra perspectiva sostiene Rodríguez Devesa, *ob.cit.* pág. 205; las posibles soluciones injustas tendrían que ser corregidas o por una nueva norma "ad hoc", o por ejercicio del derecho de gracia, o a través de interpretaciones en base al contenido de injusto, concluyendo que no hubo en el caso concreto peligro para bien jurídico alguno.

(49) Debe consignarse que el bando, amén de controvertido, es un instituto mal conocido y poco estudiado por nuestra doctrina, siendo, además, de muy poca utilidad, tras la Constitución, los escasos estudios publicados con anterioridad.

(50) En "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1962, tomo I, pág. 146. Otra perspectiva ofrece el derecho italiano, donde junto al código de paz existe un código penal militar de guerra cuyo artículo 23 establece la ultraactividad de sus normas (ver Venditti, R., *ob.cit.*, págs. 97 y ss.).

(51) Que es ley especial respecto al artículo 14, limitando sus efectos.

hecho que estaba conminado con ella; en el primero una interpretación finalística del artículo 15 de la Constitución lleva a la necesidad de que se conmute; y en el segundo caso es el propio artículo 25 el que impedirá su imposición, puesto que la "extrema gravedad" no debe constreñirse al momento de la comisión del delito, sino valorarse en el contexto general, con lo que, no habiendo guerra, desaparecen las razones de ejemplaridad y, con ellas, tal "extrema gravedad".

5. Distingue De Castro entre disposiciones transitorias específicas entendidas como "disposiciones especiales, que se adjuntan a cada nueva ley, para acomodar su aplicación a las circunstancias creadas por la legislación antes vigente", y genéricas, propio Derecho transitorio, intertemporal o de colisión de leyes en el tiempo, que fijan, para suplir la ausencia o lo incompleto de aquellas, el general criterio legislativo sobre la retroactividad (52).

Pues bien el Código penal militar contiene este derecho transitorio en el artículo 4º, para después, con el propósito de normar la solución de los problemas surgidos por el acceso de este concreto Código al ordenamiento jurídico, desarrollar aquellas normas en específicas disposiciones transitorias, cuyas tres primeras, nada cuidadosas, paso a comentar (53).

Consignar que, aunque hubiera cabido una pormenorización de las reglas procesales, al modo de otras recientes reformas penales de envergadura, estas disposiciones no suscitaron debate ni atención parlamentaria, aprobándose tal y como habían sido propuestas en el Proyecto del Gobierno (54).

Plantea la disposición transitoria primera, como problema más importante y de especial relevancia, el de si la retroactividad más favorable

(52) Ob. cit., págs. 706 y 707.

(53) Las disposiciones cuarta y quinta, que serán comentadas independientemente, pienso que no suscitan problema interpretativo de envidia, a pesar de la desafortunada redacción de la cuarta al utilizar la copulativa de forma que induce a pensar está uniendo dos supuestos distintos ("... de los... y de los ..."), cuando en realidad se refiere a dos requisitos del mismo supuesto.

(54) En el apartado 1 de este comentario.

Tan sólo en trámite de ponencia en el Congreso, se añadió a la tercera la coetilla "pre via audiencia del mismo", como consecuencia de la enmienda 220, propuesta por el Grupo Popular, para "congruencia con la Disposición transitoria primera".

es eficaz en el período de "vacatio legis", o sea, si es aplicable en el supuesto de que durante la misma se celebre el juicio.

¿Por qué el problema?

Reflejada quedó la rotunda tesis que, sustentada por solventes autores y reiterada jurisprudencia, afirmaba la no aplicación de las leyes, durante dicho periodo, ni en lo favorable ni en lo perjudicial (55).

Sin embargo, ya la Fiscalía General del Estado, en Circular de 1 de julio de 1983 "sobre la ley de reforma del Código penal, 8/83, de 25 de junio" (56), partiendo de que "la vacatio tiene como finalidad que las leyes puedan ser conocidas y valoradas por aquellos a los que van destinadas y alcanza su plena justificación cuando se trata de normas sancionadoras que establecen nuevos tipos delictivos o agravan los existentes", sostiene, con expresa alusión a utilitarias razones de política criminal, que "las normas penales más favorables, deben ser aplicadas de manera que sus consecuencias positivas se reflejen en la realidad, sin los cortes o soluciones de continuidad que ocasionan el plazo de vacación legal", pues de lo contrario se dilataría "innecesariamente una realidad penal y penitenciaria cuya solución no puede demorarse y a la que hace referencia la Exposición de Motivos de la propia ley" (57).

Parece desconocer esta postura de la Fiscalía, de una parte que el periodo entre publicación y entrada en vigor tiene también la finalidad de que la ley sea bien conocida por quienes deben rectamente aplicarla (58), y de otra que conllevaría ataque a la división de poderes, al entrometerse el judicial en la esfera del legislador, aplicando una disposición que, por mandato legal, está en "vacatio" (59), argumento básico de la

(55) En el apartado 1 de este comentario.

(56) Se publicó en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo 3 de 1983, págs. 647 y ss.

(57) A la postre, recortaba su propuesta a la situación personal, señalando: "si con su aplicación inmediata se consigue una rápida y efectiva tutela judicial y, al mismo tiempo, se satisfacen los objetivos a los que se pretende dar respuesta, no existen obstáculos para admitir la vigencia funcional de la ley a partir de su promulgación, por lo menos en lo relativo a la modificación de la situación personal de los beneficiados por sus disposiciones.

(58) So pena de propiciar una desigual aplicación, tanto porque según los lugares se conoce antes o después, como debido a que se propiciarían soluciones improvisadas sin la mínima reflexión.

(59) Eso sin contar, como también señala Casabó, que "incluso podría conducir al absurdo de haberse aplicado una ley inexistente por decidir el legislativo derogarla antes del transcurso de su vacatio", ob.cit., pág. 48.

expresada postura doctrinal, que a algunos parecerá puramente formal o ficticio, pero que es cardinal en un Estado de derecho (60).

Desde la perspectiva constitucional es indiscutible la irretroactividad absoluta, marcada por la entrada en vigor, de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; en cambio, si se trata de retroactividad que los beneficie queda a la disponibilidad del legislador ordinario establecer que, durante la "vacatio", la ley publicada sea de aplicación, de modo que, sólo en el caso de que así lo indique o prevea, determinadas normas puedan tener plena eficacia en tal periodo, siempre, eso sí, con el límite infranqueable de la antedicha e irrenunciable garantía constitucional. La traba que suponían las exigencias derivadas de la división de poderes deja de serlo con la autorización o previsión expresa del legislador.

No encontrando pues reparo para que se actúe así, y sí en cambio razones de utilitaria política criminal e incluso imperativos de justicia, sobre todo en caso de dilatada "vacatio" (61), es, según entiendo, lo que hace el legislador en la disposición transitoria primera, determinando por tanto de modo expreso la aplicación retroactiva favorable del Código penal militar durante el lapso de tiempo que discurre entre su promulgación y la entrada en vigor (62).

Puede objetarse a esta solución que la disposición transitoria primera no prevé expresamente tal supuesto porque la disposición final, más adelante, es de una rotundidad que no ofrece dudas; pero entonces ¿por qué repetir lo que ya prescribe el artículo 4º?; ¿sólo para añadir el trámite de audiencia del reo?; ¿y para que se previó también en la tercera? No hay que olvidar tampoco que la fecha de entrada en vigor, en el Proyec-

(60) No me parece suficiente el apoyo que la circular encuentra en la Exposición de Motivos para desvirtuar el "mandato legal".

(61) Abundan para ello hasta razones de economía procesal pues, o se paralizaba la Administración de Justicia en el ámbito militar no celebrándose juicios durante el periodo controvertido, o se obligaba a la automática rectificación del resultado de muchos de ellos.

(62) Idéntica solución podría decirse que ofrece, en su ámbito, la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, "del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas"; pero a ello puede oponerse desde que, no existiendo en tal ley preceptos paralelos al artículo 4º del Código Penal Militar (ni al 23 del común), la transitoria segunda se limita a hacer sus veces y en nada afecta a la inaplicación en "vacatio", hasta argumentos de fondo tales como la necesidad de una nueva infraestructura (lugares donde cumplir los correctivos y régimen de los mismos) y el que quienes tienen en inicio las facultades disciplinarias sean legos en derecho y precisen ese largo tiempo para asimilar las nuevas normas; en todo caso se plantearía el difícil problema de si la retroactividad alcanzaba también a las garantías que, en el procedimiento, entroniza esta ley.

to, se colocó inmediatamente antes de las disposiciones transitorias, siguiendo los pasos del Proyecto de Código penal de 1980 y de la Propuesta de 1983, sus modelos, y que sólo por estimarse era una colocación más lógica, que no por variar el sentido de los textos, se cambió el orden en el Congreso de los Diputados. Además una interpretación conjunta y sistemática de las tres disposiciones transitorias abona que la primera ciña su razón de ser a los casos de aplicación retroactiva favorable de la ley durante la "vacatio".

Que esta sea la razón de ser de la primera transitoria no me ofrece dudas, si bien no es menos cierto que el legislador hubiera podido expresarse con mejor claridad (63) y que al no hacerlo ha dejado un portillo favorecedor de la controversia en materia tan delicada.

La segunda y la tercera contienen sucintas reglas procesales, distinguiendo según medie sentencia firme no ejecutada total o parcialmente o se trate de sentencias pendientes de recurso.

En el primer caso, si las sentencias se han dictado "antes de la vigencia de este Código", serán rectificadas de oficio, se sobrentiende que por la Autoridad Judicial (64) mediante decreto auditoriado y previo informe del Fiscal, no sobrando que, en caso de duda, sea oído el reo o su Defensor, que entiendo pueden solicitar la aplicación retroactiva e incluso, por el genérico derecho constitucional de la defensa, interponer recurso de casación contra la resolución que se adopte; en cuanto a las sentencias firmes dictadas con posterioridad a 1 de junio de 1986, en las que no se haya hecho aplicación retroactiva, entiendo que no cabe su rectificación pues se ha gozado ya de la posibilidad regulada en la disposición transitoria tercera, que incluye la casación, de modo que producido el olvido por inadvertencia, conjunta y sucesiva, del tribunal, de las partes y de la Autoridad Judicial con su Auditor, este será irreparable.

Se incrusta en esta segunda transitoria una regla de origen jurisprudencial a tenor de la cual la determinación de la ley más beneficiosa ha de referirse a unos preceptos concretos y no a la eventualidad de un mayor ejercicio del arbitrio judicial; puede considerarse como criterio interpretativo de carácter general, no constreñido por tanto al estricto campo de esta concreta disposición y, a mi entender, en modo alguno

(63) Cabe pensar que el legislador ni se hubiera planteado el problema, pero en esta tesitura hay que buscar el sentido objetivo de la ley, la "voluntas legis".

(64) O por el Consejo Supremo de justicia Militar, en pleno o en sala de Justicia según los casos para los asuntos que haya conocido desde su instrucción.

comprende los casos, tan frecuentes en el Código nuevo, en que se ha rebajado el límite mínimo de la pena, aunque esta siga teniendo una extensión en parte coincidente con la del texto de 1945 (65).

Para la hipótesis de que, dictada sentencia, esta aún no haya ganado firmeza por hallarse pendiente de recurso, está pensada la disposición transitoria tercera en unos términos que puede registrar más problemas que los que pretende resolver.

Se colige que el Consejo de Guerra (66) no ha aplicado retroactivamente los preceptos de este Código penal militar (67). Pues bien, se dice que la sentencia está pendiente de recurso y que “se aplicarán de oficio o a instancia de parte de los preceptos de este Código, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo”, dejando en silencio quién, cuándo, cómo y en qué casos.

¿Lo resuelve el Tribunal “ad quem”, al que se ha dirigido el recurso?, ¿al resolver el recurso?, ¿en la sentencia de casación?, ¿sólo si se ha articulado como motivo?. Si como quiera que la respuesta de cada uno de estos interrogantes multiplica a su vez otros nuevos, se convendrá en que alguna razón hay para sostener que el cúmulo de problemas suscitados es de envergadura.

Creo que hay que distinguir varios supuestos:

A) Se ha alegado en el recurso de casación la no aplicación retroactiva como infracción de ley con el carácter de motivo único y principal (o sea, que de estimarse huelga entrar en los demás), en cuyo caso, cabe sostener, por razones de agilidad procesal y con apoyo en el término “de oficio” contenido en la transitoria tercera, que el tribunal “a quo” (o la Autoridad Judicial, si la sentencia recurrida es la del Consejo de Guerra)

(65) Otro discutible criterio jurisprudencial extendido, aunque no plasmado en el Código, es el de que la ley más favorable no pueda obtenerse mediante la combinación de las dos leyes, la derogada y la nueva, pues ello supondría crear una tercera norma y, en consecuencia, arrogarse el juzgador funciones legislativas. Ver, en contra, Casabó, *ob. cit.*, págs. 51 y 52.

(66) O el Consejo Supremo de Justicia Militar. Debe tenerse en cuenta que no ha lugar a la aplicación retroactiva favorable respecto de la sentencias de los Jueces Togados Militares de Instrucción por cuanto la competencia para enjuiciar que les atribuye el artículo 12 de la Ley orgánica 9/1980 se constriñe a infracciones de naturaleza común.

(67) Puede también haberlos aplicado pero indebida o incorrectamente, en cuyo caso queda abierta la vía normal de recurso de casación por infracción de ley e, incluso, de no mediar este, la del disenso.

puede, previa la apertura de un trámite de alegaciones de las partes, incluidas las fiscales, hacer aplicación retroactiva del nuevo Código en resolución motivada, que podrá ser recurrida (¿en el plazo de cinco días?) ante el Tribunal Superior, cuando se desatiendan las tesis sustentadas por aquellas.

Todo ello si las partes no han sido emplazadas ante el Tribunal "ad quem", o si este lo devuelve al objeto indicado, siendo lógico que, de estar ya el recurso interpuesto, se resuelva este.

B) Se ha alegado en el recurso de casación pero como un motivo más; de ocurrir así será el Tribunal ad quem el único competente, siguiéndose los trámites normales de la casación.

C) Hay recurso de casación pero en sus motivos no se incluye este; habría que subdistinguir si la estimación de los alegados conduce a consecuencias más beneficiosas que la aplicación retroactiva o no (68); en la primera disyuntiva debe discurrir el recurso por los cauces normales y si se desestima, o se estima insuficientemente, el Tribunal de Casación puede "de oficio" aplicar retroactivamente la ley de modo beneficioso, e incluso, aunque dudoso, sobre todo si el recurso empezó a prepararse a partir de 1 de junio de 1986, "a instancia de parte"; si el Tribunal "ad quem" decidiera que es el "a quo" quien debe pronunciarse sobre la retroactividad, no cabría recurso devolutivo contra tal pronunciamiento; de encontrarnos con el otro término de la disyuntiva, no veo reparo para proceder según se indica en A), siendo dudosa la posibilidad si el recurso empezó a prepararse a partir de 1 de junio de 1986.

D) Se solicita la aplicación retroactiva haciendo uso del escrito de alegaciones a que se refieren los artículos 757 y 758 del Código de Justicia Militar, escrito que cabría estimar en sentido amplio como recurso, dado que la transitoria segunda no dice expresamente se trate del de casación y que no se suscitan problemas en relación a las sentencias de los Jueces Togados (69); en este caso la Autoridad Judicial resuelve "de oficio", procediendo, contra la denegación, recurso ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo.

(68) Cabe una tercera hipótesis, intermedia, la de que no se sepa si la estimación de los motivos alegados supondría más beneficio para el justiciable, dado lo sucinto de la alegación en la fase de preparación del recurso; de ocurrir así, pienso que este debe seguir adelante, a no ser que las partes planteen como cuestión previa la aplicación retroactiva.

(69) Ver nota 66.

No veo dificultad para que en el escrito que contenga las alegaciones expuestas, se solicite subsidiariamente, para el caso de desestimación por la Autoridad Judicial, que se tenga por preparado el recurso de casación.

E) El Auditor, la Autoridad Judicial o ambos creen, en trámite de aprobación de sentencia y sin haber mediado recurso, que debía haberse aplicado retroactivamente el nuevo Código como ley más favorable y sin embargo no ha ocurrido así en la sentencia; es una remota posibilidad, y tal vez por ello no se haya previsto, pero ¿qué hacer si tal sucediera?. Desde luego no cabe hacer nada a instancia de parte por lógica preclusión, al no haberse alegado en los momentos oportunos en que se pudo hacer; por lo demás creo que si hay acuerdo de Auditor y Autoridad Judicial puede hacerse aplicación "de oficio" de la nueva ley si la retroactividad es beneficiosa para el reo, siempre que se ofrezca al Ministerio Público, como defensor de la legalidad, recurso ante el Consejo Supremo de Justicia Militar y, de producirse este, la audiencia del justiciable. Si no hay acuerdo entre Auditor y Autoridad Judicial cabe elevar la decisión como disenso.

Se ha repasado hasta aquí una variada gama de posibilidades a las que poca luz aportan las pocas reglas prescritas en las disposiciones transitorias, que no han tenido en cuenta la peculiar organización actual de la Jurisdicción militar(70).

Volviendo a problemas de fondo, materiales o sustantivos, relativos pueden plantearlos las sentencias ya ejecutadas. Como pauta general y si ha desaparecido la desvalorización anterior, puede afirmarse que cabe solicitar la anulación de las anotaciones de hechos despenalizados, cuyas condenas no servirán de fundamento a la agravante de reincidencia, pero, aunque esta haya sido desprovista de la aguda virulencia de antaño, hasta incluso en el Código penal militar, polémica o dudas surgirán en el supuesto de modificación de las cuantías que delimitan el delito y la falta en determinados ilícitos contra la propiedad.

En efecto, los artículos 195 y 196 del nuevo Código describen conductas dolosas de destruir, deteriorar, abandonar, sustraer o receptar materiales o efectos militares "siempre que su valor sea igual o superior

(70) Quizás con la idea de que no se sabía exactamente cual iba a ser en 1 de junio de 1986. La reforma parcial y urgente del Código penal de junio de 1983, preveía disposiciones transitorias con más pormenorizadas regulaciones procesales; al respecto puede verse la mencionada Circular de la Fiscalía General del Estado.

a la cuantía mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto" (71), comportamientos que en parte son coincidentes con los previstos, como fraudes, en el artículo 403 (5°), en su relación con el 439-3°, del Código de 1945; en cuanto a las sentencias en ejecución se deberá aplicar la nueva ley retroactivamente, mas si ya está cumplida la condena, como quiera que las dictadas por fraude han accedido al Registro Central de Penados (72), ¿debe anularse la anotación si por la cuantía han dejado de ser delito en el nuevo Código?, ¿pueden fundamentar reincidencia?

La literalidad de los artículos 24 del Código penal y 4 del militar no admite la retroactividad expresamente (73), habiendo sido la mayoría, rayana en unanimidad, de la doctrina y de la jurisprudencia que, sobre todo en base al fundamento humanitario de la retroactividad más favorable, ha extendido esta a las condenas ya cumplidas, señalando que, para la estimación de reincidencia, deben despreciarse los concretos antecedentes que traigan causa de cuantías ya superadas por el legislador. Los ya de por sí los generosos términos de la ley española se ensanchan así al máximo.

No obstante se puso de relieve que variar la cuantía, que marcaba el linde entre determinados delitos y faltas contra la propiedad, no obedecía a cambio valorativo, sino que era consecuencia necesaria del incremento progresivo del coste de la vida. La galopante depreciación monetaria imponía la periódica revisión de las cifras para mantener constante la desvalorización penal. Argumentación que trajo consigo que diversas modificaciones del Código penal, a partir de 1967, incluyeran la siguiente cláusula: "las sentencias ya ejecutadas no se rectificaran a efectos de antecedentes penales por razón de las variaciones de cuantía que para la calificación de ciertos delitos se establecan en esta ley".

(71) No es este lugar para hacer el estudio de este inciso, y en general de estos preceptos, y lo que parece su solución de continuidad en el ámbito disciplinario (la falta leve 26° del artículo 8 y la grave 24° del 9), pero si quiero referirme a que la asimilación al hurto da en pensar en una equivalencia de los bienes jurídicos protegidos más que discutible (piénsese que en determinadas ocasiones se puede poner también en peligro la eficacia de las Fuerzas Armadas); en este sentido era mejor la fórmula del Proyecto al proponer como criterios de deslinde que "el valor fuera de ínfima cuantía o el hecho revistiera escasa entidad", con los que se podía medir mejor la antijuricidad; se podrá decir que estos eran unos criterios indeterminados, pero no pienso que, al tamiz conjunto de las Autoridades disciplinarias y judiciales, quebrará en modo alguno la seguridad jurídica; el criterio al fin adoptado, con las ventajas técnicas de no precisar modificación de cuantía, implica una aleatoriedad y hasta algo de capricho en la determinación de la gravedad de lo injusto.

(72) En atención a la naturaleza de la pena (artículo 890 del Código de Justicia Militar).

(73) Ver, por todos, Antón Oneca, J., ob.cit., pág. 108; y Casabó Ruiz, J.R., ob. cit., págs. 55 y ss.

Esta cláusula, que ya no se reflejó en la reforma urgente y parcial de 1983, tampoco figura en el Código penal militar; si a este hecho añadimos que en realidad entre el fraude de Código de Justicia Militar y sus casi paralelos delitos de los artículos 195 y 196 del penal militar se ha producido, en algunos supuestos, cambio valorativo (74), debe defenderse que las condenas por fraudes del artículo 403 (5º) inferiores a 30.000 pesetas no son susceptibles de fundamentar reincidencia (75) y que podrán ser atendidas las solicitudes de aplicación retroactiva tendentes a la cancelación de la nota.

Para finalizar abordaré, limitándome al enunciado y sucinto comentario, la cuestión relativa a la posible aplicación (retroactiva favorable) de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 14/1985, cuya básica finalidad ha sido trasvasar al Código penal común determinadas incriminaciones que, contempladas en el Código de Justicia Militar, aunque no de forma exactamente igual, sin embargo han quedado extramuros del Código penal militar.

Son estas unas disposiciones que, sometidas al régimen de los artículos 23 y 24 del Código penal, resultan en parte de más dureza que las anteriores y que, como hipotética aplicación retroactiva, en la práctica sólo se me ocurre quepa respecto de la rebelión ocurrida el día 23 de febrero de 1981.

Por dicha concreción del tema estimo inoportuno pronunciarme sobre la posible retroactividad favorable, pero sí quiero dejar constancia, una vez obviado el aspecto substantivo, de que la ley no ha resuelto (76) qué órgano jurisdiccional deberá pronunciarse en la ocasión de que se plantee una petición al respecto (77); repárese en que el órgano que fue competente ha dejado, hacia los hechos futuros, de tener competencia objetiva, pero con carácter general debe entenderse que esta, una vez dictada sentencia, se extiende a todas las incidencias que surgan en la ejecución, de modo que, si se estima incidencia resolver sobre la aplica-

(74) En tanto que el límite de 3.500 pesetas fijado en 1980 se establece ahora en 30.000, y la inflación no ha seguido el ritmo correspondiente.

(75) Los supuestos se plantearían, casi siempre, respecto a delitos comunes en los que pueda concurrir la agravante, y deberán ser resueltos por la Jurisdicción Ordinaria.

(76) Si ha resuelto en cambio el lugar de cumplimiento de las penas en la disposición transitoria quinta del Código Penal Militar.

(77) Órgano que, aplicando por analogía la disposición transitoria segunda del Código penal militar, podría plantearse la rectificación de oficio, pero el problema previo sigue siendo el mismo, ¿qué órgano jurisdiccional se lo plantea?

ción retroactiva de la nueva ley, de los artículos 985 y 986 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende como Tribunal competente el que hubiera dictado la sentencia casada (78).

(78) De otro modo se complicaría el problema por cuanto, sobre la base (irreal) de que sería competente si los hechos hubieran ocurrido a partir de 1 de junio de 1986, un determinado órgano judicial se atribuiría la competencia, lo que a su vez podría ser objeto de controversia entre distintos Tribunales, con el consiguiente perjuicio para quienes esperan la tangibilidad de la posible aplicación favorable de la nueva ley. Ni que decir tiene que otro tipo de complicaciones derivarían si, decidida la competencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, este desaparece tal y como se ha proyectado, en cuyo caso habría que extender la competencia al órgano que se cree en su sustitución.

*EL IMPACTO DEL LIBERALISMO EN MALLORCA (1808-1814)**

ROMAN PIÑA HOMS

SUMARIO: Introducción. I. El caldo de cultivo del liberalismo: la Sociedad de Amigos del País. II. La catástrofe bélica y el consiguiente éxodo de refugiados a la isla, como factor determinante del agrupamiento liberal. III. La acción de los primeros liberales mallorquines. IV. Acoso y derribo de la primera experiencia liberal.

INTRODUCCION

De forma muy meditada, he escogido el término "impacto" para adjetivar la irrupción del liberalismo en Mallorca, objeto de esta conferencia. Y es que cuando tratamos de distinguir las notas que caracterizan el nacimiento de esta corriente ideológica entre nosotros, difícilmente podríamos utilizar expresiones como las de "recepción" o "penetración", indicativas de su llegada y adopción más o menos extensa, puesto que la isla, repudia tal corriente ideológica prácticamente en bloque, considerándola producto de un mal sueño, una vez superados los difíciles días de la invasión napoleónica.

Teníamos sin duda que utilizar, por consiguiente, el término "impacto", puesto que impactar significa golpear. Y esto fué el liberalismo en Mallorca: un golpe, un "crac", del que tardó en reponerse la isla, y que solo años después, avanzado el siglo, fué capaz de analizar y en cierta medida asumir.

* Texto que corresponde a la conferencia, complementada con notas, pronunciada en el "Aula de estudios liberales" de Palma de Mallorca, el 4 de marzo de 1986

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 12 (PALMA DE MALLORCA 1985).

Pero acotemos el tema. La presente exposición se refiere a un período relativamente corto -los turbulentos años de la Guerra de la Independencia Española en Mallorca- pero suficientemente enjundioso como para llenar numerosas páginas. Y nos referimos a este período porque es durante su transcurso, cuando se produce el impacto liberal, aunque seamos conscientes, obviamente, de que la acción del liberalismo mallorquín, al igual que en el resto de España, rebrota con el trienio liberal de 1820 a 1823, y se prolonga durante todo el siglo XIX, para constituir hoy, con partidos liberales o sin ellos, valor insoslayable del patrimonio moral de la Mallorca encarada hacia el año 2.000.

La historiografía mallorquina cuenta con una obra señera respecto al tema: *Mallorca durante la primera revolución* (1), de Miguel los Santos Oliver. La obra, pese a que aparece en 1901, conserva todo el vigor y colorido propios de la pieza de un gran escritor y periodista, como fué Oliver, y pese a carecer de la técnica de un historiador, constituye hoy por hoy, la guía más honesta y atractiva para acercarse al fenómeno que tratamos y a su época. Ferrer Florez también nos ha dejado una importante exposición de conjunto en su obra *Historia política contemporánea en Mallorca* (2). Barceló Pons aportó hace ya unos años una breve síntesis (3), y recientemente, Roura i Aulinas, nos ha proporcionado una extensa y documentada tesis doctoral (4).

Como trabajos que clarifican algunos extremos de nuestra exposición, no podemos en modo alguno olvidar los de Isabel Moll (5) fundamentalmente, así como los de Jaume Suau (6), Díez de Castro y Lluç Ferrer, sobre los orígenes del periodismo político en Mallorca (7), y Carles Manera sobre el desarrollo económico insular durante el mismo período

(1) Oliver, Miguel de los Santos: *Mallorca durante la primera revolución*. Palma 1902.

(2) Ferrer Florez, Miguel: *Historia política contemporánea en Mallorca*, en *Historia de Mallorca* coordinada por Mascaró Pasarius, tomo II, Palma 1975.

(3) Barceló Pons, Bartomeu: *El segle XIX a Mallorca*. Palma 1964.

(4) Roura i Aulinas, Lluís: *L'Antic Règim a Mallorca. Abast de la commoció dels anys 1808-1814*. Palma 1985.

(5) Moll Blanes, Isabel: *El liberalisme a la Il.lustració mallorquina: En Guillem Ignasi de Montís*, "Randa" nº 7 (Barcelona 1978).

(6) Suau Puig, Jaum y Moll Blanes, Isabel: *Memoria explicativa del estado de la isla de Mallorca en el siglo XVIII*, en "España en el siglo XVIII homenaje a Pierre Vilar". Barcelona 1985.

(7) Díaz de Castro, Francisco J. y otros: *Los orígenes de la prensa política en Mallorca 1812-1814*, en "Mayurqa", 16 (Palma 1976).

(8). Yo por mi parte siempre he sentido una especial predilección hacia este momento histórico, al que también traté de acercarme en mis trabajos sobre la Ilustración mallorquina (9) y el nacimiento de la Diputación Balear (10).

Existe, por otra parte, un importante bloque de fuentes documentales para desbrozar este período. Entre otras, las propias actas de sesiones de los organismos que ejercieron mayor protagonismo, como la *Junta Suprema de Gobierno de las islas* (11), el *Ayuntamiento de Palma* (12) y la *Diputación Provincial* (13), y archivos familiares, como el de *Casa Desbrull*, hoy depositado en el Ayuntamiento de Palma y que está ordenando el archivero Pedro Montaner en una encomiable labor.

I. EL CALDO DE CULTIVO DEL LIBERALISMO: LA SOCIEDAD DE AMIGOS DEL PAIS

Entrando ya en materia, nos preguntamos: ¿Qué es el liberalismo en el plano político y cuándo comienza? Dificil respuesta, cuando sabemos que pocas expresiones resultan tan imprecisas como la "liberal". Aceptado el liberalismo por su idea rectora - la libertad- y partiendo de que la historia de Occidente puede considerarse como la historia de la libertad, su cuna estaría en Grecia. Sin embargo el liberalismo en el sentido que nos ocupa, aparece en el siglo XIX, como una de las aplicaciones prácticas de la Ilustración, fenómeno que en España, más que animar una teoría del Estado y de la sociedad, para contraponerla al Absolutismo monárquico, se tradujo en *el credo de una élite reformista enfrentada con las dificultades de un renacimiento económico*, haciendo que la mayoría de los ilustrados *participasen de una visión absolutista y paternalista del gobierno*, como ha señalado Raymond Carr (14), aunque, como matiza Salvador Giner (15), *con entidad suficiente como para arraigar en el*

(8) Manera Erbina, Carlos: *El movimiento comercial del Puerto de Palma según las series de "Entradas" y "Salidas" de navíos del Semanario Económico (1779-1820)*, en BSAL, t. XXXVII (Palma 1980).

(9) Piña Homs, Roman: *Del Decreto de Nuevas Planta a las Cortes de Cádiz*, en "Historia de Mallorca" coordinada por Mascaró Pasarius, Tomo II. Palma 1975.

(10) Piña Homs, Roman: *La Diputación Provincial de las Baleares (1812-1979)*. Palma 1979.

(11) *Archivo del Reino de Mallorca. Actas de la Junta Suprema de Gobierno de las Baleares*.

(12) *Archivo Histórico del Ayuntamiento de Palma. Actas del Consistorio 1818-1814*.

(13) *Archivo de la Diputación Provincial de Baleares. Actas de sesiones 1812-1814*.

(14) Carr, Raymond: *España 1808-1939*. Barcelona 1970, pág. 80.

(15) Giner, Salvador: *Historia del pensamiento social*. Barcelona 1975, pág. 390.

país y cambiar para siempre su fisonomía y, gracias a sus propias ideas humanitarias, alcanzar la tolerancia y el descubrimiento de formas menos autoritarias de convivencia.

Los reformistas del siglo XVIII, que esto eran nuestros ilustrados, encuentran en las Sociedades Económicas de Amigos del País, el clima adecuado para impulsar sus ideales, puesto que se consideran más incentivados por las teorías de los fisiócratas, que por las del *Espíritu de las leyes* de Montesquieu o el *Contrato Social* de Rousseau, autor proscrito en España durante todo el siglo, y al que la Inquisición mallorquina calificará de *hombre vago, enemigo de la sujeción, ladrón, lascivo, con otros vicios y que no poseyó ciencia alguna con fundamento* (16).

La Sociedad Económica mallorquina, creada en 1778, como la réplica de Carlos III para atajar los propósitos de la nobleza insular que intentaba restaurar la cofradía de Sant Jordi, cohesionada en Mallorca a una inquieta minoría de intelectuales, que será, evidentemente, el caldo de cultivo o dicho en otros términos, la levadura, del futuro movimiento liberal mallorquín.

¿Quiénes iban a ser los hombres de este movimiento, llamados a traer a Mallorca los esquemas de la sociedad contemporánea? *Purpurados como Despuig, obispos como Nadal, titulados como los marqueses de Bellpuig, de la Bastida, de Campo-Franco, magistrados como José Antonio Mon y Velarde o don Jacobo de Espinosa*, nos contestará Oliver, precisando, que *las primeras voces que claman por un orden nuevo, vienen de cierto sector de la nobleza y de la intelectualidad tonsurada*, más que por una convicción interna, muchos de ellos, *para no pecar de tibios, ni de desafectos a los deseos del Rey, confundiendo en las listas, quienes nada recelaban contrario al espíritu tradicional y quienes alentaban esperanzas secretas de abrir un portillo a la inminente transformación* (17).

Pensemos, coincidiendo con Oliver, que la sociedad mallorquina de finales del siglo XVIII, permanecía inmóvil, y pese a nuestros ilustrados y al avance de un nuevo sector mercantil, distinto del tradicionalmente integrado por la nobleza comerciante, recientemente estudiado por Carles Manera (18), que hemos de suponer más permeable a posibles cam-

(16) Sarrailh, Jean: *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*. Madrid 1974, pág. 299.

(17) Oliver, obra citada, pág. 72.

(18) Manera, obra citada, pág. 553.

bios, el hecho es que autores como Voltaire, recordándonos que, *sean protestantes, judíos o libertinos, todos lo hombres tienen derecho a la justicia, no eran de fácil digestión en los anquilosados ambientes insulares, pese a que Ramón Llull, siglos antes, se hubiese ya pronunciado en términos análogos* (19).

El conservadurismo sería tan inmovible, que, pese a que la Sociedad Económica mallorquina abogaba por simples mejoras económicas, mediante la promoción de nuevos cultivos, el comercio con ultramar, etc., para todos beneficiosas, apenas ocho años después de su creación, uno de sus promotores, Bernardo Contestí, manifestará que *solo puede cifrar sus esperanzas en la eficacia y celo de unos quince socios, mientras un espíritu de indiferencia y hasta de estúpida chacota le rodea por todas partes* (20).

Ante este clima, Isabel Moll se ha preguntado, perspicazmente, sobre el verdadero grado de progresismo de nuestros ilustrados, a efectos de poderlos enlazar con el espíritu de los futuros liberales. Esta pregunta le ayuda a distinguir una segunda generación de ilustrados: *el grup que sorgeix al final del segle, integrat per unes poques persones que, d'acord amb els seus testimonis escrits i les seves actuacions concretes, podem qualificar d'il·lustrats liberals; ès a dir, d'aquells que impulsaren o feren possible la Constitució de 1812* (21). Ahí tenemos, pues, el precedente inmediato del fenómeno que estudiamos.

II. LA CATASTROFE BELICA Y EL CONSIGUIENTE EXODO DE REFUGIADOS A LA ISLA, COMO FACTOR DETERMINANTE DEL AGRUPAMIENTO LIBERAL

El 1 de mayo de 1808, un día antes de la fecha del famoso levantamiento madrileño, la ciudad de Palma celebraba con un solemne *Te Deum* en su catedral, la exaltación de Fernando VII al trono, ajena a los

(19) Piña: *Del Decreto de Nueva Planta ...* pág. 354.

(20) Oliver, obra citada, pág. 70.

(21) Moll, obra citada, pág. 171.

Oliver al estudiar los discursos y memorias de la Sociedad Económica mallorquina, nos reseña algunos textos de ilustrados que no solo suscribiría cualquier liberal histórico, sino cualquier progresista de años posteriores: *No, señores, dirá un socio de la Económica, jamás se ha podido hacer un pacto tan inicuo entre los hombres como lo fuera sin duda el que una parte del género humano viva oprimida en los trabajos para que la otra permanezca en una vergonzosa inacción, disfrutando de placeres y delicias a costa del sudor de sus semejantes...* Véase Oliver, obra citada, pág. 75.

acontecimientos que se avecinaban. Todo era jolgorio, luminarias y procesiones de rogativas para el feliz reinado del nuevo monarca.

Como bien sabemos, los acontecimientos se precipitarían. En la mañana del dos de mayo el pueblo de Madrid se arremolina ante el palacio de Oriente y trata de impedir por la fuerza la marcha del infante Francisco de Paula, el único de los miembros de la familia real que aún permanece en España. *El estrépito callejero hará que cierto personaje notable, Alcalá Galiano, pregunte a su madre, qué está pasando. La respuesta de aquella mujer resultó premonitoria: "Ya ha empezado" (22).* Efectivamente, como ha precisado al hilo de esta respuesta José Antonio Escudero, *había empezado todo: la masiva revuelta popular, la Guerra de la Independencia, y en última instancia la revolución del siglo XIX y el advenimiento del mundo contemporáneo (23).*

En Mallorca a partir de entonces y sobre todo desde la caída de Cataluña y Levante en poder de los ejércitos napoleónicos, se permanecerá a salvo del invasor gracias a la cobertura naval inglesa, pero precisamente por esto recibirá un flujo incesante de refugiados, que hará que en varios meses, Palma pase a albergar de los treinta mil habitantes que tenía, más de setenta mil. Como señala Oliver, *el bullicio que aquí trajeron los advenedizos, las novedades continentales de que fueron portadores, el tráfico mercantil que desarrollaron, las industrias que introdujeron, las modas que comunicaron a nuestra imitación y el aspecto de vida alborotada que tomó una ciudad tranquila y soñolienta, hubieran ofrecido materia suficiente a Perez Galdós para uno de sus Episodios Nacionales (24).* Roura nos ha dejado un exhaustivo análisis del fenómeno, detectando los lugares de procedencia de los refugiados, su comportamiento y su inserción en nuestro habitat (25).

Además, por lo que a nuestro caso interesa, no se dan cita en la isla los sectores tibios a la nueva situación, sino precisamente los más enfrentados a la misma, los que más odian al francés y al sistema de valores que pretende importar. Por esto, una vez consolidado el *Consejo de Regencia* a nivel de la Administración central con sus elementos más progresistas, se teme y con razón, el clima de conservadurismo mallorquín. A conjurar este peligro parece obedecer el destino a Mallorca, como magistrado

(22) Escudero, José Antonio: *Curso de Historia del Derecho*. Madrid 1985, pág. 829.

(23) *Ibidem*.

(24) Olivier, obra citada, pág. 491.

(25) Roura, obra citada, pág. 162 y sigtes.

de su Audiencia, de una de las figuras más preclaras del liberalismo español: el aragonés Isidoro de Antillón.

Precisamente deja constancia Oliver, de que *Mallorca era tenida en el resto de España, por los hombres que dirigían el movimiento reformador y por los que procuraban detenerlo, como un baluarte del antiguo régimen, no ya de la España genuinamente tradicional, de la España monárquica y federativa, sino de la España decadente y despótica del siglo XVIII* (26). Y así lo corrobora *La Antorcha*, en un artículo que publica bajo el título *Opinión pública malloquina*, en el que manifiesta, que *esta provincia aislada, libre por su ventajosa posición, de los enemigos exteriores... está más sujeta que ninguna otra a sufrir el yugo de las opiniones absurdas con que la han engañado por largo espacio de tiempo* (27).

La operación constitucionalista, objetivo de nuestros primeros liberales, estaba en marcha, y no era cuestión de dejar desguarnecido el flanco mallorquín. Nos hallamos en el momento histórico en que el denominador común del liberalismo es el fervor constitucional, convertido no solo en una fuerza moral, sino también en la fuerza política impulsora de acontecimientos que van a transformar el mundo occidental. No olvidemos que incluso se ha dicho, que el término "liberalismo" deriva de la expresión española "liberal", acuñada en las Cortes de Cádiz, para propagarse por toda Europa a partir de la revolución de 1820. Y es en estos momentos, con los doceañistas de Cádiz, en los que podemos comenzar a hablar de un partido o movimiento liberal en España, aunque hasta O'Donnell y su *Unión Liberal*, que tan importante papel desempeñará entre los años 1856 y 1863, no existirá un partido con ese nombre.

Pero volvamos al hilo de los acontecimientos de la Guerra de la Independencia. El flanco mallorquín era importante. En la isla se preparaba la división Whittingham; se instalaba la Academia Militar y de Artillería, y se preparaban los diversos pertrechos de guerra que serían imprescindibles para trascendentales operaciones bélicas en la península. En Palma se estaban refugiando numerosos aristócratas de la Corte e incluso miembros de la familia real, como doña María Teresa de Villabriga, viuda del infante don Luís; una pléyade de obispos, inquisidores y superiores de órdenes religiosas; intelectuales, artesanos y comerciantes, y lo que es más significativo en orden a la difusión de las ideas, imprentas enteras, como la del valenciano Miguel Domingo y otras varias, de modo que en pocos meses la ciudad de Palma se convertirá en una de las capi-

(26) Oliver, obra citada, pág. 491.

(27) *Ibidem*,

tales más informadas, con publicaciones que se leen ávidamente para conocer el pulso no solo de los acontecimientos, sino, como ya hemos indicado, de la evolución de las ideas que bullen en las cabezas de la clase política, en orden a los principios orientadores del proceso constitucional que se avecina. A este respecto, Díez de Castro precisará: *Con el nacimiento de la Constitución de 1812, asistimos a la aparición de abundantes periódicos en Mallorca, que plantean posturas muy diversas de opinión ante la evolución histórica del Estado. Con los matices lógicos en cada publicación, observamos cómo surgen en torno a dos planteamientos ideológicos opuestos. Sus títulos son: El amigo de la verdad, Semanario cristiano-político de Mallorca, Diari de Buja, Nou Diari de Buja y Lluna patriótica mallorquina, de tendencia conservadora, por un lado. Por otro, la Aurora patriótica Mallorquina, constitucionalista, piedra de toque de las polémicas, y La Antorcha, de planteamientos autonomistas dentro de la misma tendencia, pero de aparición más tardía* (27b).

Para coordinar la acción de los liberales mallorquines se articula un triunvirato, integrado por Antillón, Victoria y Montis, agrupando a todos los elementos que el azar de la guerra ha situado en la isla -militares, artistas, intelectuales, aristócratas y no pocos sacerdotes- dispuestos, unos por convicción, otros por arribismo, a apoyar resueltamente el proceso constitucional y sus consiguientes reformas.

Pero fijémonos en que no solo el grueso de la formación política, sino los mismos líderes locales, son mayoritariamente gentes de fuera. Forastero es Miguel de Victorica, que se halla en la isla desde tiempo atrás en calidad de fiscal del Santo Oficio ya inoperante, en buena medida dominado por funcionarios regalistas, fieles a los intereses de la Corona antes que a la defensa de la fe. Forastero es Isidoro de Antillón, nacido en el pueblo de Santa Eulalia, de la provincia de Teruel, doctor en ambos Derechos y profesor del Real Seminario de Nobles de Madrid, con fama también de geógrafo e historiador, que Toreno nos describirá de *robusto temple, aunque de salud muy quebrantada, formando especial contraste las poderosas fuerzas de su entendimiento con las decaídas y flacas de su cuerpo achacoso y endeble* (28). Sin embargo, mallorquín de pura cepa es Guillermo Ignacio de Montis, militar de carrera, que en Madrid había tenido ocasión de entrar en contacto con ambientes progresistas, en particular con el sector intelectual de poetas y escritores

(27b) Díez de Castro, obra citada, pág. 310.

(28) Toreno: *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, tomo V, pág. 384.

como Manuel José Quintana. De Montis, con admiración, nos dirá Oliver: *todavía muy joven, lleno de entusiasmos ardorosos, se lanzó por las vías de la revolución, de la libertad y del progreso, en las que tantos abrojos y persecuciones le esperaban* (28b).

III. LA ACCION DE LOS PRIMEROS LIBERALES MALLORQUINES

¿Quiénes y cuantos eran y qué hicieron nuestros primeros liberales? Disponemos prácticamente de todos sus nombres y de sus señas de identidad, a través de dos documentos: la carta que firman a favor de la disolución de la Inquisición, y la nómina de suscriptores de la *Aurora Patriótica*, el órgano periodístico bajo el que se agrupan y desde el que pretenderán extender sus ideas. Los auroristas más destacados, aparte de Antillón, serán el notario Esteban Bonet, el doctor Valentín Terrers, el presbiterio Salvá y el teniente coronel Ruiz de Porras.

De la nómina de liberales mallorquines comprometidos, unos doscientos, distinguimos, por una parte el alto índice de apellidos peninsulares, seguramente de refugiados o funcionarios, y por otra, su concreta extracción social, afianzada fundamentalmente entre hombres de letras, clérigos progresistas y militares, con la nula participación menestral o de gentes del pueblo, que integradas en sus gremios y cofradías, permanecen bajo la influencia de un estamento eclesiástico cada día más distanciado de la opción liberal, a la que consideran enemiga de la fe y de la moral católica.

Entre los hombres de letras adscritos al liberalismo, observamos a juristas, como los abogados Vicente Simó, Mariano Barceló y José Trías; los catedráticos Mariano Garcías, síndico procurador del que será primer Ayuntamiento constitucional de Palma, y Jaime Frontera; notarios como Bartolomé Socías, escribano mayor de la Audiencia, y José María Serra, secretario del Real Consulado de Mar y Tierra; y magistrados como Ignacio Pablo Sandino. No olvidemos el papel del jurista en el marco de la revolución intelectual del siglo XVIII. Michel Vovelle nos ha precisado que, *por su función, cabría esperar que fuesen defensores del sistema establecido que les daba vida; y sin embargo, afirmaron su independencia ideológica en el seno de la burguesía* (29), concretando otro

(28b) Oliver, obra citada, pág. 502.

(29) Vovelle, Michel: *Introducción a la historia de la Revolución Francesa*. Barcelona 1981, pág. 21.

autor como Albert Soboul, que, *con su nivel de vida en general muy sencillo, de una cultura intelectual amplia, adepta y entusiasta de las ideas filosóficas, esta fracción de la burguesía, las gentes de leyes, fueron las que interpretaron el primer papel en 1789* (30).

Si bien en la nómina de nuestros primeros liberales aparecen algunos representantes de la aristocracia, como Juan Burgues Zaforteza, maestrante de Ronda, y Juan Truyols, caballero de la Orden de San Juan notamos en cambio a faltar la representación del ámbito mercantil, seguramente temeroso a comprometerse, por no saber en lo que podrá acabar la aventura, con la excepción de Bartomeu Valentí Forteza, resueltamente alineado con el progresismo, que ofrecerá una comida multitudinaria en el paseo de la Rambla de *Ciutat*, con motivo de la jura de la Constitución.

Las primeras escaramuzas entre liberales y absolutistas, tendrían lugar con motivo de la toma de posesión del cargo de síndico personero del Ayuntamiento de Palma por el liberal Esteban Bonet. Este, en la primera sesión constitutiva de la corporación, manifestará que las autoridades, eclesiásticas y nobleza, *nada están haciendo por el pueblo y permanecen en la inacción* (31). Ya tenemos las primeras puyas anticlericales y el detonante para la polémica agria y las descalificaciones mutuas.

La aparición de los escritos reformistas, la encabeza en 1810, un folleto de Isidoro de Antillón titulado *Quatro verdades útiles a la nación* (32). El texto ofrece indudable interés, puesto que muestra la actitud de nuestros liberales ante la inmediata convocatoria de las Cortes de Cádiz, por ellos auspiciada. Antillón se queja precisamente de que *ante la celebración de las Cortes, las imprentas españolas, en lugar de ofrecer diariamente escritos y discursos en que se ilustren los principios verdaderos de la política, se dediquen a lanzar sus sátiras ineptas o ridículos desahogos verbales contra el enemigo* (33).

¿Cuales son estos *principios verdaderos de la política*, aludidos por Antillón? Pues como precisa, aquellos que permiten la limitación de poderes, para *impedir que el gobierno de España abuse de las facultades propias y de otras que nadie le ha concedido* (34). Es necesario arbitrar

(30) Soboul, Albert: *La Revolución Francesa*. Madrid 1975, pág. 41.

(31) Oliver, obra citada, pág. 518.

(32) Antillón, Isidoro: *Quatro verdades útiles a la Nación*. Palma 1810.

(33) Antillón, obra citada, pág. 6.

(34) *Ibidem*, pág. 8.

órganos de control del poder, y con este objeto se aduce el ejemplo de nuestras Cortes medievales, pero sobre todo, la vigencia de los *derechos inalienables de la libertad originaria, esencial e imprescriptible de la nación* (35). Un opúsculo también editado en Palma, *Reflexiones sobre los puntos más importantes en que deben ocuparse las Cortes* (36), advertirá de que solo deben guiarse los diputados *por los principios eternos y universales anteriores a la formación de las sociedades civiles*, en línea con la conocida expresión de Locke, de que los hombres por naturaleza se encuentran en *un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural* (37).

Imbuidos de estos principios, los mallorquines de mayor peso en las Cortes de Cádiz serán: el obispo Bernardo Nadal y el jurista Guillermo Moragues. El obispo Nadal llegó a presidir la comisión redactora del texto constitucional y fué el autor del *Discurso preliminar* (38) con el que se presentó el proyecto a la cámara. Hombre de excepcionales dotes intelectuales, reconocida honestidad y amplitud de miras, había sido designado obispo de Mallorca en 17 de julio de 1794. El jurista Moragues se convertirá en uno de los diputados más radicales, como lo pareció demostrar al querer poner cortapisas, sin conseguirlo, a la participación de los clérigos en el proceso para la elección de futuros diputados, que le llevaría a exclamar premonitoriamente: *Posible es, Señor, que las próximas Cortes se compongan en la mayor parte o en el todo de individuos del clero ¿Y esto será justo? ¿Podrá convenir a la Nación?* (39). Efectivamente, en las Cortes ordinarias que siguieron a las constituyentes, predominó el sector absolutista, aupado por un poder eclesiástico, chamuscado por los chisporroteos anticlericales de la antorcha liberal.

Conviene antes de seguir adelante, preguntarnos sobre el contenido de este anticlericalismo. Como ya hemos tenido ocasión de observar, fueron bastantes los clérigos ilustrados que apoyaron resueltamente el cambio liberal. ¿Se producía este apoyo en contraposición a sus convicciones religiosas? ¿Eran nuestros liberales, auténticos martillos de la Iglesia, deístas y librepensadores, dispuestos a terminar con la fe de

(35) *Ibidem*.

(36) García Malo, Ignacio: *Reflexiones sobre los puntos más importantes en que deben ocuparse las Cortes*. Palma 1810.

(37) Locke, John *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid 1981, pág. 5.

(38) Nadal, Bernardo: *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la comisión de Constitución el proyecto de ella*. Palma 1813.

(39) Oliver, obra citada, pág. 558.

nuestro pueblo? Creemos que, salvo casos aislados, no. Pero la semilla jansenista y regalista de la Ilustración, había calado en ellos lo suficiente como para tener en constante alarma al sector eclesiástico más ortodoxo y celoso del poder temporal de la Iglesia. No olvidemos que estaba en marcha, desde los tiempos de Carlos III una vasta operación para poner los resortes del poder eclesiástico en manos de la monarquía. De hecho, ésta ya los tenía, al controlar la Inquisición y los nombramientos episcopales. Pero necesitaba algo más: sus cuantiosos bienes materiales. La etapa final del reinado de Carlos IV, precisamente fué el marco de las primeras medidas sistemáticas de desamortización de bienes eclesiásticos, para atender a las necesidades bélicas -ironías de la historia- de la católica monarquía española, entonces aliada con el Directorio revolucionario francés, contra la monarquía británica.

Estamos ante las consabidas tesis de "la razón de Estado". El regalista Nicolás de Azara, a su amparo exclamará: *vendería mi conciencia, mi religión y la fe que de derecho Divino o humano debo a mi rey y señor, si no defendiese la autoridad e independencia de su jurisdicción y de los derechos que Dios le ha dado sobre sus pueblos* (40). El obispo Nadal facilitará la entrega de la plata de las iglesias, para satisfacer las necesidades del erario frente a invasor napoleónico, y Guillermo Montis, sin abjurar de sus convicciones religiosas, como nos ha recordado Isabel Moll, se revolverá contra el poder eclesiástico, en tanto en cuanto considera que ejerce un dominio casi total de la sociedad (41).

Pero volvamos a nuestra historia. El 19 de marzo de 1812, la Regencia, teniendo a Fernando VII como ausente y cautivo, publica solemnemente la Constitución política de la monarquía española, la gran constitución liberal del mundo hispanoamericano en el siglo XIX.

Pese a las reticencias de los absolutistas, que de momento se colocan bajo la nueva legalidad, la ciudad de Palma y la isla entera se prestan a celebrar *Te Deums*, banquetes, luminarias, y a recibir las arengas de la primera autoridad militar, el Marqués de Coupigny, proclamando que *los españoles de las edades venideras recordarán con el más puro entusiasmo, los nombres esclarecidos de los valientes que consolidaron con sus hazañas, el edificio magestuoso de la libertad nacional* (42). Periódicos como el *Diario de Mallorca*, pese a estar dominados por antiliberales,

(40) Cita de Escudero, obra mencionada, pág. 800.

(41) Moll, obra citada, pág. 173.

(42) Oliver, obra citada, pág. 593.

destacarán el acto público de la jura de la Constitución, advirtiendo que *si algún monstruo quebranta el voto que hoy se ha hecho, cometiendo tan vil alevosía, sufra la muerte impía que abruma a los malvados por horrendos delitos execrados* (43). Nadie imaginaba en aquella mañana de septiembre de 1812, que, apenas dos años después, en mayo de 1814, serían legión los monstruos que quebrantarían el voto, en cuanto Fernando VII dictase la primera disposición en su contra.

Tras la jura de la Constitución, vienen las primeras reformas administrativas. A efectos de constituir el primer ayuntamiento constitucional, el 11 de octubre de 1812 se procede a la elección de los veinticinco compromisarios, distribuidos por parroquias, que pocos días después elegirán el nuevo consistorio. Este resulta de signo netamente liberal. José Desbrull, de tendencia absolutista, expone en sus memorias: *no se ha dado un solo voto a ningún caballero*. Y precisa más adelante: *se hizo todo por pura intriga* (44). De los primeros acuerdos adoptados, ya deducimos cual será la preocupación de los nuevos ediles: terminar con la corrupción reinante, sobre todo en materia de abastecimientos, y extender la acción municipal a todos los barrios, nombrando *celadores de buen gobierno* (45).

Viene después la creación de la Diputación, organismo nuevo, nacido al amparo del propio texto constitucional. Tras el correspondiente proceso electoral, también por el sistema de compromisarios, resultan elegidos: Nicolás Dameto, Andrés Verd, Antonio Planas, de Felanitx, Jorge Seguí, de Menorca, y Mariano Balauzat, de Ibiza. En su mayor parte son asiduos miembros de la Sociedad Económica de Amigos del País cuyo programa inspirará los primeros proyectos del organismo, sobre todo a nivel educativo y de fomento de obras públicas (46). Así vemos como una de sus primeras medidas, será la de remitir una circular a todos los ayuntamientos, pidiéndoles que *informen del estado de la enseñanza y de si tienen los medios convenientes para impartirla* (47).

¿Fue aquella Diputación, calificada de *cuero exótico* por nuestros administrativistas, un germen de poder regional, dirigido a rescatar la autonomía perdida durante los anteriores años de absolutismo borbóni-

(43) *Diario de Mallorca*, 24 de agosto 1812, pág. 54.

(44) *Memorias* recogidas por Oliver en obra citada, pág. 600.

(45) *Ibidem*, pág. 601.

(46) Piña: *La Diputación...* pág. 18.

(47) Actas de sesiones Diputación, tomo I, fol. 13. *Archivo de la Diputación Provincial de Baleares*.

co? De ninguna manera. El Estado liberal histórico no reconoce poderes intermedios, de ahí que los primeros brotes de regionalismo sean de signo netamente reaccionario. El propio texto constitucional precisa, que las provincias, gobernadas por un jefe superior designado por el Rey, dispondrán de una Diputación *para promover su prosperidad*, que en caso de abuso o resistencia a las órdenes del Gobierno, podrá ser automáticamente suspendida. De todos modos la Diputación, aunque supeditada al poder central, permite suficiente capacidad de maniobra como para convertirse en el principal instrumento de poder de nuestros liberales, contra el cual concentrará sus críticas la reacción (48).

De poco tiempo dispusieron, sin embargo, los reformistas para convertir en realidad sus proyectos. Se avecinaba el fin de la guerra, el regreso del monarca, y cada día tomaba más cuerpo la reacción absolutista.

IV. ACOSO Y DERRIBO DE LA EXPERIENCIA LIBERAL

¿Hasta qué punto dispusieron nuestros liberales doceañistas de un verdadero poder fáctico? Hemos de tener en cuenta, que el primer jefe político de la provincia, designado por el Consejo de Regencia, fué Antonio Desbrull, personalidad hartamente equívoca, que cuando triunfa la reacción se alinea resueltamente a su favor. Su hermano José será un leal absolutista, que en los años de la represión se convierte en el primer confidente del gobierno central. Del *Archivo Desbrull* hemos podido examinar una curiosa documentación de sus actividades realizadas en este sentido. En 10 de abril de 1818 se le ordena, *a la mas posible brevedad, con la maior reserva, ... diga con toda imparcialidad, claridad y especificación, quanto supiese o haia entendido*, respecto de una serie de personas, incluso investidas de autoridad. Desbrull responde con prontitud. Por ejemplo, especifica que conoce a Nicolás Campaner, Decano de esta Audiencia, *tiene talento, estudio y conocimientos en esta carrera y merece el buen concepto público*. De otro, Juan Varela, precisará: *merece buena opinión, pero no lo merecen tanto su talento y estudio* (49). No nos extrañe este mundo sórdido de confidencias y delaciones. Ha existido siem-

(48) *Cuantos desean que se desarrollen las previsiones de la Constitución y a su amparo se liquiden instituciones destinadas a desaparecer, como los tribunales del Santo Oficio, recurrirán al gobierno provincial para que actúe, y de este modo la Diputación se transformará en el blanco de los oídos de los sectores sociales perjudicados por la transición política.* Piña: *La Diputación...* pág. 22.

(49) *Fondos Desbrull. Absolutismo. Declaraciones reservadas. Archivo Histórico Municipal de Palma.*

pre, pero sobre todo en este período histórico de permanente estado de conspiración.

Pero volvamos atrás, a los ya zozobrantés días de 1813. Los absolutistas, en las nuevas Cortes, parecen dominar la situación. Los liberales comienzan a estar nerviosos. El texto constitucional es a menudo vulnerado por las propias autoridades, escasamente identificadas con el mismo a pesar de haberlo jurado, sin que los derechos atropellados, pese a las denuncias que se formulan, reciban la correspondiente satisfacción (50). El *Semanario Cristiano-político*, órgano de los reaccionarios, arrecia sus críticas, cada vez con mayor dureza hacia los liberales de la *Aurora patriótica*. Ciertos predicadores desde los templos, pese a las desautorizaciones del obispo Nadal, claman contra el orden vigente. Uno de ellos llegará a advertir de la existencia de *cuatro mil puñales próximos a obedecer la menor insinuación para exterminar a los enemigos de la fe católica* (51). Lluís Roura ha escrito, comentando el fenómeno, que el "mito reaccionario", formado a raíz de la Revolución francesa por intelectuales como Nounotte, bergier, etc., y difundido en España sobre todo por gentes de la clerecía, consolida una espiritualidad fanática, agresiva y siempre dispuesta a la inflamación y al furor (52).

Los obispos de la península que aún permanecen en la isla, lanzan una tremenda *Instrucción pastoral*, denunciando, como consecuencia de la disolución del tribunal del Santo Oficio y difusión de escritos impios, *la perfidia más negra que nos vende, la inmoralidad más corruptora y más extensa que nos debilita* (53). No andaban descaminados, aunque exagerasen, puesto que a pesar de la existencia de una junta de censuras, las imprentas, de la noche a la mañana habían iniciado la publicación de toda clase de escritos, ofendieran o no los sentimientos religiosos de la mayoría (54).

(50) Oliver, obra citada, pág. 597.

(51) *Ibidem*, pág. 607.

(52) Roura, obra citada, pág. 254.

(53) *Instrucción Pastoral de los ilustrísimos señores obispos de Lérida, Tortosa, Barcelona, Urgel, Teruel y Pamplona*. Palma 1813, pág. 6.

(54) Comenta a este respecto Lozoya: *En 1812, don Bartolomé José Gallardo publicó su "Diccionario crítico-burlesco", plagado de blasfemias. Se inició contra el autor un conato de proceso, pero, amparado por la mayoría liberal, no solamente el autor quedó impune, sino que se procesó y se tuvo preso seis meses al vicario capitular de Cádiz por haber condenado, como era su estricto deber, el libro*. Marqués de Lozoya: *Historia de España*, tomo VI. Barcelona 1970, pág. 3.

Desde la estricta ortodoxia católica, es evidente que puede preocupar a la Iglesia la vinculación al liberalismo de librepensadores y deistas aupados por las logias masónicas. Pero también debería preocuparle tomar resueltamente posición a favor de un absolutismo monárquico, como el preconizado por la Casa de Borbón, que, como ya hemos indicado, durante todo el siglo XVIII ha ido limitando el poder temporal y la independencia de la propia Iglesia en beneficio de la Corona.

Pues bien, a pesar de lo indicado, el absolutismo concluye beneficiándose del "voto católico", por decirlo de algún modo, tras conseguir presentar a los liberales como los verdaderos enemigos de la religión. De nada ha servido que el texto constitucional se iniciase *en el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad*, y que su artículo 12 declarara que *la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera*. La mayoría de los hombres de Iglesia, anclados en la tradición, ceden a la tentación de colocar en la heterodoxia a cuantos hermanos suyos han apostado por el cambio. Las razones teológicas se parapetan en el discutible principio del origen dividido del poder, principio en el que los absolutistas fundamentan cómodamente la exigencia de obedecer ciegamente al monarca.

Un ejemplo bien expresivo de lo que exponemos nos lo ofrece fray Bartolomé Altemir, que para anatemizar a Antillón escribe: *¿Quién es aquel que tiempo antes de la libertad de imprenta dixo "no creais que los reyes vienen de Dios a los pueblos, como os predicán los que quieren ser reyes y reyes déspotas de vuestras vidas y haciendas? Don Isidoro de Antillón. ¿Quién es aquel que contra la expresa prohibición del Concilio de Constanza en la sesión 15, trata de tiranos a los príncipes legítimos? Don Isidoro de Antillón (55).*

El hecho es que con diatribas y descalificaciones constantes, los liberales van perdiendo credibilidad y quedándose aislados. Sus actitudes y principios no conectan con el pueblo, ni con un sector más o menos amplio de una clase media, como sucederá más tarde, avanzado el siglo.

El populacho, instigado por la reacción, se permite atacar a las figuras más destacadas del progresismo, como Valentín Terrers, regidor constitucional, agredido en plena calle de San Miguel y solo salvado gra-

(55) Altemir, Fray Bartolomé: *El Frayle y el Togado. Oja de servicios del caballero de la bella figura Don Isidoro de Antillón*. Palma 1813, pág. 4.

cias a la intervención de la fuerza pública. Cunde el temor de que acciones como estas solo sean la punta del iceberg de todo un levantamiento en regla, y se comete el error y abuso de poder, seguramente producto del nerviosismo, de encarcelar a numerosos absolutistas. Oliver nos recuerda en este sentido: *exageraron sus proporciones, buscaron los calificativos más campanudos, y lo que fué un alboroto se convirtió a las pocas horas en tumulto, en revolución, en intento de una general degollina* (56).

Y cayó Napoleón, se proclamó Luís XVIII y regresó Fernando VII, que, tras la famosa declaración del sector anticonstitucional, denominada Manifiesto de los Persas, y el apoyo del gobernador militar de Valencia, el general Elio (57), mediante decreto de 4 de mayo de 1814 derogaba todo lo legislado en Cádiz y declaraba la nulidad de las disposiciones de los regentes y de las Cortes.

En pocos días se supo la noticia en Palma. Como ha escrito Oliver, *desde aquel instante la exaltación de los serviles, esto es, de las noventa y nueve centésimas de la población, no tuvo límite ni atadero* (58). El *Semanario Cristiano-político* nos ha dejado su testimonio del acto del Borne, en que se derribó la placa conmemorativa de la jura del texto constitucional, efectuada apenas dos años antes: *Militares, eclesiásticos, nobles y plebellos, todos iban mezclados, y todos se abrazaban y se daban mil parabienes aún sin conocerse, gritando acordes: viva la religión, viva Fernando, y muera y remuera la execrable Constitución* (58). Después vendrán las hogueras en medio de las calles, quemando cuanto libro o folleto hiciera alusión al pasado constitucional (59). Y tras la "cremà", la persecución y encarcelamiento de los liberales más representativos: Guiller-

(56) Oliver, obra citada, pág. 619.

(57) Precisa García González, al estudiar el proceso contra el general Elio en 1820, que, en el escrito de acusación, redactado por el fiscal Tomás Hernández, *se le considera ser la cabeza y agente principal de toda la trama llevada a cabo en 1814, seduciendo a Fernando VII para que aboliese el sistema constitucional*. Véase García González, Juan: *Prisión, enjuiciamiento y muerte del general Elio (1820-1822)*. Valencia 1983, pág. 25.

(58) *Semanario Cristiano-político*, tomo IV, Palma 1814, pág. 204.

(59) Comenta a este respecto Desbrull: *Se han quemado en plazas y calles públicas muchos volúmenes de la constitución y de sus catecismos, diarios y otros periódicos y algunos libros, que se recogieron de los puestos de su venta pública, en la visita practicada por los regidores que comisionó el Ayuntamiento, acompañados de eclesiásticos doctos nombrados por S. Ilustrísima; pero sin que sus dueños hayan padecido personalmente, pues el ánimo del pueblo que los exigía, solo se encaminaba a convertir en pabesas los escritos perniciosos, dexando ilesos a sus dueños o editores*. Desbrull, José: *Sucinta relacion de las demostraciones de amor y didelidad a nuestro augusto soberano el señor don Fernando VII*. Palma 1814, pág. 7.

mo Ignacio de Moutis en la Torre del Angel de la Almudaina; los magistrados Pablo Sandino y Victorica, voluntariamente en la cárcel de la Inquisición restaurada, en donde al parecer se sentían mas seguros.

La situación estaba controlada. El órgano de expresión de los absolutistas, exultante de júbilo, se despedirá de su público lector, considerando definitivamente concluida la pesadilla. Fray Raymundo Strauch, el intelectual más agresivo de Mallorca en la lucha contra el liberalismo, escribirá: *Estó se acabó. El Papa está en Roma; Fernando VII en su trono; y Luís XVIII en el de Francia; el nuncio de su Santidad en la Corte y muchos pájaros en jaulas. En esta suposición ¿qué necesidad hay de Seminarios? Ninguna. Pues muy señores míos, pásenlo Ustedes bien.* (60).

Sin embargo el drama de las dos Españas enfrentadas a muerte no había hecho más que comenzar. Terminaba simplemente el primer acto. Vaya nuestro respeto hacia quienes con sus actuaciones en el mismo, desde uno u otro bando, fueron fieles a sus principios, en lugar de simples comparsas alquilados al mejor postor.

(60) *Semanario Cristiano-político*, tomo IV, Palma 1814, pág. 292.

LA PROTECCION DEL HOMBRE EN EL MUNDO MODERNO

(ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DEL
DERECHO PENAL*)

WOLFGANG SCHÖNE

En las discusiones sobre la protección del consumidor y del medio ambiente se sugiere con cierta frecuencia que el Derecho *penal* tendría que asumir un papel mas amplio a la hora de combatir fenómenos que, no sólo en casos extremos como p.e. la venta de medicamentos con el ingrediente "Thalidomid" o de aceite "manipulado", causan una gran preocupación en nuestra sociedad. Por eso no sorprende que también en esta mesa redonda se hayan introducido tres postulados: reconocer el medio ambiente como bien jurídico propio, extender las reglas generales del derecho penal -sobre todo las referentes al dolo, a la culpa y a la omisión- e introducir nuevos tipos en la Parte Especial del Código Penal o en otras leyes penales especiales.

Antes de entrar en la discusión detallada de estas tres sugerencias, conviene hacer una breve reflexión sobre las bases de cada actitud reformadora. El grito por el derecho penal es una reacción muy frecuente y muy comprensible en los seres humanos que se ven amenazados por peligros graves, reales o imaginarios. Esta reacción demuestra por un lado -el positivo- confianza en la fuerza protectora del orden jurídico (penal) y por el otro -el negativo- rasgos emocionales, como p.e. venganza o

*Versión ampliada de una intervención en la mesa redonda sobre "La protección del medio ambiente y del consumidor", celebrada durante el Curso de Verano 1984 de San Sebastián. Las notas no pretenden ser una documentación exhaustiva. Se han agregado sólo para ampliar la información sobre algunos argumentos que en el texto tenían que ser presentados en forma necesariamente breve.

miedo y expectativas exageradas que al no cumplirse pueden conducir a desengaños nocivos para el funcionamiento del derecho y, por tanto, del Estado. Aquí se inserta la responsabilidad y la tarea de la *ciencia del derecho* frente a todas las posturas de la política legislativa: analizar con sangre fría los fenómenos, determinar (para evitar cualquier accionismo ciego) la aplicabilidad y la aceptabilidad de la legislación vigente y, sólo al ser realmente necesario, ofrecer al legislador nuevos modelos legislativos para los fines racionalmente establecidos como deseables. Aplicando estas ideas (de ninguna manera nuevas) al campo que aquí interesa, es menester no olvidar el carácter y las limitaciones de *cada* derecho penal. El derecho penal es *accesorio*, pues protege bienes jurídicos que deben su existencia a valoraciones -por lo menos lógicamente- precedentes y procedentes de otros ámbitos del derecho, como p.e. el constitucional. El derecho penal es *fragmentario*, porque no protege todos los bienes jurídicos y sobre todo no protege un tal bien contra todo tipo de ataque. El derecho penal, finalmente, es la *última ratio* de la política social, pues el empleo de sus medios significa lesionar bienes jurídicos normalmente protegidos y este empleo del poder estatal es teórica -;principio de proporcionalidad!- y prácticamente efectivo sólo cuando es moderado.

I

La idea de reconocer el “medio ambiente” como *bien jurídico* propio se corresponde con las corrientes modernas -y no sólo “verdes”- de la política. En la República Federal de Alemania, p.e., estas corrientes llegan hasta tal extremo que se propone la inclusión expresa de la protección del medio ambiente en el catálogo de los fines del Estado, establecidos en la Constitución. Sin embargo, para la finalidad que pretende esta proposición, es no sólo supérflua, sino también contraproducente.

Al analizar el razonamiento que sustenta el intento de establecer el “medio ambiente” como bien jurídico propio, se encuentran dos sustratos de valoración: la “naturaleza” en el sentido de paisaje intacto con su variedad de plantas y animales, etc., por un lado, y la suma de las condiciones básicas de la existencia física del hombre, por otro. Aunque estos dos sustratos puedan ser en cierta medida interrelacionados, se trata de dos aspectos distintos. La existencia de la subespecie n° 43 de la mariposa no afecta por sí la de la raza humana; y el valor del aire no reside tanto en que posibilita a la mariposa volar sino en que permite al hombre respirar. Con esto no se niega la importancia de la “naturaleza” en el senti-

do mencionado y tampoco la posibilidad de cualificarla como bien jurídico digno de ser protegido por normas administrativas y penales. La diferenciación de los aspectos valorativos pone de manifiesto que la intensidad de la voluntad de proteger el "medio ambiente" se debe no tanto al deseo de mantener el mundo como un gran parque nacional sino, y sobre todo, de mantenerlo en cuanto a su función para la supervivencia humana. En este segundo sentido, el sustrato de la valoración de lo que se llama "medio ambiente" no es éste en sí mismo, sino *la vida y la integridad corporal del hombre*. Lo "nuevo" entonces no es el bien jurídico, pues está reconocido ya no sólo por las leyes penales sino -por lo menos en la República Federal de Alemania- también por la Constitución, que declara intachable la dignidad del hombre (Art. 1) y garantiza el libre desarrollo de la personalidad (Art. 2). Lo nuevo es la sensibilidad creciente de que, a través del medio ambiente, surgen nuevos peligros para este bien y que, para combatirlos, no bastan ya las normas clásicas como la prohibición de lesionar el bien o de ponerlo en peligro concreto. Dicho con palabras del diccionario de los penalistas: Lo que tiene apariencia de prohibición de *lesionar* el medio ambiente en realidad es la prohibición de un *comportamiento peligroso* para la vida y la salud de un número indefinido de hombres; los tipos penales correspondientes describen *delitos de peligro para masas de personas*.

Las voces en favor del concepto "protección del medio ambiente" quizás aceptarán que no hace falta inventar de nuevo un bien jurídico ya reconocido. Pero, al mismo tiempo, mantendrán muy probablemente este término no sólo por estar acostumbrados al mismo sino por considerarlo como una especie de "doble seguridad". Sin embargo, si no se insiste cada vez más en que los daños al medio ambiente deben su desvalor a su *carácter de ataque contra la vida y la salud humana*, se fomenta un malentendido: "Medio ambiente" y "vida humana" son dos cosas. Si son dos cosas, son dos cosas distintas. Si son dos cosas distintas, su valor es diferente. Como no hay mayor valor que el de la vida humana, el valor del medio ambiente tiene que ser menor. Si el medio ambiente es menos importante, no importa tanto su lesión. Si la lesión no es tan importante, no se requieren mayores esfuerzos en evitarla...

Esta secuencia de conclusiones es peligrosa no sólo por ser un *malentendido* intelectual, sino, y sobre todo, porque puede convertirse inadvertida o voluntariamente en un *pretexto* dentro de la política real. Una verdadera protección del hombre frente a las consecuencias derivadas de los daños ambientales requiere cambios de la vida económica y social tan fundamentales que se oponen muchísimas fuerzas (sean legítimos o no sus argumentos): La libertad personal del conductor frenado por una

nueva limitación de la velocidad permitida, la pérdida de lugares de trabajo como resultado del cierre de una fábrica "sucía", por mencionar sólo dos ejemplos. Todas estas fuerzas tienden a evitar una exposición clara de los valores realmente en conflicto. El ejemplo clásico es la discusión sobre los cambios de la Constitución: esta discusión demuestra la "buena voluntad" de todos, no cuesta nada, salvo la propaganda, y calma la conciencia. El verdadero campo de batalla por las reformas -las reglas administrativas y el presupuesto público y privado- se olvida mientras tanto.

El breve análisis del bien jurídico existente detrás de la llamada protección del medio ambiente permite otra conclusión pertinente al tema: La protección del consumidor que en ella también se considera tiene varios aspectos valorativos. Entre ellos figuran no sólo el ordenamiento del mercado y el patrimonio del consumidor individual, sino también -y en primer lugar- la salud y la vida humana. Como y en cuanto es idéntico el bien jurídico protegido, es metodológicamente lícito tratar en conjunto los problemas de la legislación penal en el campo del medio ambiente y de consumo.

II

En este contexto, interesa, en primer lugar, la sugerencia de mejorar la protección de la vida y de la salud humana a través de una *modificación de las reglas generales*. Esta idea es muy atractiva, pues la naturaleza de una regla general -aplicabilidad a todas o por lo menos a muchas figuras delictivas de la Parte Especial- permite lograr un máximo de efecto con un mínimo de cambios de la ley; y, si se tratara de una mera modificación en la interpretación de reglas generales existentes, ni habría que "molestar" al legislador. Sin embargo, la misma amplitud de las consecuencias posibles de un cambio en la materia de la Parte General obliga a un doble cuidado.

a) Analizemos entonces con el cuidado debido el primer ejemplo que se ha ofrecido como objeto de una modificación aconsejable: *el dolo*; y, más concretamente, el dolo eventual.

La idea motivadora parece ser que al ampliar el campo de aplicación del dolo se castigarán más conductas "nocivas". Pero esta esperanza ¿está justificada?. Una primera duda surge del hecho de que el límite entre lo punible y lo no punible no coincide con el límite del dolo, sea como sea su definición: La legislación sobre delitos contra la vida y la integri-

dad corporal del hombre conoce al lado de los tipos dolosos una serie de tipos culposos. Por eso, la negación del dolo no significa necesariamente una absolución total de la responsabilidad penal. Una modificación de la delimitación del dolo en estos casos sólo cambiaría el *grado* de esta responsabilidad.

Naturalmente se puede contestar que el esfuerzo de modificar la definición del dolo todavía valdría la pena porque hay áreas donde no existen tipos culposos y porque el castigo más alto por un delito doloso tiene efecto mayor preventivo que el castigo por un delito culposo. Este argumento conduce a una breve consideración de la teoría del dolo.

Tanto el CP español como el StGB alemán carecen de una definición positiva del dolo. Sólo las reglas sobre el error (1) permiten ciertas conclusiones respecto a la voluntad de la ley. En base a esta situación legislativa, la doctrina ha desarrollado dos conceptos de dolo: el "dolo malo" y el "dolo de hecho". Comparando el campo de aplicabilidad de los dos conceptos es más estrecho el primero. Como la llamada "teoría del dolo" (2) incluye en la definición del mismo el conocimiento actual de la antijuridicidad, basta para excluir la punibilidad por un delito doloso la mera existencia de un error de prohibición, aun cuando éste sea sumamente evitable. No hace falta reiterar los argumentos dogmáticos en contra de esta teoría, basados en la teoría finalista de la acción y en la relación lógica, el sistema, de los presupuestos del delito (3). Lo que aquí interesa son las consecuencias de política criminal: Si en caso de un error de prohibición hay que absolver por falta de dolo ("malo") sin poder entrar en la evitabilidad del error, los tipos penales pierden, sin necesidad dogmática alguna, una gran parte de su efectividad preventiva (4) sobre todo aquellos tipos que, como los existentes en materia de protección del hombre contra peligros del medio ambiente y del consumo, dependen en su configuración de reglas administrativas complicadísimas y por eso do-

(1) Art. 6 bis a), parr. 1 CP; § 16 StGB.

(2) *Mezger*, Strafrecht, 2ª ed., München und Leipzig, pág. 330 ss.; *Rodríguez Devesal Serrano Gómez*, Derecho Penal Español, Parte General, 10ª ed., Madrid 1985, pág. 461 ss.

(3) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., Berlin 1969, pág. 159 ss. (= Derecho Penal Alemán, Parte General, 11ª ed., Trad. por *Bustos Ramírez/ Yanez Pérez*, Santiago Chile 1976, pág. 224 ss.).

(4) Llama la atención como el propio *Mezger* reacciona frente a este hecho: Quiere castigar por delito doloso (!) a pesar de la falta de dolo malo, cuando el autor desconoce la antijuridicidad de su comportamiento por ser -hasta inevitablemente!?- "ciego respecto al derecho". ¡Se lesiona claramente el principio de culpabilidad en nombre de la política criminal!

blemente abiertas a errores sobre la antijuridicidad del comportamiento.

Una vez descartada la "teoría del dolo", entra en consideración el concepto de "dolo de hecho" adoptado por prácticamente toda la doctrina alemana y en grandes partes también por la española (5). El alcance práctico de este concepto es más amplio que el anterior, pues el "dolo de hecho" se define por el solo "saber y querer realizar el tipo objetivo" del delito, e.d. sin incorporar de modo alguno el elemento (adicional) de conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento. Si se quiere modificar el campo cubierto por *este* concepto, hay dos puntos de partida: el contenido del tipo objetivo por un lado y el "saber y querer" por el otro.

En cuanto al primero se puede constatar una conducta dolosa en muchos casos, más si se agregan al tipo objetivo nuevos elementos, como p.e. al "causar la muerte de otro" u "o el peligro de la misma". Pero este resultado no se debería a un concepto cambiado del dolo, sino a la aplicación del concepto idéntico a un objeto cambiado. Y como este objeto pertenece a la Parte Especial, la modificación sería un problema fuera del campo de las reglas generales.

Resta entonces tratar el segundo aspecto -el "saber y querer"- . Sin embargo, las opciones para influir por esta vía el límite del dolo "de hecho" son muy pocas: La definición citada se debe a una observación de lo que es -fuera y dentro del derecho- una acción humana. Este análisis (6) tiene un resultado que como tal se acepta generalmente: La naturaleza del fenómeno es la finalidad, e.d. la capacidad del hombre de anticipar y escoger fines y de lograrlos mediante un empleo de las leyes de la causalidad. Por ser una categoría ontológica como lo es la causalidad, la finalidad existe y puede ser *descrita* como existe, pero no puede ser "decretada"; ella puede ser *objeto* de una valoración, pero no su *productum*. Dicho con otras palabras: Una valoración no "hace" o "modifica" la finalidad, sino que convierte una finalidad dada en finalidad jurídicamente relevante mediante tipificación de la misma. "Dolo", por tanto, no es otra cosa que la voluntad de realizar una conducta y se *llama* "dolo" sólo para diferenciar entre la voluntad de realizar tipificada y no tipificada.

(5) *Bustos Ramírez*, Manual de Derecho Penal Español, Parte General, Barcelona 1984, pág. 205 ss.; *Cerezo Mir*, Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, 2ª ed., Madrid 1982, pág. 411 ss.

(6) *Welzel*, Strafrecht, pág. 33 ss. (= Derecho Penal, pág. 53 ss.); *Schöne*, Derecho Penal y Criminología (Bogotá/ Colombia), Año II (1978), pág. 7 ss.; véase también *Cerezo Mir*, Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid 1982, pág. 104 ss.

Naturalmente se puede *hablar* (!) de una lesión "dolosa" cuando una persona, p. e. al disparar voluntariamente un fusil, causa la herida de un hombre, que no había visto. Pero cabe preguntarse si una forma de hablar como ésta tiene sentido considerando la consecuencia que implica: Nada menos que la falta total de una diferencia normativa entre causar la herida sabiéndolo y causarla sin saberlo. A mi modo de ver, una doctrina como la española que rechaza con razón la figura de "versari in re illicita" (7) no puede aceptar (y no acepta) la necesidad o por lo menos la posibilidad de idénticas reacciones frente a las dos alternativas, y esto con toda la razón. La finalidad de la acción humana es una estructura lógico-objetiva (8) en el sentido de que su relación con la valoración (aquí: como injusto) es *necesaria* y necesariamente *correspectiva*. Por eso, el legislador tiene la libertad de decidir si una acción final carece de valor y si este desvalor merece su tipificación o no. También tiene la libertad de excluir de una tipificación sectores de la finalidad como lo hace cuando la figura delictiva en la Parte Especial prevé el castigo sólo en casos de dolo directo. Pero no se permite al legislador bajo "pena" de una regulación normativamente falsa tipificar algo como doloso que no cumple los requisitos de la finalidad.

Partiendo de esta base, la búsqueda del concepto más amplio posible del dolo tiene que tomar en cuenta que no puede existir una voluntad de realizar un fin sin que éste sea objeto de un conocimiento actualizado. Tal conocimiento no requiere un "saber seguro", sino un "saber como posible". Pero este "saber como posible" es el mínimo absoluto del elemento intelectual. La consecuencia práctica es la siguiente: Cuando el legislador codifica un tipo doloso no puede ir más allá de incluir conductas basadas en el conocimiento de la realización posible de los elementos objetivos del tipo; y no incorporarlas significaría la exclusión de una parte de los casos de dolo directo de primer grado (combinación de un saber como posible y de un querer en forma de intencionar) y de todos los casos de dolo eventual.

La descripción del elemento intelectual del dolo como "conocimiento actual de la realización segura o posible del tipo" puede considerarse como generalmente aceptada. La discusión sobre los fenómenos de "co-conciencia" y "conciencia al margen" (Schewe, Platzgummer) no significa otra cosa, pues parte -y es consecuencia- de la necesidad de este

(7) Véase p.e. *Cerezo Mir*, Problemas, pág. 60 ss.

(8) Véase *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Köln 1982, pág. 7 ss., 17 ss. (= Nuevo Pensamiento Penal -Buenos Aires- 1972, pág. 205 ss., 214 ss.)

presupuesto. Tal unanimidad de pareceres no existe sobre el otro elemento del dolo, el "querer": Si se combina un "saber como posible" con un "no intencionar" (como en el caso de quien para lograr dinero del seguro incendia su casa dudando si la anciana del tercer piso puede salvarse y así causa una muerte que para lograr el fin no "interesa") hay una serie de teorías sobre el límite del dolo eventual. Para mencionar las dos posiciones mas opuestas: Quien ve la posibilidad de un resultado y actúa, en un extremo *siempre* obra con dolo; mientras tanto, en el otro obra dolosamente *sólo* si además "aprueba" el resultado posible.

La segunda teoría (y toda teoría derivada de ella) tiene serias desventajas. Para la política criminal es poco aceptable (9) que muchísimas veces hay que negar el dolo porque la aprobación positiva del resultado posible o no existe o no puede ser comprobada sin lesionar el principio de "in dubio pro reo". Y desde el punto de vista doctrinal llama la atención que el "aprobar" un resultado no es idéntico con el "saber" y el "querer": ¿Cómo puede tener el dolo eventual un presupuesto adicional y de carácter distinto si es dolo tanto como el dolo directo que sin duda alguna no lo exige? (10).

La otra postura -todo actuar conociendo la posibilidad del resultado es doloso- seguramente encontrará el aplauso de quienes quieren aplicar extensivamente los tipos dolosos. Sin embargo, se pregunta, si los partidarios de esta opinión también están dispuestos a pagar el precio correspondiente: la eliminación total de todo el campo de la culpa consciente. Y otra pregunta (dogmática) es, si un concepto tan amplio del dolo todavía respeta el carácter de la finalidad. Una respuesta positiva puede darse en cuanto es imposible *no* tener la *voluntad de realizar* el resultado considerado como posible, e. d. si el autor, cuando ha tomado una vez la decisión de actuar a pesar de la posibilidad conocida, no tiene influencia alguna sobre los acontecimientos; lesiona dolosamente a otro quien tira un objeto sin saber exactamente si se trata de una estatua o de un hombre. Pero fuera de este campo de la finalidad no existe, si -primero- la realización del resultado posible depende de la modalidad del proceder y si -segundo- el autor *actúa* correspondientemente, pues respecto a *un* resultado no puede haber al mismo tiempo la voluntad (ejecutada) de realizarlo y la voluntad (ejecutada) de evitarlo: Guillermo Tell no lesio-

(9) Razón por la que el Bundesgerichtshof modifica la teoría de "aprobación" (de "consentimiento") del Reichsgericht: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, tomo 7, pág. 363 ss.

(10) Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, pág. 59 ss., 66 (= Anuario de Derecho Penal - Madrid - 1960, pág. 185 ss.)

naría dolosamente a su hijo, si causa la herida a pesar de *emplear* todas sus facultades de puntería para hacer blanco en la manzana (11).

Al fin de la excursión en el terreno de la(s) teoría(s) del dolo se ve:

1) Tomando la finalidad como criterio, el dolo tiene sus límites en sí mismo. Si bien la delimitación aquí expuesta, por respetar una posible falta del "querer realizar", no abarca *todo* actuar en conocimiento de la posibilidad del resultado típico, se trata -comparada con otras soluciones- de la más amplia posible, pues no es tan frecuente que el autor cuando actúa con este conocimiento puede tener y además manifiesta por la manera de su proceder la voluntad de evitar la posibilidad conocida. Rechazar la finalidad como criterio y cruzar la línea marcada por ella necesariamente perjudicaría lograr lo que con este paso en nombre de la política criminal se pretende: Una regla que trata los casos correspondientes como dolosos sería *axiológicamente* falsa y perdería a la larga -como toda regla sin fundamento normativo suficiente- toda aplicación.

2) Para asegurar que la práctica utilice la teoría "amplia" aquí presentada, sería consecuente sugerir su codificación. Sin embargo, la experiencia con el "proyecto 62" de un Código Penal alemán demuestra que las soluciones dogmáticas -aunque sean correctísimas- no se convierten fácilmente en reglas de ley. Tanto por estas dificultades de la técnica legislativa como por el libre desarrollo de la dogmática, es preferible evitar *definiciones* largas y complicadas en cuanto no sean de necesidad absoluta. En el caso del dolo, tal necesidad no existe: El legislador -sí- tiene que *decidir*, dónde y hasta qué grado *quiere* crear tipos dolosos, porque esto es una cuestión *normativa*, de lo que debe ser; pero el legislador no tiene que *describir*, que es el dolo, pues esto es una cuestión *ontológica*, de lo que es. (En este sentido no sería necesaria ni la regla sobre el error de tipo pues tal error es nada más que la falta del elemento intelectual del dolo sin el cual el tipo de un delito doloso no se da).

3) Como único modo efectivo de extender el campo de lo doloso queda entonces la modificación de los límites de su objeto, e. d. de los tipos objetivos. Pero, en qué medida una mejor protección de la vida y la salud humana requiere tipos más amplios o totalmente nuevos, no se decide dentro de la Parte General.

(11) Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, pág. 67 ss.; véase también Mezger, Strafrecht, pág. 345 s.

b) En cuanto a la Parte General, la segunda sugerencia para mejorar la protección del hombre contra peligros procedentes del medio ambiente o el consumo se refiere a una extensión de "la culpa". Sin ninguna duda se trata de un tema decisivo, porque si no hay dolo (o su comprobación) la responsabilidad penal depende sólo de este criterio.

Hablar de "este criterio" significa ya una determinada postura que en la doctrina penal moderna (12) se considera cada día más cuestionable. Debido a la ausencia de una definición legal, la dogmática "clásica" en España y Alemania se había acostumbrado a ver "la culpa" como una y el dolo como la otra de las dos "formas" posibles de la culpabilidad (13). El trasfondo era la convicción de que, dentro de la suma de los presupuestos de la punibilidad, *todos* los llamados "objetivos", como la causación (el desvalor) del resultado, pertenecen al injusto y *todos* los llamados "subjetivos", como dolo y culpa, a la culpabilidad. Este sistema está roto sin remedio alguno porque mientras tanto se ha descubierto no sólo la finalidad como criterio de la acción sino también (e independiente de esto) la imposibilidad de constatar el injusto sin recurrir a elementos subjetivos como p.e. las intenciones y sobre todo el dolo (de hecho). El reconocimiento del desvalor de la acción final como una (y -más consecuente- la única) base del injusto tiene consecuencias para la configuración de la culpabilidad. La culpabilidad -quizás mejor: la reprochabilidad- depende del criterio *óntico* de la capacidad concreta del hombre de motivarse según la norma lesionada, e.d. si conoce o puede conocer la antijuridicidad de su comportamiento y si puede dirigir su comportamiento de acuerdo con este conocimiento (posible).

Se contestará muy probablemente que todo esto vale -quizás- para la estructura del delito doloso pero jamás para la configuración del delito culposo cuya propia naturaleza excluye dolo y finalidad. Pero el desarrollo que ha transformado la sistemática del delito doloso no ha dejado sin tocar el esquema del culposo.

La *primera etapa* ya descrita se ve frente a la duda de si realmente el delito culposo puede basarse sólo en la causación del resultado como criterio "objetivo" y contenido del injusto y en la previsibilidad individual del resultado como criterio "subjetivo" y contenido de la reprochabilidad. El conductor del automóvil que en un accidente causa heridas a

(12) Referente al delito culposo de comisión véase Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, pág. 133 ss. y 151 ss., 162 ss.

(13) Véase p.e. Mezger, *op.cit.*, pág. 301 ss.; Rodríguez Devesal Serrano Gómez, *op.cit.* pág. 301 ss.

otra persona ¿lo hace *antijurídicamente* si conduce cumpliendo todas las reglas del tránsito? Y en cuanto a la relación interna entre autor y resultado que para la teoría clásica constituye la lesión *consciente* del derecho y con esto la reprochabilidad ¿dónde se encuentra la relación, si el resultado sólo era previsible y no actualmente previsto? ¿Hay que aceptar la idea de un delito culposo sin reprochabilidad como el término “cuasi delito” insinúa (14)?.

La negación unánime de la primera de estas preguntas conduce a la *segunde etapa* del desarrollo: se incorpora en el esquema del delito culposo la “lesión de cuidado” (Exner, Engisch) de manera que la tipicidad de la causación de un resultado depende del criterio adicional de su “previsibilidad objetiva”. Parece que con esto se ha encontrado un nuevo elemento general y objetivo de todos los tipos culposos. Pero las apariencias engañan. El juicio del “observador objetivo” respecto a la previsibilidad de un resultado es sumamente subjetivo pues varía de acuerdo con los intereses y las valoraciones de quien lo pide: ¿Qué acceso puede tener el observador objetivo -pero también ficticio- a los datos del caso?. A todos no, pues todo lo realizado sería previsible. Entonces -para lograr un juicio “ex ante”- ¿a cuáles?. Si la muerte de un hemofílico lesionado ligerísimamente por una leve bofetada era previsible depende de si se permite o no al observador conocer la enfermedad. Además ¿a partir de qué grado en la escala entre un “casi imposible” y un “casi seguro” es correcto hablar de previsibilidad?.

Esta normatividad de la previsibilidad objetiva hace nulo el valor del criterio como elemento general del tipo culposo. Pero lo que para la dogmática es una desventaja ¿no podría ser una ventaja para la política criminal, pues permite la más amplia selección de los nexos causales considerados como típicamente culposos? La respuesta tiene que ser negativa. No sólo es difícil incorporar en la ley una fórmula abstracta para la previsibilidad objetiva, sino también resulta que tal delimitación del campo de lo culposo sería axiológicamente inaceptable: Reglas tendentes a eliminar *todos* los riesgos para los bienes jurídicos significarían el final de la vida social. Es por esa razón que se agrega a la demasiado amplia definición de “lesión de cuidado” como “causar resultados (objetivamente) previsible” el criterio limitador del “riesgo permitido”: La realización de un resultado previsible no es típica en cuanto está cubierta por la aceptación normativa.

(14) Véase p.e. Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg 1961, pág. 141 s.

Aunque esta tendencia sea correcta, en orden a la definición de “la culpa” no se ha ganado nada: Da lo mismo si para determinar lo típico se pregunta por el riesgo (no) permitido o por el riesgo prohibido.

La necesidad de contestar esta pregunta nos lleva a la *tercera época*. Se reconoce cada vez más que no existe *un solo concepto de la culpa* sino una inmensa multitud de juicios de desvalor respecto a distintas conductas humanas y una multitud correspondiente de *distintos tipos culposos*. “Lesión de cuidado” no es un criterio *del* tipo culposo, sino el motivo legislativo y denominador común *detrás* de cada uno de los tipos culposos. Con otras palabras. El concepto de “lesión de cuidado” no da una *respuesta* a la pregunta por lo culposo, sino que significa una *tarea*: la de seleccionar y valorar acciones (finales) con el fin de determinar, si ellas, considerando los riesgos para bienes jurídicos, son aceptables o no para la sociedad. Una vez logrado el juicio de desvalor (de “descuidado”), la descripción de tal acción constituye la parte más importante del tipo (culposo) correspondiente. Como ningún legislador es capaz de describir todas las acciones que él considera como descuidadas, los tipos de los delitos culposos son tipos “abiertos”. Por eso, la aplicación de un artículo diciendo “quien causare por negligencia...” no es una mera subsunción de hechos dados bajo los elementos del tipo igualmente dados, sino siempre (y con precedencia por lo menos lógica) un acto de “creación” del tipo que luego se aplica a este caso concreto (y a todos los casos futuros de la misma esencia fáctica): El juez, cuando condena por un delito culposo, actúa no sólo como tal, sino también y en primer lugar como el legislador.

Para resumir, diríamos que, desde un punto de vista *dogmático*, el tipo del delito culposo contiene los elementos de una acción final, que respecto al bien jurídico (lesionado) se considera descuidada, y -para autores que *no* la ven como condición objetiva de punibilidad (15)- la cau-

(15) Aunque esto sea todavía discutido, el causar del resultado es una mera condición objetiva de punibilidad del comportamiento que, por su desvalor -e. d. por su carácter de descuidado frente al bien jurídico- es típico. La crítica de esta postura suele basarse en que desaparece del injusto el desvalor del resultado. Pero el desvalor del resultado no desaparece, sino que sigue teniendo su importancia, pues es la razón de ser del desvalor del comportamiento, que no llevaría ese acento negativo sino por su efecto negativo posible para el bien jurídico. Fundar el injusto del delito culposo *sólo* en el desvalor del resultado, como no pocas veces se intenta, es imposible por no permitir distinguir entre accidente e injusto; fundarlo en el desvalor *tanto* del comportamiento *como* del resultado, como no pocas veces se intenta, es imposible por no permitir distinguir entre accidente e injusto; fundarlo en el desvalor *tanto* del comportamiento *como* del resultado significaría emplear una, la misma,

sación del resultado más un nexo "inmediato" entre este mismo y la acción. Dada la ausencia de causas de justificación la conducta típica es antijurídica. El reproche se basa en el concepto general de la capacidad de motivarse según la norma. Esto explica también la *communis opinio* sobre la necesidad del elemento de la previsibilidad subjetiva del resultado. Quien no prevé un resultado suele desconocer lo descuidado e ilícito de su conducta. Y como en tales casos de error de prohibición el reproche depende de si este error es evitable, la previsibilidad individual del resultado es la base mínima de la conclusión necesaria, que por su posible efecto negativo la acción debe ser antijurídica.

En cuanto a la "lex ferenda", las consecuencias son las siguientes:

1) Como no hay un concepto general de "la culpa" sino una multitud de conductas culposas típicas, no es posible modificar los límites de lo punible mediante cambios de las reglas generales.

2) La punición de conductas culposas choca con el principio constitucional de "nullum crimen sine lege". Esto no depende de la construcción dogmática del delito. En cuanto a la "lex scripta et stricta", da igual si los tipos carecen de una descripción de la acción descuidada o de una descripción de los presupuestos enteramente normativos de la "imputación objetiva" del resultado (16). La consecuencia sería prescindir de toda legislación, que conmina con pena un "causar por negligencia el resultado x". Pero nadie está dispuesto a aceptar semejante disminución de la protección penal de los bienes jurídicos (17). Esta solución del con-

valoración negativa del resultado en forma repetitiva y por eso no admisible. Véase también *Schöne*, en: *Nuevo Pensamiento Penal* (Buenos Aires) 1974, pág. 191 ss. = *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid) 1977, pág. 63 ss., 65 ss.

(16) *Bohnert* (en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 94, pág. 68 ss.) quiere hacer desaparecer el problema constitucional mediante una diferenciación del tipo "garantizado" y su concretización no "garantizada". Para este autor, el tipo del delito de producción culposa del resultado es idéntico con el tipo de la producción dolosa y por eso no menos claramente descrito de acuerdo con las exigencias de la constitución que éste: como no-evitación del resultado prohibido. La concretización del tipo común se ve como problema *enteramente fáctico* y realizable con el criterio de "previsión" del resultado en el delito doloso y de "previsibilidad" del resultado en el culposo. Pero sin razón: Si bien *cada* "concretización" del tipo en caso de un delito doloso se puede reducir a un causar del resultado con saber (prever) y querer, la "concretización" del tipo en caso de un causar de un resultado no previsto, sino sólo (objetivamente = fáctico ??) previsible *no* es automáticamente típico, como el propio *Bohnert* admite; y si al criterio "fáctico" de la previsibilidad tiene que agregarse un otro "algo" para poder hablar de tipicidad -"algo" que no puede derivarse del mero no-evitar el resultado, sino del "como" de la no-evitación- por falta de una descripción de este "como", la duda constitucional aparece de nuevo.

(17) Véase p.e. *Jescheck*, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 1965, pág. 10 s.

flicto entre política criminal y constitución naturalmente no puede basarse en que la incapacidad del legislador de “cerrar” los “tipos abiertos” se convierte en argumento contra la vigencia del principio constitucional. El principio sigue existiendo y obliga -¡consecuencia practica!- a muchísimo cuidado cuando se piensa en introducir nuevos tipos culposos.

3) La introducción de nuevos tipos culposos significa seleccionar, valorar y describir las distintas y diversas acciones que constituyen un riesgo intolerable para un bien jurídico. Las decisiones correspondientes, aunque aparezcan en forma de aplicación de reglas generales, metodológicamente pertenecen al campo de la Parte Especial (18).

c) Continuando con el análisis de la Parte General, la última de las tres sugerencias para mejorar la protección de la vida y la salud humana en relación con el medio ambiente y el consumo se refiere a los delitos de *omisión*. Aquí la mayor preocupación parece ser la de poder combatir mejor la inactividad de los funcionarios públicos y de los dirigentes de grandes empresas frente a peligros conocidos o fáciles de conocer.

Al comparar la legislación vigente en el Estado Español y en la República Federal Alemana se nota una ausencia casi total de reglas generales y de disposiciones especiales sobre los delitos de omisión y sus presupuestos. La única diferencia marcada es la existencia en el Código Penal alemán de un § 13 sobre el “cometer por omitir”: “El que omita evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal será castigado de acuerdo con esta ley sólo cuando tiene que responder legalmente de que el resultado no se produzca y cuando el omitir corresponde con la realización del tipo legal por un hacer”.

En base de esta situación legislativa hay que distinguir dos problemas: ¿Cuáles son -y dónde están descritos- los delitos de omisión, que aquí interesan? ¿Y cuáles son las reglas generales que se aplican a estos tipos?

La respuesta a la primera pregunta es a mi modo de ver más clara en el Derecho penal español que en el alemán. En el Código Penal español -con poquísimas excepciones como p.e. los artículos 338 bis, 489 bis- *no hay* figuras delictivas de omisión, y, con respecto al principio de “nullum

(18) Esto se demuestra también en el hecho importante -también para la situación constitucional-, que por lo menos en el Derecho penal alemán muchos tipos culposos abarcan la descripción expresa de un “núcleo final” como p.e. el causar por negligencia un peligro para la vida y la salud de otro *al conducir* un vehículo (§ 315 a StGB).

crimen sine lege”, no hay lugar para el castigo de un omitente hasta que el legislador haya introducido nuevos tipos en la Parte Especial.

Hay que admitir que la jurisprudencia española actúa de otra forma. Suele aplicarse a la omisión de evitar un resultado el marco penal prevista para su producción mediante acción, si se considera el sujeto de la omisión como “garante” del bien jurídico lesionado. Pero aquí son necesarias dos observaciones: Donde no se encuentran leyes penales que conminan con pena delitos de *acción* -y este es, en gran medida, el caso en el campo que aquí tratamos-, los tribunales no tienen el punto de partida imprescindible para su actitud. Al lado de este aspecto práctico que se resolvería por la introducción de nuevos tipos de *acción*, hay otro teórico y más importante. Aunque existan delitos de comisión legalmente descritos, la condena en base a la construcción de una “comisión por omisión” carece de fundamento. Sería necesario comprobar que las *omisiones* de un garante -¡y sólo ellas!- cumplen los requisitos de un delito de *comisión*, y esto es imposible no sólo debido a la diferencia entre la realización de una acción, que causa el resultado, y la *no*-realización de una acción que lo hubiera evitado; si la falta de una acción es típica *sólo* cuando la omite un garante, el tipo, por requerir un elemento adicional, debe ser otro que éste, que en caso de acción *siempre* se cumple ya cuando actúa un mero “quivis ex populo”.

La situación dogmática, siendo así (19) el único remedio, consistiría en pensar que el texto legal existente abarca ya *dos* tipos distintos: uno de comisión y uno de omisión. Pero no existe método alguno de interpretación que permita leer p.e. el art. 406 CP como “será castigado con ... el que matare a otro o el que no evitare la muerte de otro siendo su madre, su padre, su amigo (?), su vecino (??) ...”. Castigar el llamado garante por su omisión significaría sacrificar el principio de “nullum crimen sine lege” en el altar de la política criminal.

Para evitar malentendidos, repito: El argumento *no* es que no existan omisiones de ciertos grupos de personas que tienen el mismo desvalor que las acciones del “quivis ex populo” respecto al mismo resultado (causado o no evitado) y que no merezcan la misma pena. El argumento *tampoco* es que no haya necesidad de emplear el Derecho penal para combatir estas omisiones. El argumento *sólo* es que *de lege lata* existen

(19) Véase Armin Kaufmann, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, pág. 241 ss.; *Schöne*, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln 1974, pág. 235 ss.

lagunas que tienen que cubrirse *de lege ferenda*, si se quiere cumplir con las exigencias innegables de la política criminal.

Frente a la tarea laboriosa y complicada de introducir en la Parte Especial del código penal nuevos tipos de omisión, la legislación alemana parece ofrecer una solución general y simple. Pero el § 13 StGB -considerado por algunos autores como modelo para la reforma de la legislación penal española- a mi modo de ver (20) no garantiza lo que pretende. Confirma, eso sí, que el que omite evitar un resultado no cumple el tipo de comisión correspondiente, pero -y esto es lo decisivo- no describe las posiciones del garante (como por lo menos lo intentó el § 12 del Proyecto Alternativo). Y como no dice *quién* tiene que responder legalmente por la no-evitación del resultado y como no dice *cómo* la omisión se corresponde con la comisión, en vez del pan hecho se ofrece una receta para hacerlo sin indicación concreta de los ingredientes y de su relación cuantitativa. Lo malo de la situación es que la existencia del § 13 StGB permite invocar la voluntad del legislador de responder a las exigencias de la política criminal. Pero hay que ver que, obedeciendo a esta voluntad, se reemplaza(ría) la lesión del principio de "nullum crimen sine lege scripta" de la práctica española por una lesión todavía más peligrosa (21) del principio de "nullum crimen sine lege stricta".

Esta postura "radical" suele provocar la reacción de que sería imposible establecer al lado de cada tipo de comisión otro de omisión (22). Aunque este argumento tenga cierto mérito, hay que recordar que no existe un principio de "nulla culpa sine poena". Basta entonces *empezar* con algunos *pocos* tipos que tratan la omisión de evitar lesiones y peligros graves para los bienes jurídicos más importantes: la vida y la salud humana. Las demás lagunas no son tan importantes que merezcan una atención inmediata del legislador.

Como aquí pisamos ya el terreno de la Parte Especial sólo una observación (23) más. Para mí no hay ninguna duda de que deberían ser sujetos de los mandatos especiales a establecer los propietarios/gerentes de una empresa, los jefes de una entidad administrativa y las personas que

(20) Mas detalladamente *Schöne*, op. cit., pág. 324 ss.

(21) *Welzel*, Strafrecht, pág. 23 = Derecho Penal, pág. 40.

(22) Véase p.e. *Dreher/Tröndle*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42ª ed., München 1985, nota 3 al §13.

(23) Véase también *Horn*, en: Neue Juristische Wochenschrift 1981, pág. 1 ss., y *Schünemann*, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, tomo 96, pág. 287 ss., 310.

dentro del esquema de organización de tal empresa/entidad han sido encargados especial y formalmente con la tarea de evitar los resultados descritos. Y, para asegurar la existencia de una "red de seguridad" en forma de personas "especialmente encargadas", puede considerarse la introducción de un tipo que conmine con pena a los "dueños", "gerentes" o "jefes" que omiten organizar correspondientemente su entidad.

Volviendo al papel de la Parte General y a la segunda de las preguntas antes mencionadas, la opinión unánime en la doctrina alemana es que las reglas generales sobre los delitos de acción no se aplican *directamente* a los de omisión. Pero aquí la unanimidad ya se termina. Se discute si estas reglas pueden ser adaptadas a los delitos de omisión en forma más o menos paralela (24) o si, debido a la naturaleza de la omisión como falta de una acción de un sujeto capaz de realizarla, rige un principio de inversión (25). Para dar dos ejemplos: ¿Existe un dolo de omisión o hay que partir de la falta de un dolo de realizar la acción ausente a pesar de la capacidad del sujeto de formarlo? ¿Hay una tentativa de omisión o se trata de la omisión de la tentativa de realizar la acción?

Me inclino hacia la segunda postura. Pero no es aquí el lugar para resumir y resolver toda esta discusión. Basta constatar lo siguiente: El estado de la dogmática no está tan avanzado que permita ya la actuación del legislador, pero su avance es suficiente para ofrecer vías de solución aceptables para los problemas mas urgentes. En cuanto a los tipos de omisión que en el campo de la protección de la vida y de la salud humana en relación con el medio ambiente y el consumo ya existen o por los menos pronto existirán. Su eficacia depende en gran parte del tratamiento de los casos, en los cuales la falta de una acción se defiende con el argumento -basado en los hechos o en el principio de "in dubio pro reo"- de no haber conocido la situación o de no haber dispuesto de los medios legales o físicos para actuar.

En cuanto al primer argumento, es cierto que no hay tipicidad de un delito de omisión (cuasi-)doloso cuando el sujeto no conoce la "situación típica" com p. e. la muerte o la lesión inminente. Pero esta "salida" no es más grande que la del error de tipo en los delitos de comisión. Además, según la moderna teoría del delito de omisión (cuasi-)doloso, el único conocimiento *actual* necesario para la tipicidad es el de la "situación típica"

(24) *Stree*, en: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 22ª ed., München 1985, nota 138 antes de §§ 13 ss.

(25) Armin Kaufmann, Dogmatik, pág. 88 ss.; véase también *Struensee*, en: Juristenzeitung 1977, pág. 217 ss.

ca”, pues el de la posibilidad física de la acción ausente debe ser sólo *potencial* (26). Y como los tipos que aquí interesan no requieren mas que un conocimiento actual de la *posibilidad* de una “situación típica”, el mínimo del “saber” indispensable para una omisión (cuasi-)dolosa no es muy alto. Desde el punto de vista de la política criminal hay que agregar: En y para los casos de falta del “mínimo” mencionado todavía existen (o deberían introducirse) tipos de omisión culposos, cuyo núcleo es la omisión de acciones (cuidadosas) que tienen por finalidad la obtención de la base intelectual para poder combatir los resultados nocivos: la omisión de informarse, de supervisar, de organizar una red informadora, etc. (27).

El segundo argumento vive de que no hay omisión sin la capacidad objetiva (física) de realizar la acción ausente. Sin embargo, al analizar casos concretos de pasividad frente a un resultado inminente hay que tomar en cuenta que los delitos de omisión de evitar un resultado no suelen ser delitos de “propia mano”. El (garante) lego totalmente pasivo no puede invocar su incapacidad de *tratar* al accidentado si le era perfectamente posible llamar a tiempo al médico capaz de hacerlo. Es acción de salvar una vida tanto el llamar como el operar. Dicho con otras palabras, es omisión de evitar el resultado no sólo la falta de hacerlo como autor único del salvamento, sino también la falta de instigar a otro capacitado o la falta de juntar las fuerzas propias en sí insuficientes con las de otros en sí insuficientes para lograr en común el efecto requerido por la norma. En este sentido, puede ser típica una omisión de informar, de pedir fondos o medios, de ponerse de acuerdo con los demás responsables (como p. e. otros miembros de una junta), etc.

Esta advertencia amplía la importancia de otro aspecto. La capacidad objetiva de lograr el fin de la acción ausente es requisito sólo del delito de omisión *consumado*. Aplicando la teoría subjetiva al campo del delito de omisión, constituye *tentativa* cada *omisión de intentar* cumplir el mandato (28). Dado que la ley conmina con pena la tentativa, cumple el tipo correspondiente el que no actúa a pesar de su “capacidad de planear”, e. d. a pesar de tener o de ser capaz de concebir un plan (de acción) de evitar el resultado previsto como seguro o posible. El hecho que el plan concebido o concebible no tenga éxito no impide entonces una

(26) Armin Kaufmann, Dogmatik, pág. 110 ss., y Strafrechtsdogmatik, pág. 107 ss.

(27) Struensee, en: Juristenzeitung 1977, pág. 217 ss.; Schöne, en: Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, 1983, pág. 77 ss., 97 s.

(28) Véase p. e. Armin Kaufmann, Dogmatik, pág. 204 ss.

punibilidad (aunque quizás reducida). Puede ser que esta solución perfectamente viable en el derecho penal alemán no sea tan fácil de aplicar en el derecho penal español. Pero esto no se debe al estado de la dogmática de los delitos de omisión, sino a la reglamentación española de la tentativa *en general*, que es más complicada que la alemana.

Resumiendo:

1) En cuanto a la Parte General las posibilidades dogmáticas de mejorar la eficacia de los tipos de omisión (cuasi-)dolosos son limitadas, pues no puede haber omisión (típica) sin el conocimiento actual de la situación típica y sin la capacidad intelectual y física de realizar la acción ausente. Pero al otro lado el argumento en sí convincente de no haber "sabido" o de no haber "podido" tiene sus limitaciones: La teoría moderna de la omisión reduce el campo del error de tipo y, en caso de tal error, permite una aplicación mas clara de los tipos de omisión culposos. La incapacidad objetiva de lograr -aunque en conjunto con otros- el fin de la acción ausente, no excluye un delito de *omisión de intentar* el cumplimiento de la norma solución que, eso sí, obliga a estudiar la necesidad de reformar las reglas generales del Código Penal español sobre la tentativa.

2) El mayor obstáculo para el castigo de la pasividad frente a sucesos nocivos en el medio ambiente y en el ámbito del consumo *teóricamente* es la falta (sobre todo en la Parte Especial del CP y del StGB) de disposiciones compatibles con el principio constitucional de "nullum crimen sine lege scripta et stricta". En la *práctica* la jurisprudencia, tanto la alemana como la española, cubre esta laguna sin esperar al legislador. En base de supuestas "reglas generales" sobre la comisión por omisión se aplican -si existen- (los marcos penales de) los tipos de acción. Solo en la medida en que, en nombre de la política criminal, se acepta esta actitud no habrá grandes dificultades en considerar a las personas que aquí interesan como garantes, sea por ingerencia, sea por su cargo elevado dentro de una entidad política o económica. Sin embargo, de lege ferenda hay que insistir en la introducción de nuevos tipos de omisión en la Parte Especial.

III

Los resultados del análisis anterior aumentan la importancia de la tercera sugerencia para mejorar la protección penal del hombre en las

materias de medio ambiente y consumo: la modificación de los existentes y la introducción de nuevos tipos en la *Parte Especial* del Código Penal o en las leyes especiales.

Como ya se ha dicho, el primer paso de cada trabajo reformador consiste en determinar los fenómenos y comportamientos reales que pueden interesar y en aplicar la legislación vigente con el fin de poder ver y valorar los resultados prácticos de la misma. Sería entonces necesario presentar ahora la legislación especial alemana -sobre todo las disposiciones introducidas en el StGB por la 18. Ley de Modificación del Código Penal (29)- y, comparándola con la española, sacar las conclusiones indicadas para campos tan diversos como aire, agua, suelo, fauna y flora o alimentos, medicamentos, productos industriales, etc. Pero esto no es posible en este breve artículo. Por eso, sea permitido dedicarse de modo ejemplar a un problema común de una serie de figuras delictivas, que afecta gravemente la eficacia de la legislación existente.

El problema se ha puesto de manifiesto en el famoso proceso "Contergan" (30): Los tipos tradicionales como lesión dolosa o culposa (§§ 223, 230 StGB) e introducción en el mercado de medicamentos nocivos (6, 48 Araneimi Helgeseza -AMG-) incorporan el elemento de causalidad, sea en forma de *causar el resultado* (p.e. de lesión), sea en forma del objeto *idóneo para causar un resultado*, e.d. venta de un medicamento idóneo para causar efectos laterales negativos. Ambos tipos, el de resultado y el de peligro (abstracto), sólo pueden aplicarse si existen (y se conocen) las leyes físicas que dominan los acontecimientos. Una cadena causal *concreta*, p.e. entre el Sr. X, quien ha descubierto la thalidomida y elaborado la fórmula de Contergan, y la alteración en el sistema nervioso del Sr. Y, quien ha tomado este medicamento, se da sólo, si se ha determinado por las ciencias competentes y de acuerdo con los métodos y criterios propios de ellas la ley causal *general* diciendo -en este caso- que "la thalidomida produce daños a los nervios". Si tal ley física no existe o no puede ser establecida con métodos lícitos -son inadmisibles p.e.

(29) Ley entrada en vigor el 1 de julio de 1980. Informe sobre el contenido p.e. por Rogall, en: Juristenzeitung-Gesetzgebungsdienst 1980, pág. 101 ss. Véase también Lackner, StGB, 16ª ed., München 1985, nota 2 antes § 324, con citas de la literatura relevante.

(30) Decisión de la corte en: Juristenzeitung 1971, pág. 507 ss. Respecto a las conclusiones necesarias para derecho vigente y legislación vease Armin Kaufmann, en: Juristenzeitung 1971, pág. 569 ss. = Strafrechtsdogmatik, pág. 173 ss.; además Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, 2. Halbband, Tübingen 1971, pág. 49 ss. (notas introductorias al título 9 sobre delitos contra masas de personas); Schöne, en: Revista de Ciencias Penales (Santiago/Chile), 1973, pág. 140 ss., 156 ss.

ciertos experimentos humanos-, entonces toda legislación especial basada en el elemento de causalidad *queda necesariamente sin aplicación*.

Esta debilidad de la red protectora existente no puede ser eliminada por una modificación del concepto de causalidad, en cuanto esta forma "el elemento general de los tipos" (Engisch).

El derecho penal conoce sólo una verdadera teoría de la causalidad -la de la igualdad de las condiciones-, que "vive" de las leyes físicas. Las demás teorías llamadas de "causalidad" en realidad son teorías normativas de imputación: tienen la finalidad de *restringir* el campo de tipicidad seleccionado y excluyendo ciertos nexos causales *conocidos* como "inadecuados", "irrelevantes", etc. Aquí se trata de una situación inversa: Se busca la posibilidad de *establecer* la tipicidad sin la necesidad de llegar a la base mínima de imputación hasta ahora casi unánimemente requerida. Siempre que se *habla* de "casualidad" en el caso de una ley física desconocida o discutida significaría imputación a pesar de la *posibilidad manifiesta* de la *falta* de un nexo causal real, e.d. un cambio en los presupuestos del tipo permitido sólo al legislador.

La experiencia alemana demuestra la dificultad de aceptar este resultado sobre todo en casos tan llamativos como el proceso "Contergan". Por un lado, existen indicios fuertes para la existencia de una ley física, que permitiría ligar ciertos resultados graves con ciertas personas, y, por el otro, estos indicios no bastan para convencer a todos los representantes de la ciencia correspondiente. La salida (del campo de batalla de los peritos) parece ser tratar la duda científica respecto a la existencia de la ley física como cualquier otro problema de la prueba jurídica, e.d. considerar como suficiente para la aplicación del tipo la certeza subjetiva del juez. Pero un tratamiento idéntico de la existencia de una ley física y del nexo causal real ("justificado" -¡pero sólo terminológicamente!- por el denominador común de "causalidad") no respetaría la diferencia entre causalidad "general" y causalidad "concreta": La causalidad "general" pertenece al ámbito de las *reglas*, mientras que la "concreta" forma parte del mundo de los *hechos*. Para este mundo, rige -¡con razón!- el criterio *jurídico* de la certeza subjetiva, de la convicción del juez que, una vez dada, excluye una absolución en base al principio "in dubio pro reo". Sin embargo, en cuanto al otro ámbito, la tarea del juez es aplicar reglas *dadas*. Si al buscar la regla aplicable no se encuentra ninguna, el juez no puede crearla, aunque esté convencido de la rectitud de su idea. Y si se nota una *duda* respecto a la existencia de una regla, al juez, a pesar de la convicción que pueda tener, no le es permitido tomar partido en una discusión científica que se lleva a cabo en un campo ajeno al dere-

cho. Su obligación es constatar la discusión, averiguar los criterios que la ciencia correspondiente emplea para establecer una regla y -si fuese así- aceptar el hecho que el estado de la investigación (todavía) no permite hablar de una regla o ley física aceptada. Dicho con otras palabras: El derecho no puede reemplazar los criterios de las demás ciencias por los suyos pues esto significaría asumir la responsabilidad por una regla sin tener la competencia científica.

No hay salida: Donde las figuras delictivas se basan en el causar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, una causalidad "general" ausente o dudosa impide su aplicación.

Este resultado del análisis de la legislación vigente puede parecer "aceptable" considerando las tendencias actuales de una restricción del Derecho penal, sobre todo en el ámbito de -digamos- "pre-peligro" para un bien jurídico. Pero la experiencia derivada del proceso "Contergan" demuestra lo contrario. Un "non-liquet" científico respecto a los efectos de un producto "de serie", como p.e. un medicamento industrialmente producido, provoca un conflicto de intereses: el interés económico de continuar con la producción y venta hasta que se ha establecido el carácter nocivo por un lado y por el otro el interés de proteger la vida y la salud humana discontinuando la comercialización del producto hasta que se ha demostrado la *falta* de nocividad. En esta situación no cabe la menor duda que los intereses económicos tienen que ceder. El riesgo de perder dinero (o/y lugares de trabajo) en caso de una sospecha finalmente no justificada no es tan importante como el riesgo de la muerte o de la lesión de muchísimas personas en caso de una sospecha luego justificada. Y no basta con declaraciones en este sentido. Lo que falta son normas, cuyo cumplimiento se garantiza mediante reacciones penales.

Para estas normas se ofrecen dos modelos legislativos: uno con las pautas de un delito de peligro abstracto y el otro con rasgos de un delito de peligro "de nuevo cuño".

El primer modelo consiste en confiar la protección de la vida y de la salud a un sistema de instancias extra-penales y en garantizar su intervención y efectividad con medios penales: se conmina con pena la elusión de la instancia protectora. Las instancias (estatales o, por lo menos, neutrales) de revisión y verificación deben tener la tarea de examinar determinados procesos de producción y productos de serie bajo el aspecto de efectos nocivos para la vida y la salud humana, y de su decisión debe depender la autorización para la comercialización. Tales entidades son necesarias, pues un buen número de peligros depende de una interral-

ción de diversos factores y conductas, y mediante decisiones flexibles pueden establecerse y tenerse en cuenta los variables límites de tolerancia. Además, un alto nivel científico y técnico de los exámenes permite contrarrestar la falta, muchas veces todavía existente, de la formulación de exigencias de cuidado en los procesos de desarrollo y elaboración. El comercio y la industria considerará estas oficinas revisoras quizás gravosas, pero sin razón. Por un lado, el examen igualitario de los productos de serie y de los procesos de producción protege de distorsiones de la competencia poco escrupulosa y, por el otro, la mantención de este vía a través de la entidad examinadora otorga una garantía de no ser sometido a responsabilidad penal si el producto, a pesar de la autorización de la entidad, se demuestra inesperadamente como peligroso. Ejemplos concretos para una legislación semejante ofrece el Proyecto Alternativo alemán en sus §§ 152 (contaminación de las aguas), 153 (contaminación del aire), 155, 156, 158 (productos de serie, etc.).

Donde no se trata de productos de serie (o donde no existen entidades examinadoras) se requiere otro modelo legislativo: el delito de peligro "de nuevo cuño", que parte del presupuesto de la posibilidad de una causalidad "general" (todavía) no aclarada. Para eliminar el "producir una situación, respecto a la cual un observador objetivo, en conformidad con el estado de la ciencia en el momento del hecho, queda en la duda si es generalmente apropiada para dar por resultado la lesión de un bien jurídico" se pueden redactar figuras delictivas de la manera siguiente: "Será castigado con... el que ejecutare la acción x, sin que se pueda considerar excluido un daño a la integridad corporal o a la vida de otro". Con esta fórmula se garantiza que la mera sospecha de nocividad para el uso del proceso correspondiente o de la difusión del producto hasta que sea solucionado de una u otra forma el problema de la causalidad "general", y al mismo tiempo se crea un fuerte argumento para los productores de apoyar la introducción de entidades examinadoras, pues se traslada la responsabilidad en cierta medida del productor al Estado. Concretas disposiciones de esta forma se encuentran también en el Proyecto Alternativo alemán, donde suceden a los clásicos delitos de peligro común (§ 151) y también tratan la elaboración y distribución de productos alimenticios nocivos para la salud (§ 157).

Seguramente estos modelos legislativos, que no se excluyen, sino se suplementan mutuamente, pueden ser todavía mejorados (31), pero significan un paso necesario y correcto hacia adelante.

(31) Véase p.e. *Horn*, en: *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin 1974, pág. 719 ss.

IV

El problema aquí expuesto no es, de ninguna manera, el único que respecto a la protección del hombre dentro del medio ambiente y del mundo del consumo aparece y requiere una solución de lege lata o de lege ferenda. Para no mencionar la labor complicadísima de redactar cada una de las diferentes disposiciones que necesariamente deben introducirse en la Parte Especial de un código penal hay que aludir a otros campos de investigación de "lo general en lo especial": así p. e., la dependencia del Derecho penal del Derecho administrativo (32). No faltarán tipos, que conminan con pena actividades "sin el permiso de las autoridades administrativas" y por eso tampoco faltarán complicaciones dogmáticas, cuando tal permiso sí se ha otorgado, pero sin base legal, y cuando el autor obra bajo la influencia de errores correspondientes -¿de tipo o de prohibición?- Además sería importante estudiar las posibilidades de mejorar la eficacia de los instrumentos procesales de combatir la delincuencia aquí interesante hasta la concentración de los casos correspondientes en salas de tribunales y dependencias de fiscalía especializadas (33). Y para no olvidar el campo propio -la universidad- esta mesa redonda ha demostrado de nuevo la necesidad de una investigación y enseñanza más especializada para poder lograr lo que aquí se ha pretendido por todos los participantes: mejorar la protección de la vida y de la salud humanas dentro del medio ambiente y del mundo del consumo.

(32) Véase p. e. *Dölling*, en: *Juristenzeitung* 1985, pág. 461 ss.

(33) Véase p. e. §§ 74 a, c GVG (Ley de organización de los tribunales), que representan una construcción paralela para delitos contra el estado y delitos económicos.

¿NUEVA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES, O MODIFICACION DE LA VIGENTE?

MIGUEL COCA PAYERAS

SUMARIO: 1. SEDE EN QUE SE PLANTEA LA CUESTION: MECANISMO FORMAL DE APARICION DE LA REFORMA. 2. LOS CAUCES POSIBLES: 2.1. Ley reformadora. Consecuencias. 2.2. Ley modificadora y que asuma el contenido de la Compilación de 1961, no modificado. Sus riesgos: 2.2.1. La asunción de contenidos promulgados con anterioridad, junto a reglas nuevas. El ejemplo de Aragón y nuestro anteproyectado art. 2º. 2.2.2. La disparidad de lenguas. La solución adoptada en Cataluña. 3. LA SOLUCION ADOPTADA EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES, DE 6 DE MARZO DE 1986: 3.1. Ley modificadora y de asunción. 3.2. Algunas observaciones al Proyecto: 3.2.1. El "cens" y el "censal". 3.2.2. La fórmula de las remisiones "estáticas". 3.2.3. ¿Delegación legislativa o ley autorizante para refundir?. 3.2.4. Falta de unidad sistemática en la "Exposición". 3.3. Conclusión.

1. SEDE EN QUE SE PLANTEA LA CUESTION: MECANISMO FORMAL DE APARICION DE LA REFORMA

Como es notorio, la denominada en el Real Decreto del Ministerio de Justicia 1007, de 22 de mayo de 1981, "Comisión Compiladora de Juristas de Baleares" (art. 1º), e integrada según este mismo precepto legal por "Juristas expertos", ha concluido su trabajo de "elaboración de anteproyectos de interés sobre su Derecho civil foral o especial, para su elevación al Ministerio de Justicia" (art. 5º, 1ª párf.); actividad, "reconducida" a la senda autonómica por el acuerdo del Consejo de Gobierno de nuestra Comunidad Autónoma de 24 de Noviembre de 1983. Habiéndose concluido el "Anteproyecto de revisión de la Compilación", elevado *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 12 (PALMA DE MALLORCA 1985).

a la Comunidad Autónoma, e imagino que dispuesto para el posterior debate y aprobación en el foro parlamentario del archipiélago, entiendo que es de interés plantear un aspecto, inaludido en los resultados de la actividad de la antecitada Comisión. Me refiero a la cuestión formal, aunque a la postre trascendente, de si el texto que definitivamente salga del *Parlament*, debe ser una ley que agote su contenido normativo en la modificación de algunos preceptos (según el Anteproyecto, la inmensa mayoría) de la vigente Compilación de 19 de abril de 1961; o, por el contrario, una ley que al mismo tiempo que modifica el contenido de una serie de preceptos del viejo texto legal, asume, adopta como propios, los contenidos de los restantes preceptos inalterados en su tenor regulador, produciéndose una derogación total de la Compilación de 1961, que quedaría íntegramente suplida por una "nueva" Compilación. Advierta el lector, que la disyuntiva que expongo no afecta al contenido de la reforma, sino al continente de ella, pues mientras éste, reitero, escapa a las previsiones de la Comisión, el primero, según la "Memoria Justificativa de la revisión que se propone" no sólo fue planteado, sino resuelto prioritariamente: "La primera duda que se planteó en el seno de la Comisión fue la de determinar la extensión de su propia competencia. De inmediato se pusieron de manifiesto dos tesis. La primera, que consideraba que nuestra misión debería concretarse únicamente a la revisión y nueva redacción de aquellas normas de nuestra Compilación que pugnasen contra los principios básicos de nuestra Constitución, singularmente el principio de igualdad sustentado en su artículo 14. La segunda, más ambiciosa y que encerraba mayores dificultades, que entendía que tanto el texto del artículo 149,1,8ª de la Constitución como la interpretación sistemática del R.D. 1007/81 nos facultaban para una revisión más a fondo de la Compilación y por esta vía subsanar omisiones o defectos que la práctica jurídica y la doctrina habían puesto de manifiesto reiteradamente.- Adoptada esta segunda postura..."

2. LOS CAUCES POSIBLES

2.1. Ley reformadora. Consecuencias

Si este es el sentido de la reforma, hay que, retornarlo al hilo argumental, preguntarse por cual debe ser el cauce formal para ello. He referido dos de ellos, los más inmediatos: ley de modificación, o nueva Compilación. ¿Cuales son las diferencias que pueden decidir la elección de uno u otro procedimiento?. En primer lugar, aparece una de tipo políti-

co nada desdeñable. Si se apuesta por la vía de la reforma de la Compilación de 1961, estamos provocando una acumulación de fuentes materiales en el texto resultante: Las Cortes "orgánicas" que aprobaron la ley de 19 de abril de 1961, y el *Parlament* balear que aprobaría la ley modificativa. De esta forma, por un lado se barajan no sólo dos fuentes materiales diversas en relación a un único cuerpo normativo, sino también dos "legitimidades" políticas no sólo diferentes sino antagónicas: la del régimen anterior, y la derivante del actual régimen constitucional. Y, por otro lado, el *Parlament*, con tal modo de proceder dejaría de asumir todas las posibles competencias en materia civil, a tenor del art. 149,1,8ª de la Constitución y del art. 10,22 de nuestro Estatuto de Autonomía, permitiendo que una ley general del Estado siguiera regulando aspectos propios de una ley autonómica.

2.2. Ley modificadora, y que asuma el contenido de la Compilación de 1961, no modificado. Sus riesgos

Si se acude a la segunda vía (ley que además de modificar, asume como propio el contenido no modificado, derogando totalmente el texto de 1961), además de unificar la fuente material que pasa a ser exclusivamente el *Parlament* de las islas, se llena el marco competencial produciéndose una ruptura formal absoluta con el ordenamiento civil preautonómico, del que no quedaría residuo alguno en el "nuevo" ordenamiento civil balear. Desde esta perspectiva, resulta evidente el mayor atractivo de esta opción, lo cual no debe cegarnos en su adopción, ya que ofrece riesgos de carácter técnico que deben ser ponderados. Diría que son dos los más sobresalientes.

2.2.1 La asunción de contenidos promulgados con anterioridad, junto a reglas nuevas. El ejemplo de Aragón, y nuestro anteproyecto art. 2º.

El primero, deriva de la situación anómala que supone asumir hoy, contenidos normativos promulgados hace más de veinte años, propios de un viejo sistema regulador; que, paradójicamente, es parcialmente modificado por esa misma ley, que asume otras porciones de manera inalterada. Lo cual, desde luego, no hace apriorísticamente inviable este camino, pero sí obliga a transitarlo con suma precaución. Particularmente, obliga a la realización de un estudio de todos los artículos inalterados y de las porciones mantenidas de los modificados, para cerciorarse de su perfecto encaje en el nuevo sistema, y evitar que tras la aparición de la ley se caiga en la cuenta de la existencia de disfunciones, o aberraciones jurídicas, provenientes del mantenimiento, en el nuevo marco regulador, de normaciones cuyo sentido se justificaba en la anterior situación.

Aunque estas disquisiciones parecen rebuscadas, y faltas de visos prácticos, la realidad se encarga de justificarlas. Concretamente, lo sucedido con la "nueva" *Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Veámoslo.

La Ley de 21 de marzo de 1985 de las Cortes Generales de Aragón (*B.O.A.* de 23 de mayo de 1985, nº 39/ *B.O.E.* de 6 de julio de 1985, nº 161), sobre la *Compilación del Derecho Civil de Aragón*, ya en su Preámbulo, alude al doble criterio que presidió la redacción del proyecto de Ley: "De una parte, en la adecuación a la Constitución española de aquellos preceptos de la *Compilación aragonesa* que habían quedado en situación de inconstitucionalidad; y de otra, en la asunción como derecho propio de la Comunidad, del resto de la *Compilación de 1967*, que ahora no se modifica, excluyendo de la misma aquellos aspectos que, como el Preámbulo, se consideran incompatibles con la nueva situación nacida al amparo de la Constitución vigente". Consecuentemente, el art. 1º manifiesta que "Por la presente Ley, bajo el título de *Compilación del Derecho civil de Aragón*, se adopta e integra en el ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Ley 15/1967 de 8 de abril, con las modificaciones que seguidamente se establecen". Y una de ellas, consiste en sustituir el calificativo de "especial" respecto del Derecho civil de Aragón, por el de "peculiar" (En el Anteproyecto balear, se produce la desaparición pura y simple del calificativo "especial" en el título de la *Compilación*), diciendo ahora: "Constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta *Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico*". Esta modificación, al parecer tuvo lugar en el curso de la discusión en las Cortes, y en sí misma carece de alcance jurídico, pues constituye sencillamente el reflejo de la ideología autonomista subyacente, que conduce a la calificación de los ordenamientos civiles desde la óptica exclusiva del propio ordenamiento autonómico, desdeñando la general a todo el Estado; pues desde ésta última, es indudable que los ordenamientos civiles de las Comunidades Autónomas siguen siendo "especiales", tanto por razón de los sujetos a los que se aplica, como por razón de los órganos competentes para legislar al respecto. Pero esta modificación, inadvertidamente para el legislador, está, de rechazo, validando el resto del viejo contenido del precepto: está afirmando en el año 1985, que el Derecho civil de Aragón está constituido por la *Compilación, la costumbre y los principios generales del ordenamiento*. Y en el segundo número del mismo art. 1º, (inalterado) se sigue llamando supletoriamente al Código civil "y demás disposiciones constitutivas del Derecho general español". Con esta forma de proceder, resulta que mientras que se suprime el calificativo de "especial" para el ordenamiento civil aragonés, se mantiene sin embargo el de "general" para el llamado "común", rompiendo la homo-

geneidad de la clasificación que en el texto de 1967 existía. Y, además, se olvida de la legislación civil que al margen de la Compilación, pueda emanar de las Cortes de Aragón. Olvido que se produce porque en el año 1967, del que procede el artículo, esa posibilidad no existía, y, posteriormente, en el año 1985 al modificar la norma no se tuvo en cuenta que el mantenimiento de una parte del precepto sin alteración, le conferiría un sentido distinto y aberrante. Hoy, este art. 1º acota, sorprendentemente, la disciplina civil aragonesa al marco formal de la Compilación. Con este modo de proceder, se produce una autolimitación de las posibilidades formales de legislar en el campo del Derecho civil aragonés.

Creo que estamos ante un ejemplo válido de las consecuencias a que puede abocar una ley que, al mismo tiempo que modifica un texto legal, asume parte de su contenido inalterado, sin que previamente se realice un detenido estudio del sentido de esas normas en el nuevo sistema en el que se incardinan. Claro está que la situación descrita, puede contrarrestarse de diferentes maneras.

Primeramente, porque dado que esta puerta ha sido clausurada por el propio órgano legislativo aragonés, puede ser abierta por él mismo en cualquier instante, ya sea expresamente (ley derogatoria o modificativa del art. 1º), o incluso tácitamente, mediante la promulgación de una ley en materia civil sobre cualquier aspecto concreto. Otra vía es la hermenéutica. Cabe sostener, por este sendero argumental, que lo único que está describiendo el art. 1º de la Compilación, es el ordenamiento civil de Aragón en el momento en que se promulga la Ley de 21 de mayo de 1985, sin que la regla sea operativa en el futuro. Además, esta pretensión del artículo en cuestión, de delimitar la materia civil por un criterio formal, al margen de los ribetes historicistas que comporta, constituye una pretensión fallida, pues la delimitación de lo que sean normas del ordenamiento civil, del mercantil o del agrario, por citar un ejemplo, no queda al arbitrio de las Comunidades Autónomas, escapa de sus márgenes competenciales. De no ser así, resultaría que idénticas normas podrían tener diferente encaje disciplinar según la Comunidad Autónoma de que se tratara, con las diferentes consecuencias procesales y de toda índole que ello supondría. En tal caso, entraría en escena el art. 149,1,1ª de la Constitución, reclamando la competencia exclusiva para el Estado por tratarse de "Las regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos...". De cuanto queda escrito, resulta que, de ser preciso delimitar legalmente - cosa que creo estéril- qué conjuntos normativos pertenecen al sector civil del ordenamiento, debería ser una ley general o estatal la que lo hiciera. Cabe recordar en este punto, la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de julio de 1984 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, nº 41, pág.

1067), cuando matiza que dentro de la "legislación civil", referida en el art. 149,1,8ª como competencia exclusiva del Estado, "se halla sin duda, el Libro II, Título I, Capítulo III del Código civil, en el que se establecen los conceptos fundamentales de bienes de dominio público y patrimoniales". Solución que se da, respecto de una Comunidad Autónoma con competencia civil (País Vasco), y por lo tanto asimilable en todos sus extremos al caso aragonés planteado.

Este primer riesgo, descrito en una de sus concreciones prácticas en el caso aragonés, debe ser ponderado por nuestro legislador e intentar cubrirlo por medio de un minucioso estudio previo de la coherencia de las reglas de diferentes orígenes temporales. Porque el riesgo, incluso existe respecto de reglas nuevas, inexistentes en la anterior Compilación, que establezcan nuevos criterios junto al mantenimiento de otros propios del anterior sistema. Es lo que ocurre, a mi entender, con el anteproyectado art. 2º de nuestra Compilación. No voy a entrar en el contenido del precepto, pues a pesar de parecerme absolutamente inviable he prometido desde el principio moverme en el terreno puramente formal, sin entrar en los contenidos, pues de ellos habrá ocasión cuando sea definitivamente promulgada la Compilación; y ahora, se trata únicamente de elucubrar sobre el mecanismo formal adecuado para la reforma. Ese art. 2º dice en su primer párrafo que "Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil..." No se muy bien, cual es la *mens* de la Comisión al establecer esta regla, seguramente responde a la idea de facilitar la aplicación del ordenamiento civil balear a quienes tengan tal vecindad, obviando las dificultades de la prueba de ese estado civil. Pero lo cierto es que lo que dice el artículo es que el Derecho civil balear será "de aplicación a quienes residan" en el territorio de las islas, a los "residentes". Lo cual, significa un importante cambio respecto de la situación sobre la que operaba la Compilación de 1961 pues a pesar de que ésta no se hacía eco de la cuestión, el criterio de aplicación era el de la "vecindad civil" (yo creo, reitero, que a pesar de que el precepto sea aprobado con ese tenor, la solución seguirá siendo la misma, pero resisto a la tentación de extenderme al respecto.). Se acoge un nuevo criterio de aplicación, el de la residencia. Y sin embargo, en el segundo párrafo del mismo anteproyectado artículo se afirma que "La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código civil y demás disposiciones de aplicación general". Con lo que se incurre en dos anomalías, unidas por el común denominador de derivar del reiteradamente citado riesgo que este modo de legislar ofrece. La primera, es la inutilidad de la remisión a las reglas sobre vecindad del Código civil, si antes se ha tomado como

criterio de aplicación uno diferente como es la residencia. Este segundo párrafo, hubiera tenido sentido si en el primero no se hubiera innovado respecto de la regulación propia del año 1961. Al hacerlo, lo que entonces hubiera constituido una regla de remisión perfecta, se convierte en inútil. La segunda anomalía se cifra en el último inciso de ese segundo párrafo, cuando alude a “demás disposiciones de aplicación general”. Estamos ante el mismo fenómeno que antes he analizado en la Compilación de Aragón. Si se suprime el calificativo de “especial” respecto del ordenamiento civil balear, porque, como se dice en la “Memoria justificativa” del Anteproyecto, “se ha considerado oportuno suprimir el calificativo de *especial*”, porque “Hoy día, tras la entrada en vigor de la Constitución, los Derechos civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un Derecho constituido por normas de excepción frente a las del Código civil, sino sencillamente un derecho distinto: son el Derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales”; si, esto es así, repito, ¿Qué sentido tiene hablar de disposiciones de aplicación general” como contrapuestas a las del ordenamiento balear?. De nuevo, se rompe la homogeneidad clasificatoria, ya que si a aquel ordenamiento se le califica como de aplicación “general” se está tomando como punto de mira clasificatorio el de su categoría antagónica, o sea el “especial”, en nuestro caso el balear. De nuevo, resulta que si no se hubiera suprimido la calificación de “especial” para el balear, sería coherente hablar de otro ordenamiento “general”; pero si, como se hace, se suprime aquel calificativo, hay que hacer lo propio con el opuesto, al que, en todo caso, habría que denominar “ordenamiento civil no autonómico”. Claro está, que las denominaciones no varían la naturaleza de las cosas, pero si se pretende hacer cuestión, como parece que sucede en el trabajo de la Comisión, de los términos denominativos de nuestro ordenamiento civil, hay que hacerlo con rigor, y llevar el criterio hasta sus últimas consecuencias. Y aquí, las últimas consecuencias se traducen en adoptar siempre como criterio el de la fuente material (autonómico/ no autonómico), obviando el de la aplicación (general/especial), pero en ningún caso sirviéndose del primer criterio para calificar al balear y del segundo para referirse al emanado de las Cortes Generales españolas.

2.2.2. *La disparidad de lenguas. La solución adoptada en Cataluña*

El segundo riesgo que la técnica de la ley de asunción comporta, es en nuestro caso, el de la disparidad de lenguas. O sea, si la ley que reforme algunos preceptos de la Compilación de 1961, asume al mismo tiempo otros de forma inalterada, resultará finalmente un texto legal en el que unos preceptos, los modificados, estarán redactados en lengua cata-

lana y castellana, mientras que otros (los inalterados) seguirán en lengua castellana exclusivamente; lo que no es, precisamente, ningún *desideratum* de técnica de legiferar. Este riesgo, es tan inmediato que aún antes de la promulgación de la ley que reformará la Compilación de 1961, ya se ha transformado en realidad, en nuestro ordenamiento civil. Como es sabido, la Ley 3/1985 de 11 de abril del Parlamento balear, dió nueva redacción al art. 63 de la Compilación, siendo publicada en el *B. O. C. A.* de 2 de mayo del mismo año, en lengua catalana y castellana, en actuación de lo prescrito en el art. 27,2 del *Estatut*, y del art. 41 de la Ley de 24 de octubre de 1984, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. De donde resulta que, hoy, existe un precepto en la Compilación de Baleares redactado en catalán y castellano (y por ende, alegable ante un Tribunal en cualquiera de las dos lenguas) mientras que el resto lo están en castellano. Esta situación, tornaría más compleja, por supuesto, de promulgarse bajo la forma de ley modificadora y de asunción, la reforma de la Compilación. Pero, también se plantearía el mismo dilema si la forma elegida es la ley puramente modificativa. Estamos, por ende, ante un riesgo común a ambas técnicas. ¿Cómo obviarlo?. El ejemplo, en esta ocasión nos lleva a Cataluña.

Sabido es, que la Ley de 20 de marzo de 1984 procedió a reformar la Compilación del Derecho civil de Cataluña, y en su artículo primero se perfilaba el alcance formal de la misma, diciendo que "Per aquesta Llei, sota el títol genèric de Compilació del Dret Civil de Catalunya, s'adopta i s'integra en l'ordenament jurídic català el text normatiu, el preàmbul exclos, de la Ley 40/1960, del 21 de juliol, relativa al Dret civil especial de Catalunya, amb les modificacions establertes en els articles següents". El resultado de tal ley, fue la heterogeneidad lingüística reseñada, dada la redacción exclusivamente castellana del texto de la Compilación de 1960. En previsión de ello, la propia ley de 20 de marzo de 1984 preveía en su disposición adicional única, la autorización al *Consell Executiu* para que promulgara un decreto legislativo refundiendo los textos normativos resultantes, limitándole, además, en cuatro meses el plazo para publicar el nuevo texto refundido. (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 28 de març de 1984, nº 420). Fue así como en el *Diari Oficial* del 27 de julio del mismo año, era publicado el Decreto legislativo 1/1984 de 19 de julio, aprobando el Texto refundido de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya*. Y, que una de las razones básicas que aconsejaron seguir este procedimiento de refundición, fue la de la homogeneidad lingüística, se deduce de la Exposición de Motivos del Decreto legislativo citado, en la que se lee: "el mateix abast parcial de la reforma...dona lloc a la continuïtat de la vigència de l'articulat no alterat, que, com és natural, de no dur a terme la corresponent refosa continuaria amb la seva

versió originària i per tant castellana.- Era necessària, donç, la publicació d'un text refós, en el qual aquesta part no modificada de la Compilació fos redactada també en català”.

Para terminar, recalcar que estas deslabazadas notas, únicamente pretenden clarificar dos de las posibles sendas legales a seguir por el órgano legislativo de nuestra Comunidad Autónoma, con objeto de tener en consideración los pros y contras en cada caso, a la luz de las experiencias de otras Comunidades, y de un elemental sentido jurídico.

3. LA SOLUCION ADOPTADA EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES DE 6 DE MARZO DE 1986

3.1. Ley modificadora y de asunción

El escribir al hilo de las reformas legislativas comporta el riesgo de que lo escrito sea superado por los acontecimientos legales. En esta ocasión, como era previsible, ha ocurrido lo propio, pues a la hora de corregir las pruebas de imprenta de la parte del trabajo que antecede a ésta, el *Bulletí Oficial del Parlament de les Illes Balears*, nº 56 del 27 de març de este año 1986, publica el “Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares” de fecha 6 de marzo de 1986, remitido, por el *Consell de Govern* de la Comunidad Autónoma, a la Cámara. En el mismo, se elige inequívocamente la segunda vía con la que he especulado antes, la de la ley modificadora y que al propio tiempo asume el resto de la vieja Compilación de 1961. Esta elección llevada a cabo por el Ejecutivo, no recibe explicación alguna en la “Exposición de Motivos” que precede al “Proyecto de Ley”, que básicamente se compone de una descripción de los avatares de la “Comisión de Juristas”, tomados literalmente de la “Memoria” que éstos han elaborado, y de la declaración explícita de que la “propuesta de revisión de la Compilación aprobada por la Ley 5/1961, de 19 de abril”, “ha merecido su aprobación” (la del Gobierno de la Comunidad). Además, en un curioso juego de fagocitación esa “Exposición de Motivos”, declara que “la extensa e importante Memoria Justificativa” elaborada por la tal Comisión es asumida en “su integridad”, y como tal es reproducida literalmente. En consecuencia, la “Exposición de Motivos” del Proyecto de Ley, no es más que la “Memoria Justificativa” de la Comisión de Juristas, a la que se ha añadido en el cuarto párrafo, la aprobación de la propuesta por el Gobierno balear, y la mentada asunción de la propia Exposición. Si esto es así, dado que-

como he dicho al principio de estas notas- la "Comisión de Juristas" no se había planteado la disyuntiva formal sobre la reforma, es lógico que la "Exposición de Motivos" del proyecto en cuestión, tampoco la mencione. Sin embargo, el art. 1º del Proyecto de Ley afirma que "Por la presente Ley, bajo el título de Compilación del Derecho Civil de Baleares, se adopta e integra en el ordenamiento jurídico balear el texto normativo de la Ley 5/1961, de 19 de abril, con las modificaciones que seguidamente se establecen". La elección de esta vía, ofrece, por ende, las ventajas e inconvenientes apuntados antes.

3.2. *Algunas observaciones al Proyecto*

Sin tiempo para un detenido estudio, casi a vuela pluma, pueden hacerse al respecto las siguientes observaciones:

Como consecuencia de la plena asunción de la propuesta de la "Comisión de Juristas", el artículo 2º de aquella se mantiene inalterado, con los importantes problemas que puede crear de ser finalmente aprobado, citados con anterioridad.

3.2.1. *El "cens" y el "censal"*

También, el art. 12 del "Proyecto" modifica, entre otros el art. 63 de la Compilación relativo a la redención del alodio. La única modificación respecto de la llevada a cabo por la Ley 3/1985 de 11 de abril del *Parlament*, estriba en sustituir la dicción arábica ("2 por 100"), por "dos por ciento", y en la versión catalana, en la supresión del paréntesis que existía tras "dos per cent (2%)"; y, en la corrección de algunos términos como "censals" (antes, "censos"), o "senyor útil" y "senyor directe" (antes, "titular del domini útil" y "directe"). Respecto de esto último, nada que objetar, pero sustituir "censos emfitèutics" por "censals emfitèutics", es confundir dos instituciones diferentes, o mejor afirmar algo inviable jurídicamente. Para percatarse de que un "cens" (o, censo en castellano) no es lo mismo que un "censal" (igual, en castellano), no son menester grandes conocimientos jurídico-privados, basta con consultar el *Diccionari General de la Llengua Catalana* de Pompeu FABRA. Este *lapsus*, no sólo aparece en el art. 63 en su versión catalana, sino también en los arts. 55, 56, 57, 60 y 62, con la particularidad añadida de que en el segundo párrafo del art. 55 se alude al "cens emfitèutic".

Todo lo anterior, corrobora la exigencia a que me refería en el epígrafe 2 de estas notas, antes de conocer el texto del "Proyecto". Exigen-

cia de un estudio serio, en este caso jurídico-lingüístico, antes de aprobar la “nueva” Compilación.

Curiosamente, además, al margen del error que supone traducir “censo” por “censal”, y la absurda consecuencia de que un mismo artículo se refiera a instituciones distintas según se acuda a la versión castellana o a la catalana; en este caso concreto, concurre una circunstancia añadida. Me refiero a la errónea inclusión que el propio PASCUAL i GONZALEZ hace en su *Derecho Civil de Mallorca*, dentro de los “censos” del que denomina “común o por general obligación”, y de los “vitalicios”, figuras perfectamente homologables al “censal”, no constitutivas de gravamen real alguno, sino de relaciones obligatorias, y de los que ya entonces aquel autor señalaba que “pueden considerarse si no desaparecidas, en vías de extinción” (pág. 404). Por supuesto, no cabe mantener que la intención de los autores del Proyecto sea la de revitalizar, sobre el plano legal, estas desaparecidas figuras en nuestro ordenamiento, porque los trabajos de la “Comisión de Juristas” en modo alguno permiten concluirlo, pero he apuntado esta particularidad como un mero dato a añadir en la complejidad generada por el *lapsus* evidente en la traducción.

¿Podrían haberse evitado esos problemas, dejando inalterado el artículo 63?. Esta posibilidad, efectivamente hubiera evitado los problemas analizados hasta ahora, pero no hubiera impedido el que los restantes preceptos citados (55, 56 etc.) se pronunciaran en el sentido en que lo hacen, por lo que la dicotomía “cens”, “censal”, seguiría latente. Además, no modificar el art. 63 hubiera obligado a modificar la fórmula empleada en el art. 1º del Proyecto de Ley, pues la asunción que se hace en éste precepto atañe al texto normativo de la Compilación de 1961, con lo que de no precisarlo en la sede oportuna, o de no modificar el art. 63, ese Proyecto de Ley, al derogar la reforma de 11 de abril de 1985, y asumir el texto de 1961, estaría dando vigencia a ésta redacción del precepto y no a la modificada. Por ende, la vía técnica adoptada por el *Govern* es adecuada, lo inadecuado es la forma en que se ha transitado por ella.

3.2.2. La fórmula de las remisiones “estáticas”

El art. 24 del “Proyecto”, modifica la Disposición Final Segunda de la Compilación, cuyo nuevo tenor es: “Las remisiones que hace esta Compilación al Código Civil se entienden hechas en su redacción actual”. Se adopta, por ende una fórmula muy similar a la de la homóloga disposición tercera de la Compilación catalana, y cuyo sentido es obvio,

aunque explicado con poca claridad en la “Exposición de Motivos”, al afirmar que “las remisiones a las disposiciones del Código civil se han de entender hechas en su redacción actual. Cualquier modificación de las mismas deberá, por tanto, ser asumida por nuestra Comunidad Autónoma; no hacerlo implicará, pues, que en Baleares continuarán rigiendo los preceptos del Código en su actual redacción...”. Lo que se quiere decir, es que las remisiones que realiza la Compilación al Código son “estáticas”, o sea al contenido normativo vigente en el momento en que se promulgue la Compilación, contenido normativo que se mantendrá “congelado” por lo que respecta al ordenamiento civil balear, aunque se produzcan reformas en el Código civil. Es confuso, por lo tanto, decir como hace la citada Exposición que “cualquier modificación” en esas normas del Código civil a las que remita la Compilación, “deberá ser asumida por nuestra Comunidad”, porque justamente ocurre lo contrario, “cualquier modificación”, no afectará para nada al ordenamiento civil balear. La adopción del término “deberá” predicado de la Comunidad Autónoma, lleva una carga de “obligatoriedad” o de constricción hacia ésta, no deseable, y aunque la posterior frase transcrita acabe dando el sentido deseado a la afirmación, no deja de ser desafortunada la primera. Además, no estoy muy seguro de que la dicción de esa Disposición Final Segunda sea la mas elocuente para reflejar esa idea de remisión “estática”. Decir que la remisión se entiende hecha “en su redacción actual”, tiene un claro contenido hoy, pero posiblemente no, dentro de unos años. No olvidemos que las normas no tienden a regular situaciones temporalmente delimitadas por el momento de entrada en vigor, sino que se prolongan temporalmente en su fuerza reguladora hasta el momento de su derogación. Quiero decir con ello, que en todo momento existirá una “redacción actual” del Código civil, y que puede ser que no sea la que lo es en el momento de entrada en vigor de nuestra Compilación. Así, si dentro de diez años, se modifican algunas de las normas aludidas del Código civil, ¿esa modificada será la “redacción actual” *ex* Disposición Final Segunda, en aquel instante?. No es ésta, como hemos visto, la *mens legislatoris*, pero para evitar esa torcida interpretación, podría zanjarse la cuestión afirmando que las remisiones “se entienden hechas en la redacción vigente del Código civil al promulgarse esta Ley”.

3.2.3. *¿Delegación legislativa, o ley autorizante para refundir?*

El art. 25 del “Proyecto”, añade una Disposición Adicional Tercera, que a la manera en que se hizo en Cataluña, intenta obviar el problema de la heterogeneidad lingüística en relación a los preceptos de la Compilación de 1961 que no sufren modificación alguna, y por ende con-

tinuan redactados exclusivamente en lengua castellana. La oportunidad del camino escogido, queda también en esta ocasión algo enturbiada por la dicción de la regla: "Se autoriza al Govern de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para aprobar mediante Decreto, un Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Baleares". ¿Estamos ante una delegación legislativa al *Govern*, en la que falta la adjetivación de "legislativo" al Decreto en cuestión?. O por contra ¿estamos ante una autorización para refundir mediante un simple Decreto?. Entiendo que ésto último no es ausplicable ya que el Texto refundido de la Compilación tendría inferior rango en la jerarquía normativa que los textos a refundir (leyes), lo que significa una evidente "degradación" del rango formal de las normas del ordenamiento civil de las islas, en relación a la Compilación de 1961. Si nuestra Compilación fuera finalmente aprobada por *Decreto del Govern*, al margen de ser la única de las existentes sujeta a tan atenuada fuerza normativa, podría ser, formalmente, modificada por el propio *Govern*, aunque con ello se conculcaría el propio art. 149,1,8ª de la Constitución Española que alude claramente a "legislación civil" y no a cualesquiera normativas; y la competencia legislativa la tiene el *Parlament* (art. 19,1 del Estatuto balear). A pesar de ello, la literalidad de la Disposición Adicional Tercera, nos sitúa ante una mera "ley de autorización", y no ante una "ley de delegación o delegación legislativa", como sería de desear, repito para mantener el rango formal de nuestra Compilación y la propia legalidad constitucional. Además, no se me alcanza qué "utilidad" político-jurídica tiene para el *Govern* el Decreto frente al Decreto-Ley. Por último, si se tratara de un error material y lo que se pretendiera establecer es una delegación legislativa, no sólo falta la adjetivación del Decreto como "legislativo", sino el cumplimiento de las prescripciones del art. 82 de la Constitución en su nº 3 (plazo), y 5 (ámbito), a las que nos conduce el art. 18,4 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de 24 de octubre de 1984, a través del art. 27,1 de nuestro Estatuto. No se me escapa que la materia es compleja, y que aquí no he hecho más que esa mínima referencia apresurada.

3.2.4. Falta de unidad sistemática en la "Exposición"

Para terminar, una observación de menor trascendencia que las anteriores, atinente a la forma en que aparece redactada la "Exposición de Motivos", cuya larga extensión aconseja la adopción de algunos criterios de división. Los únicos que aparecen, se refieren a la propia división sistemática del texto normativo (Título preliminar, Libro I, Libro II, Libro III, Disposiciones Finales y Transitoria), sin que exista, empero, cohe-

rencia alguna entre las “motivaciones”, o mejor entre los criterios de clasificación de las “motivaciones” internas a cada uno de los Libros. Compárese, a modo de ejemplo la manera en que aparecen los “motivos” del Libro I, con la adoptada en el Libro III. En el primer caso, estamos ante una glosa y justificación ordenada siguiendo el criterio numeral de los preceptos correspondientes, sin utilizar ningún otro criterio formal de ordenación. Por contra, en el Libro III, se adopta un criterio de ordenación de los “motivos” en seis bloques temáticos (“Presupuestos metodológicos de las tareas de revisión”, “Coordenadas de las tareas de revisión”, “Articulado y sistemática”, “Contenido”, que se subdivide utilizando cuatro números, “Las remisiones normativas”, y finalmente, “El derecho supletorio”). Resalta, no sólo la heterogeneidad del texto resultante, sino la superposición temática de algunos aspectos generales (remisiones, o supletoriedad), en ese Libro III, que, por otra parte, en sí mismo, es el de más fácil y ordenada lectura. Uno, extrae la impresión de que procediendo esa “Exposición” de la “Memoria” (de la “Comisión de Juristas”), existen diferentes paternidades en ésta, ensambladas materialmente, sin que se hayan reconducido a criterios de uniformidad y suprimido las superposiciones. Tal modo de proceder, explicable y hasta justificable en una “Memoria justificativa” de un trabajo de revisión, deja de serlo cuando se pretende transformar en una “Exposición de Motivos” de un texto legal único.

3.3. *Conclusión*

Este apresurado, y en consecuencia superficial, análisis del “Proyecto de Ley”, no ha hecho sino reafirmarme en la creencia ya expuesta, tal vez con aburrida insistencia, de la necesidad de proceder con cautela y fundamento a la reforma de nuestra Compilación. Cautela y fundamento, fruto de un exhaustivo análisis de los preceptos, y que en la actual tesitura corresponde a nuestros diputados del *Parlament* de las Islas. No olvidemos, que a pesar de la “urgente necesidad de adaptación a la Constitución de ciertas instituciones civiles”, manifestada en la “Exposición de Motivos” del “Proyecto de Ley”, recogiendo el tenor del Real Decreto 1007/81, ratificado por el Consejo de Gobierno de la C.A.I.B. el 24 de noviembre de 1983, han transcurrido ya cinco años. Pretender ahora apresurarse, en torno a la promulgación de la ley más importante mejor fidelidad la realidad social y arraigo histórico, así como determinados modos, propios de las islas, de organización de las relaciones entre los particulares, y por todo ello, seguramente la ley más trascendente desde que se halla constituida nuestra Comunidad Autónoma, constituiría un error injustificable.

*LAS LEGITIMAS EN MALLORCA EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES**

EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO

La aparición en el B.O. del Parlamento de las Islas Baleares (nº 59, correspondiente al 27 de Marzo último) del Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares, ha dado a conocer el contenido de los trabajos realizados por la Comisión que en su día nombró el Consejo General Interinsular, al amparo de lo dispuesto en el R.D. 1.007/81, de 22 de Mayo y de la que he tenido el alto honor de formar parte. Trabajos esperados y que, acatando el acuerdo adoptado en le seno de la propia Comisión, se habían mantenido en silencio hasta ser publicados por el Gobierno de la Comunidad Autónoma. Ahora, ya no hay posibilidad de secreto y, por tanto, se ha levantado la veda y es hora de empezar a comentarlos y, en cierto modo, a defenderlos.

Como se destaca en la Memoria justificativa del anteproyecto presentado -y que el Govern ha tenido la gentileza de asumir en su integridad y dar a conocer como Exposición de Motivos-, la primera duda que se planteó en el seno de la Comisión fue la de determinar la extensión de su propia competencia. De inmediato se pusieron de manifiesto dos tesis. La primera, que consideraba que nuestra misión debería concretarse únicamente a la revisión y nueva redacción de aquellas normas de nuestra Compilación que pugnasen contra los principios básicos de la Constitución, singularmente el principio de igualdad sustentando en su artículo 14. La segunda, más ambiciosa y que encerraba mayores dificultades, que entendía que tanto el texto del artº. 149.1.8º de la Constitución, como la interpretación sistemática del R.D. 1.007/81, nos facultaban para «una revisión más a fondo

* Conferencia pronunciada el 5 de mayo de 1986 en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

de la Compilación y por esta vía subsanar omisiones o defectos que la práctica jurídica y la doctrina habían puesto de manifiesto reiteradamente».

Ni que decir tiene que se adoptó esta segunda postura y que la ingente tarea llevada a cabo es nuestra única justificación por el retraso -desde Enero de 1982 hasta Noviembre de 1985- en la entrega del resultado de nuestros esfuerzos.

Tal y como se indica en la expresada Memoria justificativa, seguimos en cada materia el sistema de ponencias. La relativa a legítimas estaba integrada por Jaime Ferrer Pons, Raimundo Clar Garau y el que tiene en estos momentos la osadía de estar frente a Vds.

El encargado de elaborar la ponencia inicial fue el 1º de los nombrados, Jaime Ferrer, por haber sido el autor del, para mí y creo que para todos, más profundo estudio llevado a cabo sobre la materia y que forma parte del Tomo XXXI, Vol. 1º, de los «Comentarios al C.c. y Compilaciones Forales» dirigidos por Albadalejo, obra que hace unos años y en este mismo Salón calificaba, por lo que a Baleares se refiere, como la Biblia que todos los juristas isleños debíamos tener siempre a mano en nuestra mesa de trabajo.

Haciendo honor a su categoría, el Sr. Ferrer presentó a la Comisión en Abril y Mayo de 1982 el texto de su magnífica Ponencia, base de los estudios realizados y que, remodelada con la alternativa de articulado por mí elaborada y las modificaciones introducidas por todos los integrantes de la Comisión en las múltiples sesiones que a esta parte se dedicaron, han culminado en la nueva Sección 4ª del capítulo III, del Título II, del Libro I de la Compilación (artºs. 41 a 51) y que lleva por rúbrica «De las legítimas».

Dos razones fundamentales, ya esbozadas, hacían imprescindible la reforma en este punto: *de una parte*, la necesidad de acomodar la regulación de la todavía vigente Compilación de 1961 a la Constitución, y *de otra*, la también necesidad de completar, aclarar y retocar su raquítica y defectuosa regulación.

Haciendo inventario y como *ejemplos de lo primero* (clara inconstitucionalidad) hay que citar las diferencias entre hijos legítimos y naturales, no sólo entre sí, sino también, y respecto de los últimos, dentro de sí (los hijos naturales no reciben igual trato en la herencia materna que en la paterna -artºs. 41 y 43-); la distinta extensión del

derecho de representación, según que se trate de descendientes legítimos o naturales (también art^{os}. 41 y 43) o la no admisión de este derecho a favor de descendientes de ninguna clase de los hijos naturales en la herencia materna (art^o. 41), frente a su establecimiento en la herencia paterna, aunque limitándolo a los descendientes legítimos (art^o. 43); la exclusión de los ascendientes legítimos por los hijos naturales en la herencia materna (art^{os}. 41 y 42) y la concurrencia de ambos en la paterna (art^o. 43); el silencio total respecto de los hijos «ilegítimos no naturales» (antes posible laguna legal, desde 1978 claramente inconstitucional); y -aunque de menos claridad para algunos- las limitaciones derivadas de la ley Hac Edictali del art^o. 53.

Como casos más notorios de *regulación incompleta o contradictoria* o de *regulación inexistente*: ciertos supuestos de concurrencia de legitimarios que producían la necesidad -según el artículo 45- de comprimir determinadas legítimas individuales y que matemáticamente no la provocaban; el extraño derecho de representación en favor de los ascendientes del art^o 42; el reconocimiento a los legitimarios «como herederos» de las acciones de petición y división de herencia y posibilidad de promover el juicio de testamentaría, ex art^o 46, cuando es sabido que pueden ser o no herederos y que, aun cuando no lo sean, pueden ejercitar tales acciones; el art^o. 47 que usa de forma totalmente inadecuada el término «computar»; la incompleta y confusa regulación, en el art^o 48, de la imputación legitimaria; la no regulación de los efectos de la preterición ni de la desheredación sin causa, con los gravísimos problemas que ello comporta al regir en Mallorca los principios de la necesidad de la institución de heredero para la validez del testamento y el de la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada; y un largo etcétera del que no podemos resistir la tentación de destacar la «no regulación» de la definición del art^o. 50.

Expuesto lo expuesto parece evidente que había que decidirse y poner manos a la tarea y «desfacer» tanto entuerto. Una de las propuestas -no carente de seguidores «intra» y «extra» muros-fue la de suprimir las legítimas, quizás con la excepción de la legítima viudal, e implantar el sistema de la absoluta libertad de testar. El examen de esta postura nos llevó a reconsiderar los fundamentos de la denominada teoría de las legítimas y que sirven de apoyo a los autores para justificar la exclusión de la libertad de testar respecto de ciertas partes de la herencia reservadas por la Ley a determinados parientes del testador -por eso llamados herederos forzosos-, a saber: el principio de la copropiedad familiar presunta; el de los deberes naturales entre los miembros de la familia, en especial de los padres

respecto de sus hijos (tesis de Ahrens); el de la continuidad biológica que impone la continuación de la personalidad jurídico-patrimonial del padre por sus hijos (D'Aguanno y M. Scaevola); y el de la participación de la familia (junto al individuo y el Estado) en la formación de la propiedad de Cimbali, entre las más importantes.

Igualmente hubo que ponderar la realidad social en que vivimos y tomar en cuenta los profundos cambios que ha experimentado la familia desde la época de la codificación hasta nuestros días: el paso del concepto amplio de familia basado en el matrimonio, a la idea de la familia nuclear, limitada a padres e hijos y fundada con independencia del vínculo formal del matrimonio. Nueva idea de familia respecto de la cual ni siquiera hay unanimidad en cuanto a su terminología; por ejemplo, en Italia se habla de «*famiglia di fatto*» y de «*istituzione ombra*» (institución en la sombra); en Francia, «*concubinage*», «*concubinat*», «*mariage de fait*», «*mariage apparent*», etc.; en Alemania, «*Wilde Ehe*» (unión salvaje), «*Lebensgemeinschaft*» (comunidad de vida), «*Ehe nicht registriert*» (matrimonio no registrado); en Inglaterra, «*informal unions*», «*consensual unions*», «*free unions*»; en España, familia de hecho, unión libre, acciones extramatrimoniales... apartándose del sentido peyorativo de las expresiones «*concubinato*», «*estado de mancebía*» o «*barraganía*», que fueron los términos más usados en nuestro Derecho Medieval. Nuevo concepto de familia al que no se oponen, por el contrario, a juicio de muchos, facilitan, los art's. 39 a 32 de nuestra Constitución, producto del conocido «*consenso político*».

Y, por último, trasladar a nuestras islas todas estas nuevas concepciones y pulsar, singularmente a través de la experiencia notarial reflejada en las conversaciones pre y post testamentarias, si la legítima es una institución vivida y deseada o, por el contrario, rechazada. Experiencia que permitió diferenciar claramente la familia urbana (contraria en su mayoría a la legítima, muy significativamente a la de los ascendientes) y la familia rural, más conservadora y menos, entre comillas, evolucionada, que acepta el sistema de legítimas, si bien se inclina por la ampliación de los derechos del cónyuge viudo y la disminución de los ascendientes.

La decisión de la Comisión está a la vista, pues de lo contrario yo no les estaría ahora dando la lata. Por mayoría -creo recordar que abrumadora-, se consideró que la supresión de las legítimas sería una solución que los destinatarios de la norma no aceptarían con agrado y que quizás representaría una respuesta desconocedora de la actual

realidad familiar y social balear.

Así se pronunciaba el Sr. Ferrer en su ponencia, añadiendo «y deseo remarcar lo de actual, ya que tal solución -la supresión de las legítimas- puede significar una visión de futuro y es muy probable que, efectivamente, el resultado final de la evolución, claramente iniciada, sea la implantación de la absoluta libertad de testar; quizás algún día tengamos que lamentar no haber aprovechado la oportunidad de ser pioneros, adelantándonos a esta posible futura solución... pero, aun corriendo este riesgo, creo que este paso sería, hoy, excesivamente atrevido...». Estamos, una vez más, ante el problema de siempre: Si el Derecho debe ir por delante de las demandas de la sociedad, o a la inversa.

Lo que se acaba de exponer no significa, empero, que no se haya tomado en cuenta ni la realidad social ni la experiencia. Se han conservado las legítimas, sí, pero se ha modificado, sobre esas bases, su extensión tratándose de la de los ascendientes (que se ha disminuido) y la viudal (que se ha aumentado). Vds., ahora, y el tiempo más adelante, confirmarán nuestra prudencia o nuestra cobardía.

¿Quiénes acreditan derecho a legítima? Se mantiene sin variación a los descendientes, ascendientes y cónyuge viudo (nuevo artº. 41), con las importantes novedades siguientes:

- se ha hecho desaparecer la distinción entre parentesco matrimonial y extramatrimonial, tanto respecto de los descendientes como de los ascendientes (artºs. 42 y 43).

- se ha regulado con claridad y en armonía con las actuales tendencias y con absoluto respeto a los precedentes romanos, la legítima de los hijos adoptivos, distinguiendo según que la adopción sea plena o menos plena. En el primer caso, equiparando los hijos adoptivos a los descendientes por naturaleza respecto de los padres adoptantes y excluyéndolos, recíprocamente, como legitimarios respecto de sus padres por naturaleza, salvo el supuesto de que un consorte adopte plenamente al hijo por naturaleza del otro -artºs. 41, 42 y 44-; en el 2º, no reconociendo legítima ni a los hijos ni a los padres adoptantes, -artº. 44, pár. 2º-. Cabe destacar que en el reciente Proyecto de Ley de Adopción publicado en el B.O. de las Cortes Generales -Congreso de los Diputados del 10 de Marzo último (Serie A, nº 194-I), en la misma línea, se precisa que la adopción -única que

se configura- extinguirá las relaciones del adoptado con su familia de origen y que el adoptado integrará la familia del adoptante con los mismos derechos que los demás hijos por naturaleza, exceptuándose el supuesto de que uno adopte al hijo de su consorte y cuando sólo esté determinado legalmente un progenitor y el adoptante sea persona de distinto sexo, siempre que el juez así lo acuerde (proyectado artº. 178 c.c.).

- y, por último se ha hecho desaparecer el extraño derecho de representación en la línea ascendente, restableciéndose el principio clásico de que el pariente más próximo en grado excluye a los de grados más remotos (artº. 43).

Cuantía de las legítimas:

1º) *Descendientes.* Se mantiene la legítima justiniana recogida en la Compilación de 1961: una 1/3 parte del haber hereditario, si fueren cuatro o menos de cuatro, y la 1/2 si excedieren de este número (artº. 42, pár. 1º).

Además se precisa que:

- todos los legitimarios que se incluyen en este grupo -es decir, hijos por naturaleza y adoptivos plenos y, en representación de los premuertos, sus descendientes de las clases indicadas- detraerán la legítima de la misma cuota parte de la herencia (artº. 42, p. 1º).

- que para fijar esta legítima se tomarán en cuenta los hijos y las stirpes de los premuertos y que harán número el legitimario instituido heredero, el renunciante, el desheredado, el que haya otorgado definición y el declarado indigno de suceder, sin perjuicio del derecho que los artºs. 761 y 857 C.c. reconocen a los descendientes del indigno o desheredado (artº. 42, pár. 2º). Con estas puntualizaciones se aclaran las dudas que el silencio de la actual Compilación habían provocado.

- y finalmente se establece, llenando también otra laguna legal, que en cualquier supuesto en que la legítima individual no hubiere de satisfacerse pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios (artº. 42, in fine).

2º) *Ascendientes*. Su legítima se reduce de la 1/3 a la 1/4 parte (artº. 43), haciéndonos eco de la experiencia testamentaria antes aludida; facilitando así la mejora de los derechos viduales; y sin olvidar que su legítima del tercio les sitúa actualmente en posición más ventajosa que a los descendientes en cuanto éstos sean más de dos.

A esta legítima, que sigue siendo supletoria o de segundo grado (a falta de descendientes), tienen derecho: a) en la sucesión del hijo matrimonial, sus padres o ascendientes; b) en la del hijo no matrimonial, los padres que les hubieren reconocido o hayan sido judicialmente declarados como tales o, en su defecto, los ascendientes. A destacar esta solución, después de haber estudiado a fondo la conveniencia de limitar este derecho a los ascendientes que les hubieren dado en forma continuada el trato familiar de descendientes. Solución de otra Compilación, muy próxima a la nuestra, recientemente reformada y que no se ha seguido por razones de seguridad jurídica (dificultades de prueba, futuro semillero de pleitos...) y por su posible anticonstitucionalidad (discriminación entre ascendientes en base a discutibles cuestiones de hecho); y c) en la del hijo adoptivo pleno, los padres adoptantes o ascendientes de éstos (también en este caso sin límite del trato familiar requerido por la mentada Compilación). Coincide con nosotros el Proyecto de Ley de Adopción a que se acaba de hacer mérito, -artº. 178 C.c. proyectado-.

Para la distribución de la legítima entre los ascendientes se siguen los principios de proximidad de grado y división por líneas, como ya se destacó hace unos minutos (artº. 43).

Es de advertir que en la «versión catalana» estas normas resultan -si mi nulo conocimiento de esa lengua no me engaña- alteradas. El texto en castellano, referido al supuesto de ascendientes de segundo o ulterior grado (abuelos, bisabuelos, etc.), establece la división por líneas en caso de igualdad de grado y la preferencia absoluta de la proximidad de grado cuando éstos sean distintos, sea cualquiera la línea a la que se pertenezca (artº 43, párrafo penúltimo, último inciso «si fueran de distinto grado, pasará por entero a los más próximos de una u otra línea»).

En catalán -repito, si no estoy equivocado- se dice justamente lo contrario «si són de grau diferent, ha de passar sencera als més pròxims de cada línia». Si son de grado diferente, ha de pasar íntegra a los más próximos de cada línea, no a los más próximos de una u otra línea. Con ello se volvería a restablecer el extraño derecho de

representación de la vigente Compilación, en contra de lo realmente propuesto por la Comisión.

Generalizando sobre las dos versiones, no hace falta ni decirlo, deberá cuidarse mucho su concordancia en evitación de dudas y problemas.

Finalmente se resuelven las vacilaciones que la aplicación en Mallorca de la reserva lineal o troncal del artº 811 C.c. y del derecho de reversión del 812 del mismo cuerpo legal habían planteado. La Comisión -siguiendo el criterio de la doctrina más aceptada y de la jurisprudencia del T.S., especialmente en orden al 1º de los preceptos citados-, se ha inclinado por su admisión (artº 43, pár. final).

3º) *Cónyuge viudo*. Unánimemente se adoptó el acuerdo de aumentar los derechos del viudo, que se elevan al usufructo de la 1/2 de 2/3 y de la totalidad de la herencia en el artº. 45 pár. 3º, según que su concurrencia sea con descendientes, ascendientes o cualquier otro pariente o extraño, frente al actual artº. 45 que, en los mismos supuestos, le confiere el usufructo del 1/3, de la 1/2 o de 2/3.

Cabe señalar, además:

- que acredita derecho a legítima el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto (artº. 45, p. 1º), siendo novedad la aceptación de la separación de hecho sin más, como causa de pérdida de la legítima por haberse entendido que le exigencia del mutuo acuerdo -contenida en el artº 945 C.c. en materia de sucesión intestada- podría favorecer al cónyuge que hubiere abandonado el domicilio conyugal cuando su consorte no hubiere otorgado testamento o consignado en éste la causa de desheredación pertinente. La separación de hecho será un problema de prueba que apreciarán libremente los Tribunales de Instancia.

- que interpuesta la demanda de separación o aprobada la reconciliación, se estará a lo prevenido en el artº. 835 C.c. (artº. 45, pár. 2º).

- y que se han eliminado las limitaciones derivadas de la ley Hac Edictali (actual artº. 53), por ser una norma carente de sentido y justificación en la actualidad, y por su dudosa constitucionalidad.

La omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento sin habersele privado de la legítima expresamente (*preterición*) o la privación de su derecho a un legitimario hecha por el testador invocando una causa legal y cierta (*desheredación*), están huérfanas de regulación en la vigente Compilación. La aplicación supletoria del Código (al amparo del artº. 2º pfo. 2º y Disposición Final 2ª de la propia Compilación) ha planteado numerosas dudas a la doctrina al tratar de conjugarla con los principios básicos de nuestro Derecho Sucesorio, los ya citados de la necesidad de institución de heredero para la validez del testamento y el «*nemo pro parte...*» Para algunos —como Pascual González— la preterición o la desheredación injusta acarrearían la nulidad del testamento; para otros —Ferrer, Massot...— había que limitar sus efectos a la rescisión de la institución de heredero, manteniendo la validez del testamento en lo demás, apoyándose en una interpretación mayoritaria, aunque no pacífica, del Capítulo III de la Novela 115 de Justiniano. Nuestro T.S. tampoco era ajeno a estas dudas. El proyectado artículo 46 pondrá fin a estas discusiones.

En materia de *preterición* se acepta la distinción entre *preterición intencional* y *no intencional* (produciéndose ésta última cuando el testador por olvido o error ha omitido la mención de algún heredero forzoso); se establece una regla general que determina que la preterición de un legitimario (referida a la preterición intencional de cualquier legitimario y a la no intencional de ascendientes o cónyuge viudo) no anulará el testamento, quedando a salvo al preterido el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda; se continúa con una norma especial referida a la preterición no intencional de hijos o descendientes legitimarios, en cuyo supuesto se confiere al preterido acción —caducable a los 4 años desde la muerte del causante— para obtener la anulación del testamento, salvo los tres casos que se enumeran (cuando los únicos herederos instituidos sean hijos, descendientes o cónyuge; cuando la filiación del preterido resultase de procedimiento judicial de investigación de paternidad iniciado después del fallecimiento del causante; y cuando el testador, respetando las legítimas, hubiere ordenado que valga el testamento aun en el supuesto de preterición no intencional); y se finaliza con una norma que recuerda al pár. 3º del reformado artº. 814 C.c. (Ley 11/1981, de 13 de Mayo) si bien más restringida al haberse limitado expresamente al caso de premoriencia: no se considerarán preteridos los descendientes de un descendiente no preterido que hubiere premuerto al testador. Las opiniones de Díez Picazo, Delgado Echeverría, Lacruz, Albadalejo y Bolás Alfonso, entre otros, fueron tenidas en consideración.

La *desheredación injusta* (sin expresión de causa, por causa cuya certeza no se probare si fuere contradicha o que no sea alguna de las previstas en el Código Civil) no provocará tampoco la nulidad del testamento, gozando el mal desheredado únicamente de acción para reclamar su legítima (artº 46, in fine).

El siguiente -el 47- se dedica a la determinación de las *formas de atribución de la legítima*, a precisar las *acciones* que corresponden a los legitimarios y a regular el modo *de fijar o calcular las legítimas*, superando las imprecisiones y contradicciones de los actuales artºs. 46, 47 y 48:

- la legítima podrá ser atribuida por cualquier título (herencia, legado o donación).

- los legitimarios serán titulares, por el mero hecho de serlo y sin necesidad de que hayan sido nombrados herederos, de las acciones de petición y división de herencia y podrán promover el juicio de testamentaria, salvo el supuesto del pago de la legítima en metálico, en que la legítima deja de ser «pars bonorum» y se convierte en un derecho de crédito, que gozará de las garantías especificadas en el artº. 48 que seguidamente examinaremos.

- en materia de fijación de legítimas y por ser como es la legítima una parte alícuota del haber hereditario partible, del superávit del activo sobre el pasivo, los párrafos 2º y 3º del artículo que desmenuzamos nos indican la forma de calcular ambos elementos: *del pasivo*, incluyendo las deudas y cargas del causante, así como los gastos de última enfermedad, entierro y funeral y excluyendo las deudas y cargas impuestas en el testamento.

También aquí conviene hacer una precisión en cuanto a la «versión catalana». No sé si con la claridad suficiente -creo que sí- en el pár. penúltimo de este artº. se dice textualmente: «Para fijar la legítima se deducirá del valor que tenían los bienes al fallecimiento del causante el importe de las deudas y cargas, sin incluir entre ellas las impuestas en el testamento, así como los gastos de última enfermedad, entierro y funeral». La frase entre comas es un inciso, como si fuera entre guiones, de tal modo que lo que se dice es que se deducirá el importe de las deudas y cargas -con excepción de las impuestas en el testamento- e igualmente (así como) se deducirán los gastos de última

enfermedad, etc. En la «versión catalana» creo se dice lo contrario «... s'ha de deduir del valor que tenien els béns a la mort del causant l'import dels deutes i de les càrregues i *no s'hi han d'incloure* les imposades al testament, *així com tampoc* les despeses de darrera malaltia, enterro i funeral».

Respecto *del activo*, integrándolo con los bienes presentes al tiempo del fallecimiento (relictum), valorados el día del óbito, a los que se sumarán los bienes pasados que hubieren sido donados por el causante en vida (donatum), también valorados el día de la muerte -lo que constituye la computación en sentido estricto- previa deducción de las mejoras útiles y de los gastos extraordinarios, de conservación o reparación, costeados por el beneficiario y la agregación del importe de los deterioros causados por culpa del mismo que hubieran disminuido su valor.

Completan esta materia el pfo. 7º del artº. 48 estableciendo las siguientes reglas en materia de *imputación* -que intentan mejorar las del actual artº. 48-: la institución de heredero, la asignación o distribución de bienes, el legado y la donación a favor de quien resulte legitimario implicarán atribución de legítima aunque no se exprese así, y se imputarán en satisfacción de ella, siempre que otra cosa no haya dispuesto el causante, el donante o el heredero distribuidor. Esta imputación surtirá efecto aunque el legitimario repudie la herencia, la asignación o distribución, o el legado.

No se regula, por el contrario, el punto relativo a *reducción de donaciones*, por haber entendido la Comisión que eran con claridad aplicables supletoriamente las normas del C.c.; en el mismo sentido la S. del T.S. de 23 de Mayo de 1985, dando la razón a la de nuestra Audiencia Territorial de 7-Oct.-1982 que se basaba en la «querella inoficiosi donationis» romana.

Cuando vió la luz nuestra veinticuatroañera Compilación, Juan Verger Garau, miembro de la actual Comisión, escribió en la R.D. Notarial de 1962 su conocido artículo «Innovaciones introducidas en el Dchº. Civil especial de Baleares por la reciente Compilación», en el cual y refiriéndose a la *naturaleza jurídica de la legítima* destacaba que la Compilación, apartándose de directrices anteriores -Ordinationis de Arnaldo de Erill, consulta de la Revista Crítica de D. Inmobiliario de 1931, Proyecto de Apéndice de 1920 redactado por el Colegio de Abogados de Palma, etc.-, establecía o remarcaba en las islas de Mallorca y Menorca el carácter de «portio debita o pars bonorum» de

la legítima «acercándose mucho a la estructuración que tiene la misma en el Código Civil y acentuando aun más si cabe sus caracteres», hasta el punto de no admitir ni siquiera las atenuaciones y adaptaciones que, por otra parte, admitía el mismo C.c., aun partiendo de idéntica calificación conceptual de la legítima (artº. 1056, pfo. 2º, 821, 822 y 829). La inflexibilidad en este punto -continuaba Verger- «provocará en bastantes supuestos serias dificultades, y además no se podrá conseguir debidamente en muchas ocasiones, si su articulado se aplica literalmente, la conservación de las empresas agrícolas de carácter familiar... parece que se ha olvidado en esta ocasión, lo que es inconcebible, que el Derecho Foral es esencialmente un derecho rural, destinado a servir unos intereses o necesidades del campo, ya que en éste y para éste nació principalmente, lo que resulta tanto más extraño cuanto que en las demás Compilaciones... se han tenido en cuenta, naturalmente, estas transcendentales necesidades agrícolas». La casi totalidad de la doctrina posterior (Hernández Canut, Vallet, Clar, Coll, Ferrer, Massot, etc. etc.) mantuvieron similar postura y todos los Notarios somos sabedores de las dificultades prácticas, tanto en punto a testamentos como a particiones, que nos ha causado el actual artº. 46: la legítima atribuye derecho a una porción de la herencia y debe ser pagada en bienes de la misma, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador.

Con estos antecedentes no debe extrañar a nadie -gato escaldado del agua fría huye- que, después de fijar la naturaleza de la legítima como «pars bonorum» y, en consonancia con ello, determinar en el artº. 48 que, como regla general, deba ser pagada en bienes de la herencia, se haya dulcificado el rigor e inspirándonos en los precedentes, se acepte que, no obstante lo dicho, el testador, en todo caso, y el heredero distribuidor, si no se le hubiere prohibido, podrán autorizar el pago de la legítima en dinero, incluso en dinero extrahereditario. Se ha ido de esta manera más allá de la reforma introducida en el C.c. por la ley 11/1981, que solamente autoriza el pago en dinero en el supuesto de hijos o descendientes (artº. s 841 y siguientes), por haber considerado la Comisión -como se especifica en la Memoria justificativa- que esta solución era deseada por muchos testadores y herederos y se estima contribuirá a la conservación del patrimonio familiar, evitando la atomización que la vigente normativa comporta.

Cuando se decida pagar en metálico la legítima se articulan en este artº. 48 una serie de garantías en defensa de los legitimarios: necesidad de comunicación fehaciente a los mismos de esta opción en

el plazo de un año desde la apertura de la sucesión; pago dentro del año siguiente a la comunicación, si la legítima no supera la 1/3 parte de la herencia y en el término de 2, en caso contrario; derecho a reclamar judicialmente el pago transcurridos estos plazos, anotando preventivamente la demanda en el Registro de la Propiedad; afectión de todos los bienes de la herencia a dicho pago en metálico; y posibilidad de aplicación, en lo pertinente, del artículo 15 L.H.

Se completa esta flexibilización en materia de pago de legítimas con la proclamación expresa -por razones de claridad y seguridad jurídica- de la aplicabilidad de los artículos 839 y 840 del C.c. (artº. 48, párr. final).

No olvida tampoco la reforma en este punto la determinación del valor que deba atribuirse a los bienes a efectos de pago de legítima «in natura» (el del tiempo de la liquidación, incrementado con los frutos y rentas producidos desde la muerte del causante), ni que en el supuesto de pago en metálico, la cantidad debida devengará a favor del legitimario el interés legal (artº. 48, pº. 3º).

El artº. 49 de la actual Compilación, regulador de la *Cautela Socini*, opción compensatoria de legítima que permite dejar a su legitimario mayor «quantum» de bien gravado en el «quale», es de los pocos que se han librado de la quema y no se han tocado.

Y así llegamos a una institución que clamaba a voces una reforma: *la definición*. Institución que constituye una de nuestras mayores especialidades y que, no obstante, estaba prácticamente huérfana de regulación en el actual artº. 50. Los proyectados artºs. 50 y 51 precisan su concepto, naturaleza, requisitos y, fundamentalmente, sus efectos. La Comisión está muy ilusionada con estas novedades y confía -como se destaca en la tantas veces citada y seguida Memoria justificativa- que el tratamiento que se le ha dado «ayudará a revitalizar esta secular institución que puede ser el cauce adecuado para la solución de múltiples problemas familiares».

Comienza el artº. 50 por señalar su naturaleza jurídica. La definición se concibe como un pacto sucesorio, concretamente un contrato de renuncia o pacto de «non succedendo», que se diferencia claramente de la renuncia a la herencia en cuanto que ésta debe formalizarse una vez fallecido el causante, mientras que en la definición la renuncia que conlleva tiene que ser anterior a esa muerte. Es una de las renunciaciones previas prohibidas en régimen del

C.c. por el artº. 816 y que en nuestro Derecho es admitida desde el Privilegio de Jaime I del 4 de los idus de Marzo de 1274, limitado al principio a las hijas casadas (y luego dicen que el Derecho ha sido siempre machista...) y que posteriormente, por antiguos usos y práctica general, fue extendido a los varones cuando entraban en religión o se les daba carrera u ocupación.

Como tal pacto sucesorio hay que atribuirle el carácter de bilateral, siendo, además, consensual, aleatorio, irrevocable (lo que no excluye la posibilidad de mutuo acuerdo en contrario) y oneroso (se otorga en contemplación a alguna donación, atribución o compensación).

Esta onerosidad había sido puesta en entredicho por dos destacados miembros de la Comisión (Miguel Coll y Tomás Mir. «Jornadas de Derecho Foral; I.C. Abogados de Baleares 1973»), lo que no fue obstáculo para que ésta, por mayoría de votos, se inclinara por la tesis contraria, de tal suerte que una definición sin previa donación o ventaja no será posible.

En definitiva, pues, la definición se regula como un negocio jurídico complejo. Pascual y González al darnos su concepto nos decía que es «un contrato mediante el cual el hijo o hija acepta y recibe una donación o entrega de bienes de su padre o madre, en calidad de pago anticipado, liquidación y finiquito de lo que pudiera corresponderle, en su día, por legítima y demás derechos hereditarios en la futura herencia respectiva», y la Audiencia de Palma en Auto del 11 de Junio de 1940 la describía como «donación intervivos que se efectúa en favor de hijo o hija como anticipo de legítima, liquidación y finiquito de ella...».

En orden a las *clases o modalidades* de la definición se diferencian claramente:

- de un lado, las *limitadas* a la legítima y las *no limitadas*, que supondrán la renuncia a todos los derechos sucesorios. Como norma interpretativa en el pfº. 2º del artículo 50 se consigna que «la definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima».

- de otro, definiciones con *donación de presente* (aquéllas en que los ascendientes hacen una liberalidad al descendiente y éste, en el mismo momento, renuncia a su legítima o herencia futura) y definiciones con *donación previa* -que yo he bautizado desde hace

años con el nombre de «definiciones confesadas» -(en las cuales el descendiente renuncia, limitada o ilimitadamente, a la herencia futura de su ascendiente, en consideración a alguna donación, atribución o compensación que de éste ya había recibido con anterioridad).

Frente al actual artº. 50, que limita la posibilidad de definir a los «hijos e hijas emancipados... en la sucesión de sus padres», la Comisión ha considerado conveniente ampliarla a los descendientes respecto de sus ascendientes, siempre que al tiempo de otorgarse la definición resultaren legitimarios. Son, por tanto, *elementos personales de la definición*:

a) los *descendientes*, entendiéndose como tales tanto los por naturaleza (matrimoniales y no matrimoniales) como los adoptivos plenos (ex artºs. 41, 42 y 44 del Proyecto).

- siempre que en el momento del otorgamiento sean posibles legitimarios, por ejemplo, la nieta en el supuesto de premoriencia de sus padres.

- y que estén emancipados, manteniéndose la misma exigencia de capacidad que en la actual Compilación, que, a su vez, la había tomado de Proyectos anteriores.

b) los *ascendientes*, lógicamente también, por naturaleza o adopción plena (artº. 43, c) del Proyecto). Respecto de ellos -de los ascendientes- se exige expresamente que gocen de la vecindad mallorquina, entiéndose *vecindad civil* mallorquina (estamos en una ley civil, no administrativa), y se precisa que «el cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición». Las dudas que la interpretación del artº. 9.8 del C.c. habían planteado -magníficamente estudiadas y puestas de relieve por Jaime Ferrer, en la obra de Albadalejo, y Tomás Mir, más recientemente, en los Cuadernos de la Facultad- nos llevaron a consignar la solución dicha como la más adecuada de conformidad con la naturaleza de la institución y los principios básicos de nuestro Derecho sucesorio.

El único *elemento real* al que se hace referencia es el de la contraprestación. En el actual artº. 50 se habla de renunciar y dar finiquito «en contemplación a alguna *donación o ventaja*»; en el proyectado «en contemplación de alguna *donación, atribución o compensación*». Se repite el concepto de donación y se sustituye el ya amplio de por sí de «ventaja» por, los también amplios, de «atribución

o compensación». Resulta así evidente que la Comisión no ha querido restringir de modo alguno el concepto de la contraprestación; bastará que éste exista para que la definición sea posible, para que tenga causa.

La definición, como institución sucesoria que es, está íntimamente ligada con la idea de familia y todo lo que ésta conlleva. Creo que en este contexto nadie está capacitado para precisar las razones por las cuales un descendiente puede renunciar a sus derechos hereditarios y, voluntariamente, atribuir a su o a sus descendientes la libertad de testar. La ventaja, atribución o compensación, como la queramos bautizar, es tan subjetiva como subjetivos somos todos y cada uno de nosotros. Que sean, pues, ellos -los interesados- los que valoren si existe o no contraprestación y no se pongan cortapisas para que la definición pueda producir los beneficiosos frutos de que, de seguro, es capaz.

Siguiendo el ejemplo del Derecho comparado, y desde su punto de vista *formal*, se determina que la definición «deberá -imperativamente- formalizarse en escritura pública», añadiéndose, además, que «deberá ser pura y simple», como consecuencia lógica de su carácter irrevocable y de nuestros principios sucesorios.

En cuanto a sus *efectos*, aparte de los ya señalados del artº. 42, pár. 2º y 3º (el descendiente que haya otorgado definición hace número para el cálculo de la legítima global y que la porción legitimaria correspondiente al que ha definido pasará a incrementar la parte de libre disposición sin acrecer a los colegitimarios), el párrafo final del artº. 50, en evitación de dudas y en aras de una mayor claridad -no se nos ha pasado por alto que alguien dirá, que de modo superfluo- precisa que a efectos de fijación de las legítimas al fallecimiento del causante se aplicará lo prevenido en el pár. 3º del artº. 47, es decir que el valor de la donación, atribución o compensación en contemplación a la cual se define, tiene que ser computado en el «donatum» del causante, por aplicación del principio de intangibilidad legitimaria.

Y, por último, en el artº. 51 se regulan los *efectos propiamente dichos*, o en sentido estricto, de la definición. Las soluciones que se han adoptado -inspirándonos en el Derecho comparado, doctrina de los autores, naturaleza de la institución y principios inspiradores de nuestro Derecho sucesorio, así como en razones de equidad y justicia-, son las siguientes:

A) *Sucesión testada del ascendiente:*

1º) *Efectos respecto de la legítima del descendiente:* la definición deja sin efecto cualquier disposición relativa a ella, sea anterior o posterior a la definición.

2º) *Efectos respecto de otras disposiciones testamentarias a favor del descendiente:*

a) *si se trata de definición limitada a la legítima:* serán válidos la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, sea cual fuere la fecha del testamento.

b) *en la definición no limitada:*

- quedará sin efecto toda disposición de carácter patrimonial contenida en testamento de fecha anterior a la definición, sin que entren en juego las sustituciones vulgares ordenadas, salvo la dispuesta en favor de descendientes del renunciante que fuere hijo único.

- por el contrario, serán válidas cualesquiera disposiciones patrimoniales ordenadas en testamento de fecha posterior a la definición.

B *Sucesión intestada del causante:*

- *definición limitada:* el descendiente será llamado como heredero.

- *no limitada:* el que la hubiere otorgado no será llamado nunca; sí lo serán sus descendientes salvo que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos.

Inevitablemente arrastrado por mi deformación profesional notarial, termino, como en las escrituras, con reservas y advertencias, eso sí, personales ya que no legales.

Reserva: Una: Me reservo el derecho de adicionar o modificar lo expuesto en una o más notas, charlas, artículos o escritos que agradeceré se consideren como formando parte de la presente.

Advertencias. Dos:

1º) No he pretendido, a lo peor de haberlo intentado tampoco lo habría conseguido, dar una conferencia de alto nivel científico, sino una charla más informal y a efectos fundamentalmente informativos, con la sana intención -además, lógicamente, de informar- de excitar el celo de propios y extraños, entiéndase juristas y profanos, respecto a un texto tan fundamental como es el Proyecto de Ley sobre Compilación del Derecho Civil de Baleares que en fechas próximas se discutirá en nuestro Parlamento. A lo publicado por el pfr. Massot el pasado día 19 de Abril en el «Diario de Mallorca» me remito.

2º) Si del hilo de mi exposición pudiera haberse deducido algún afán de protagonismo o exaltación egocéntrica, renuncio desde ya a cualquier inmerecido laurel y deseo proclamar -por si alguien lo pueda dudar- que el Anteproyecto es obra de la Comisión como conjunto de personas que en perfecta armonía unieron sus esfuerzos, conocimientos -que haberlos, haylos- y experiencias para presentar un trabajo del que creo que todos, yo desde luego sí, estamos plenamente satisfechos. No nos consideramos en posesión de la verdad pero confiamos -y abuso de mi amistad con el pfs. Massot para robarle el pie -volteriano- de su aludido artículo- que el tiempo hará justicia y pondrá todas las cosas en su sitio.

VICENTE BALDO DEL CASTAÑO - JOSE MANUEL CALAVIA MOLINERO, *Letra de cambio. Estudio sistemático de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985*, Edit. Praxis, Barcelona, 1985, 473 págs.

Con prólogo del Profesor Rafael Jiménez de Parga aparece este oportuno y excelente estudio de la Ley Cambiaria del que son autores Vicente Baldó del Castaño y José Manuel Calavia Molinero, Profesores de Derecho mercantil de la Universidad de Barcelona.

La obra, que ofrece a profesionales y estudiosos un completo tratamiento sistemático de la nueva regulación de la letra de cambio, se divide en cinco partes.

La primera, a cargo del Dr. Calavia Molinero, trata de la *emisión y la forma de la letra de cambio*. En ella, tras una referencia general al formalismo de la obligación cambiaria y a los requisitos formales de la letra de cambio, se analizan con detalle los elementos personales, los requisitos relativos a la obligación cambiaria, la problemática derivada de la letra en blanco y los requisitos del documento cambiario, con incidencia en las innovaciones concretas introducidas por la Ley.

En la segunda parte, el Dr. Baldó del Castaño aborda *la provisión de fondos como presupuestos de pago por parte del aceptante y las garantías de pago de la letra de cambio: la aceptación y el aval*.

La provisión de fondos, aun no ofreciendo en el nuevo sistema la relevancia que presentaba en el Código de comercio, es el origen de una serie de cuestiones de singular trascendencia que el autor estudia con rigor en uno de los apartados más conseguidos de la obra. Allí, partiendo de la función económico-jurídica de la provisión de fondos y de su naturaleza, el Dr. Baldó se ocupa de los distintos sistemas legislativos, de la cuestión en la Ley Uniforme de Ginebra, del sistema español, de la problemática de la causa en orden a las relaciones librador-librado en la letra, de la "letra de favor", de la posibilidad de alegarse por el aceptante la excepción de falta de provisión de fondos, de la acción de enriquecimiento sin

causa y de la cesión de la provisión regulada ahora en el artículo 69 de la Ley Cambiaria.

Con idéntico rigor y en ocasiones, descendiendo al detalle, se ocupa el autor de la aceptación, su naturaleza y nuevo régimen, la presentación, forma, limitaciones, efectos, revocación, falta de aceptación y aceptación por intervención, concluyendo, como en todos los temas que trata, con una sucinta enumeración de las principales innovaciones que en esta materia introduce la Ley Cambiaria.

Finalmente y en la misma línea, el Dr. Baldó estudia el aval, su naturaleza, características, elementos personales, forma y efectos, incidiendo, como es lógico, en las novedades, como la de permitirse que el aval se preste, incluso, después del vencimiento de la letra.

La tercera parte, que viene dedicada a *la circulación de la letra* supone un estudio completo del *endoso*, en el que, tras ofrecer un planteamiento general con las obligadas referencias al concepto, naturaleza jurídica, clases, elementos personales y requisitos formales, el Dr. Calavia aborda, desde la nueva regulación, las distintas cuestiones suscitadas por el endoso pleno, el endoso en blanco, el endoso al portador, el endoso de apoderamiento o para cobranza y el endoso de garantía, así como por los supuestos especiales de endoso.

La cuarta parte trata *del pago y el protesto de la letra de cambio*. En ella, con precisa sistemática, comienza el Dr. Calavia ocupándose de las reglas para la determinación del vencimiento y de la presentación al pago. Posteriormente, aborda las diversas cuestiones, a veces complejas, que se derivan del pago de la letra y del protesto, para concluir con un apretado resumen de las principales innovaciones introducidas en esta materia, quizás la más afectada, en la práctica, por la Ley Cambiaria.

En la quinta y última parte, el Dr. Baldó del Castaño se ocupa de *las acciones cambiarias y extracambiarias*, en una exposición en la que contrasta, en acierto, el tratamiento riguroso del tema con la orientación práctica imprescindible en esta materia.

Tras la configuración legal de las acciones cambiarias en el Derecho español vigente, con una sugestiva síntesis de las novedades introducidas, el autor estudia la acción cambiaria directa y la acción cambiaria en vía de regreso, dedicando especial atención a la solidaridad cambiaria y a la "letra de resaca" para continuar con un análisis detallado del nuevo régimen jurídico de las excepciones y concluir con una amplia referencia a las acciones extracambiarias, particularmente a la acción de enriquecimiento injusto.

Con un apéndice normativo, que incluye el Convenio de 7 de junio de 1930 estableciendo la Ley Uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden y la propia Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, termina esta obra que, lejos de limitarse a ser un comentario de la nueva Ley, comporta el tratamiento dogmático integral de una institución mercantil básica -la letra de cambio- en su régimen jurídico vigente.

Se trata, en suma, de un trabajo bien elaborado en el que se pone de manifiesto, en todo momento, la elevada formación jurídica de los autores y su vasta experiencia forense. Sin esa doble condición de Abogados y Profesores universitarios difícilmente podrían haber logrado los Dres. Baldó y Calavia esta obra, seria y rigurosa, y, a la vez, eminentemente práctica, que será, desde ahora, de obligado manejo y consulta, ocupando un lugar preferente en la actual bibliografía de Derecho cambiario.

Antonio Millán Garrido

JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ, *El delito de receptación*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, 446 págs.

Esta obra tiene su origen en el trabajo que, como tesis doctoral, presentó su autor en la Universidad de Sevilla durante el Curso 1982-1983. Obtuvo entonces la máxima calificación académica y, con posterioridad, resultó galardonada con el premio "Padre Las Casas" de la Excm. Diputación de Huelva.

Ahora, tras una cuidadosa revisión, el trabajo ve la luz con un prólogo del Profesor Navarrete en el que destaca la actualidad del tema y la oportunidad en su tratamiento.

Consta la obra de cinco amplios capítulos en los que el Dr. Martos Núñez aborda, con acertada sistemática, el estudio técnico-jurídico y criminológico de la figura regulada en los artículos 546 bis a)-bis f) del vigente Código Penal, esto es, la receptación que define como "el aprovechamiento directo y para sí de los efectos o beneficios de un delito, a sabiendas de su ilícita procedencia".

En el capítulo primero estudia el autor la *evolución histórica* del delito y, en concreto, el proceso de independencia conceptual de la receptación, inicialmente vinculada al "encubrimiento" como forma participativa.

El capítulo segundo, *Derecho Comparado*, contiene exactas referencias al tratamiento de la receptación en los Ordenamientos francés, alemán e italiano, como los más representativos dentro de nuestro marco sociocultural. Después, el Dr. Martos Núñez examina con detenimiento los distintos sistemas de incriminación de esta figura (latino, germánico y autónomos) tanto en las legislaciones europeas como en las latinoamericanas.

En el capítulo tercero, tras una referencia a la naturaleza jurídica del encubrimiento, el autor fundamenta la *autonomía de la receptación*, "porque el delito

Se trata, en suma, de un trabajo bien elaborado en el que se pone de manifiesto, en todo momento, la elevada formación jurídica de los autores y su vasta experiencia forense. Sin esa doble condición de Abogados y Profesores universitarios difícilmente podrían haber logrado los Dres. Baldó y Calavia esta obra, seria y rigurosa, y, a la vez, eminentemente práctica, que será, desde ahora, de obligado manejo y consulta, ocupando un lugar preferente en la actual bibliografía de Derecho cambiario.

Antonio Millán Garrido

JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ, *El delito de receptación*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, 446 págs.

Esta obra tiene su origen en el trabajo que, como tesis doctoral, presentó su autor en la Universidad de Sevilla durante el Curso 1982-1983. Obtuvo entonces la máxima calificación académica y, con posterioridad, resultó galardonada con el premio "Padre Las Casas" de la Excm. Diputación de Huelva.

Ahora, tras una cuidadosa revisión, el trabajo ve la luz con un prólogo del Profesor Navarrete en el que destaca la actualidad del tema y la oportunidad en su tratamiento.

Consta la obra de cinco amplios capítulos en los que el Dr. Martos Núñez aborda, con acertada sistemática, el estudio técnico-jurídico y criminológico de la figura regulada en los artículos 546 bis a)-bis f) del vigente Código Penal, esto es, la receptación que define como "el aprovechamiento directo y para sí de los efectos o beneficios de un delito, a sabiendas de su ilícita procedencia".

En el capítulo primero estudia el autor la *evolución histórica* del delito y, en concreto, el proceso de independencia conceptual de la receptación, inicialmente vinculada al "encubrimiento" como forma participativa.

El capítulo segundo, *Derecho Comparado*, contiene exactas referencias al tratamiento de la receptación en los Ordenamientos francés, alemán e italiano, como los más representativos dentro de nuestro marco sociocultural. Después, el Dr. Martos Núñez examina con detenimiento los distintos sistemas de incriminación de esta figura (latino, germánico y autónomos) tanto en las legislaciones europeas como en las latinoamericanas.

En el capítulo tercero, tras una referencia a la naturaleza jurídica del encubrimiento, el autor fundamenta la *autonomía de la receptación*, "porque el delito

que comete el receptor es 'distinto' de aquél que ha realizado el autor del delito principal, al no existir entre éste y la receptación una conexión interna, sino sólo una relación externa".

Junto al principio de la autonomía, la receptación se configura en el Derecho penal vigente sobre la base de otro principio, el de la accesoriadad, en cierto modo contrapuesto. En este punto, se trata de una accesoriadad "mínima", porque el delito de receptación está vinculado simplemente a la existencia de un acto principal típico.

En el capítulo cuarto se analiza en profundidad *el bien jurídico protegido* en este delito.

Partiendo de los presupuestos jurídico-privados, se refiere Martos a la propiedad, a la posesión y al patrimonio, conceptos que analiza, después, en el ámbito penal, para concluir que la receptación es un delito que lesiona o pone en peligro, no ya la propiedad, sino cualquier elemento integrante del patrimonio ajeno.

El capítulo quinto y último viene dedicado al examen del *tipo objetivo* del delito.

En él, tras ocuparse de los presupuestos jurídico-penales de la receptación, esto es, la previa comisión de una infracción patrimonial y la no participación del receptor en su ejecución, el Dr. Martos Núñez estudia la acción, el resultado y el nexo causal.

Atención especial dedica el autor, dentro de las cuestiones que suscita el sujeto activo, al tema de la habitualidad que, en este delito, desempeña un triple papel: el de circunstancia calificativa genérica (art. 546, bis, a, 3º), el de circunstancia calificativa específica (art. 546, bis b) y el de elemento típico para caracterizar la receptación en faltas (art. 546, bis c).

Junto al estudio de la habitualidad, el de la receptación profesional ocupa un primer plano en el trabajo. Al respecto, el autor se ocupa puntualmente de su concepto, fundamento, ámbito, etiología y consecuencias jurídicas, para concluir con su tratamiento en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980.

Con una breve referencia al sujeto pasivo (el legítimo propietario desposeído, ya sea una persona física o jurídica e incluso el Estado) concluye un excelente trabajo, fruto científico de varios años de continuada labor investigadora, que, como certemente señala en el prólogo el Prof. Navarrete, viene a llenar, con gran dignidad, un vacío existente en la bibliografía jurídico-penal española.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL Y ESTATUTOS ORGANICOS, Biblioteca de Textos Legales de Editorial TECNOS, Edición preparada por Victor Moreno Catena, Madrid, 1985, 309 págs.

Con más de una treintena de títulos publicados, la biblioteca de textos legales de Editorial Tecnos se está consolidando como una de las primeras colecciones en su género.

La rigurosa selección normativa, a cargo siempre de destacados especialistas en la materia, sus precisas anotaciones y concordancias, los detallados índices sistemáticos y analíticos y la propia actualización de los textos, así como su misma presentación, práctica pero de buen diseño, y cuidada composición tipográfica justifican sobradamente el éxito editorial de esta colección que, en muchos de sus títulos, trasciende de los ámbitos universitarios y profesionales a los que inicialmente estaba destinada.

En esta línea, aparece ahora la *Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatutos Orgánicos*, a cargo del Profesor Victor Moreno Catena, Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Santiago de Compostela, quien ya, con anterioridad, había preparado las ediciones de las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.

En el *prólogo*, el profesor Moreno Catena comienza destacando la trascendencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la vez que observa cómo su tramitación parlamentaria ha servido para cuestionar el propio funcionamiento de la Administración de Justicia española, cuyos defectos constituyen un problema personal y de estructuras comprensivo de aspectos varios.

Tras un análisis de las innovaciones más relevantes de la Ley, el autor aborda los dos temas más polémicos de la nueva regulación: el sistema de elección parlamentaria de la totalidad de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y la posibilidad de acceder a la carrera judicial por el sistema de concurso.

Respecto al primer punto, el Profesor Moreno Catena se pronuncia a favor de su debatida constitucionalidad, sin que, en su opinión, el nuevo sistema comporte necesariamente la pretendida politización y falta de independencia de la Magistratura. Lo que ocurre es que "ahora la composición del Consejo General del Poder Judicial se va a corresponder con la composición ideológica pluralista del pueblo español y no exactamente con la de la Magistratura".

El acceso a la Carrera Judicial de juristas "de reconocida competencia" parece también una medida acertada, sobre todo por cuanto pueden traer "nuevos aires y una visión distinta del Derecho y de la Justicia".

Entre los reproches, el autor destaca la falta de sistema y deficiente técnica legislativa que se advierten en la Ley, así como los serios problemas que se van a suscitar "acerca de la potestad reglamentaria, para determinar si ha de atribuir-

se al Gobierno de la Nación o al órgano de Gobierno del Poder Judicial”.

Por lo demás, la edición comprende, junto a la *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1 de julio de 1985, otras disposiciones íntimamente conexas con la Organización de Tribunales. Son el *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* de 30 de diciembre de 1981, el *Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España* de 30 de julio de 1982 y el *Estatuto General de la Abogacía* de 24 de julio de 1982.

Se trata, pues, de un trabajo meritorio con el que se ha logrado, en pocos meses, ofrecer una edición conjunta de las leyes *orgánicas* judiciales que viene a enriquecer la “biblioteca de textos legales” y a cubrir una fundamental parcela normativa.

Antonio Millán Garrido

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

60. **Funcionarios públicos.** Arquitectos al servicio de la Hacienda Pública. Compatibilidad con el ejercicio privado de la profesión. Necesidad de autorización de compatibilidad para cada proyecto o trabajo. *Sentencia de 2 de Mayo de 1985**.
61. **Dº Administrativo sancionador.** Primera presunción de la veracidad de lo constatado policialmente. Discrecionalidad de la administración en la fijación de la cuantía de la sanción. *Sentencia de 3 de Mayo de 1985.*
62. **Funcionarios públicos.** Concurso de traslado. Nulidad de la Orden, resolviendo adjudicar la plaza en otro destino dejando vacante una de las solicitadas preferentemente. *Sentencia de 4 de Mayo de 1985.*
63. **Funcionarios públicos.** Cambio del diploma obtenido de Operador de Terminales de Informática por otro de Operador de Cónsola; su nulidad en base al principio de irrevocabilidad de acto administrativo. *Sentencia de 4 de Mayo de 1985.*
64. **Funcionarios públicos.** Las pensiones se devengan desde el primer día del mes siguiente al que se produzca el hecho determinante de tal prestación. *Sentencia de 6 de Mayo de 1985*.*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por D. José Luis Alemany Pau en lo que se refiere a las sentencias en materia administrativa, por el Profesor M. Dolís Roca en lo que se refiere a las sentencias en materia de Derecho Financiero y Tributario, y por el Profesor Dr. García Fernández en lo que se refiere al Derecho del Trabajo.

65. **Urbanismo.** Alcance de las modificaciones introducidas por la Comisión Provincial de Urbanismo al aprobar definitivamente un Plan General. Cesión del diez por ciento de aprovechamiento medio. *Sentencia de 7 de Mayo de 1985.*
66. **Urbanismo.** Cierre de vertedero de basuras clandestino. Indemnización de daños y perjuicios a la promotora de una urbanización colindante. *Sentencia de 8 de Mayo de 1.985*.*
67. **Urbanismo.** Denegación de aprobación inicial de planes de urbanismo; su impugnabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Facultades de la administración para decidir o no su tramitación. *Sentencia de 11 de Mayo de 1.985.*
68. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos:** Terrenos en explotación agraria: requisitos de no sujeción. Falta de prueba. Índice de Valores. *Sentencia de 11 de mayo de 1985.*
69. **Urbanismo.** Licencias de obra. Carácter reglado. La suspensión de licencias no puede afectar a las ya denegadas en vía administrativa y sometidas a revisión jurisdiccional. *Sentencia de 14 de Mayo de 1985*.*
70. **Urbanismo.** Distinción entre modificaciones de planes urbanísticos y revisiones que implican la derogación del anterior planeamiento. *Sentencia de 15 de Mayo de 1985*.*
71. **Funcionarios Públicos.** Controladores aéreos. Reconocimiento con carácter retroactivo de determinadas retribuciones y del concepto retributivo «gratificaciones por servicios especiales». *Sentencia de 15 de Mayo de 1985.*
72. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Tramitado por el especialísimo procedimiento del art. 6º de la Ley 62/78 al prohibirse manifestaciones promovidas por el Sindicato Unificado de Policía. Estimación del recurso. *Sentencia de 15 de Mayo de 1985*.*

73. **Licencia Fiscal de Actividades Comerciales e Industriales.** Exenciones. Cajas de Ahorro. *Sentencia de 17 de Mayo de 1985.*
74. **D° Administrativo Sancionador.** Presunción de veracidad de las actas de inspección: no puede extenderse más allá de los hechos consignados en las mismas. Estimación del recurso al no quedar probada la infracción consistente en organizar una excursión turística por quien no ostenta el título de agente de viajes. *Sentencia de 17 de Mayo de 1985.*
75. **Fondo de Garantía Salarial.** Indemnizaciones. Cómputo. Principio de igualdad. No puede aplicarse si el acto impugnado es conforme al ordenamiento jurídico, aunque suponga un tratamiento menos beneficioso para los afectados. *Sentencia de 18 de Mayo de 1985.*
76. **Recurso Contencioso-Administrativo.** Requisitos de admisibilidad del interpuesto por Corporación Local: dictamen previo de Letrado. *Impuesto Municipal sobre Solares.* *Sentencia de 20 de Mayo de 1985.*
77. **Recaudadores de Tributos.** Bajo la dependencia de la comunidad Autónoma. Premios de cobranza; el derecho a tal participación no nace hasta el ingreso en el Tesoro Público del importe de los débitos, declarándose ultimado el expediente. *Sentencia de 21 de Mayo de 1985.*
78. **Contratos Administrativos.** Revisión del canon que percibe el concesionario del servicio de recogida de basuras. Las condiciones del pliego constituyen «lex inter partes» y no pueden objeto de ampliación con aplicaciones analógicas. *Sentencia de 22 de Mayo de 1985.*
79. **Urbanismo.** Obras realizadas sin ajustarse a la licencia. Demolición. Alcance del art. 24 de la Constitución en cuanto a emplazamientos personales de quienes pudieran comparecer como demandados o como coadyuvantes en el recurso contencioso administrativo. *Sentencia de 23 de Mayo de 1985.*
80. **Extranjeros:** Trabajador por cuenta propia. Permiso de trabajo: es

preceptivo el informe de la Oficina de Empleo. Instrucción de recursos defectuosa: no puede perjudicar al recurrente. *Sentencia de 23 de Mayo de 1985.*

81. **Actas de liquidación por débitos a la Seguridad Social:** Innecesariedad de depósito previo en recurso contra resoluciones confirmatorias de aquéllas por no exigirlo disposición con rango de ley formal. Socio de la entidad que actúa funciones de dirección: no puede considerársele trabajador dependiente por cuenta ajena. *Sentencia de 24 de Mayo de 1985.*
82. **Urbanismo.** Obras ilegales. Defectos en el procedimiento administrativo: su alcance debe ser examinado, incluso de oficio, antes de contemplar los problemas de fondo. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 25 de Mayo de 1985.*
83. **Actas de infracción. Sanciones.** Innecesariedad de depósito previo en recurso contra las resoluciones que las imponen por no exigirlo disposición con rango de ley formal. Presunción de certeza de las actas: no queda desvirtuada por declaración en contrario ante notario. Proporcionalidad de la sanción: facultad de la Administración. *Sentencia de 24 de Mayo de 1985.*
84. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos:** Índice de Precios: valor inicial: improcedencia de incremento en función del IPC. *Sentencia de 29 de Mayo de 1985.*
85. **Urbanismo.** Impugnación de licencia municipal de obras en zona marítimo terrestre. Inadmisibilidad del recurso teniendo en cuenta que la realización de tal proyecto estaba ya autorizada por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. *Sentencia de 29 de Mayo de 1985*.*
86. **Impuesto sobre la Renta de Sociedades:** Régimen fiscal de las amortizaciones. *Sentencia de 30 de Mayo de 1985.*
87. **Urbanismo.** Proyecto de urbanización consistente en apertura de un vial y dotación de servicios de agua, alcantarillado, suministro de energía eléctrica y alumbrado: procedencia de la redacción del

mismo por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Desestimación del recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros Industriales. *Sentencia de 31 de Mayo de 1985**.

88. **Urbanismo.** Plan Parcial redactado por iniciativa municipal y aprobado inicialmente de desistir del mismo acordando su archivo. *Sentencia de 31 de Mayo de 1985.*
89. **Actas de liquidación por débitos a la Seguridad Social.** Innecesariedad de depósito previo en recurso contra resoluciones confirmatorias de aquéllas por no exigirlo disposición con rango de ley formal. Prueba testifical propuesta por la parte: insuficiente para desvirtuar la presunción de certeza de que gozan las actas. *Sentencia de 3 de Junio de 1985.*
90. **Funcionarios públicos.** Oposición para cubrir una plaza de Técnico Superior de Laboratorio. No es necesario incluir entre los títulos exigidos el de Ingeniero Industrial. *Sentencia de 4 de Junio de 1985.*
91. **Contribución Territorial Urbana: Exenciones:** destino benéfico-social de inmueble: necesidad de declaración. Ineficacia de alegación «ex novo» en vía de recurso. *Normas de gestión tributaria:* no sujetas a reserva de ley. *Sentencia de 5 de Junio de 1985*.*
92. **Impuesto Municipal sobre el Incremento en el Valor de los Terrenos:** Bonificaciones: terrenos destinados a viviendas de protección oficial. No necesidad de alegación para su estimación en vía de recurso. *Sentencia de 5 de Junio de 1985*.*
93. **Tasa Municipal por Prestación de Servicios de Extinción de Incendios:** Servicios prestados fuera del término municipal. Sujeto pasivo: Ayuntamiento requiriente del servicio. *Sentencia de 7 de Junio de 1985.*
94. **Acta de liquidación:** Innecesariedad de depósito previo en recurso contra resoluciones confirmatorias de aquéllas por no exigirlo disposición con rango de ley formal. La avenencia alcanzada ante la Magistratura de Trabajo no constituye prueba que pueda

desvirtuar la presunción de certeza de que gozan las actas de la Inspección de Trabajo. La expresión defectuosa del nombre, razón o denominación social del sujeto responsable acarrea la nulidad de las actas. *Sentencia de 8 de Junio de 1985.*

95. **Tasas:** Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo: concesiones y aprovechamientos especiales: Valoración. *Sentencia de 10 de Junio de 1985.*
96. **Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona.** La suspensión preventiva de un funcionario público por incoación de expediente disciplinario no viola, en términos generales, la presunción de inocencia establecida en la Constitución, *Sentencia de 10 de Junio de 1985.*
97. **Acta de liquidación:** innecesariedad de depósito previo en recurso contra resolución confirmatoria de aquéllas por no exigirlo disposición con rango de ley formal. Auxiliar asociado: lo es la trabajadora contratada por otra con conocimiento de la empresa. *Sentencia de 12 de Junio de 1985.*
98. **Dº Administrativo Sancionador.** Multas de Tráfico. Competencia del Director de la Junta del Puerto para imponer, sanciones por estacionamiento indebido en dicho recinto. Plazo de prescripción. *Sentencia del 13 de Junio de 1985*.*
99. **Multa de Tráfico:** responsabilidad civil subsidiaria. Prescripción. *Sentencia de 10 de Junio de 1985.*
100. **Funcionarios Públicos.** Autonomía municipal para la elaboración de plantillas; su diferencia con el concepto de escalafón. *Sentencia de 17 de Junio de 1985.*
101. **Urbanismo.** Obras en edificio fuera de ordenación. La apertura de un escaparate en un supermercado no supone consolidación. aumento de volumen o incremento del valor del edificio. *Sentencia de 17 de Junio de 1985.*

102. **Bienes Municipales.** Recuperación de oficio por posesión administrativa o uso público de un camino. El ejercicio de tal facultad por la administración municipal está subordinada a una prueba completa y acabada de la posesión administrativa y de su perturbación por el administrado. *Sentencia de 18 de Junio de 1985**.
103. **Urbanismo.** Proyecto de construcción de casa de aperos y depósito regulador redactado por técnico de grado medio: su procedencia. Más que la cuantificación económica de las obras se debe atender a sus características. *Sentencia de 19 de Junio de 1985.*
104. **Urbanismo.** Declaración de ruina. El concepto de daño no reparable por medios técnicos normales ha de establecerse teniendo en cuenta las actuales técnicas constructivas; aun cuando las mismas eviten la sustitución de elementos estructurales se podrá estar ante tal concepto. *Sentencia de 20 de Junio de 1985**.
105. **Tasa Municipal.** Gastos de demolición de edificio construido sin licencia. *Sentencia de 21 de Junio de 1985.*
106. **Licencias Municipales.** Carácter de intransmisibles de las de auto-taxi. Las transmisiones autorizadas por el Reglamento Nacional tienen el carácter de excepcionales. *Sentencia de 21 de Junio de 1985.*
107. **Actas de liquidación e infracción:** innecesariedad de depósito previo en recurso contra resolución confirmatoria de aquéllas por no exigirle disposición con rango de ley formal. Trabajadores autónomos: no lo son quienes, pese a la titularidad patrimonial de sus útiles de trabajo y obtener la licencia fiscal del Impuesto Industrial, continúan bajo la dependencia efectiva de quien procedió a la enajenación de aquéllos, compraventa simulada para evitar la cotización obligada por los trabajadores a la Seguridad Social. *Sentencia de 26 de Junio de 1985.*
108. **Dº Administrativo Sancionador.** Aplicación de concepto de delito continuado a las sanciones administrativas. *Sentencia de 27 de Junio de 1985**.

109. **Actas de infracción:** deber de ocupación efectiva. La falta de ocupación efectiva del trabajador constituye infracción sancionable. La Administración tiene la facultad de aplicar discrecionalmente la sanción dentro de los límites que la Ley señala. Proporcionalidad de las sanciones: puede ser objeto de revisión en vía jurisdiccional. *Sentencia de 28 de Junio de 1985.*
110. **Actas de infracción:** la presunción de certeza sólo alcanza a los hechos comprobados o verificados por el Inspector que levanta el Acta, no aquéllos observados por un funcionario del I.N.E.M. que no tiene este carácter, y cuya actuación constituye una simple denuncia por lo que la veracidad de los hechos denunciados debe ser comprobada por la Inspección de Trabajo. *Sentencia de 1 de Julio de 1985.*
111. **Funcionarios Públicos.** Las bases para una convocatoria de posición han de ser aprobadas por el pleno municipal. *Sentencia de 5 de Julio de 1985.*
112. **Funcionarios Públicos.** Denegación de peticiones de incremento en coeficientes y nivel de proporcionalidad basados exclusivamente en que se han concedido a la mayoría de funcionarios de su mismo cuerpo. *Sentencia de 6 de Julio de 1985.*
113. **Actas de infracción:** Deber de ocupación efectiva. La falta de ocupación efectiva del trabajador constituye infracción sancionable. La Administración tiene la facultad de aplicar discrecionalmente la sanción dentro de los límites que la Ley señala. Proporcionalidad de las sanciones: puede ser objeto de revisión en vía judicial. *Sentencia de 8 de Julio de 1985.*
114. **Urbanismo.** Instalaciones industriales en suelo no urbanizable. Su utilidad pública o interés social constituyen conceptos jurídicos indeterminados excluidos de la discrecionalidad administrativa y por tanto revisable en vía jurisdiccional. *Sentencia de 9 de Julio de 1985*.*
115. **Concesiones Administrativas.** Transporte de viajeros por carretera. Delimitación de la competencia municipal frente a la de otras administraciones. *Sentencia de 11 de Julio de 1985.*

116. **Urbanismo.** Resolución de recurso de reposición contra denegación de licencia por organismo municipal distinto del que dictó el acto impugnado. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 12 de Julio de 1985.*
117. **Urbanismo.** Desestimación del recurso interpuesto contra el acuerdo que aprueba definitivamente las Normas Complementarias y Subsidiarias de planeamiento de los Espacios Naturales denominados Es Salobrar y Platja d'es Trenc. *Sentencia de 17 de Julio de 1985*.*
118. **Funcionarios Públicos.** Nulidad de la regulación provisional de las funciones de los miembros de nuevo ingreso en el Cuerpo de Bomberos. *Sentencia de 15 de Julio de 1985.*
119. **Urbanismo.** Desestimación del recurso interpuesto contra el acuerdo que aprueba definitivamente las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento de los Espacios Naturales denominados «Es Salobrar y Platja d'es Trenc». *Sentencia de 17 de Julio de 1985.*
120. **Urbanismo.** Viabilidad de la impugnación indirecta -a través de los actos de aplicación-, de los planes urbanísticos. *Sentencia de 18 de Julio de 1985.*
121. **Dº Administrativo Sancionador.** Confirmada jurisdiccionalmente, de 300.000,- ptas. por anomalías en establecimiento hotelero, (irregularidades en la titulación del director, instalación de camas supletorias, falta de higiene, etc.). Carácter antiformalista de la jurisdicción contencioso administrativa. *Sentencia de 19 de Julio de 1985.*
122. **Administración Militar.** Inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto contra resoluciones que denegaron cambios en el escalafón, por suponer una impugnación de la Orden Ministerial que los estableció, acto consentido y firme. *Sentencia de 20 de Julio de 1985.*
123. **Dominio Público.** Diferencia entre autorizaciones reglamentadas de servicios privados de interés público y concesiones de dominio

- público. Competencias estatales y municipales. *Sentencia de 22 de Julio de 1985.*
124. **Colegios Oficiales de Médicos.** Denegación de colegiación a médico con título argentino. Los Colegios Oficiales no pueden invadir competencia de la Administración. Estimación de recurso. *Sentencia de 23 de Julio de 1985*.*
125. **Dominio Público.** Diferencias entre autorización reglamentada de servicios privados de interés público y concesiones administrativas. Para las primeras son de aplicación las normas de contratación administrativa. *Sentencia de 26 de Julio de 1985*.*
126. **Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas:** Actividad derivada de contrato de comisión mercantil: sujeta, pero exenta: fundamento. Prohibición de analogía. Prescripción: interrupción. *Cuestiones procesales:* distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo. *Sentencia de 27 de Julio de 1985*.*
127. **Impuesto General sobre Tráfico de Empresas:** actividad derivada de contrato de comisión mercantil: sujeta, pero exenta: fundamento. Prohibición de analogía. Prescripción: interrupción. *Cuestiones procesales:* distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo. *Sentencia de 29 de Julio de 1985.*
128. **Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** La suspensión preventiva de un funcionario, por la tramitación de expediente disciplinario no viola el principio constitucional de presunción de inocencia, ni aún analizado a la luz de las Declaraciones Universales de Derechos Humanos. *Sentencia de 26 de Agosto de 1985*.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

60

60. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Arquitectos al servicio de la Hacienda Pública. Compatibilidad con el ejercicio previado de la profesión. Necesidad de autorización de compatibilidad para cada proyecto o trabajo. *Sentencia de 2 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el recurrente en su demanda, funda sus pretensiones de que se anule dicha resolución y de que se declare su derecho a ejercer la profesión privada de arquitecto, incluida la dirección de obras fuera del horario administrativo, sin necesidad de obtener la previa autorización a cada trabajo concreto, en varios motivos, de los que por razones procesales obvias, procede examinar los atinentes a defectos formales del procedimiento, pues la regular tramitación de las actuaciones administrativas es presupuesto necesario de la potestad revisora en vía jurisdiccional que exige su examen previo al de las concretas cuestiones de fondo que planteen los propios actos impugnados, siendo estos defectos formales invocados los siguientes: a) falta de audiencia del interesado; b) incumplimiento del plazo preclusivo de caducidad establecido en la ley en que se funda el acto impugnado; y c) falta de motivación del acto.

CONSIDERANDO: Que basta con el examen del expediente para rechazar los motivos de impugnación, antes expuestos referidos a la falta de audiencia del interesado y falta de motivación del acto impugnado, puesto que el recurrente tuvo ocasión, después de que su declaración que inició el expediente fuera examinada y dictaminada por el Inspector General del Ministerio de Economía y Hacienda, en cuyo informe que le fue comunicado, se exponían los casos que podían originar motivos de incompatibilidad posible, para los que es estimaba debía solicitar la declaración de compatibilidad en cada una de las concretas actividades y los de incompatibilidad cierta en los que, en todo caso, se estimaba debía ser declarado incompatible, así como la fundamentación legal de la propuesta traducida en cita de disposiciones legales de rango formal, Ordenes de la Presidencia del Gobierno y Resoluciones e Instrucciones de la Secretaría del Estado para la Administración Pública, para hacer --como hizo-- las alegaciones pertinentes y aportar documentos en orden a impugnar aquellos motivos y fundamentaciones; con lo

que, sirviendo tal informe o dictamen de motivación del acto resolutorio, aparece evidente el cumplimiento de las formalidades procedimentales de los artículos 43, 84 y 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958, referidos a la motivación de los actos con sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho, informes y audiencia del interesado.

CONSIDERANDO: Que, de igual manera no son apreciables las alegaciones referentes a la caducidad de la potestad del órgano competente para dictar la resolución sobre compatibilidad por haber transcurrido con exceso desde su declaración, inicio del expediente, el plazo de un mes señalado en el artículo 4º. 2. de la Ley 20/82, pues no sólo como sostiene el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, las palabras del texto legal: «dictar, previo expediente, resolución en el plazo máximo de un mes», han de ser entendidas por su propio sentido gramatical, en el sentido de que el plazo ha de empezar a contarse una vez finalizado el expediente, por lo que no hubo exceso dado que el recurrente formuló sus alegaciones el 30 de enero del 1.984, y quince días después fue declarado compatible con limitaciones, sino que, además, aun entendiéndolo como pretende el recurrente, en modo alguno tal retraso produce caducidad de la potestad administrativa, puesto que sus consecuencias previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo se reducen a la responsabilidad del funcionario causante de la demora (artículos 49 y 61.2) que pueden exigir los perjudicados en virtud del recurso de queja o al utilizarse los recursos procedentes (artículos 61. 2 y 77), ya que las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido sólo implicarán la anulación del acto si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo (artículo 49), lo que no es sostenible respecto al establecido en el citado artículo 4. 2. de la Ley 20/82.

CONSIDERANDO: Que los demás motivos de impugnación esgrimidos por el recurrente, referidos al contenido del acto que estima contrario al Ordenamiento jurídico, se pueden dividir en dos grupos: de un lado, aquéllos que invocan infracción de los principios constitucionales de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, por entender se apoya exclusivamente en una Orden de la Presidencia del Gobierno de 30 de Diciembre de 1.982 y en Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 25 de Febrer de 1983 e Instrucciones de la misma de 4 y 24 de Marzo de 1.983, cuando la primera, por su carácter reglamentario debía revestir la forma de Decreto, (por su carácter reglamentario,) digo, y las otras, por su carácter general, debían haber adoptado la forma de Ordenes y publicarse en el Boletín Oficial del Estado, así como también infracción de los principios de indemnidad, inocencia e igualdad; y de otro, el referido a la infracción del artículo 4. 2 de la Ley 20/1.982 que estima obliga a declarar o no la compatibilidad, pero no autoriza otros pronunciamientos y el referido a la desviación de poder.

CONSIDERANDO: Que en lo que respecta al primer grupo de motivos referidos a infracciones de principios constitucionales en el contenido del acto, parece oportuno repetir aquí lo que ya se dijo en las recientes sentencias de esta Sala de 15 y 24 de este mismo mes, respecto a que la consagración como uno de los fundamentales del título I de la Constitución española, del derecho al trabajo y libre elección de profesión (artículo 35. 1), hacía necesario que como excepción al libre ejercicio de ese derecho para proteger los intereses generales inherentes a la función pública, se establecieran los casos y los cauces para su restricción, para lo cual el artículo 103. 3. de la misma Constitución delegó en Ley posterior el establecimiento del sistema de incompatibilidades de los funcionarios y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, a cuyo fin se promulgó recientemente la Ley 20/1982 de 20 de Junio, en la

que se basan los actos administrativos impugnados, la que sobre la base del principio sentado en el artículo 103. 1 de la Constitución de que la función pública debe ejercerse sirviendo con objetividad los intereses generales (artículo 1º. 1.), determina la finalidad y límites de sus preceptos respecto a la restricción para los funcionarios del libre ejercicio de cargos, profesiones y actividades en el sector privado, por cuenta propia o ajena, declarando incompatibles absolutamente estas actividades cuando se relacionan directamente con las que desarrolla el propio Organismo al que pertenecen (artículo 3º. a), o consistan en prestación continuada o esporádica de servicios privados a éste de forma individual o compartida (artículo 3º b), e incluso en forma de participación superior al diez por ciento en capital de Sociedades con concierto en prestación de servicios (artículo 3º c); poniendo así de manifiesto con esta relación de incompatibilidades absolutas y con la definición general del artículo 1º. 2. de la misma Ley, que su finalidad conforme con el mandato constitucional, es la de impedir que el funcionario público abuse del derecho fundamental al trabajo y libre elección de profesiones en el sector privado, ejerciéndolo de modo que impida o menoscabe el estricto cumplimiento de sus deberes ajenos a la función pública, comprometa su imparcialidad e independencia o perjudique los intereses generales.

CONSIDERANDO: Que esta doctrina que, a nuestro entender, ha sido asumida aunque de forma indirecta al haberse pronunciado dentro del estrecho marco de la Ley 62/78 de 26 de Diciembre sobre protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales, por la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 2 de Febrero, 14 de Abril, 4 de Mayo, 5 de Junio y 4 de Octubre de 1.984), implica que fuera de los supuestos de incompatibilidad absoluta del artículo 3º, antes expresados, en los que es notoria la producción inevitable de compromisos que atenten a la imparcialidad o independencia del funcionario o causen perjuicio a los intereses generales, la declaración de incompatibilidad con una actividad privada de un funcionario, ha de hacerse caso por caso, analizando cual sea esta actividad en relación con la actividad pública o función que desempeña y que sólo cuando de este análisis o examen comparativo aparezca evidente que aquélla menoscaba el cumplimiento de sus deberes en el organismo donde presta sus funciones, compromete su imparcialidad e independencia o perjudica los intereses generales, debe declararse la incompatibilidad y siempre con un criterio restrictivo, ya que, en otro caso, se convertiría la excepción al libre ejercicio del derecho al trabajo en regla general en contra de los principios constitucionales antes expresados; pero debiendo entenderse, dados los términos del precepto definitorio del artículo 1º. 2. citado, que basta con que en el supuesto a enjuiciar concorra una sola de aquellas causas, para que sea conforme al Ordenamiento la declaración de incompatibilidad.

CONSIDERANDO: Que, por todo ello, deben rechazarse los argumentos del demandante tendentes a la declaración de nulos, por contrarios a la Constitución, de la Orden de 30 de Diciembre de 1.982 (Presidencia) que adopta medidas provisionales que posibiliten el cumplimiento de la Ley 20/1.982, tantas veces citada, y de los propios actos administrativos impugnados que se pretende, se apoyan en ella y en Resoluciones e Instrucciones de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, pues aquellas medidas que van encaminadas a dar un cauce procedimental claro a los preceptos del artículo 4º de la Ley, hasta tanto se aprueben las normas que la desarrollen reglamentariamente, en base a que --como dice su Exposición de Motivos-- su Disposición Final Segunda fija su entrada en vigor, en todo caso, el 1º de Enero de 1.983, como asimismo la Resolución e Instrucciones citadas en nada modifican sus principios rectores expresados en los dos anteriores considerandos y que han servido de

base a la resolución impugnada; por lo que, en modo alguno, puede hablarse de infracción de los principios constitucionales de jerarquía normativa, reserva de Ley y seguridad o de presunción de inocencia e indemnidad cuando la declaración de compatibilidad limitada se dicta en virtud de lo dispuesto en Ley formal, atendidas todas las circunstancias del caso concreto y oído el interesado y no «ope legis» y menos aun de infracción del principio de igualdad ante la Ley del artículo 14 de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la Ley en sí, pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional (Sentencia de 21 de Julio de 1.983), este principio no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que no vulnere otros preceptos constitucionales y que no vaya contra la esencia del principio de igualdad, el cual prohíbe toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse como discriminatoria; como en lo que se refiere a las disposiciones de carácter general dictadas para servir de guía y orientación en la esfera interna de la Administración para la aplicación de la Ley formal en los casos concretos, como es el propio acto impugnado, pues respecto a los actos singulares, el principio, configurado como un derecho subjetivo, sólo prohíbe los privilegios y desigualdades discriminatorias entre los ciudadanos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho a las que deba corresponder tratamiento jurídico igual (Sentencias del mismo Tribunal de 3 de Agosto de 1.983 y las citadas del Tribunal Supremo de 1.984 sobre incompatibilidades en el ámbito de la Ley 62/1.978); por lo que no apoyándose el recurrente en la constatación de que a otros Arquitectos al Servicio de la Hacienda Pública con sus mismas atribuciones en la esfera pública, se le haya otorgado la compatibilidad absoluta con el ejercicio activo en la esfera privada de la profesión de Arquitecto colegiado en la misma Provincia donde ejerce aquéllas, es evidente que no se dan las condiciones necesarias para invocar el principio constitucional.

CONSIDERANDO: Que pasando ya, pues, el examen de la primera de las tres condiciones legales de incompatibilidad antes expresadas, que han sido soslayadas por el recurrente: menoscabo del cumplimiento de sus deberes, que el acto administrativo impugnado, condicionando su declaración previa de compatibilidad de la actividad en el sector privado, con su actividad principal en el Departamento, o sea, la pública, la limita con la autorización necesaria en cada caso, para que no pueda reconocerse para los trabajos que puedan exponer coincidencia de horario, aunque sea esporádica, con su actividad al servicio de la Administración, hay que estimar este condicionamiento o limitación conforme con la necesidad impuesta en el referido artículo 1º. 1. de la Ley 20/ 1.982, de que las actividades en el sector privado no «menoscaben el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario», pues aunque la mayor parte de las actividades enumeradas en el Decreto 2512/77 de 17 de Junio que regula las tarifas de honorarios de los Arquitectos, (proyectos y dirección de obras en edificación, proyectos de urbanismo deslindes, replanteos, mediciones y tasaciones, reconocimientos, exámenes de documentos, consultas, diligencias, informes, dictámenes, peritaciones, certificados y arbitrajes), por lo general pueden realizarse en horario distinto de 8 a 15 horas de asistencia obligatoria a la Administración Pública, aunque haya algunos de ellos, cuya coincidencia de horario aparece evidente, como ocurre con las peritaciones judiciales, dado el horario establecido legal y reglamentariamente para Juzgados y Tribunales, existen en aquel Decreto 2512/77 otras actividades en el sector privado que, necesariamente, imponen aquella coincidencia, como son, por ejemplo, las realizadas «fuera de la residencia del Arquitecto» y las derivadas de contratación permanente con Empresas (epígrafe VIII).

CONSIDERANDO: Que a la misma conclusión hay que llegar en lo que respecta a la segunda causa de incompatibilidad expresada anteriormente --comprometer su imparcialidad o independencia-- que el acto administrativo impugnado, aunque se base en el informe previo del Inspector General de Economía y Hacienda que «estima que la independencia e imparcialidad profesional pudieran sufrir menoscabo si se desarrollara la segunda actividad», solo lo extiende, inexplicablemente, a los trabajos de dirección de obras (párrafo 3º), estableciendo para las demás actividades, con las palabras «proyectos y demás trabajos convenientes (sic) a su titulación» una previa autorización de compatibilidad (párrafo 2º), pues habida cuenta de las funciones declaradas por el recurrente en el sector público (proyectos, direcciones, valoraciones de obras de Arquitectura, recepciones de obras, informes al Tribunal Económico Administrativo Provincial, Jurado de Expropiación, Patrimonio del Estado, Comisión Provincial de Urbanismo, asistencia al Jurado de Expropiación, Ponencia Técnica de la Comisión Provincial de Urbanismo, fichas patrimonio, deslindes oficiales) y las que se han especificado en el considerando anterior como propias de los Arquitectos en el sector privado, es evidente que entre unas y otras hay áreas de actividad coincidente que pueden comprometer su imparcialidad e independencia, pues debiendo todas o casi todas las actividades de un Arquitecto en el sector privado, ser controladas, valoradas o dictaminadas por un Arquitecto al Servicio de Hacienda, aparece indudable el enfrentamiento posible de la defensa de los intereses públicos con la de los intereses privados de sus clientes, tanto en proyectos o direcciones de obras, cuyos presupuestos han de ser valorados a efectos tributarios, como en los proyectos o planes urbanísticos que han de ser aprobados por la Comisión Provincial de Urbanismo, como también las valoraciones a efectos expropiatorios e incluso los deslindes de las propiedades del Estado con las de los particulares; razones éstas, en relación con esta causa de incompatibilidad, que estima esta Sala corresponden a una declaración de incompatibilidades sin paliativos, aunque por la necesaria congruencia de las resoluciones de esta Jurisdicción, que debe juzgar dentro del límite de las alegaciones de las partes (artículo 43. 1 de la Ley Jurisdiccional), se vea compelida a estimar que la resolución administrativa impugnada, en este aspecto, es conforme con el Ordenamiento Jurídico.

CONSIDERANDO: Que de igual forma hay que estimar perjudicados los intereses generales, tanto en lo que respecta a la confianza general en la actividad que puede despertar recelos en los administrados, como en lo que afecta a una, aunque sea involuntaria, competencia desleal con los demás Colegiados que pueden estimar que los clientes, futuros administrados en relación a los órganos administrativos donde el recurrente ejerce sus funciones públicas, acuden a un Arquitecto o a otro, en función de una mayor confianza en el resultado favorable que puede obtener quien está introducido en el sector público con el mismo o análogo cometido; aunque por las mismas razones de congruencia expuestas en el considerando anterior, basta con estimar que dichas razones son suficientes para confirmar también el acto administrativo impugnado.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere a la alegación de la demanda de que el requerir en cada caso la autorización de incompatibilidad es contrario al Ordenamiento Jurídico, aparece evidente del contenido del artículo 1º. 2., en relación con el nº 2. de la tantas veces citada Ley 20/1.982, la procedencia de su desestimación, pues si el primero declara en términos generales la incompatibilidad de las actividades privadas, con el desempeño de la función pública cuando concurren los supuestos que hemos examinado, uno a uno, anteriormente y el segundo otorga al órgano competente -

--en este caso el Subsecretario del Ministerio de Economía y Hacienda-- la competencia para declarar la incompatibilidad de los funcionarios públicos que dependan de él, con el ejercicio de las actividades que se encuentren en alguno de aquellos supuestos, por lo que es indudable la potestad para declarar la incompatibilidad para la totalidad de las actividades en el sector privado de un funcionario, aparece evidente --como dice el Abogado del Estado-- que esa potestad puede limitar incompatibilidad a alguna o alguna de aquellas actividades en que aparezca palmariamente la concurrencia de alguno de los supuestos legales y que, ante la dificultad de hacer una declaración general, prefiera examinar la concurrencia de aquellos supuestos en cada caso concreto de actividad privada.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto aparece innecesario, salvo que sea simplemente a efectos procesales, la invocación de la desviación de poder, pues el ejercicio de una potestad de declaración de incompatibilidad establecido en la Ley y por las causas en ella previstas, no puede tener otro fin que el fijado por el Ordenamiento, lo que es, absolutamente contrario a la escueta y clara definición de la infracción de éste que expresa el artículo 83. 3 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. R. LL. F., en su condición de funcionario público, contra la resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda de 14 de Febrero de 1983, que decidió determinadas limitaciones a la compatibilidad de su actividad principal en el sector público derivadas de su cargo de Arquitecto al Servicio de Hacienda de Baleares, con las actividades en el sector privado de Arquitecto Superior Colegiado en las Islas Baleares y contra la desestimación tácita de su reposición, por silencio administrativo, debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

64

64. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Las pensiones se devengan desde el primer día del mes siguiente al que se produzca el hecho determinante de tal prestación. *Sentencia de 6 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que como quiera que el recurrente basa en su demanda su petición de que, con anulación de los actos administrativos impugnados, se declare su derecho a la revisión de pensión solicitada, con efectos desde el 1º de Abril de 1978, en

lo dispuesto en el artículo 8º del Real Decreto Ley 6/1978 de 6 de Marzo, mientras que el Abogado del Estado, al igual que los actos administrativos impugnados, sostienen que puesto que el recurrente formuló su solicitud al amparo del nuevo plazo establecido en el Real Decreto-Ley 18/1979 de 19 de Octubre, su derecho a la revisión de la cuantía del haber pasivo, no comienza hasta el mes siguiente de su petición, la única cuestión a resolver en la estrictamente jurídica de determinar, mediante una adecuada interpretación de los citados preceptos legales, cual es el hecho que causa la pensión en el presente caso, pues bien la Jurisprudencia interpretativa del Real Decreto Ley 6/1978 invocada por el demandante, (Sentencias de 17, 19 (tres), 20, 21 y 26 de Enero, 4 y 7 de Febrero y 7 de Mayo de 1983 y muchas otras más del mismo año), había sentado que la fecha de entrada en vigor de dicho Real Decreto Ley que establecía su artículo 8º como comienzo de aplicación de los derechos económicos derivados del mismo, es decir, señalamiento del haber pasivo tomando en consideración los servicios prestados hasta el 17 de Julio de 1936 y el tiempo transcurrido desde el 18 de Julio del mismo año hasta la fecha en que hubieren cumplido la edad reglamentaria para el retiro a efectos de trienios, no altera la regla que rige en materia de derechos pasivos en orden a que las pensiones se devengarán desde el primer día del mes siguiente al del hecho que causa la pensión (artículo 37 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar de 13 de Abril de 1972), que naturalmente, para los que hubiesen solicitado los beneficios en el plazo de un año desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (artículo 7º), debía de ser el 1º de Abril siguiente a su entrada en vigor; sin embargo para los que no hubiesen hecho la petición en dicho plazo, el hecho que causa la pensión no es dicho Decreto, pues sus beneficios habían caducado para ellos, sino que los beneficios derivan de los determinados con carácter especial por el artículo 3º del otro Real Decreto-Ley, el 18/1979, al disponer, que «se producirán a partir de la fecha en que se entiendan presentadas» (las solicitudes); es decir, que el hecho determinante o causante de la pensión es la solicitud; por lo que en el caso presente en el que el recurrente formuló su petición el 15 de Octubre de 1983, los acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar que fijan los efectos económicos a partir del uno de Noviembre del mismo año, día primero del mes siguiente al en que se presentó la solicitud, están ajustados a derecho y no infringen norma alguna reguladora de situaciones pasivas, tal como ha interpretado dicho Real Decreto Ley 18/1979, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 3 y 9 de Febrero de 1983 y de 18 y 29 de Octubre de 1984).

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. G. S. F. contra los Acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar de 28 de Febrero de 1984 y de 11 de Julio del mismo año que le revisarán la cuantía de sus pensiones de retiro como Cabo Primero de la Policía Armada, con efectos a partir de 1983, debemos declarar y declaramos tales Acuerdos conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los confirmamos, sin hacer expresar declaración sobre las costas causadas. (Ponente:Ignacio Infante Marlo).

66. **URBANISMO.** Cierre de vertedero de basuras clandestino. Indemnización de daños y perjuicios a la promotora de una urbanización colindante. *Sentencia de 8 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la cláusula general de responsabilidad del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa –dará lugar a indemnización toda consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa– y del 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado –los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa–, alcanza rango constitucional en el artículo 106. 2 del texto fundamental –los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos–, siendo destacable que, en consecuencia, como también se desprende de los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local, la responsabilidad de la Administración se articula como puramente objetiva: aquélla responde por «toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», entendida esta expresión como comprensiva de todo «al hacer y actuar de la Administración como acto de gestión pública» (Sentencia de 2 de Febrero de 1968), esto es, de la «gestión administrativa en general, incluso las acciones u omisiones puramente materiales o de hecho» (sentencia de 7 de Junio de 1967 y, en general, toda la jurisprudencia posterior), «al margen de cual sea el grado de voluntariedad y de la previsión del agente» (auto de 10 de Febrero de 1972), «aun cuando la acción originaria sea ejercida legalmente y aparezca encuadrada al margen de todo funcionamiento irregular» (sentencias de 16 de Noviembre de 1974, 13 de Marzo de 1975, 9 de Junio de 1976 y otras muchas posteriores); en síntesis, basta la existencia de un resultado dañoso que cause un perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto a una persona o a un grupo de personas para que surja la obligación de indemnizar, sin que se requiera otro requisito de la relación de casualidad entre el acto y el daño, y prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud del acto originador de éste; y, lo que es lo mismo, no se requiere en este tipo de pretensiones la concurrencia de aquellos tres clásicos requisitos, tomados del campo civil, de realidad del daño, la culpa o negligencia y relación de casualidad entre aquél y la acción u omisión culposa o negligente, sino que, como claramente se deduce de las normas citadas, basta que la efectiva realidad del daño singularizado no sea consecuencia de fuerza mayor o culpa del perjudicado y proceda del funcionamiento de los servicios públicos en relación de causa a efecto, sin interferencias en el nexo causal; correspondiendo la prueba del daño y su origen al reclamante y la de los hechos impositivos de la pretensión, fuerza mayor o culpa del administrado, a la Administración demandada, en adecuada y correcta aplicación del

artículo 1214 del Código Civil y de la doctrina legal producida en su entorno (sentencias de 23 de enero de 1970 y 4 de Febrero de 1983), concretando la de 12 de Febrero de 1980 que la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración no exige la concurrencia de nexo causal-moral, sino que basta con que medie la llamada relación causal-material; todo lo que se encuentra acorde con los más elementales principios de justicia, pues supone que los daños causados a los particulares por el funcionamiento de los servicios públicos que benefician a la comunidad no sean soportados individualmente por los afectados, sino por la generalidad de los ciudadanos, a través de la propia Administración (Sentencia de 2 de Abril de 1979); en consecuencia, la perspectiva general de la responsabilidad no puede proyectarse sólo según resulta de la idea de lesión como perjuicio antijurídico, por cuanto el titular de un bien jurídico no tiene el deber de soportar el perjuicio aun cuando el agente causal obre con licitud; de modo que el problema fundamental, verdadero fondo de la cuestión, están en si existió o no la lesión (sentencia de 30 de Noviembre de 1970), por lo que el elemento objetivo determinante de la responsabilidad viene dado por la imposición de un sacrificio que el administrado no tiene el deber de soportar, es decir, la calificación de la antijuridicidad de la lesión o perjuicio se produce tanto por ser contraria a Derecho la conducta del autor, como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (sentencias de 30 de Noviembre de 1970 y 4 de Marzo y 5 de Junio de 1981).

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que hay que partir para la resolución del presente litigio, los siguientes: 1º. La sociedad recurrente es propietaria de una finca situada en Binillautí, Polígono 17 del Plan Catastral de Mahón, en la que se ha realizado una parcelación rústica bajo licencia de la Comisión Permanente del Ayuntamiento de aquella ciudad concedida en la sesión ordinaria de 27 de Noviembre de 1979, en la que se hace constar que no supone la concesión de las licencias para la construcción de viviendas unifamiliares aisladas, que deberá sujetarse al procedimiento establecido en los artículos 81. 1. a) y 43. 3 de la Ley del Suelo, habiéndose construido dos chalets en las parcelas números 6 y 9 de dicha finca al amparo de las licencias otorgadas por acuerdos de la referida Comisión Municipal Permanente de 9 de Octubre de 1980 y 2 de Junio de 1981, según se expresa en la demanda con remisión a los documentos acompañados a la misma, aunque en las certificaciones de los folios 491 y 492 fueron concedidas el 23 de Septiembre de 1980 y el 2 de Junio de 1984 —aunque es presumible un error en el año, que debe ser, en concordancia con el documento número 3 citado, 1981—, vista la autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo, lo que parece indicar el cumplimiento de los requisitos exigidos por los preceptos referidos, aunque, en realidad, a los efectos de fijar un quantum indemnizatorio si se declarase la responsabilidad de la Administración, ello carecería de importancia dada la existencia, legalmente expedida o no, de licencia municipal, sin perjuicio de las correspondientes acciones para restaurar el orden urbanístico y, en su caso, las que procedieran en contra el Ayuntamiento por parte del licenciataria; y 2º El Consell Insular de Menorca instaló en las proximidades de la finca anterior, con una colindancia de 800 metros (documento número 7), un vertedero de basuras, que empezó a utilizarse el 10 de Agosto de 1981, y que se halla en condiciones que, sin la menor hipérbole, pueden calificarse de indignamente intolerables; en efecto, en el informe resultante de la inspección realizada el 8 de Febrero de 1983 por el Ingeniero-Jefe Inspector de actividades clasificadas por orden del Conseller del Interior, Presidente de la Comisión Interinsular de Saneamiento del Consell Interinsular de Baleares, hoy Comunidad Autónoma, se hace constar la absoluta carencia de las más elementales medidas sanitarias, higiénicas y de seguridad «que permita suponer que su funcionamiento no altere las condiciones de salubridad e higiene del medio ambiente. ocasione grave contaminación de aguas

superficiales o subterráneas o implique riesgos graves para personas o bienes públicos y privados», y «en días de mucho sol y tiempo seco, además de producirse olores, se producirán gases liberados de forma anárquica y sin control alguno ni medio de extinción», aparte de que «la no eliminación de gases de forma controlada podría ocasionar la explosión de alguna bolsa que se hubiera formado en capas inferiores causando un importante incendio de consecuencia imprevisibles» —el incendio se produjo y se encontraba activo el 7 de Marzo de 1984, según consta en el acta notarial de los folios 113 y siguientes, con «una densa y maloliente humareda» y con «dispersión por doquier de toda clase de plásticos e inmundicias que llegan a unos caseríos», recogiendo el fedatario el testimonio de un vecino, que afirma que «lleva ardiendo 8 días aproximadamente y que la mayor intensidad de llamas fue la del primer día»; «la presencia de aves y roedores irá en aumento dada la enorme cantidad de basura sin cubrir y el vertido indiscriminado que de ella se hace; los papeles y plásticos pueden aparecer de forma preocupante en un radio de varios kilómetros; los lixiviados que discurren hacia la parte más baja de la zona pueden causar graves daños al ganado o contaminar las aguas superficiales o profundas, si las hubiere, llegando su influencia a muchos kilómetros de distancia aguas abajo», aparte de que, «la presencia de personas» —en el momento de la inspección «se observa la de tres o cuatro no pertenecientes a los servicios propios del vertedero removiendo los residuos con objeto de separar de los mismos el cartón, metales, etc.», y se constata a una distancia de 300 metros la existencia de algunos chalets y casas de labranza— «es altamente peligrosa para las mismas, más aun teniendo en cuenta que el vertedero no cuenta con un simple lavabo, ni siquiera botiquín de urgencia»; sin que falte el aspecto macabro, pues, como consta en el escrito de la Comisión de Gobierno del Consell Insular de 16 de Junio de 1982, y después de hacer constar que el vertedero está funcionando de forma provisional desde hace casi un año, y su eficacia y buen hacer ha quedado demostrada (¡sic!), se expresa que «en estos momentos puede surgir un problema sanitario importante debido al vertido de los restos del Matadero Industrial y del Hospital Municipal...», y «este tipo de desechos pueden producir olores y ser un foco de atracción de animales», según dice —agudamente— la empresa Will-Kill, con la que la citada Comisión se puso en contacto, por lo que se llega a la conclusión de que «es necesario que estos vertidos sean eliminados».

CONSIDERANDO: Que, de tal conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de 30 de Noviembre de 1961, tal actividad está clasificada como insalubre y nociva (Clasificación decimal 522-4'5 y 6 del Anexo número 1), por lo que es aplicable al artículo 6, que establece la competencia de los Alcaldes para la concesión de licencias para el ejercicio de las actividades reguladas, la vigilancia para el mejor cumplimiento de estas disposiciones y el ejercicio de la facultad sancionadora; pues bien, esta licencia no se ha concedido; así: el Secretario del Excmo. Ayuntamiento de Mahón certifica: «que según datos que obran en el Archivo Municipal resulta que no existe acuerdo expreso del Pleno Municipal ni de la Comisión Municipal Permanente anterior al mes de Agosto de 1981 por el que se concede licencia al Consell Insular de Menorca para la apertura y funcionamiento de un vertedero de residuos sólidos en la finca Es Milá»; «que, según datos que obran en el Archivo Municipal, resulta que con fecha 8 de Mayo de 1982 tuvo entrada en las oficinas municipales el escrito del Presidente del Consell Insular de Menorca solicitando licencia para la apertura y funcionamiento de un vertedero de residuos sólidos a emplazar en la finca Es Milá, a que hace referencia el anuncio de la Alcaldía de Mahón publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Baleares de 22 de Mayo de 1982», y «que en relación al expediente de actividades, incoado a petición del Presidente del Consell Insular de Menorca, en fecha 8 de Mayo de 1982, para la apertura y funcionamiento de un vertedero de residuos sólidos a

emplazar en la finca Es Milá, se halla en tramitación, no habiendo recaído sobre el mismo acuerdo de concesión de licencia».

CONSIDERANDO: Que el vertedero infringe lo dispuesto en el artículo 3. 1 de la Ley 42/75, de 19 de Noviembre, sobre recogida y tratamiento de los desechos y residuos sólidos urbanos, que obliga a la eliminación de los mismos «evitando toda influencia perjudicial para el suelo, vegetación y fauna, la degradación del paisaje, las contaminaciones del aire y las aguas y, en general, todo lo que pueda atentar contra el ser humano o el medio ambiente que lo rodea», y establece que «todo depósito o vertedero que no haya sido previamente autorizado será declarado clandestino e inmediatamente clausurado, impidiéndose su utilización y pidiéndose obligar al responsable a la eliminación de lo depositado y en su caso realizarlo el Ayuntamiento a cargo de aquél, todo ello sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley» (artículo 5. 4º), y aun, puede añadirse, de las que fija el artículo 347 bis del Código Penal para los delitos contra el medio ambiente.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, es patente la existencia de un funcionamiento anormal del servicio con resultado de daños para los administrados —distinto problema es el de su cuantificación—, y la inexistencia de fuerza mayor, es decir, de un acaecimiento realmente extraño al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, pues es previsible que el vertido incontrolado de unas cincuenta toneladas diarias de residuos sólidos (contestación a la demanda del Ayuntamiento de Mahón) produzca el atentado contra la ecología antes descrito, y en manera alguna puede justificar la actuación administrativa la urgencia de suprimir el vertedero ubicado en las proximidades de la cabecera de la pista del aeropuerto, en especial a partir del 7 de Junio de 1981, en que un avión tuvo que abortar el despegue tras la colisión de varias gaviotas contra uno de sus planos, pues aparte de que antes de ese grave incidente ya se había decidido el traslado, no puede justificarse la permanencia del de que se trata en condiciones lamentables durante un dilatado período, hasta el punto de que, como ya se ha expresado, aún hoy no se ha concedido la preceptiva licencia ni adoptado la más mínima medida correctora; ni, por último, puede sostenerse que la recurrente tenga la obligación de sufrir la existencia del vertedero al tratarse de una de las afectaciones resultantes de la potestad organizatoria de la Administración que los administrados deben soportar a causa de su generalidad, por cuanto tal tesis podría defenderse en el supuesto de cumplimiento de todas las condiciones legal y reglamentariamente exigibles, pero nunca en el caso radicalmente contrario de incumplimiento total de las mismas.

CONSIDERANDO: Que los hechos son imputables, en primer lugar, al Consell Insular de Menorca por haber instalado el vertedero sin la preceptiva licencia, que solicita mucho después, y en unos terrenos, aunque ello no resulte decisivo, desaconsejados por la Conselleria de Comercio e Indústria, que muestra su preferencia por los de la zona de San Isidro, a la vista del informe emitido el 29 de Abril de 1981 por los técnicos de la Empresa Nacional A. redactores del Plan Director de Residuos Sólidos de Baleares, que expresa que «la zona de Milá no tiene material de recubrimiento para la realización de un vertido controlado» y la de «San Isidro» reúne las condiciones necesarias para efectuar un vertido en condiciones sanitarias totalmente aceptables»; en segundo término, tampoco puede desconocerse la responsabilidad del Ayuntamiento de Mahón, que no sólo no ordenó la clausura del mismo, sino que procedió a utilizarlo, solicitando permiso del Consell Insular, de conformidad con lo acordado por la Comisión Municipal Permanente en 23 de Noviembre de 1982, «para

poder utilizar la finca de su propiedad denominada Milá con el fin de verter los residuos sólidos urbanos de esta población, corriendo los gastos y responsabilidades que se originen a cargo del Ayuntamiento»; y, por último, ha de declararse igualmente la responsabilidad del Consejo General Interinsular (hoy Comunidad Autónoma de las Islas Baleares), por no haber procedido al cierre del tan repetido vertedero, pese a que así se aconseja por el Ingeniero-Jefe Inspector de Actividades Clasificadas en el sentido de que «debe suspenderse el vertido de residuos y cesar en la actividad en tanto no se apliquen las medidas correctoras pertinentes y se clasifique la actividad por parte de la Comisión Interinsular de Saneamiento», y que en el mismo sentido dictamina la Asesoría Jurídica, expresando que «podría -previa investigación- desencadenarse un proceso sancionador... que podría, incluso, desembocar en el cierre definitivo»: en efecto, y como consta en tal dictamen: a) El Gobernador Civil ejerce la alta vigilancia del cumplimiento de lo dispuesto en este Reglamento, imponiendo las sanciones que en el mismo se determinen como de su competencia y exigiendo la debida responsabilidad a las Autoridades municipales que fueren negligentes en el cumplimiento de estas normas (artículo 9 del Reglamento de 30 de Noviembre de 1961); b) Si en virtud de su facultad inspectora los Gobernadores Civiles comprobasen que funcionan en la provincia de su mando actividades que no se ajustan a las prescripciones de este Reglamento, lo pondrán en conocimiento del Alcalde respectivo para que proceda en consecuencia, y si éste no adoptase las medidas oportunas, podrán imponer por sí mismos las sanciones a que se refiere el artículo anterior (artículo 39 del mismo texto legal); c) El artículo 1 del Real Decreto 2245/79, de 7 de Septiembre, establece que se transfieren al Consejo General Interinsular de las Islas Baleares las competencias de la Administración del Estado que se establecen en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas en orden a la emisión de informes y demás cuestiones relacionadas con la concesión de licencias, inspección, sanción, recursos e informe de ordenanzas y reglamentos municipales relativos a este tipo de actividades e industrias cuando sean de libre instalación o sometidas a autorización, excepto las referidas a plantas de producción energética; estableciendo el Anexo I como preceptos afectados los 9 y 39 anteriormente transcritos; d) En virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria 1ª del Estatuto de Autonomía, «de acuerdo con el apartado a) de la Disposición transitoria séptima de la Constitución, el Consejo General Interinsular quedará automáticamente disuelto al constituirse válidamente el primer Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el cual asumirá todas las competencias y atribuciones que aquél ejercía»; e) La ponencia técnica de la Comisión Interinsular de Saneamiento establece ciertas medidas correctoras «para que pueda garantizarse un funcionamiento mínimamente correcto a la espera de su próximo traslado a otro lugar...», medidas que «deberán adoptarse en el plazo de 60 días y su eficacia deberá ser comprobada por el personal técnico que designe la Comisión» (101); f) Las referidas medidas correctoras no fueron adoptadas, pese a lo que, como queda expresado, el vertedero siguió funcionando; g) Uno de los Decretos de 28 de Junio de 1982 delega competencias en materia de urbanismo en los Consejos Insulares, pero, aparte de que ello no afecta a lo anteriormente expuesto dadas las competencias delegadas, no puede olvidarse que «el Consejo General Interinsular será responsable, como órgano delegante, del ejercicio de aquéllas» (artículo 3º), «podrá revocar la delegación de competencias en cualquier momento» (disposición final 3ª) y que «el régimen jurídico a que deberán sujetarse los Consejos Insulares en el ejercicio de las competencias objeto de delegación... será el establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo» (artículo 2º), cuyo artículo 93. 4 dice que «cuando las resoluciones administrativas se adopten por delegación, se hará constar expresamente esta circunstancia y se considerarán como dictadas por la Autoridad que las haya conferido»; y h) Que ha de rechazarse la alegación de que al disponer el artículo 39 del Decreto 2414-61 que los

Gobernadores civiles «podrán» imponer por sí mismos sanciones se alude a una facultad totalmente discrecional, pues ello sólo supone el reconocimiento de una potestad, el conferir una sencilla permisión (sentencia de 22 de Marzo de 1968), como en otros muchos preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo (ad exemplum artículos 109 y 111 de la Ley de Procedimiento administrativo), y no la atribución de un libre arbitrio, ya que el precepto condiciona la actividad sancionadora a que las actividades no se ajusten a las prescripciones del Reglamento y a que no se adopten las medidas oportunas, lo que implica interpretar las previsiones reglamentarias y calificar la suficiencia de aquéllas, es decir, un campo propio de los conceptos jurídicos indeterminados, perfectamente diferenciados, en defensa de una más acabada garantía judicial, por la técnica jurídica moderna, según la cual los poderes discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que, libremente, puede escoger la Administración, mientras que aquéllos son configurados por la Ley como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a las circunstancias de hecho, que es, precisamente, lo que sucede en el caso de autos.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la extensión de la reparación el principio general es claro: la indemnización debe dejar indemne al perjudicado, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha supuesto para su patrimonio, debe cubrir, por tanto, todos los daños y perjuicios sufridos en cualquiera de sus bienes o derechos, principio capital de indemnidad o de reparación integral, que supone la cobertura de aquéllos de modo que la reparación ha de atender los objetivos totalizadores e integrales (sentencia de 7 de Febrero de 1980), aunque siempre referida, por la exigencia de un nexo causal directo e inmediato entre el actuar imputable a la Administración y la lesión ocasionada, a un daño real y no a meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas (27 de Octubre de 1.980); por ello en manera alguna puede basarse el quantum indemnizatorio en la frustración de hipotéticas operaciones inmobiliarias, pues es evidente que es imposible conocer si se hubiesen producido o no ventas de no existir el vertedero de basuras; ahora bien, puede afirmarse, dentro del principio de la normalidad en que se desenvuelve el mercado de parcelas del tipo de las de autos, que desde su instalación no se ha producido operación alguna, dado el carácter de inhabilitación que les da el lamentable estado de aquél, lo que, desde luego, supone la inmovilización del capital invertido desde su instalación, con el consiguiente perjuicio, que habrá de compensar con la aplicación de un interés del ocho por ciento, que es el que, con moderación, fija la parte recurrente, constituyendo la cantidad resultante la indemnización que será abonada a aquélla.

CONSIDERANDO: Que al ser preceptivo decreta la clausura y la obligación de proceder a la eliminación de lo depositado (artículo 5. 4 de la Ley 42/75), es evidente que el día final para la aplicación de dicho porcentaje debe ser aquél en que se produzca ésta, y el inicial: a), respecto al Consell Insular de Menorca, desde el día en que procedió a su instalación -10 de Agosto de 1981-; b), con relación al Ayuntamiento de Mahón, desde esa misma fecha, pues tenía conocimiento de que comenzaba su utilización y no ordenó su cierre; y c), con referencia a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, desde el día en que debió proceder a su clausura, es decir, desde 60 días después del 17 de Mayo de 1983 en que termina el plazo concedido al Ayuntamiento en esta fecha para la adopción de las medidas correctoras (en relación con el citado artículo 39 del Reglamento de 30 de Noviembre de 1961).

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo establecido en los repetidos párrafo 4 del artículo 5 de la Ley de 19 de Noviembre de 1975 sobre recogida y tratamiento de los derechos y residuos sólidos urbanos y en el 39 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, la eliminación de aquéllos corresponde al Consell Insular, y, si no la realiza, al Ayuntamiento y a la Comunidad Autónoma, a cargo de aquél.

CONSIDERANDO: Que al hallarse en tramitación del expediente «para la apertura y funcionamiento de un vertedero de residuos sólidos a emplazar en la finca Es Milá, no puede la Jurisdicción entrar a conocer la procedencia o no de la instalación de aquél desde el punto de vista urbanístico o de cualquier otro, por cuanto no es admisible que aquélla, sustituyendo o subrogándose en funciones que sólo competen a la Administración, decida las cuestiones antes de la resolución administrativa, pues de ese modo extendería en forma no justificada en función revisora; todo ello, naturalmente, sin perjuicio de las acciones que competan a la recurrente contra la resolución definitiva del expediente.

CONSIDERANDO: Que si se hubiere pretendido el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados y quedará diferida al período de ejecución la determinación de la cuantía de los mismos (artículo 84 c) de la Ley Jurisdiccional).

CONSIDERANDO: Que, como consecuencia de todo lo expuesto, procede la estimación de las demandas; sin que se observe la existencia de los motivos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, determinan una expresa condena en costas.

FALLAMOS: Que estimando los recursos, hoy acumulados, interpuesto por el Procurador D. Antonio Nicolau de Montaner, en nombre y representación de la entidad P., S.A., contra las denegaciones presuntas de las peticiones formuladas al Consell General Interinsular de Baleares (hoy Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) mediante escrito de 9 de Octubre de 1982 (fecha de entrada del 15 siguiente), al Consell Insular de Menorca el 15 de Enero de 1983 (fecha de entrada del 21 del mismo mes) y el Ayuntamiento de Mahón el 9 de Octubre de 1982 (con entrada el 16 siguiente), solicitando el cierre del vertedero clandestino de residuos sólidos urbanos ubicado en la finca Es Milá de Mahón y la indemnización de daños y perjuicios que dicho vertedero le ha ocasionado, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos presuntos no son conformes a Derecho, y, por ende, los anulamos, así como los Organismos demandados deben proceder al cierre inmediato de dicho vertedero, y el Consell Insular de Menorca y, si no lo realiza, el Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma a cargo de aquél, a la eliminación de lo en él depositado, con prohibición de que sigan realizándose vertidos de basuras en dicho lugar; condenando a los tres referidos demandados a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad recurrente, cuya cuantía se determinará en período de ejecución de sentencia de acuerdo con las bases en que ésta se establecen; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

69

69. **URBANISMO.** Licencias de obras. Carácter reglado. La suspensión de licencias no puede afectar a las ya denegadas en vía administrativa y sometidas a revisión jurisdiccional. *Sentencia de 14 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la naturaleza jurídica de la licencia municipal ha sido precisada por la Jurisprudencia (sentencias, entre otras muchas, de 10, 17 y 21 de febrero de 1.981 y 28 de septiembre y 13 de diciembre de 1.982) como acto de control preventivo, no constitutiva, sino meramente declarativa, de un derecho preexistente del administrado ya atribuido por el ordenamiento urbanístico y por el derecho civil, que no transfiere facultades, sino que remociona límites, por lo que en su otorgamiento o denegación se ha de actuar dentro de la más estricta legalidad (24 de enero de 1.972 y 12 de marzo de 1.973), pues la Administración no es libre para decidir si otorga o no la licencia, puesto que el contenido del acto ha de ser por entero reglado, lo que impide establecer restricciones discrecionales (24 de marzo de 1.975 y 24 de enero de 1.978), en cuanto que el contenido de aquél no depende del libre arbitrio o de la discrecionalidad de la Administración, pues ésta ha de actuar vinculada a los dictados de las normas y de los Planes operantes en cada caso (15 de enero de 1.976 y 24 de enero de 1.978).

CONSIDERANDO: Que en manera alguna se solicita la división de una finca en dos o más lotes (artículo 94 de la Ley del Suelo) con el fin de construir solares independientes destinados a servir de base a edificaciones que integren un núcleo de población, sino que se pide licencia para construir en un terreno de 234 metros cuadrados —frente a los 200 exigidos como mínimo por el artículo 81 de las Ordenanzas Urbanísticas—, con una longitud de fachada de 11'45 metros —contra los 9 mínimos establecidos en el artículo 89 de aquéllas, perfectamente delimitado, pues se pretende construir sobre una planta baja ya existente destinada a cochera y edificada previa concesión del oportuno permiso de edificación por parte de la Sección Insular de Menorca de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares el 19 de febrero de 1.982 (prueba pericial y documento número 1 de los acompañados a la demanda); expresando el Informe Técnico municipal que «el proyecto cumple con las Ordenanzas de Edificación que rigen para la zona de casco actual» y, por otra parte, la supuesta falta de licencia de parcelación supondría sólo la aplicación del artículo 74 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1.978, que establece una sanción del dos por ciento del valor de los terrenos si se realizan operaciones de parcelación que, sin contradecir el planeamiento en vigor, carezcan de licencia, y, en último término, el Ayuntamiento hubiera debido hacer uso de lo dispuesto en el artículo 9. 1. 4º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —tan frecuentemente olvidado— y otorgar al interesado un plazo de 15 días para subsanar la pretendida omisión, condición previa para que, desatendido el requerimiento, y nunca de plano sin el ofrecimiento expreso de tal oportunidad, pudiera ser denegada la licencia.

CONSIDERANDO: Que las determinaciones sustantivas del planeamiento comportan con normalidad desigualdades entre los propietarios afectados, por lo que su ejecución precisa, como condición misma de su viabilidad, de un mecanismo capaz de lograr que la situación jurídico-civil previa de la propiedad del suelo se adapte a las exigencias de la ordenación urbanística, lo que no puede realizarse al margen de la exigencia de la justa distribución de los beneficios y cargas derivadas del planeamiento, y, para ello, cuando el Plan asigne desigualmente a las fincas afectadas el volumen o la superficie edificables, los usos urbanísticos o las limitaciones y cargas de la propiedad, es necesario poner en práctica la función redistributiva que corresponde a la reparcelación, actuando en el marco de la unidad operativa del planeamiento: el polígono o unidad de actuación; pues, como dice la sentencia de 22 de mayo de 1.980, los actos de ejecución de los Planes Generales están sometidos por el artículo 117 de la Ley del Suelo al principio de unidad de actuación por polígonos, cuya delimitación no puede realizarse de manera arbitraria e infundada, sino que requiere la constatación de alguno de los motivos que el propio precepto contempla, siendo esencial que la entidad y extensión de la superficie delimitada justifique la autonomía de la actuación, de tal modo que, en atención a las cesiones obligatorias, sea posible la distribución equitativa de los beneficios y cargas de la urbanización, y por ello la Ley exige el cumplimiento de unas formalidades en la delimitación de los polígonos destinados a garantizar que la acción urbanizadora se realice con unidad de actuación en superficies que por separado gocen de esa autonomía, y, a tal fin, el artículo 118 del Texto Refundido solamente consiente que estos polígonos vengán definidos en los Planes o, en su defecto, se realice su delimitación por el procedimiento que en el mismo se determina; pues bien, en el caso de autos, pese a que la parte recurrente afirma en su escrito de conclusiones que el Ayuntamiento ha omitido cumplimentar la prueba documental solicitada, consta el folio 124 certificación del Secretario expresiva de que «El Plan General de Ordenación Urbana de 1.974 no delimitó ningún Polígono o unidad de actuación respecto a los terrenos afectados por el Estudio de Detalle de la calle Josefa Rossinyol, ya que éste se aprobó cuatro años después de la entrada en vigor de aquél. La delimitación de Polígono o Unidad de Actuación a efectos compensatorios no ha sido adoptada en forma independiente al no haberse presentado ninguna solicitud en este sentido por parte de los propietarios del citado Estudio de Detalle».

CONSIDERANDO: Que el referido Informe Técnico municipal especifica que: «La alineación se ajusta al Estudio de Detalle aprobado. La infraestructura de la calle está finalizada y correcta, así como sus rasantes. El proyecto cumple con las Ordenanzas de edificación que rigen para la zona del casco actual»; lo que se ratifica unánimemente en autos por los Peritos, que informan que la finca está dotada de acceso rodado con pavimentación asfáltica, encintado y pavimentación de aceras, red de distribución de energía eléctrica —no es necesario (artículos 82 y concordantes de la Ley del Suelo), como parece pretender la defensa de la Administración, la existencia de alumbrado público, y en este sentido, como no podía ser menos, se manifiestan los peritos—, red de abastecimiento de aguas y red de alcantarillado; así como que están suficientemente definidas las alineaciones y rasantes (misma prueba pericial), lo cual resulta obvio, por cuanto vienen predeterminadas de hecho por las edificaciones existentes (planos aportados) y han sido implícitamente reconocidas por el Ayuntamiento en virtud de los actos propios que significa la concesión de licencias de edificación a fincas situadas en la misma zona (prueba documental al folio 124 y dictámenes periciales), con lo que, por otra parte, los acuerdos impugnados podrían resultar contrarios al principio de igualdad reconocido en el artículo 2 del Reglamento referido, que, si bien entra en juego solamente dentro de la legalidad, debe amparar la petición de que se trate si en

supuestos anteriores las normas habían sido interpretadas en sentido favorable a la concesión.

CONSIDERANDO: Que la Administración cuando utiliza el medio jurídico del otorgamiento o denegación de licencias, como acto individual y concreto, realiza un acto aplicativo del ordenamiento ya establecido, que no puede confundir con su potestad general de proveer al planeamiento urbanístico (sentencia de 24 de julio de 1.984), de donde se infiere, en primer lugar, que no es posible condicionar la concesión de estas autorizaciones a exigencias no expresamente consignadas en la normativa aplicable, y, en segundo término, la imposibilidad de hacer depender su concesión de expectativas de un futuro planeamiento (sentencia de 21 de diciembre de 1.982), sin perjuicio, naturalmente, de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley del Suelo; pues bien, en la contestación a la demanda se alude, en el punto de hecho a) del Otro sí solicitando el recibimiento a prueba, el Acuerdo Plenario, adoptado por el Ayuntamiento acordando exponer al público los criterios y objetivos generales de la norma complementaria y modificaciones puntuales del Plan General de Ordenación Urbana, para la determinación de las alineaciones, profundidades edificables y altura de las áreas de desarrollo urbano, acuerdo del 29 de diciembre de 1.983 y que, según se expresa ex novo en el escrito de conclusiones, suspendió el otorgamiento de licencias (folios 110 y siguientes); pero cualquiera que sea el alcance de dicho acto administrativo que se titula «Propuesta acuerdo exposición al público y suspensión de licencias...», lo cierto es que, al parecer, fue aprobado el 14 de junio de 1.984, según copia que, con el escrito de conclusiones, es decir, incorrectamente, aporta la parte recurrente, de lo cual resulta: a), que si en cuanto a la legalidad aplicable para la concesión o denegación de cualquier licencia ha de estarse precisamente a la fecha de solicitud de la misma, conforme a reiterada jurisprudencia, que, por conocida, hace ociosa su cita pormenorizada (ad exemplum la de 25 de mayo de 1.983), es claro que en nada puede afectar a la licencia de autos, solicitada el 28 de abril de 1.983; y b), que tampoco puede ser afectada por la referida suspensión, pues ésta sólo puede incidir en las solicitadas que, aun preexistiendo a dicho acuerdo, no hubieran sido resueltas, en un sentido o en otro, dentro del plazo establecido en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales —supuesto que en esta ocasión no concurre—, pues, de otro modo, el acto suspensivo y su eficacia en el recurso de reposición, ya deducido, podría constituir un hábil instrumento para desestimarlos, con base en una cobertura legal hasta entonces inexistente (sentencia de 25 de mayo de 1.983, citada).

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Ferragut Cabanellas, en nombre de Doña C. M. G., contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Ciudadela (Menorca) de 16 de mayo de 1.983, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra el mismo, que deniegan la licencia de edificación para construir tres viviendas en planta 1ª, 2ª y 3ª, entre medianeras, en la calle J. de aquella localidad, debemos declarar y declaramos que los actos administrativos impugnados no son conformes a Derecho y, por ende, los anulamos, reconociendo el derecho de la recurrente a la obtención del permiso de obras solicitado, sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Ángel Reigosa Reigosa).

70. **URBANISMO.** Distinción entre modificaciones de planes urbanísticos y revisiones que implican la derogación del anterior planeamiento. *Sentencia de 15 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de 28 de mayo de 1.980, que concede licencia a D. J. C. S. para la agrupación de los solares y parcelas 40, 41, 42, 43 y 107, que dio lugar a la movilización de un espacio de zona verde de la Urbanización denominada Ca'n Morro de esta ciudad, y los de 9 de diciembre de 1.981 y 17 de febrero de 1.982, que otorgan licencias de obras y ejecución al referido Sr. C. para la realización de dos bloques de viviendas en los terrenos agrupados según la licencia de 28 de mayo de 1.980, así como contra la desestimación presunta de los sendos recursos de reposición formulados contra ellos.

CONSIDERANDO: Que la impugnación se basa, en primer lugar, en la infracción del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por cuanto «la notificación presunta contenida en el expediente en su folio 17, tampoco es cierta, pues la firma obrante en la misma no pertenece a ninguna de mis representadas» -las recurrentes Doña M. y Doña M. S. B.-; pero lo cierto es que, con fecha de entrada de 18 de noviembre de 1.982, éstas formulan al Ayuntamiento un escrito en el que, después de exponer «que se han enterado de la existencia de un expediente de agrupación de los solares 40, 41, 42, 43 y 107 de la Urbanización Ca'n Morro de esta ciudad, instado por D. Jaime Cerdá Sansaloni...», en el que, al parecer, ha recaído resolución...», solicitan que se les «notifique», ya que están «interesadas en el conocimiento» de la misma «por cuanto son propietarias de un solar colindante o próximo» (folio 26 del expediente administrativo); notificación que se realizó, dando lugar a la interposición de un recurso de reposición contra la referida resolución el 6 de diciembre del mismo año, respecto al cual no recayó resolución, e interponiéndose contra tal desestimación presunta el presente recurso jurisdiccional; por lo que, cualesquiera que fuesen las omisiones o anomalías cometidas, fueron subsanadas por la referida notificación, que impidió cualquier género de indefensión, y obliga a rechazar la petición de nulidad (artículo 48. 2 de la citada Ley de Procedimiento).

CONSIDERANDO: Que según resulta de las pruebas practicadas, en especial la pericial, y de la posición procesal de las partes demandadas, que no lo niegan, la agrupación pretendida y conseguida produce una variación de la zonificación y destino de una zona verde prevista en el Plan Parcial del Polígono número 43 (Ca'n Morro) del Plan General de Palma, aprobado por el Ministerio de la Vivienda el 1 de junio de 1.963, por lo que, al estimarse infringido el artículo 50 de la Ley del Suelo, que establece unos rigurosos requisitos para la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuación cuando tuviere por objeto una diferente

zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, se solicita la nulidad de los acuerdos y, en consecuencia, la procedencia «de ordenar la demolición de las obras, de forma que queden los terrenos ocupados en el ser y estado en que se encontraban con anterioridad al otorgamiento de las licencias»; oponiendo los demandados la existencia de un nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Palma de Mallorca aprobado por el mismo Ministerio en 21 de mayo y 31 de julio de 1.973 y vigente en la actualidad, y unas nuevas Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificaciones, que son las normas aplicables y no las dimanantes del Plan Parcial de 1 de junio de 1.963.

CONSIDERANDO: Que el artículo 413 de las normas urbanísticas del Plan General de 1.973 dice que «la edificación en zonas con planes parciales aprobados definitivamente con anterioridad a la vigencia del presente Plan General, deberá ajustarse a las Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificaciones, que habrán de redactarse ajustándose a esta normativa», y el artículo 172 de éstas expresa que «las Normas del Plan General de Ordenación Urbana así como las presentes Ordenanzas concordantes con dicho Plan General, son aplicables y obligatorias en todo el término municipal, incluido el territorio municipal comprendido en Planes parciales», exceptuando «determinados sectores para los que se mantiene como prevalente el régimen singular que ya tuvieron» y que son los referidos en el «Título 04», entre lo que no se halla el Polígono comprensivo de los terrenos de C'an Morro; por otra parte, el Plan General vigente no recoge los espacios libres del Plan Parcial, «siendo calificados parte de los terrenos de éste como áreas de extensión zona de edificación extensiva D (Título 14 de las vigentes OO.MM.), ya que en el Plan General Ribas Píera» —denominación usual del Plan General de 1.973— el resto de los terrenos «quedan dentro de la autopista de Poniente, Palma a Palma Nova, con la calificación de área de estructuración sistema viario (Título 25)» (folio 239 de los autos), como es observable en el plano del folio 63, en el que se grafían las zonas verdes --número 24--.

CONSIDERANDO: Que el único problema, pues, a resolver --son, en verdad, marginales los suscitados sobre variación de la zonificación de los solares, ampliación de los terrenos o aumento del volumen construido-- es el relativo a la prevalencia normativa del Plan General vigente y el Plan Parcial; problema resuelto por la más reciente jurisprudencia, que enseña que el procedimiento especial del artículo 50 solamente es aplicable en los supuestos de modificación de los Planes, en sentido estricto, pero no en los casos de «revisión» de un Plan General, como es el de autos (Sentencia de 31 de enero de 1.983), y que, por la derogación del anterior planeamiento, no puede invocarse la existencia jurídico-urbanística de zonas verdes (9 de mayo de 1.983); lo que reitera la de 27 de enero del mismo año al expresar que la competencia que el artículo 50 de la mencionada Ley del Suelo reserva al Consejo de Ministros únicamente opera en aquellos supuestos en que, hallándose en vigor y en fase de ejecución un Planeamiento, se intentase introducir modificaciones en las previsiones y determinaciones normativas del mismo en orden a usos urbanísticos de zonas verdes o espacios libres que hayan sido previstas en el mismo, y no en aquel caso, diametralmente distinto, que al surgir por vía de revisión de un anterior Plan, respondiendo en él la estructuración general y orgánica el territorio, así como su clasificación, a nuevos criterios de ordenación impuestos por la elección de un modelo territorial distinto, nace con el carácter de nuevo Planeamiento, cuyo primer efecto es la derogación del anterior, lo que, en definitiva, no es más que una manifestación del *ius variandi* que corresponde a la Administración para realizar las reformas urbanísticas que, proyectadas a una mejora colectiva o mayoritaria, priman sobre el detrimento que

a un particular puede causar esa reforma; y la de 25 de abril de 1.983, ratificando las de 29 de septiembre de 1.980, 8 de julio de 1.981, 1 de febrero, 4 de mayo, 6 de julio, 20 de septiembre, 29 de octubre y 22 de diciembre de 1.982, 28 de marzo y 7 de abril de 1.983, que dice que el Plan General se configura como de nueva redacción o revisión, implicando tal nota o carácter la necesidad de adoptar nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio y de la clasificación del suelo, motivado por la elección de un modelo territorial distinto en razón de circunstancias sobrevenidas de carácter demográfico, económico o de otro tipo, que inciden sustancialmente sobre la ordenación anterior, e incluso por agotamiento físico y jurídico de su capacidad —argumento: artículo 154 del Reglamento de Planeamiento—; y es por ello que dentro de la técnica revisora de planes (artículos 46, 47 y concordantes de la Ley del Suelo) no puede negarse a la Administración la facultad de introducir alteraciones y toda clase de cambios, sin que frente a la decisión administrativa que ha de presentarse como racional --realizable, adecuada...-- pueda prevalecer el criterio del particular afectado, puesto que ello exigiría demostrar que lo propuesto por la Administración es de imposible realización o manifiestamente desproporcionado o que, en su caso, infringe un precepto legal; y debe insistirse en la idea de que es rechazable la tesis de que la potestad revisora a través de la técnica establecida en un plan general tiene su límite en el respeto de los derechos adquiridos amparados en un Plan parcial anterior en vía de ejecución con el soporte que le otorga la disposición transitoria de la Ley, ya que no puede olvidarse que la revisibilidad de los planes (8 de mayo de 1.976, 18 de marzo de 1.978, 6 de julio de 1.982 y 28 de marzo de 1.983) inciden siempre sobre planes en ejecución o incluso agotados, dado que éstos son inmediatamente ejecutivos (artículo 56 de la Ley del Suelo), y por ello como normas de ordenación urbana que son pueden ser derogados o modificados a través de los procedimientos establecidos, en razón de circunstancias sobrevenidas u otras causas que justifiquen su reforma; tan es así que el tope que puede encontrarse a las potestades revisoras de los planes anteriores es la norma contenida en el artículo 87. 2 de dicha Ley, en relación con el 159 del Reglamento de Planeamiento (sentencias de 1 de febrero de 1982, 30 de junio de 1.980, 24 de noviembre de 1.981, 6 de julio de 1.982, 20 de septiembre de 1.982 y 28 de marzo de 1.983).

FALLAMOS: Que desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Bauzá Miró, en nombre de Doña M. y Doña M. S. B., contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de 28 de mayo de 1.980, que concede licencia a D. Jaime Cerdá Sansaloni para la agrupación de los solares y parcelas 40, 41, 42, 43 y 107 de la urbanización denominada C'an Morro de esta ciudad, y los de 9 de diciembre de 1.981 y 17 de febrero de 1.982, que otorgan licencias de obras al referido Sr. C. para la realización de dos bloques de viviendas en los terrenos agrupados, así como contra la desestimación presunta de los recursos de reposición formulados contra ellos, debemos declarar y declaramos que dichos actos administrativos se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

72

72. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. Tramitado por el especialísimo procedimiento del art. 6º de la Ley 62/78 al prohibirse manifestaciones promovidas por el Sindicato Unificado de Policía. Estimación del recurso. *Sentencia de 15 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. M. R. B., en calidad de Secretario de Organización Provincial del Sindicato Unificado de Policía y tramitado conforme a las normas de procedimiento establecidas para la garantía contencioso administrativa en la Sección 2ª de la Ley 62/1978 de 26 de Diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona y concretamente, al referirse al derecho fundamental de reunión, por el procedimiento oral establecido en el punto 6. de su artículo 7º, en relación con el artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de Julio, sobre normas reguladoras del ejercicio de este derecho, tiene por objeto, la resolución del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares del día 3 del presente mes, por la que, en relación a comunicaciones del recurrente y de D. J. L. G., secretario General del Sindicato Unificado de Policía de fechas, las dos, de 2 de Mayo, de su propósito «como organizadores», de llevar a cabo una manifestación pacífica en la Ciudad de Palma de Mallorca, los días 15 de Mayo a las 20 horas y 20 de Mayo a las 19 horas con el mismo objeto de dar a conocer públicamente a los ciudadanos la situación de los funcionarios del Cuerpo de Policía Nacional, el estado actual de la Ley Orgánica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y abogar por un régimen disciplinario civil, decidió prohibir las manifestaciones indicadas, con fundamento en: a).- Que teniendo la Policía encomendada constitucionalmente la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, el hecho de llevar a cabo tales manifestaciones hacen temer que se produzca una alteración o disminución de dicha cobertura de seguridad. b).- Que siendo la Policía Nacional un Cupero jerarquizado y todavía de organización militar según lo manifiesta el artículo 12.1 de la Ley de la Policía, 55/78, de 4 de Diciembre, como han venido a atestiguar recientes sentencias de los Organos Jurisdiccionales al considerar aplicable el Código de Justicia Militar, en lo concerniente al régimen disciplinario, cabe entender que a sus miembros les está prohibido al igual que a los Militares el tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo debiendo utilizar individualmente el derecho de petición.

CONSIDERANDO: Que habiéndose invocado por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, en el acto de la audiencia oral contradictoria prevista en el artículo 7º 6. citado de la referida Ley 62/78, la causa de inadmisibilidad del recurso, al amparo del artículo 82 b) de la Ley Jurisdiccional, se hace preciso, con carácter previo, el examen de esta cuestión, ya que la Jurisdicción revisora de la actuación administrativa, no puede ejercer su potestad, sin que se den los presupuestos procesales exigidos por la Ley que se le otorga; y a este respecto, conviene recordar que, como ha declarado

reciente pero constantemente el Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 14 de Agosto de 1979, 27 de Octubre de 1.981, 2 de Noviembre de 1.982 y 25 de Febrero de 1.983), el alcance y función, así como el límite, del proceso especial, sumario y urgente, establecido en la Ley 62/1.978 de 26 de Diciembre, viene determinado por la concreta comprobación de si un acto emanado de la Administración Pública -central, autonómica o local- afecta o no al ejercicio de uno de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución, tal como al efecto disponen los artículos 1 y 6 de la precitada Ley y el párrafo 2º del artículo 53 de la Constitución Española y es pues, desde la sola perspectiva de la Ley Fundamental y con la única finalidad de tutelar los derechos y libertades públicas en ella proclamados, como habrá de ser enjuiciado y resuelto el recurso tramitado al amparo de la Ley 62/78, cuyas normas de procedimiento son especiales y vienen establecidas con carácter prioritario, en la Sección 2ª de esta Ley y a falta de previsión especial de ella y tal como se establece en su artículo 6, «de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya aplicación será supletoria».

CONSIDERANDO: Que por ello y si bien es cierto que por los Sindicatos, como por las demás entidades constituidas legalmente para velar por intereses profesionales o económicos determinados que está legitimados como parte en defensa de estos intereses (artículo 32 de la Ley Jurisdiccional), deben comparecer en juicio las personas que legalmente los representen (artículo 2. párrafo tercero de la L.E.C.), y que el recurrente no ha aportado documento que acredite tal representación, ni los Estatutos del Sindicato que se la otorgan, en el presente caso no era necesario tal justificación de su legitimación representativa, puesto que tanto en la vía administrativa, como en la Jurisdiccional, aun alegando el cargo sindical que ostenta, no ha actuado en nombre del Sindicato, sino como persona individual, ya que lo mismo en aquella vía -que así se lo ha reconocido- que en ésta, están legitimados los promotores u organizadores de la reunión o manifestación, a tenor del artículo 8º de la citada Ley Orgánica 9/1.983 y de los artículos 11 de la misma y el tantas veces citado 7º. 6. de la Ley 62/1.978, lo que, a su vez, le otorga suficiencia al Poder notarial con el que ha comparecido en juicio su Procurador, aunque en el mismo no se haya hecho constar la representación del Sindicato.

CONSIDERANDO: Que entrando ya, pues, en el examen de la cuestión de fondo planteada en el presente proceso, referida -como se ha dicho- a la comprobación de si el acto gubernativo impugnado, afecta o no al derecho de reunión reconocido en el artículo 21 de la Constitución, al prohibir su libre ejercicio por los convocados por el recurrente como promotor u organizador de una manifestación en lugares de tránsito público de la Ciudad de Palma de Mallorca, hay que sentar con carácter de premisa de los razonamientos que sigan, que si bien la Ley Orgánica 9/1.983, que ha venido a sustituir a la Ley 17/1.976 de 29 de Mayo, establece unas normas reguladoras de su ejercicio, en el campo del derecho de reunión, las normas constitucionales son aplicables directamente (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Enero, 7 de Febrero, 3 de Julio de 1.979 y 14 de Septiembre de 1.982),, puesto que el artículo 53.1. de la Constitución Española, ha querido añadir un plus para la regulación constitucional de los derechos fundamentales, plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley (Sentencia de 18 de Enero de 1.983).

CONSIDERANDO: Que el citado artículo 21 de la Constitución reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, cuyo ejercicio no necesitará de autorización previa y sí sólo comunicación a la Autoridad en el caso de reunión o manifestación en lugar de tránsito público; y este derecho, interpretado además a tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los Tratados y Acuerdos suscritos por España - artículo 10 de la Constitución y Sentencias del Tribunal Supremo de 3 Julio de 1.979 y de 16 de Marzo de 1.982- comporta, como una consecuencia de su propio reconocimiento, la correlativa denegación de cualquier clase de poder discrecional a la Administración para regularlo o limitarlo libremente y por ello aun dentro de la normativa legal ordinaria, constituida hoy por la citada Ley Orgánica 9/1.983, artículo 10, solamente «posibilita el ejercicio de las potestades que, sin menoscabar el derecho fundamental, lo sitúen dentro de su ámbito legal propio» (Sentencias de 18 de Noviembre de 1.980 y 16 de Marzo de 1.982); y la prohibición de las manifestaciones en lugares de tránsito público sólo se admite cuando existan razones fundadas de alteración del orden público «con peligro de personas y bienes», en palabras del precepto constitucional que repite el artículo 10 de la repetida Ley Orgánica; precepto fundamental que lleva a la conclusión de que la autoridad gubernativa debe proteger la celebración o manifestaciones y que sólo en el caso de *presunción razonable* de alteración del orden público, con peligro para personas y bienes, puede ejercer sus potestades de prohibición.

CONSIDERANDO: Que no constituye base para presunción de esta naturaleza el hecho de haber sido convocada por miembros del Cuerpo de la Policía Nacional o que tenga por objeto dar a conocer a los ciudadanos la situación de los funcionarios del Cuerpo o el estado actual de las leyes por las que se rigen, al no haber relación de causa o efecto, según las reglas del criterio humano, entre la función pública de los promotores de garantizar la seguridad ciudadana y una alteración del orden público con peligro para las personas y bienes de los que transiten por las calles de la ciudad por donde aquélla discurra, sino que al contrario, razonablemente, aquella función pública y aquel objeto, son más bien garantías de que no se van a producir los perniciosos efectos que únicamente, por presunción razonable, pueden legitimar la restricción del derecho constitucional.

CONSIDERANDO: Que en base a las mismas premisas expuestas anteriormente, procede igualmente rechazar el segundo motivo de prohibición, fundado en el acto impugnado en el artículo 12.1 de la Ley 55/78 de 4 de Diciembre, que regula los Cuerpos de Seguridad del Estado, puesto que el que la Policía Nacional constituya «un Cuerpo de estructura y organización militar no integrado en las Fuerzas Armadas», no constituye una razón fundada de que una manifestación que tenga por objeto dar a conocer a los ciudadanos su situación legal, vaya a producir alteraciones de orden público que pongan en peligro personas y bienes; y menos aun puede estimarse como fundada a estos efectos, la alegación del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal de que como derecho supletorio a los efectos de su organización y estructura interna, se rija por el ordenamiento militar aplicable al Ejército de Tierra (artículo 12.2 de la Ley de Policía), pues aun admitiendo a efectos dialécticos que este precepto la someta a la disposición del artículo 180 de la Ley 85/78 de 28 de Diciembre, que establece las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, es decir, que para sus reuniones con fines lícitos, cual es el ejercicio de un derecho constitucional, observen lo que «con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes», ello sólo implica que su no observancia, manifestándose de manera incorrecta o ilícita, podría dar lugar a las correcciones disciplinarias o penales a que se refiere el artículo 198 de las mismas

Ordanzas, pero sin que razonablemente pueda presumirse que esta sujeción a la disciplina castrense sea causa determinante de alteraciones del orden público, poniendo en peligro personas y bienes, o sea motivo para privarles del ejercicio del derecho constitucional de reunión o manifestación, razón por la que la propia Ley Orgánica 9/1.983, en su artículo 4º. 4., admite la presencia o asistencia de militares de uniforme o haciendo uso de su condición militar, si bien sometida a su legislación específica, que hay que entender es la disciplinaria, pues de otra forma supondría una limitación discriminatoria de lo preceptuado en el artículo 21 de la Constitución, aplicable a todas las personas, como claramente expresa su artículo 10, primero del título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales.

CONSIDERANDO: Que por imperativo del artículo 10. 3. de la citada Ley 62/1.978 procede imponer las costas a la Administración.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo de garantía de los derechos fundamentales de la persona, interpuesto por D. M. R. B. contra la Resolución del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Baleares de 3 del presente mes que prohibió las manifestaciones organizadas por el recurrente y otro para los días 15 y 20 del mismo mes de Mayo, debamos declarar y declaramos dicho acto administrativo no conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo anulamos, condenando a la Administración del Estado al pago de las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

85

85. URBANISMO. Impugnación de licencia municipal de obras en zona marítima terrestre. Inadmisibilidad del recurso teniendo en cuenta que la realización de tal proyecto estaba ya autorizada por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. *Sentencia de 29 de Mayo de 1.985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. V.T., tiene por objeto el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de San José (Ibiza) de 20 de octubre de 1.983, por el que se concedió licencia a D. J. P. R. «para la construcción de un balneario y acondicionamiento de playa de Cala Carbó, San José, teniendo en cuenta que dicha construcción ha sido aprobada por Orden Ministerial de fecha 26 de julio pasado»; así como también el Acuerdo de la misma Comisión de 31 de enero de 1.984, que desestimó recurso de reposición interpuesto por el recurrente contra el anterior.

CONSIDERANDO: Que son antecedentes que deben ser tenidos en cuenta para una coherente resolución de los problemas planteados en la litis, los siguientes: 1º.- Por

Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 26 de julio de 1.983, dictada en procedimiento con el informe favorable, entre otros, del propio Ayuntamiento, se resolvió «autorizar a D. J. P. R. la construcción de balneario y acondicionamiento de playa (senderos, escaleras y embarcadero), ocupando 490 metros cuadrados de terreno de dominio público y de mar litoral, en Cala Carbó, término municipal de San José (Ibiza)», con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Costas de 26 de Abril de 1.969 y su Reglamento de 23 de mayo de 1.980 (condición 1ª), por un plazo de 15 años (condición 2ª), debiéndose realizar las obras con arreglo al proyecto suscrito por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos D. Jerónimo S. G. (condición 3ª) y sin que el otorgamiento de la autorización exima a su titular de la obtención de licencias, permisos y otras autorizaciones legalmente procedentes (condición 15); 2ª.- Contra esta Orden Ministerial se interpuso por el hoy recurrente en los presentes autos, recurso de reposición en 28 de Noviembre siguiente, sin que de los autos o del expediente aparezca si fue resuelto o sometido a la revisión jurisdiccional; 3ª.- Con base a esta Orden Ministerial, se solicitó por el titular de la autorización al Ayuntamiento de San José, la oportuna licencia municipal de construcción del mismo proyecto del Ingeniero Sr. Saiz Gomila; 4ª.- En la demanda, el recurrente en el presente proceso, funda su pretensión anulatoria de los actos municipales impugnados, con la consiguiente demolición de las obras ejecutadas al amparo de la licencia y de la declaración de su derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios derivados de dichas obras, en que se trata de suelo no urbanizable, sin que se haya tramitado la licencia con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 43. 3. y otorgada con grave perjuicio del recurrente.

CONSIDERANDO: Que al atribuir el artículo 10.2 y 3 de la Ley 26/1.969 de 26 de Abril, sobre costas, al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, la competencia para otorgar todas las concesiones en la zona marítimo terrestre, incluidas las que impliquen «la construcción de obras fijas de cualquier naturaleza», *previo informe favorable del Ayuntamiento interesado*, y aclarar el artículo 19. 5 del Real Decreto 1088/80 de 23 de mayo, que «cuando el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, en los expedientes cuya tramitación le corresponda, no estimase aceptable el informe del Ayuntamiento respectivo, en los casos en que sea exigible, lo comunicará al de Administración Territorial» y que si no hubiera acuerdo entre ambos Departamentos «la decisión corresponde al Consejo de Ministros», aparece evidente que la intervención de los Ayuntamientos en ejercicio de su competencia urbanística, constituye un acto de trámite del procedimiento administrativo de autorización de obras fijas de cualquier naturaleza en la zona marítimo terrestre, cual es la que ha sido objeto de acto impugnado en el presente recurso, de naturaleza análoga o similar a la del acto de conformidad o disconformidad con el planeamiento urbanístico en vigor a que se refiere el artículo 180. 2 de la Ley del Suelo (texto Refundido del Decreto 1346-76 de 9 de abril) que regula el procedimiento especial de otorgamiento de licencias de edificación y uso del suelo promovidos por Organos del Estado o Entidades de derecho público que administren bienes estatales, en el que la actuación municipal constituye un acto de trámite del procedimiento que termina, como el que nos ocupa, con la decisión del Consejo de Ministros, acordando o no la ejecución, con o sin revisión del planeamiento.

CONSIDERANDO: Que esta interpretación que conduce a declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto en cuanto el Acuerdo impugnado de la Comisión Municipal Permanente, al basarse en la Orden Ministerial de otorgamiento de la autorización, es simplemente conformatorio de ésta o del informe anterior favorable evacuado en el otro procedimiento (artículo 82, c) en relación con el 37 y el 40, a) de la Ley Jurisdiccional), no contradice lo dispuesto en el

artículo 178. 1. de la Ley del Suelo, en cuanto sujeta a previa licencia los actos de edificación y uso del suelo realizados por particulares en terrenos de dominio público, ni la Jurisprudencia del Tribunal Supremo citada por el recurrente (Sentencias de 2 de octubre de 1.967 y 24 de enero de 1.974), referida a que la concesión no exime de solicitar las necesarias licencias de obras, pues este precepto y esta doctrina han de entenderse referidos a los actos de edificación y uso del suelo o al ejercicio de actividades que se vea obligado a efectuar el concesionario en las zonas terrestres de dominio público del litoral o en las adyacentes, para realizar el fin de la concesión, a las que, precisamente, con el nombre de licencias, permisos o autorizaciones se refiere la condición 15 del acto concesional, antes aludidos, es decir, a la fase posterior al otorgamiento de la concesión del que forma parte el acto municipal impugnado, para el que —como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Febrero de 1.984, siguiendo la orientación de la anterior de 15 de abril de 1.983— es indudable que es competente el Estado (Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), por tratarse de concesiones demaniales o de obra o servicio público en bienes demaniales, por atribución del citado artículo 10 de la Ley de Costas.

CONSIDERANDO: Que por esta razón que atribuye a lo autorizado en la concesión el carácter de edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social, hay que rechazar, asimismo, entrando en el fondo con afán de examinar todas las cuestiones planteadas, las alegaciones del recurrente referidas a la infracción del artículo 86, en relación con el 85 de la Ley del Suelo, pues su limitación 2ª, admite la posibilidad de autorizar aquellas edificaciones e instalaciones, ya que como dice la Sentencia de 4 de octubre de 1.982, la doctrina ha tenido que reconocer el hecho de que el campo, aun conservando su destino rústico, debe permitir edificaciones siempre que se ajusten a las características del ambiente, puesto que lo que no es admisible es que al amparo de estas construcciones aisladas se produzca una subrepticia transformación del suelo rústico en urbano o se atente a las condiciones que trata de salvaguardar el artículo 73; de lo que se deduce que en el presente caso, en que se ha producido la aprobación por el Ministerio de Urbanismo, previa la información pública a que se refiere el artículo 19. 1. del Reglamento para ejecución de la Ley de Costas, hay que entender respetadas las formalidades exigidas en el artículo 43. 3. de la Ley del Suelo y 44. 2. del Reglamento de Gestión Urbanística (Real Decreto 3288/1978 de 25 de Agosto), pues otra postura significaría la exigencia de un formalismo a ultranza, que —como dice la sentencia de 4 de octubre de 1.982— es aberrante en cuanto la forma ha de ser salvaguardada como mero instrumento de garantía de los administrados y de la propia Administración, no como factor perturbador y obstaculizador de la consecución de la solución justa del caso.

CONSIDERANDO: Que pudiendo el titular de la concesión, que no ha sido parte en el presente proceso, tener interés directo en éste, procede notificarle personalmente esta sentencia, de conformidad con los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. V. M. T. contra el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de San José (Ibiza) de 20 de octubre de 1.983, por el que se concedió licencia a D. J. P. R. «para la construcción de un balneario y acondicionamiento de playa de Cala Carbó, teniendo en cuenta que dicha construcción ha sido aprobada por Orden Ministerial de fecha 26 de julio pasado» y contra el Acuerdo de la misma Comisión de 31 de enero de 1.984, que desestimó

recurso de reposición interpuesto contra el anterior, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. Notifíquese esta Sentencia, además de las partes personadas, a D. J. P. R. en su domicilio de C'an B., San José, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las notificaciones personales. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

87

87. URBANISMO. Proyecto de urbanización consistente en apertura de un vial y dotación de servicios de agua, alcantarillado, suministro de energía eléctrica y alumbrado: procedencia de la redacción del mismo por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Desestimación del recurso interpuesto por el Colegio de Ingenieros Industriales. *Sentencia de 31 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Palma de Mallorca de 8 de Septiembre de 1.983, que aprueba definitivamente el Proyecto de Urbanización consistente en la apertura de un vial y la dotación de servicios de agua, alcantarillado, suministro de energía eléctrica y alumbrado, con el objeto de permitir la edificación en un solar del Coll d'en Rebassa, impugnación que se base en que tal proyecto ha sido redactado por dos Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, sin la intervención de un Ingeniero Industrial, pese a que se proyectan instalaciones de alta y baja tensión y de alumbrado público.

CONSIDERANDO: Que, como expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1.973 y 24 de marzo de 1.975, el problema podría ser simple, puesto que sólo pende de la interpretación de la normativa aplicable si no fuera porque, precisamente, en la determinación de cual sea esta normativa aparecen múltiples interrogantes, que obedecen a algo más que a menos fallos de la técnica legislativa y reglamentaria, porque surgen de raíces más profundas; y es que en el origen de toda norma jurídica se encuentra o suele encontrarse la actividad de una fuerza social o de un grupo social resueltos a producirla o implantarla; actividades que, en determinadas materias, perturban evidentemente el proceso legislativo al lograr introducir en el ordenamiento jurídico normaciones sectoriales, no solamente inconexas con el resto, sino, lo que es peor, contradictorias con las más afines y, por tanto, con las que, en mayor medidas, debían armonizar; y esta situación es un ejemplo, uno de tantos, que viene a demostrar que la concepción idealista y exclusivamente logicista del ordenamiento jurídico, concebido como un todo unitario y armónico en el que las

proposiciones jurídicas se integran dentro de un sistema lógico deductivo, en el cual cada una de ellas procede o deriva lógicamente de otras y a su vez condicionan o determinan a las subsiguientes, no corresponde a la realidad; así, en el caso de autos, el material normativo disponible muestra una profusión de preceptos, con pretensiones de aplicabilidad preferente, como consecuencia de unas reglamentaciones producidas con visiones parciales y exclusivistas, como ejemplo del ímpetu de los grupos profesionales interesados en la defensa y ampliación si es posible, de sus respectivos campos de actuación, ya que, por otra parte, se trata de cuerpos especiales, pero de una especialidad relativa, porque todos ellos tienen en su formación una base común, al resultar difícil establecer entre ellos fronteras naturales y claramente divisorias, lo que da pie a que, a falta de ellas, tengan que ser suplidas con preceptos de creación artificial, origen de conflictos como el presente, debido a la circunstancia de que en la reglamentación del conjunto de atribuciones de unos y otros técnicos pesa más el espíritu expansivo de los distintos Cuerpos que la política global coordinadora y armonizante, lo que delata la existencia de una situación normativa en la que la autonomía de preceptos no es fruto, como se apuntó antes, de un simple fallo de la técnica legislativa, sino la consecuencia de unos deficientes ordenamientos particulares, de carácter estatutario, influenciados por viejos resabios estamentales; lo que, por otro lado, viene a agravarse porque la mayoría de las disposiciones sobre la materia resultan anacrónicas si se tiene en cuenta que prácticamente hasta la Ley del Suelo de 1.956 el urbanismo tenía un campo muy limitado, y en la actualidad, por el contrario, la complejidad de las materias relacionadas con él hace que los proyectos, más que obra de una sólo persona deba serlo de un conjunto de titulares de diferentes ramas del saber.

CONSIDERANDO: Que es debido a las causas apuntadas que pueden citarse, sin pretensiones exhaustivas, en orden al tema debatido, no un precepto aislado, sino todo un grupo de normas: Real Decreto de 28 de Octubre de 1.863, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Ley de Obras Públicas de 13 de Abril de 1.877, Decreto de 21 de Febrero de 1.913, Decreto de 1 de Diciembre de 1.922, Decreto de 20 de Septiembre de 1.926, que aprueba el Reglamento de la Escuela Especial de aquéllos, Orden de 14 de Agosto de 1.934, Decreto de 18 de Septiembre de 1.935, Orden del Ministerio de Obras públicas de 8 de Marzo de 1.935, Orden comunicada de 11 de Marzo de 1.954, Decreto de 23 de Noviembre de 1.956, Ley de Enseñanzas Técnicas de 20 de Julio de 1.957, Ley de 29 de Abril de 1.964, sobre reordenación de enseñanzas, Ordenes de 6 y 29 de Mayo de 1.965, sobre planes de estudio, Orden de 2 de Junio de 1.969, Decreto de 11 de Marzo de 1.971, Decreto de 23 de Diciembre de 1.972, Decreto de 20 de Septiembre de 1.973, e Instrucciones complementarias de 31 de Octubre del mismo año.

CONSIDERANDO: Que, como ya dijo esta Sala en reiteradas sentencias resolviendo conflictos similares, la evidente imprecisión del artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1.976, que reproduce literalmente la prescripción del 24.3 de la de 1.956, mediante el que se faculta para la redacción de planes a «facultativos competentes con título oficial español», y el gran número de normas sobre la delimitación de competencias profesionales, dificultan la solución de este tipo de litigios; pero ha de entenderse que el hecho de que en la redacción del proyecto de urbanización de autos no haya intervenido un Ingeniero Industrial no posibilita la postulada anulación del acto administrativo aprobatorio del mismo, porque siendo indiscutible la competencia de los Ingenieros de Caminos para redactar aquél, esa misma competencia le faculta también para la redacción de toda la documentación propia de esos proyectos, entre ella la relativa a la electrificación, que, por otra parte, es

de mucho menos coste que el resto de la obra, como se deduce de las diferentes partidas que en el presupuesto se asignan a cada concepto, y porque, en todo caso, al no constituir, como es obvio, la actuación de los firmantes un caso de invasión de esfera profesional específica de otro técnico que pueda enmarcarse en alguna de las tipologías del intrusismo (artículos 321 ó 572 del Código Penal), no podría tener su intervención en la hipótesis de que no les correspondiera, propiamente, la elaboración del proyecto, otra calificación que la de actuación irregular, sin traspasar, con efectos anulatorios, el acto administrativo, pues ni podría subsumirse en el supuesto del artículo 47. 1 b) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al no existir intrusismo, ni constituiría un caso de anulabilidad del 48 de la misma, por no comprometer el fin del acto (sentencia de 15 de abril de 1978); y es que, además, como pone de relieve la de 24 de mayo de 1.984, el llamado proyecto de urbanización no es, en realidad, un solo proyecto, sino una pluralidad de ellos de muy diversa especie, lo que demuestra que la colaboración interprofesional es absolutamente indispensable para acometer tareas urbanísticas, que, por definición, son labores de equipo, pero sin que esto signifique necesariamente que en el momento de la presentación oficial del proyecto redactado, para su tramitación y ulterior aprobación por los organismos competentes, tenga que estar refrendado por todos y cada uno de los facultativos que hayan intervenido en su redacción, bastando, como se indica con toda claridad en el citado artículo 31 del Texto Refundido, con que aparezca la firma de un facultativo competente en cualquiera de las materias afectadas, siempre que exhiba un título oficial español, requisito que, lógicamente, se limita a exigir la comparecencia de un profesional solvente que asuma la responsabilidad del conjunto del trabajo, aunque en el mismo se comprendan, inevitablemente, materias que no sean de su propia y personal especialidad.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Miguel Massante Nicolau, en nombre del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Baleares, contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 8 de septiembre de 1.983, que aprueba definitivamente el Proyecto de Urbanización consistente en la apertura de un vial y la dotación de servicios en el sector del Coll d'en Rebassa, debemos declarar y declaramos que el acto administrativo se ajusta a Derecho en cuanto no exige la firma en aquél de un Ingeniero Industrial; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

91

91. CONTRIBUCION TERRITORIAL URBANA. Exenciones: destino benéfico social de inmueble: necesidad de declaración. Ineficacia de alegación «ex novo» en vía de recurso. *Norma de gestión tributaria:* no sujetas a reserva de ley. *Sentencia de 5 de Junio de 1.985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares, tiene por objeto la *desestimación tácita por silencio administrativo* de la reclamación formulada por la recurrente ante el Tribunal Económico Administrativo de Baleares, de la desestimación, también tácita por silencio administrativo, de recursos de reposición interpuesto por la misma contra liquidación practicada por el concepto de contribución territorial Urbana de finca sita en la Avenida de España de la Ciudad de Ibiza, ejercicio 1.982, por importe de 832.003 pesetas.

CONSIDERANDO: Que como quiera que el meritado recurso de reposición se contraía a la petición de exención del Tributo de la planta baja del inmueble objeto del mismo, de superficie de 263 m², por haber sido dedicado a la obra benéfico social propia denominada «Centro Cultural de Ibiza», autorizado por el Ministerio de Economía, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8.4. del vigente texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana de 12 de Mayo de 1.966, en relación con el artículo 24. 1º de la Ley 40/81 de 28 de Octubre, la única cuestión a resolver es la de si procede o no, tal como se pide en el Suplico de la demanda, declarar no conforme a derecho la liquidación impugnada y los actos tácitos que la confirmaron y procedente la exención de la contribución territorial urbana, ejercicio 1.982, de la planta baja del inmueble destinada a obra benéfico-social, habida cuenta de que tal exención no fue solicitada hasta la interposición de dicho recurso; y sobre tal problema, bastaría para la desestimación del recurso y de las pretensiones de la demanda, con reproducir los razonamientos empleados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Mayo de 1.983 que, resolviendo recurso extraordinario de apelación en interés de Ley, fijó la doctrina legal correcta para casos como el presente.

CONSIDERANDO: Que así centradas las cuestiones sobre las que debe pronunciarse esta Sala, resulta necesario señalar con carácter previo, y como principio general, que una de las obligaciones que tiene todo contribuyente o sujeto pasivo de un tributo, es la de poner en conocimiento de la Administración gestora de aquél, los hechos o circunstancias de trascendencia tributaria que incidan, tanto en su condición de sujeto pasivo, como en el objeto sobre el que se aplique el gravamen en cuestión, declaración del contribuyente que resulta, como obligación general, de lo establecido en el artículo 101 a) de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1.963, en cuanto se determina que la gestión de los tributos se iniciará por declaración o iniciativa del que, en su condición de sujeto pasivo, declaración que, a mayor abundamiento, y por lo que a la Contribución Territorial Urbana concretamente se refiere, deviene obligatoria en virtud de lo establecido en el párrafo 1º del artículo 27 del Texto Refundido de dicha Contribución, según redacción dada a dicho precepto en el Decreto 3427/69, de 19 de diciembre, que modificó el anterior contenido en el Texto de 12 de mayo de 1.966, modificación introducida en aplicación a lo dispuesto en la Ley 60/1.969, de 30 de junio; pues bien, cualquier alteración sustancial de orden físico, o de carácter económico o jurídico que se produzca en el suelo o en las construcciones, sin que tales declaraciones obligatorias sean identificables con un recurso de reposición interpuesto contra las liquidaciones giradas por la Administración tributaria, conforme a los datos obrantes en la misma, y ello, en primer lugar, porque la Administración no puede declarar de oficio una exención o bonificación, por alteración sustancial de orden físico, o de carácter económico o jurídico producidas en una construcción, sin que previamente se le haya solicitado ello por el obligado al pago del tributo, y, en segundo lugar, porque la finalidad del recurso de reposición es impugnar actos administrativos supuestamente contrarios a Derecho o disconformes con la realidad fáctica suministrada por los

administrados, lo que, no es en modo alguno equiparable, a una dación de cuenta a la Administración de algo que el contribuyente debe hacer saber a aquélla para la adecuada gestión de un tributo.

CONSIDERANDO: Que una vez sentada la obligatoriedad de declarar las alteraciones producidas en un bien sujeto a la Contribución Territorial Urbana en los términos antes expuestos y, consiguientemente, la de solicitar la reducción o bonificación que de ello pudiere resultar, si se quiere obtener tales beneficios, debe examinarse las formalidades de orden temporal que en dicho trámite han de cumplirse, y en cuanto a esta cuestión, es procedente ya establecer, que no se puede dejar el cumplimiento de dicho trámite, en manos del contribuyente, para que éste solicite una exención, bonificación o reducción, cuando lo tenga a bien, sino que, por el contrario, tal trámite debe realizarse cuando se establezca por la Administración, lo que, según la sentencia apelada, debe hacerse por Ley, al estimarse que ello supone la regulación de un plazo de caducidad -artículo 10, apartado d) de la Ley General Tributaria-, de lo que en aquella resolución se deduce, la derogación de las disposiciones con rango inferior a Ley que regulen los plazos para la presentación de las declaraciones correspondientes, en aplicación de lo establecido en la Disposición Derogatoria del Texto Refundido de la Contribución Urbana, criterio que no puede compartirse, por cuanto, los plazos a los que habrá de ajustarse la realización de los respectivos trámites para la gestión de un tributo, y uno de ellos, indudablemente, es el de la preceptiva puesta en conocimiento de la Administración tributaria de hechos y circunstancias que incidan en el tributo en cuestión, y según al efecto dispone el artículo 105 de la antes citada Ley General Tributaria, se señalarán en la «reglamentación» de la gestión tributaria, es decir, que por expresa determinación de la citada Ley, estos plazos para, entre otros trámites, presentar declaraciones para adecuada gestión de un tributo, no son plazos que deban acogerse a la expresa regulación de una disposición con rango de Ley, como, sin embargo, sí habrán de serlo las normas que se refieran a plazos de prescripción o de caducidad, y ello, porque el plazo a que venimos aludiendo en esta resolución, no es un plazo de caducidad, entendiéndolo éste como pérdida de un derecho que no se ejerció en el tiempo señalado para ello, sino de un simple plazo de procedimiento o formal, para la tramitación de la gestión de un tributo que, insistimos, por expresa disposición de la normativa legal reguladora de los principios generales del orden tributario, deberán estar normados solamente en una disposición de carácter reglamentario; de lo expuesto se infiere, pues, que la avocación contenida en la Sentencia apelada a la reserva legal establecida en el artículo 9-3 de la Constitución Española, no es aplicable al presente supuesto al no ser, repetimos, la materia referida a las normas de procedimiento y trámites de la gestión tributaria, propia de una regulación de una disposición con rango de Ley.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, las normas contenidas en la Instrucción del Catastro de la Riqueza Urbana de 29 de Agosto de 1.920, Decreto de 7 de Diciembre de 1.945 y Orden de 26 de Junio de 1.965, en cuanto establecen que, a efectos de la Contribución Territorial Urbana, deberá solicitarse las exenciones y reducciones dentro del plazo de 30 días naturales a contar desde el día siguiente a la terminación de la obra de que se trate, son normas de indudable vigencia, y, por ello, aplicables al caso ahora debatido, tal como en supuesto similar al presente, se acordó ya por esta Sala en su sentencia de 31 de enero de 1.974, resolviendo igualmente un recurso extraordinario de apelación.

CONSIDERANDO: Que por consiguiente y no habiendo solicitado la recurrente

del presente proceso la exención a la que creía tener derecho dentro de los plazos y en la forma expresados, procede declarar conformes a derecho los actos presuntos impugnados que, por silencio, confirmaron la liquidación practicada en la que no se tuvieron en cuenta las exenciones pretendidas por la recurrente.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el presente recurso.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares contra la desestimación tácita por silencio administrativo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de reclamación formulada por la recurrente contra desestimación también presunta, por silencio, de recurso de reposición interpuesto por la interesada ante el Administrador de Impuestos Inmobiliarios de Baleares contra liquidación de contribución territorial urbana correspondiente a finca propiedad de la reclamante, en la Avda. de España de Ibiza, ejercicio 1.982, e importe de 832.033 pesetas, debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos expresos y presuntos conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, lo confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

92

92. IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS. Bonificaciones: terrenos destinados a viviendas de protección oficial. No necesita de alegación para su estimación en vía de recurso. *Sentencia de 5 de Junio 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 15 de Diciembre de 1983, que, en relación a reclamación formulada por Vidal Edificaciones, S.A. contra liquidación girada por el Ayuntamiento de Palma por el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos aplicado a la adquisición por el sujeto pasivo de porción de tierra en Camp d'en Salort, por un importe de 920.988 peseta, decidió anular la liquidación impugnada; debiéndose hacer constar a los efectos de los razonamientos que sigan, que en la declaración presentada por la Sociedad Adquirente al Ayuntamiento a los efectos previstos en el artículo 97 del Decreto 3250/1976 de 30 de Diciembre, se hizo constar su destino de construcción de viviendas de protección oficial, en tramitación.

CONSIDERANDO: Que planteándose, pues, la vigencia de la bonificación del

90% en el arbitrio municipal de plus valía en los supuestos de transmisiones de terrenos destinados a la construcción de viviendas de protección oficial, debe seguirse el mismo criterio adoptado por el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo impugnado, ya reiteradamente sostenido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a partir de la importante sentencia del 25 de Septiembre de 1981, en las Sentencias de 16 y 21 de Marzo, 29 de Abril, 13 de Junio, 11 y 13 de Octubre y 2, 9, y 16 de Diciembre de 1983, a tenor del cual dicha bonificación debe estimarse subsistente, no sólo porque con arreglo a la normativa anterior al R.D. 3250/76 de 30 de Diciembre, de entrada en vigor de disposiciones de la Ley de Bases del Estatuto del Régimen Local relativas a ingresos de las Haciendas Locales (Ley 41/1975 de 19 de Noviembre), la realidad de la aludida bonificación era evidente, pues aparecía reflejada en el artículo 521 de la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 1955, así como en diversas disposiciones reguladoras de las Viviendas de Protección Oficial -Leyes de 15 de Julio de 1954 y 23 de Diciembre de 1961, D. de 4 de Julio de 1963 y artículo 47 del Reglamento de las mencionadas Viviendas protegidas de 24 de Julio de 1968- sino porque con posterioridad a la normativa expuesta, no cabe estimar que la bonificación ha sido suprimida, pues repitiendo en síntesis la doctrina de la citada Sentencia de 25 de Septiembre de 1981 y la de las que la reiteraron, aunque la bonificación ha sido suprimida, pues repitiendo en síntesis la doctrina de la citada Sentencia de 25 de Septiembre de 1981 y la de las que la reiteraron, aunque la bonificación a que nos venimos refiriendo no fuera recogida en el Texto Refundido de las Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2960/1976 de 12 de Noviembre, al haberse éste dictado en virtud de la autorización dada al Gobierno en el Decreto Ley de 30 de Julio de 1976, para que se aprobara un nuevo Texto refundido de la legislación de viviendas que sustituyera el de 24 de Julio de 1963, aquella omisión no debe ser obstáculo a esta doctrina jurisprudencial, toda vez que en el aludido texto de 12 de Noviembre de 1976, se cometió una evidente extralimitación, al tratarse de una disposición que atendiendo a su naturaleza de mera actividad administrativa de reproducción y refundición de la legislación entonces vigente, debía ajustarse a los términos de dicha autorización, en consecuencia, no innovar o modificar dicha legislación, por lo que la supresión de la bonificación carece de eficacia y debe considerarse vigente, como resulta también de lo previsto en el artículo 10 de la Ley General Tributaria de 28 de Diciembre de 1963, que establece el principio de reserva de ley para el establecimiento o supresión de bonificaciones tributarias y del principio de legalidad en materia tributaria proclamado en el artículo 133 de la Constitución Española.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede alegarse -como ha hecho el Ayuntamiento recurrente- la no procedencia de aplicar la bonificación en el caso que nos ocupa, por el hecho de que el sujeto pasivo del impuesto, al no haber hecho alegaciones, no invocó la bonificación ante el Tribunal Económico Administrativo y por tanto éste incurrió en incongruencia al apreciarla, pues sí es cierto que es doctrina jurisprudencia reiterada la que impide la alteración de los fundamentos jurídicos de la pretensión, planteando cuestiones nuevas, como ya se ha hecho constar en numerosas sentencias de esta Sala como la que cita nº 94 de 14 de Julio de 1984, en el presente caso, el Tribunal Económico Administrativo no ha incurrido en incongruencia, ya que, como razona en su segundo considerando, la falta de escrito de alegaciones, trámite no obligatorio para los reclamantes, no le impide conocer de la bonificación que fue solicitada por el contribuyente en su declaración de adquisición presentada al Ayuntamiento, como también pudo éste conocer que se trataba de Viviendas de Protección Oficial, a través de la escritura de compraventa que ha de acompañarse inexcusablemente junto con la referida declaración, conforme con lo dispuesto en el

artículo 24. 2 de la Ordenanza reguladora y en el 97. 3 del citado Decreto 3250/76, sobre todo, cuando el artículo 17. 1 del Real Decreto Legislativo 2795/80 de 12 de Diciembre que articula la Ley 39/1980 de 5 de Julio y el artículo 44 de su Reglamento de Procedimiento promulgado por Real Decreto 1999/81 de 10 de Agosto, atribuyen al Organó administrativo revisor, la decisión de *todas las cuestiones que ofrezca el expediente de gestión*, hayanse o no planteadas por los interesados (el subrayado es nuestro).

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 14 de Diciembre de 1983 que decidieron sobre reclamación formulada por «V.E., S.A.» contra liquidación del impuesto sobre incremento del valor de los terrenos de porción de tierra en Camp d'en Salort por un importe de 920.288 pesetas, la anuló, debemos declarar y declaramos dicho acto administrativo conforme con el Ordenamiento y en su consecuencia, lo confirmamos, sin hacer expresa declaración, sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

98

98. ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Multas de tráfico. Competencia del Director de la Junta del Puerto para imponer, sanciones por estacionamiento en dicho recinto. Plazo de prescripción. *Sentencia del 13 de Junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de necesaria constancia al fin de resolver las cuestiones planteadas en la presente litis, los siguientes: 1º.- Que por el Celador de servicio en el Puerto de Palma de Mallorca, se formularon denuncias con fechas 7 de Julio de 1.977 y 8 de Junio de 1.978 por estacionamiento en lugar no autorizado de los vehículos antes indicados, dejando copia en los respectivos parabrisas por hallarse ausente el conductor y una vez identificado el propietario, por sendas resoluciones del Ingeniero Director del Puerto de 20 de Julio de 1.977 y 17 de Junio de 1.978, respectivamente, se le notificó la sanción propuesta de 600 pesetas por cada infracción, concediéndole un plazo de diez días naturales para presentar las alegaciones pertinentes, lo que efectuó el propietario de los vehículos en fechas 9 de Agosto de 1.977 y 23 de Junio de 1.978, respectivamente, señalando el nombre de los conductores de los vehículos los días señalados, arrendatarios de ellos en virtud de contrato con su

empresa de alquiler de vehículos sin conductor, G. S. con domicilio en Alemania, el primero y A. G. con domicilio en Francia, el segundo y accidental en Hoteles de Illetas y Paguera (Calviá) respectivamente; 2º.- Notificada la sanción a los respectivos conductores por medio del Boletín Oficial de la Provincia por no haber dado razón en los Hoteles respectivamente, recayeron en los correspondientes expedientes, providencias de apremio de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, con fecha 9 de Junio de 1.980, siguiéndose los trámites legales pertinentes hasta el día 5 de Noviembre de 1.980 en que el Recaudador declaró terminados los procedimientos y los elevó a la Tesorería de Hacienda en concepto de «créditos incobrables», la cual los remitió en 25 de Abril de 1.981 a la Oficina de origen, dictándose en 4 y 5 de Junio de 1.982, las resoluciones de la Dirección General del Puerto, imponiendo las sanciones al recurrente como responsable subsidiario de la infracción que han sido objeto del recurso, como se hizo constar en el anterior considerando; 3º.- En la demanda se fundamenta la pretensión de nulidad de las resoluciones impugnadas, en tres motivos: a) Incompetencia de las Juntas del Puerto para imponer sanciones en materia de tráfico; b) defectuosa declaración de insolvencia, al conocerse el paradero de los responsables principales en Alemania y Francia, respectivamente; c) prescripción de la sanción o de la responsabilidad subsidiaria, por el transcurso de un año, desde que se dieron por terminados los expedientes de apremio como créditos incobrables.

CONSIDERANDO: Que en primer lugar hay que rechazar la alegación de la incompetencia del Director de la Junta del Puerto de Palma de Mallorca para la imposición de las sanciones por infracción de las disposiciones del Reglamento de Servicio, Policía y Régimen del Puerto de Palma de Mallorca, aprobado por Orden Ministerial de 14 de Mayo de 1.976, entre las que se tipifica en su artículo 76, puntos 17 y 16, el aparcamiento indebido en lugares de la zona portuaria no autorizados para ello, pues concebidos los puertos en régimen de Estatuto de Autonomía, como Entidades públicas que sujetan la actividad privada a la autonomía necesaria para el cumplimiento de sus fines (artículo 16 de la Ley 27/1.968 de 20 de Junio), correspondiéndole a sus Juntas ejercer las facultades de policía que sean necesarias para el cumplimiento de aquéllos, imponiendo sanciones dentro de los límites establecidos por Decreto (artículo 71. m) de la Ley y 17. m) de su Reglamento aprobado por Decreto 1350/70 de 9 de abril) y atribuyéndose a los Reglamentos de servicio y de Policía de cada puerto, la determinación de los actos constitutivos de las infracciones (artículo 2º, 5. del Decreto 2356/1975, sobre sanciones en materia portuaria), como también autoriza a los Directores de los puertos para instruir los expedientes sancionadores (artículo 5º. 1.) e imponer multas hasta 50.000 pesetas (artículo 3º. 2.), aparece evidente la facultad legal asumida en los expedientes instruidos en el caso que nos ocupa por el Director del Puerto de Palma, para imponer las sanciones de 600 pesetas de multa por aparcamiento indebido de vehículos en la zona portuaria, sin que pueda tomarse en consideración, a estos efectos, la alegación del recurrente de la exclusiva competencia del Gobernador Civil fundada en el Decreto 1666/1.960 de 21 de Julio, de delimitación de competencias en materia de tráfico entre los Ministerios de Gobernación, Obras Públicas e Industria, pues sin perjuicio de que tal Decreto, como se infiere de su artículo 1º está destinado a delimitar las respectivas competencias ministeriales en vías públicas o carreteras, por lo que no puede ser de aplicación a los espacios de competencias municipal o de organismos autónomos como el de los Puertos, en todo caso no cabe su invocación contra lo preceptuado en norma de superior jerárquica normativa, cual es la Ley 27/1968 citada.

CONSIDERANDO: Que igualmente ha de ser rechazada la alegación referente a la defectuosa declaración de insolvencia al constar en el expediente el domicilio en el extranjero de los responsables principales de la sanción, pues sin perjuicio de que en los expedientes respectivos se llegó a la declaración de créditos incobrables respecto a ellos mediante el cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 166 y 167 del Reglamento General de Recaudación (Decreto 3154/1968 de 14 de Noviembre), con la certificación de la Alcaldía del último domicilio conocido y de su carencia de bienes, la mención que hace el artículo 14 del Reglamento de Servicios, Policía y Régimen del Puerto de Palma citado en el considerando anterior, del obligado cumplimiento para estas infracciones del Código de la Circulación, determina la aplicación de su artículo 278. III que claramente especifica que una vez firme la multa impuesta, si el conductor no la hubiese hecho efectiva, podrá ser reclamado su pago del titular o propietario del vehículo.

CONSIDERANDO: Que por esta misma razón y tratándose de derecho es decir, de hacer efectiva una sanción y no de satisfacer una obligación tributaria o nacida de responsabilidad civil, es evidente la aplicación a la sanción impuesta del plazo de un año establecido en el artículo 284, II de dicho Código de la Circulación, de análogo que el artículo 115 del Código Penal que en todo caso sería aplicable subsidiariamente a tenor de conocida doctrina Jurisprudencial y que determina el mismo plazo para la prescripción de las penas leves, por lo acreditado, como se hizo constar en el segundo considerando, nº 2º, que la Tesorería de Hacienda remitió en 25 de Abril de 1.981 a la Junta del Puerto los expedientes con la declaración de créditos incobrables y que en este Organismo Autónomo no se preacticó ninguna actuación hasta los días 4 y 5 de Junio de 1.982 en que se impuso la sanción al recurrente como responsable subsidiario, había pasado más de un año desde que comenzó a correr de nuevo el plazo de la prescripción (artículo 284, III del Código de la Circulación) y había prescrito la sanción, por lo que al decidir que fuera pagada la multa con carácter subsidiario por el titular del vehículo, los actos impugnados infringieron tal precepto en relación con el artículo 14 citado de su Reglamento, anexo en fotocopia del Boletín Oficial de la Provincia en los expedientes.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. P. E. B. contra las resoluciones de la Dirección del Puerto de Palma de Mallorca de 4 y 5 de Junio de 1.982 que le impusieron sanción de 600 pesetas de multa como responsable subsidiario de infracciones de circulación en el muelle de la Lonja y contra la Resolución de la Dirección General de Servicios del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 7 de Diciembre de 1.983 que le desestimaron los recursos de alzada interpuestos contra la anterior, debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos no conformes con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia los anulamos, sin hacer declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

102

102. **BIENES MUNICIPALES.** Recuperación de oficio por posesión administrativa o uso público de un camino. El ejercicio de tal facultad por la administración municipal está subordinada a una prueba completa y acabada de la posesión administrativa y de su perturbación por el administrado. *Sentencia de 18 de Junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por D. A. M. R., tiene por objeto el acuerdo del Ayuntamiento de Deyá de 21 de Junio de 1983, por el que en relación a quejas manifestadas verbalmente a la Alcaldía, referentes a la privación del tránsito rodado por el camino del Recó por parte del propietario de la finca C'an Oliver, se decidió la retirada inmediata de la barrera que tiene instalada en dicho camino, antes de transcurridas 48 horas desde su recibo, dejando el paso libre a cuantos vecinos del barrio antes señalado deseen transitar por el mismo, así como a los que se dirijan a los establecimientos públicos existentes; así como también tiene por objeto la desestimación tácita por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto por el recurrente en su condición de propietario del indicado predio C'an Oliver, contra el anterior acuerdo.

CONSIDERANDO: Que si bien son indudables las facultades municipales intervencionistas sobre la propiedad y actividad de los administrados, previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico Local, especialmente la detallada y privilegiada regulada en el artículo 404 de la Ley de Régimen Local de 1955 y 55 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (Decreto de 27 de Mayo de 1955), como enseña y proclama una ya nutrida Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, dada la naturaleza privilegiada y el carácter estrictamente posesorio de la facultad de recuperación administrativa que los citados preceptos conceden —facultad que en esencia constituye una auténtica acción interdictal, actuada directamente por la propia autoridad de dichas Corporaciones—, es evidente que su ejercicio lícito viene subordinado a la real existencia de una prueba completa y acabada por la que se demuestre, en primer lugar, la posesión administrativa, el uso público, sin perjuicio de la verdadera naturaleza de su titularidad dominical y, en segundo lugar, que tal uso público haya sido perturbado o usurpado por el administrado contra quien se dirige la acción municipal, recuperación factible y obligada «en cualquier momento» por así disponerlo el Reglamento Local antes citado (Sentencias, entre otras, de 25 de Enero, 22 de Abril, 18 de Junio de 1968, 20 y 29 de Marzo y 5 de Diciembre de 1969, 27 de Enero de 1970, 29 de Noviembre de 1971, 20 de Mayo y 23 de Octubre de 1974, 5 de Mayo de 1980, y las más modernas de 25 de Octubre y 5 de Diciembre de 1983).

CONSIDERANDO: Que en el presente caso, no sólo no existe ninguna clase de prueba de la posesión administrativa o uso público del camino que cierran las puertas o barreras ordenadas quitar, ya que las del expediente se reducen a dos quejas de vecinos del Recó referidas a que el propietario de C'an Oliver les había impedido transportar

materiales de construcción por el camino en cuestión y las acompañadas con el escrito a que se refiere el artículo 35. 3 de la Ley Jurisdiccional, solicitado por la Sala, habida cuenta de la abstención del Abogado del Estado motivada en estimar no ajustado a derecho el acto impugnado, consisten sólo en dos planos donde figura el camino debatido junto con otro, que discurriendo por fuera de la finca C'an Oliver, conduce al caserío del Recó, sino que además el recurrente ha probado documental y pericialmente que no ha habido perturbación o usurpación por su parte, pues las barreras en cuestión, desprovistas de cerradura para dar paso a las personas autorizadas por el propietario, están situadas en terreno de su propiedad, y existen, al menos, desde hace cincuenta años, para dar paso desde el camino público, a otro que discurre por el predio hasta la parte posterior de su vivienda, cuya parte anterior también tiene acceso, como la demás del caserío del Recó, al otro camino que conduce a la localidad.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. A. M. R. contra el acuerdo del Ayuntamiento de Deyá (Mallorca) de 21 de Junio de 1.983, que le ordenó la retirada de las barreras de acceso al camino que transcurre por la finca C'an Oliver hasta el Recó y contra la desestimación tácita por silencio, del recurso de reposición interpuesto por el interesado contra el anterior, debemos declarar y declaramos dichos actos municipales no conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los anulamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

104

104. URBANISMO. Declaración de ruina. El concepto de daño no reparable por medios técnicos normales ha de establecerse teniendo en cuenta las actuales técnicas constructivas; aun cuando las mismas evitan la sustitución de elementos estructurales se podrá estar ante tal concepto. *Sentencia de 20 de Junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso Contencioso-administrativo interpuesto por D. S. H. H., tiene por objeto el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de 9 de Febrero de 1.983, que en relación al inmueble de cuya planta baja es arrendatario, dispuso lo siguiente: «1º.- Declarar en estado de ruina legal la finca determinada con el núm. 1 de la c/ R. C. de esta Ciudad

por hallarse incurso en el supuesto a) del apartado 2 del artículo 183 de la Ley del Suelo (daños no reparables técnicamente por medios normales en el elemento estructural formado por el forjado de la cubierta. 2º.- Ordenar a la propiedad del inmueble que bajo la correspondiente dirección técnica competente (Arquitecto), en el plazo de TRES MESES, con adopción de las medidas previstas en el artículo 142 de las OO.MM. sobre Uso del Suelo y Edificaciones, procede a la demolición del inmueble. 3º.- Dar cuenta de la presente resolución al Negociado de Urbanismo a efectos de lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de Disciplina Urbanística, relativo al Registro de Edificación Forzosas»; así como también tiene por objeto el acuerdo de la misma Comisión de 16 de Noviembre del mismo año desestimatorio de recurso de reposición interpuesto por el interesado contra el anterior.

CONSIDERANDO: Que como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, el concepto de estado ruinoso de una edificación contenido en el artículo 183 de la Ley del Suelo, constituye un concepto jurídico indeterminado, a cuya concurrencia liga la norma determinadas consecuencias jurídicas condignas con aquella calificación, que para ser aplicables a una construcción requieren la veraz comprobación que habrá de hacerse a través de las pruebas del expediente y de los autos, entre las que cobra especial relieve la pericial emitida por técnicos de Arquitectura, al constituir ésta el medio más idóneo para ponderar una situación ligada a la ciencia al arte de la construcción, debiendo el órgano judicial al apreciarla con libertad de juicio solamente limitada por la sana crítica, tener en cuenta su imparcialidad así como su fundamento (Sentencias de 4 de Octubre de 1.974, 30 de Enero de 1.978, 19 de Septiembre de 1.981, 14 de Diciembre de 1.982 y 18 de Enero, 21 de Marzo, 18 de Abril, 11 de Octubre, 17 de Octubre, y 21 de Noviembre de 1.983, entre otras).

CONSIDERANDO: Que reducido el presente caso, a tenor del contenido del acto municipal impugnado y de las alegaciones de las partes en el proceso, el supuesto del artículo 183, 2.a) de la vigente Ley del Suelo --daño no reparable técnicamente por los medios normales-- aparece evidente la procedencia de declarar en estado de ruina la finca objeto del litigio, confirmando el acuerdo municipal que así lo decidió, pues coincidiendo todos los Arquitectos que la han examinado en precisar que el forjado del techo de la planta baja, tiene tres viguetas cuya resistencia está disminuida al haberse abierto en su cara inferior y que el forjado del techo de la planta piso, que constituye la cubierta del total edificio, tiene nada menos que diecinueve viguetas en tal estado, amén de grietas en el muro medianero, primera crujía y fachada principal (dictámenes de los Arquitectos municipales a los folios 15 y 26), si bien los peritos municipales estiman indispensable la sustitución de todos los elementos de los forjados, que implica por medios normales, mientras que los peritos judiciales, estiman un teórico forjado nuevo metálico que eluda la necesidad de la demolición de los elementos deteriorados, es indudable que, de un modo o de otro, nos encontramos en el supuesto legal contemplado en el acto municipal impugnado, ya que el concepto de daños no reparables por los medios ordinarios de la técnica comprende en sentido jurídico, todas las obras de reconstrucción o sustitución de elementos estructurales de la construcción (Sentencias de 25 de abril, 14 y 31 de Mayo y 26 de Junio de 1.975, 27 de Febrero de 1.976, 7 de Diciembre de 1.978, 31 de Enero y 9 de Febrero de 1.979, 30 de Mayo de 1.983, etc.), las cubiertas son partes vitales del edificio (Sentencias de 16 de Octubre de 1.969, 29 de Enero de 1.971, 11 de Febrero y 27 de Octubre de 1.975, 16 de Enero de 1.976 y 18 de Enero de 1.983) y aunque la misma jurisprudencia tiene declarado que sólo podrán estimarse daños no recuperables por medios normales aquéllos que

respondan a supuestos de verdadero agotamiento de estructuras y elementos básicos del edificio que impongan demoliciones generalizadas e importantes para luego reconstruir partes principales (Sentencias de 31 de Diciembre de 1.974, 27 de octubre de 1975, 8 de Febrero de 1982 y 24 de Enero de 1.983) y que no pueda ignorarse que las técnicas constructivas hoy permiten conceputar de normales a varios supuestos de obras que encajan dentro de las precisiones de los artículo 181 y 60 de la Ley del Suelo (Sentencias de 15 de Abril y 21 de Mayo de 1.980, 18 de Enero y 21 de Marzo de 1.983), la realización de un forjado inferior cuya función sería el sostén del existente, excede de estos supuestos jurisprudenciales, pues implica en realidad una obra de reconstrucción de elementos estructurales y así ha sido estimado en sentencias que se han ocupado de esta hipótesis, como las de 26 de Octubre de 1.973, 21 de Marzo y 30 de Mayo de 1.983.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. S. H. II. contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de 9 de Febrero de 1.983 que declaró estado de ruina legal la finca sita en la calle R. C. nº 1 de la Ciudad y contra el Acuerdo de la misma Comisión de 16 de Noviembre del mismo año que le desestimó la reposición del anterior, debemos declarar y declaramos dichos actos municipales conformes con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia los confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas. (Ponente:Ignacio Infante Merlo).

108

108. Dº ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Aplicación de concepto de delito continuado a las sanciones administrativas. *Sentencia de 27 de Junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar dos Decretos de la Alcaldía del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 22 de noviembre de 1.983, recaídos en los expedientes 206 y 207 del mismo año, instruidos por el Negociado de Sanidad y A.S., que imponen sendas multas de 2.000 pesetas por producir los perros del hoy recurrente, D. G. P. R., molestias a los vecinos del número de la calle de esta Ciudad; y el Decreto de 16 de enero de 1984, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra aquéllos.

CONSIDERANDO: Que en el Hecho de la demanda, se alega sin repercusión en los Fundamentos de Derecho ni en el Suplico de la misma, lo que bastaría para rechazar la alegación, por cuanto el efecto natural en caso de acogerse sería el de reponer las actuaciones para que se dictase una nueva resolución motivada, se alega, repetimos,

que el recurso de reposición fue resuelto sin que el Decreto contenga suficientes razonamientos pero si bien es cierto que los artículos 43 y 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo establecen que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho, los actos que resuelvan recursos, también lo es que la Jurisprudencia ha interpretado tal exigencia de forma muy amplia, declarando que los actos administrativos no pueden ser tratados con el rigorismo formal de las resoluciones judiciales, sino que basta que de su total contexto resulten elementos suficientes para identificarlos por sus causas y para sus consecuencias, ya que la finalidad de dichos preceptos no puede ser otra que la de que se dé a conocer al interesado el fundamento de lo decidido, para que, caso de resultarle desfavorable, sin ignorancia ni obstáculo alguno, pueda examinar y rebatir las motivaciones, sin que quepa confundir la brevedad y concisión de términos con la falta de motivación, ni necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido este requisito con que, aun sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución, y, en todo caso, que tal vicio haga incidir el acto en nulidad, o, lo que es igual, que determine, como expresa el artículo 48 de dicha Ley, la indefensión de los interesados o, por su entidad, la carencia en el mismo de los requisitos formales necesarios para alcanzar su fin (sentencias de 28 de marzo y 30 de junio de 1.982), lo que, manifiestamente, no concurre en el supuesto ahora enjuiciado, máxime si se pone en relación el Decreto de 16 de enero de 1.984 con el escrito interponiendo el recurso de reposición que desestima.

CONSIDERANDO: Que la doctrina jurisprudencial ha establecido que la ausencia en la legislación de una parte general de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de interpretarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho penal ordinario, doctrina que arranca de las sentencias de 2 y 25 de marzo de 1.972 y ratifican sin vacilación otras más recientes, que advierten que en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos y la interpretación de las normas se mueven en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio, sea cual sea la jurisdicción en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios, establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos y cuyo respeto legitima la imposición de sanciones, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal por norma jurídica, antijurídica, esto es, lesiva de un bien protegido por la Ley, y culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, y sin que proceda en ningún caso la interpretación extensiva ni analógica.

CONSIDERANDO: Que se estima que los hechos denunciados se hallan acreditados, pues si en la vía administrativa los vecinos D. A. F. N., Doña P. C. M., Doña D. M. C., D. A. M. V. y D. J. J. A. manifestaron ante componentes de la Unidad de Medio Ambiente de la Policía Municipal que los perros del Atico les causan molestias, en esta jurisdiccional no sólo ratificaron tales manifestaciones, sino que las concretaron en que: deambulan, sobre todo uno grande, por la escalera solos y libremente, sin bozal, asustando a los niños y con riesgo para las personas en general; suben al terrado en donde hay ropa tendida; dejan pelos en la escalera y en una terraza; ladran frecuentemente, cuando están en celo provocan la reunión de gran cantidad de perros en la referida escalera; y hacen sus necesidades en ésta y en la terraza del denunciado, obstruyendo las cañerías del desagüe, lo que ya ocurrió en tres ocasiones (folios 29, 122, 123, 125 y 131).

CONSIDERANDO: Que estos hechos imputables al denunciado se hallan tipificados en el artículo 133 de las Ordenanzas Municipales, que después de declarar lícito poseer animales destinados a la guarda, caza, recreo o especulación, impone la posesión de locales suficientemente espaciosos y adecuados para su constante permanencia, de modo que no puedan causar a nadie molestias o ser una amenaza a la tranquilidad de los vecinos; así como, de un modo general, en el 9 de la misma, en cuanto prohíbe ejecutar cualquier clase de actos injustificados que puedan perjudicar directa o indirectamente a las personas o propiedades o derechos; existiendo, por otra parte, plena observancia del principio de la proporcionalidad que regula la relación entre la infracción cometida ya la sanción impuesta -la multa máxima autorizada es de 15.000 pesetas; ahora bien, no puede olvidarse la necesidad de que el poder sancionador de la Administración se rija por los principios del orden penal clásico, como queda expresado, principalmente en lo que se refiere a los de tipicidad y legalidad de la sanción; y en este orden de cosas también es fundamental la figura jurídica de la infracción continuada, que de la Jurisprudencia ha pasado a la propia Ley penal -Ley Orgánica 8/83, de 25 de Junio, de reforma del Código Penal, artículo 69 bis-, estimando aquélla dicha figura como un ente real, esencial y ontológicamente autónomo, por lo que debe utilizarse en una correcta técnica sancionadora cuando concurren sus elementos estructurales: pluralidad de acciones, homogeneidad de éstas, unidad de sujeto activo con designio único y unidad de precepto violado, condiciones que resultan cumplidas en el supuesto de autos, en donde los días 7 y 8 de octubre de 1983 se denuncia, ante el mismo Agente y por los mismos vecinos de la calle a D. G. P. R., por idénticos hechos y con cita del mismo precepto infringido (folios 1 y 2 y 1 y 5 de los expedientes administrativos), por lo que es evidente la procedencia de aplicar tal figura e imponer una sola sanción.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. en nombre de D. G. P. R., contra dos Decretos de la Alcaldía del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 22 de noviembre de 1.983, que le imponen sendas multas de 2.000 pesetas por producir sus perros molestias a los vecinos, y contra el de 16 de enero de 1.984, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra aquéllos, debemos declarar y declaramos que no son conformes a Derecho en cuanto imponen dos sanciones, siendo procedente, y en ello existe conformidad con el Ordenamiento jurídico, la imposición de una sola multa en la cuantía expresada, anulándose, pues, el Decreto dictado en el expediente 207 y manteniendo el del 206 y el que resuelve el recurso de reposición: sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

114

114. URBANISMO. Instalaciones industriales en suelo no urbanizable. Su utilidad pública o interés social constituyen conceptos jurídicos indeterminados excluidos de la discrecionalidad administrati-

va por tanto revisable en vía jurisdiccional. *Sentencia de 9 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso Contencioso-administrativo interpuesto por G. M. A. y cinco vecinos más del municipio de Algaida (Mallorca), tiene por objeto la impugnación de los siguientes actos administrativos: a) el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo --Sección Insular de Mallorca-- del Consejo General Interinsular de las Baleares de 20 de abril de 1.983, por el que se aprobó la solicitud de la entidad «B. de A. y O. P., S.A.» de instalación de una planta de aglomerado asfáltico a emplazar en suelo no urbanizable del municipio de Algaida, sin perjuicio de la licencia municipal de obras y otras autorizaciones procedentes; b) el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Algaida de 20 de mayo de 1.983 por el que se concedió a la empresa B. A. licencia de obras para la construcción de una planta de aglomerado asfáltico en «la Marina», Algaida, con un presupuesto de 1.235.000 pesetas; c) el Decreto de la Alcaldía de Algaida de la misma fecha, 20 de Mayo de 1.983, por el que, con las condiciones y medidas correctoras señaladas se concedió a B., licencia municipal de instalación de industria dedicada a la fabricación de aglomerado asfáltico, sita en Marina (carretera Palma-Manacor Km. 17) del término municipal, calificada como molesta-peligrosa por producción de ruidos y peligro de incendios; y d) las denegaciones tácitas, por silencio administrativo del recurso de alzada y los de reposición interpuestos por los interesados ante el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, Comisión del Ayuntamiento de Algaida y Alcaldía, respectivamente, si bien el expediente consta (folio 386) que el primero de ellos fue desestimado expresamente en sesión del 24 de noviembre de 1.983, es decir, con posterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo, el día 7 del mismo mes año, habiéndose ampliado a dicho acto expreso el recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere a los actos impugnados señalados con las letras a) y b) --aprobación de la solicitud de instalación de industria en suelo no urbanizable y licencia municipal de obras de dicha instalación-- es preciso el estudio conjunto de la pretensión de nulidad de uno y otro, al ser el segundo acto de ejecución del primero, pues como expresa la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1.983, si bien en principio y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 178 y 179 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Texto Refundido promulgado por Real Decreto 1346/76 de 9 de abril), la competencia para otorgar las licencias de urbanismo corresponde a los ayuntamientos con sujeción a las normas de procedimiento prevenidas en la legislación de Régimen Local, existen supuestos en que esa competencia es ejercida por otros órganos, entre ellos, las Comisiones Provinciales de Urbanismo, las que las ejercerán, aparte de los supuestos contemplados en el artículo 9º, 1. 5º del Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales, en los casos prevenidos en los artículos 35. 1., 2º y 36. 1. de la Ley del Suelo, es decir, respecto a los supuestos como el que nos ocupa, en que se trata de construcciones o instalaciones a realizar en suelo urbanizable no programado y en suelo no urbanizable, previos los trámites establecidos en el artículo 43.3. de la misma Ley.

CONSIDERANDO: Que en estos supuestos y como también tienen ya sentado las Sentencias del Alto Tribunal de 4 y 8 de Octubre y 27 de Septiembre de 1.982, al ser el artículo 85 citado una reproducción más generalizada del artículo 69 de la primitiva

Ley, en la que se exceptuaban de las limitaciones urbanísticas del suelo rústico las que desarrollaran un fin nacional, asistencial, educativo o sanitario y dado el contenido de su limitación 2ª de que «podrán autorizarse, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 43.3., edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural», aparece evidente que la resolución sobre la legalidad de estas licencias o autorizaciones excepcionales, en cuanto constituyen supuestos especiales de las normas generales de limitación para este suelo y de las competencias de su otorgamiento, habrá de depender de que en el caso enjuiciado se demuestre o no: a) la existencia del supuesto concreto de excepcionalidad en atención a la naturaleza de la construcción aprobada; b) la existencia de la misma excepcionalidad en atención a la necesidad del emplazamiento en suelo calificado como no urbanizable o rústico; y c) si se ha procedido a la autorización a través del procedimiento adecuado y por el órgano competente; pero en el caso que enjuiciamos en que no se discute ni la regularidad del procedimiento establecido en el artículo 43.3. de la ley del Suelo, ni la competencia de la Comisión Provincial de Urbanismo por ser evidente ésta y haberse cumplido por ella todos los trámites exigidos, la cuestión se reduce a las dos primeras condiciones de excepcionalidad.

CONSIDERANDO: Que por esa razón de excepcionalidad respecto a las limitaciones generales establecidas para suelo rústico o no urbanizable, tanto con carácter nacional por la Ley del Suelo, como con carácter más restringido a determinado territorio que establezcan Planes Territoriales o municipales, hay que excluir también del estudio del cumplimiento de aquellas condiciones, las alegaciones de los demandantes referidas a supuestas vulneraciones del Plan Provincial de Baleares que, aun vigente, fue aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y ello sin perjuicio de la necesaria prevalencia por razón de jerarquía de la normativa urbanística, de los artículos 85 y 36 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 19/1975 de 2 de Mayo, sobre dicho Plan Provincial.

CONSIDERANDO: Que como quiera que la primera de las condiciones de excepcionalidad --la derivada de la naturaleza de la construcción o instalación aprobada-- viene determinada en función de su utilidad pública o de su interés social y constituyendo estas expresiones legales conceptos jurídicos indeterminados, excluidos de la discrecionalidad administrativa y por tanto revisables en vía jurisdiccional, se hace preciso examinar las circunstancias concretas que concurren en la instalación industrial autorizada a fin de resolver si las mismas son suficientes a justificar la excepcionalidad constituida por su utilidad pública o su interés social; y del examen de los dictámenes o informes que precedieron al acto impugnado y combatieron las alegaciones formuladas por los oponentes en el trámite de información pública del expediente, aparece justificada la calificación de la utilidad pública de la instalación en cuestión, pues la finalidad perseguida de tener suficiente producción de aglomerado asfáltico necesario para la construcción, acondicionamiento y conservación de las carreteras de las que es adjudicataria en acto concesional la empresa promotora de la instalación --como puso de manifiesto el informe del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo-- en los términos municipales inmediatos a ella --Algaida, Sineu, Santa María y Palma-- no puede desvirtuarse por la prueba practicada a instancias de los demandantes sobre la existencia de otras plantas, también situadas en medio rural, en Puigpunyent, Montuïri y Felanitx, ni por las cifras de producción de éstas, pues a las circunstancias concurrentes en esta clase de plantas industriales que determinan la inmediata utilización del asfalto una vez producido pues se solidifica rápidamente, e imponen la conveniencia de su ubicación en los lugares más cercanos a su utilización, se unen las

derivadas tanto de la calidad exigida para las carreteras de uso público, como las de abaratamiento del producto por su proximidad a la cantera que suministra el material básico y por una mayor competitividad de las empresas, que incluso puede eliminar o al menos paliar posibles restricciones coyunturales del suministro con el consiguiente retraso en las obras públicas y perjuicio para el interés general.

CONSIDERANDO: Que no cabe argumentar contra esa utilidad pública de la instalación, la necesidad de que se declare por norma con rango de Ley formal, al no exigirla el procedimiento establecido en el artículo 43. 3 de la Ley y desarrollado en el artículo 44.2. de su Reglamento de Gestión (Real Decreto 3288/1978 de 25 de Agosto), sobre todo cuando además de haberse cumplimentado en el expediente todos los trámites exigidos en dicho precepto reglamentario para las autorizaciones a conceder por la Comisión Provincial de Urbanismo, se ha solicitado informe, no exigido, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo que afirma, más aún, la valoración de la utilidad pública de la instalación a autorizar y menos aún la alegación referente a no haber contemplado dicha autorización la posibilidad de formación de su núcleo de población, pues, como se deduce claramente de los propios términos del tan repetido artículo 35. 2º, que hace la lógica separación entre los supuestos de excepción de edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social y los edificios aislados destinados a viviendas familiares, con las palabras «así como», dicha exigencia sólo es aplicable a estas últimas, pues las otras, por su naturaleza, no pueden producir esos núcleos, sino, al contrario, impedirlos en múltiples supuestos.

CONSIDERANDO: Que en los que respecta a la segunda condición anteriormente expresada --excepcionalidad en atención a la necesidad de emplazamiento en suelo rústico o no urbanizable-- y supuesta la inexistencia, no combatida, de proximidad de la planta autorizada a núcleo urbano, hay que rechazar la alegación de los actores de que las industrias deben emplazarse siempre en suelo urbano, pues esta alegación no sólo contradice el sentido de la excepcionalidad del tantas veces citado artículo 85. 2º, sino que además, por la propia naturaleza de la instalación calificada como molesta-peligrosa, es aconsejable su ubicación en medio rural, apareciendo justificada, además, la concreta en el lugar elegido por la empresa promotora, por la razón de economía de su cercanía al lugar de la producción de áridos, pues según reconocen los propios demandantes en conclusiones e hizo constar la autorización impugnada, el transporte del árido a la planta y el del aglomerado a su destino alcanza de un 15 a un 20% del precio final, por lo que la situación escogida es óptima también en lo que respecta a su proximidad a las obras públicas de las que la empresa autorizada es concesionaria y a su buena comunicación, inmediata a una de las dos vías más importantes de la isla de Mallorca, como es la carretera Palma-Manacor con la adecuada cercanía a la primera ciudad.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere al tercer acto administrativo impugnado --el Decreto de la Alcaldía que concedió a B. licencia de instalación de industria dedicada a la fabricación de aglomerado asfáltico, calificada como molesta-peligrosa por producción de ruidos y peligro de incendios-- de lo expuesto en anteriores considerandos se infiere la procedencia de rechazar las alegaciones de los actores sobre su ilegalidad en base a lo dispuesto en los artículos 4 y 30. 1. del Decreto 2414/61 de 30 de Noviembre que aprueba el Reglamento de industrias molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, pues en cuanto al primero, si bien es cierto que el precepto dispone que las fabriles de este carácter «sólo podrán emplazarse, como regla general, a una distancia de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población agrupada», el propio

artículo otorga a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos la facultad de señalar el lugar adecuado cuando no existieran normas que lo previeran en las Ordenanzas municipales y en los Planes de Ordenación del respectivo Ayuntamiento, que es, precisamente, lo que sucede en el presente caso en el que no existiendo tales normas municipales, la Subcomisión Insular de Saneamiento de la Comunidad Autónoma, ejerciendo las competencias de aquella Comisión Provincial, informó favorablemente el otorgamiento de la licencia, según aparece del respectivo expediente sin foliar, siendo este informe vinculante para el Ayuntamiento a tenor de lo establecido en los artículos 7º, 2. y 33. 2. del Reglamento invocado, modificado por Decreto 3494/64 de 5 de Noviembre, cuando impliquen denegación o imposición de medidas correctoras, aclarando la Instrucción para su aplicación de 15 de marzo de 1.963, que en el caso contrario los Alcaldes podrán denegarlas solamente «cuando existan razones ajenas a su posible calificación como actividades molestas, nocivas, insalubres o peligrosas» (artículo 3º, 2.) y todo ello sin perjuicio de que ni de los autos, ni del expediente aparezca la existencia de un núcleo de población agrupada a menos de aquella distancia; y en cuanto al artículo 30. 1. del citado Reglamento aparece inaplicable en el presente caso en el que las competencias urbanísticas corresponden a la Comisión Provincial de Urbanismo, a tenor de lo establecido en el artículo 85, 2º de la Ley del Suelo, tantas veces repetido en anteriores considerandos.

CONSIDERANDO: Que en lo que se refiere al incumplimiento por parte del Decreto de la Alcaldía impugnado que concedió la licencia de instalación, de las normas sobre régimen especial de las actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera establecidas en el Decreto 833/1975 de 6 de Febrero y Orden que lo desarrolla de 18 de octubre de 1.976, hay que recordar, en relación con el informe vinculante o autorización de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria a que se refiere el artículo 3º de la Orden, en desarrollo de los artículos 55 y siguientes del Decreto, que la doctrina Jurisprudencial reiteradamente tiene establecido en los casos de concurrencia necesaria de permisos o autorizaciones de varias autoridades u organismos administrativos, cada uno con privativas y específicas competencias en razón de las finalidades del interés público que respectivamente tutelan, tales permisos se tramitan con independencia, aunque sea necesario que todos ellos concurren, por lo que ninguna de aquellas autoridades u Organismos puede exigir el de las demás con carácter previo al otorgamiento del suyo propio, ya que esta exigencia haría muy difícil o casi imposible el otorgamiento, incluso con tramitación conjunta o paralela, bastando que, en el momento del ejercicio del derecho del administrado, existan todos, siendo por ello sólo posible condicionarlo así en lo que otorgue cada organismo (Sentencias de 19 de enero de 1.973, 6 de marzo de 1.979 y 18 de Diciembre de 1.981, entre otras muchas); que es, precisamente, lo resuelto en el Decreto impugnado, pues constando en el expediente administrativo la presentación por parte de la empresa promotora del proyecto en la Dirección Provincial de Industria y Energía, se supedita en la condición 4º su funcionamiento al cumplimiento del Decreto 833/1975 citado y al control periódico por parte de la Consellería de Industria.

FALLAMOS: Que desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. G. M. A. y cinco vecinos más de la localidad de Algaida cuyos nombres se expresan en el encabezamiento de esta sentencia, contra el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares de 20 de Abril de 1.983, contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Algaida de 20 de Mayo de 1.983 y contra el Decreto de la Alcaldía de Algaida de la misma fecha que otorgaron a la entidad B. autorización, licencia de obras y de instalación de industria, respectivamen-

te, para una planta de aglomerado asfáltico en suelo no urbanizable de aquel término municipal, así como contra las desestimaciones tácitas o expresas de los recursos interpuestos contra aquellos actos, debemos declararlos y los declaramos conformes con el Ordenamiento Jurídico y en consecuencia, los confirmamos, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el recurso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

117

117. URBANISMO. Desestimación del recurso interpuesto contra el acuerdo que aprueba definitivamente las Normas Complementarias y Subsidiarias de planeamiento de los Espacios Naturales denominados Es Salobrar y Platja d'es Trenc. *Sentencia de 17 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 22 de Agosto de 1983, que aprueba definitivamente las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento de los espacios naturales denominados «Es Salobrar» y «Platja des Trenc» del término municipal de Campos, y el de 1 de Diciembre del mismo año, que desestima el recurso de reposición formulado contra aquél.

CONSIDERANDO: Que la demanda se basa en que: a), la aprobación definitiva introduce modificaciones con respecto a la inicial, y en lugar de redactar un texto definitivo ordena a los Servicios de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio que las efectúen para adecuarlas a las rectificaciones de la resolución, sin que sea preciso elevar de nuevo las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamientos al Consejo de Gobierno, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47. 1 b) de la Ley de Procedimiento Administrativo —los actos de la Administración son nulos de pleno derecho cuando su contenido sea imposible...—, determina su nulidad al no existir en aquéllas la necesaria concreción para su aplicación; y b), falta su publicación en el Boletín Oficial del Estado, de acuerdo con lo ordenado en los artículos 51 de la Ley del Suelo y en el 163, 2 y 3 del Reglamento de Planeamiento, en relación con el 151. 4 de éste, por cuanto afectan a diferentes áreas de distintos términos municipales.

CONSIDERANDO: Que también en la demanda se expresa, sin desarrollo y fundamentación jurídica ulteriores, que «las Normas Complementarias y subsidiarias aprobadas cambian la calificación urbanística de los terrenos, respecto de los cuales existe un Plan Parcial en tramitación desde el 24 de Julio de 1978. En el Plan General de

Ordenación eran calificados de reserva urbana (actualmente urbanizable programado, según el artículo 3 del Decreto-Ley de 16-X-81) y han pasado a ser no urbanizables» —en el escrito de conclusiones se dice urbanizable no programado—, «cosa que no es legalmente posible»; pero el recurrente olvida que, como una manifestación del *ius variandi*, no puede negarse a la Administración la facultad de introducir alteraciones y toda clase de cambios como manifestación de la necesidad de adoptar nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio y de la clasificación del suelo, motivado por la elección de un modelo territorial distinto en razón de circunstancias sobrevenidas de carácter demográfico, económico, ecológico o de otro tipo, los cuales inciden sustancialmente sobre la ordenación anterior, e incluso por agotamiento físico y jurídico de su capacidad —argumento: artículo 154 del Reglamento de Planeamiento—; sin que, dentro de la técnica revisora de planes (artículos 47 y siguiente de la Ley del Suelo) y frente a esta facultad de introducir alteraciones y toda clase de cambios, pueda prevalecer el criterio del particular afectado y surja como único tope de aquellas potestades revisoras de los planes en relación con las situaciones jurídicas de los particulares amparadas en planes anteriores, la norma contenida en el artículo 37. 2 de dicha Ley, en relación con el 159 del referido Reglamento (Sentencias de 30 de Junio de 1980, 24 de Noviembre de 1981, 1 de Febrero, 6 de Julio y 20 de Septiembre de 1982 y 23 de Marzo de 1983).

CONSIDERADO: Que, en cuanto al primero de los problemas planteados, ha de entenderse que las Normas de que se trata quedaron aprobadas definitivamente el 22 de Agosto de 1983, es decir, dentro del plazo de los seis meses a que se refieren los artículos 51 de la ley del Suelo y el 163. 3 del Reglamento de Planeamiento, sin que a ello obste la necesidad de introducir modificaciones para adecuar aquéllas a las rectificaciones acordadas en la resolución aprobatoria; y es que, en primer lugar, el artículo 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo —los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa, pero su eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior— distingue la validez y la eficacia del acto administrativo, suponiendo la primera la concurrencia en el mismo de todos los elementos que deban integrarlo según los requisitos propios de cada caso y la competencia del órgano que lo pronunció, gozando incluso de una presunción *iuris tantum* de validez que traslada al imprugante la carga de probar lo contrario, en tanto que la eficacia o producción de efectos puede quedar condicionada en ciertos supuestos, como los que el referido precepto establece; y ya en el terreno urbanístico, el artículo 56 de la Ley del Suelo distingue ejecutividad y ejecutoriedad de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, proyectos, normas, ordenanzas y Catálogos, pues si bien serán inmediatamente ejecutivos, una vez publicada su aprobación definitiva, carecerán de ejecutoriedad en cuanto al sector a que se refieran, si la aprobación se otorgase a reserva de la subsanación de deficiencias, mientras no se efectuare; por otra parte, si bien el artículo 132. 3 b), párrafo tercero, no se refiere exactamente al caso contravertido, ya que la subsanación se realiza por la Entidad que hubiere otorgado la aprobación provisional, es evidente que al permitir que el Plan entre en vigor directamente sin necesidad de una nueva aprobación definitiva una vez realizada la subsanación, está promoviendo una supresión de trámites como el realizado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, de manifiesta analogía con el supuesto legal.

— CONSIDERANDO: Que la publicación en el Boletín Oficial del Estado se exige

legalmente en aquellos supuestos en que los acuerdos fueran adoptados por un Ministro, en razón, obviamente, del ámbito territorial de su competencia; pero al producirse la transferencia a favor de la Comunidad Autónoma (Real Decreto 2.245/79 y Disposición Transitoria Primera del Estatuto de Autonomía) y circunscribirse el ámbito territorial de sus acuerdos, es claro que la publicación de éstos puede perfectamente y a todos los efectos publicarse en un Boletín de ámbito provincial; además, el hecho de no publicarse el acuerdo en el Boletín del Estado y sí, solamente, en el de la Provincia, no puede producir una nulidad de pleno derecho del acto ni siquiera su anulabilidad, por cuanto no produjo indefensión ni privó a aquél de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin; debiendo, pues, relegarse el supuesto al campo de lo irregular, no invalidante.

CONSIDERANDO: Que carece de sentido la oposición a la pretensión indemnizatoria que se formula por la Comunidad Autónoma en su escrito de contestación; y ello porque el recurrente, como ya hiciera en la vía administrativa, se limita a hacer «la oportuna reserva de acciones», «para el caso de no ser apreciada la nulidad del acuerdo recurrido».

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. José Francisco Ramis de Ayreflor, en nombre de D. M. R. F., contra el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 22 de Agosto de 1983, que aprueba definitivamente las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento en los espacios naturales denominados «Es Salobrar» y «Platja des Trenc», del término municipal de Campos, y contra el de 1 de Diciembre de 1983, que desestima el recurso de reposición formulado contra aquél, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas y sin perjuicio de cualesquiera otras acciones. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

124

124. COLEGIOS OFICIALES DE MEDICOS. Denegación de colegiación a médico con título argentino. Los Colegios Oficiales no pueden invadir competencia de la Administración. Estimación de recurso. *Sentencia de 23 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J. A. C., de nacionalidad argentina y de profesión médico, tiene por objeto el Acuerdo del Pleno de la Junta Directiva del Colegio Oficial de Médicos de Baleares adoptado en su sesión de 9 de Junio de 1983 que, en relación a solicitud del

recurrente, resolvió sin más explicación, «desestimar su solicitud de colegiación en esta Provincia», si bien en virtud de nuevo escrito de aquél de 21 de Junio siguiente manifestando su disconformidad, fue aclarado a los fines de subsanar la insuficiencia de motivos de la notificación de fecha 10 de Junio, por comunicación del Colegio al interesado expresiva de que «a la vista de la comunicación del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 23 de Mayo de 1983 que acredita que D. J. A. C. ha obtenido la convalidación del título de Licenciado en Medicina y Cirugía a los efectos académicos sin que conste su equivalencia a efectos profesionales y faltando en la documentación presentada el certificado que acredite haber superado la prueba de aptitud especial para extranjeros, circunstancias que evidencian insuficiencia en la documentación presentada por lo que a tenor del artículo 38 de la O.M.C. debe ser denegada la colegiación»: así como también tiene por objeto la desestimación presunta, por silencio administrativo, de los recursos de alzada interpuestos por el interesado en 28 de Junio y 30 de Julio, respectivamente, contra el contenido del Acuerdo provincial manifestado en una y otra notificación, ante el Consejo General de Colegios de Médicos.

CONSIDERANDO: Que como tiene reiteradamente declarado la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en casos análogos de titulados académicos argentinos, (Sentencias, entre otras, de 30 de Junio y 27 de Octubre de 1982 y 21 y 24 de Enero, 8 y 10 de Marzo, 27 de Mayo, 31 de Octubre y 4 de Noviembre de 1983), al disponer el artículo 96. 1 de la Constitución Española de 1978 que los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno, es claro que otorga a lo establecido en el Convenio Cultural España-Argentina de 23 de Marzo de 1971, ratificado en 1972 (B.O.F. de 3 de Abril de 1973), cuyo artículo 2º referido al reconocimiento de títulos Académicos, establece que «las partes convienen en reconocerse mutuamente los títulos académicos de todo orden y grado tal como los otorga y reconoce el otro país oficialmente», carácter de norma fundamental, a cuyo tenor han de interpretarse y aplicarse las demás disposiciones normativas del ordenamiento interno, pues sus disposiciones, como añade el mismo artículo de la Constitución, «sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional»; es decir, que no podrán ser modificadas por Ley o disposición de rango inferior por tenerse que respetar, en todo caso, la jerarquía normativa.

CONSIDERANDO: Que la reciprocidad establecida en el artículo 2º del Convenio respecto al reconocimiento de Títulos Académicos, no puede verse afectada porque el mencionado precepto, en su párrafo segundo, disponga que «las Partes promoverán por medio de los órganos competentes de cada país, el derecho al ejercicio profesional por parte de quienes ostenten un título reconocido de acuerdo al inciso anterior, sin perjuicio de las reglamentaciones que cada país impone a sus nacionales», pues ello sólo implica que mientras en el país en el que se va a ejercer la profesión, esté reconocido el título del país de donde viene —como ocurre con el de Licenciado en Medicina y Cirugía— es obligatorio cumplir no sólo con los trámites exigidos para obtener la convalidación de su título universitario, para la que es únicamente competente el Ministerio de Educación, pero no otros órganos distintos y menos entidades que, como los Colegios Profesionales, ni representan a los intereses generales de la Comunidad, sino a los particulares de sus asociados, ni por tanto pueden identificarse con la verdadera administración Pública (Sentencia de 9 de Febrero de 1980), sino además, con los que origine el ejercicio profesional, cuales pueden ser la Colegiación y el pago de impuestos; pero en modo alguno, pues supondría modificar las disposiciones del Convenio, cabe exigir —como hace el Acuerdo impugnado— el superar

una prueba de aptitud especial para extranjeros, como la establecida por la Asamblea General del Consejo de Colegios Oficiales de Médicos de España en su sesión de 19 de Febrero de 1983 (folio 64 de los autos) de «que el aspirante a la colegiación domina suficientemente los textos deontológicos españoles sobre la profesión médica y el ordenamiento sanitario básico español» ya que esta exigencia que, en todo caso, pertenece al área de competencia de la Administración General del Estado que debe convalidar el título Académico, vulnera abiertamente, además, el artículo 96. 1 de la Constitución Española al modificar el contenido del artículo 2º del Convenio antes citado.

CONSIDERANDO: Que menos aun puede invocarse como motivo de denegación de la colegiación, el que la comunicación del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 23 de Marzo de 1983 «acredita la convalidación del Título de Licenciado en Medicina y Cirugía a los efectos académicos, sinque conste su equivalencia a efectos profesionales», pues sin perjuicio del desatino que supone separar unos efectos de otros, pues los títulos académicos universitarios tienen como fin facultar el ejercicio de la profesión (títulos facultativos), la colegiación sólo puede denegarse válidamente «cuando los documentos presentados con la solicitud de ingreso sean insuficientes u ofrezcan dudas sobre su legitimidad y *no se hayan completado o subsanado en el plazo señalado al efecto*» (artículo 38.1 a) del Real Decreto 1018/80 de 19 de Mayo que promulga los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial); lo que implica claramente la imposibilidad estatutaria de denegar a una colegiación por esta causa, sin conceder un plazo para completar la documentación, con lo que se hubiera podido incorporar el texto completo de la resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 23 de Marzo de 1983 que consta al folio 69 de los autos y que a la certificación en extracto que acompañó el solicitante por considerarla racionalmente suficiente, expresiva de que «tiene el título español de Licenciado en Medicina y Cirugía», añade, aunque, como se ha dicho innecesariamente, que «queda habilitado para el ejercicio de la profesión en España a que capacita el título citado».

CONSIDERANDO: Que tampoco y todavía menos, puede aceptarse la alegación de la contestación del problema del excedente de titulados en las Facultades de Medicina que tiene en estos momentos España, pues este problema, con ser grave, no puede ni debe solucionarse con la violación de la Constitución, Tratados y Leyes.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J. A. C. contra el acuerdo del Colegio Oficial de Médicos de Baleares de 9 de Junio de 1983, que le denegó colegiación solicitada y contra la desestimación presunta por silencio de los recursos de alzada interpuesto por el recurrente contra aquél, debemos declarar y declaramos dichos actos no conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos, declarando el derecho del recurrente a ser Colegiado e inscrito en el citado Colegio de Baleares, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el recurso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

125. DOMINIO PUBLICO. Diferencias entre autorización reglamentada de servicios privados de interés público y concesiones administrativas. Para las primeras son de aplicación las normas de contratación administrativa. *Setencia de 26 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Manacor de 18 de Abril de 1984, por el que adjudica la explotación de los servicios de temporada de las playas del término municipal, y la desestimación presunta del recurso de reposición formulada contra el mismo.

CONSIDERANDO: Que, como esta Sala tuvo ocasión de manifestar, la última en sentencia de 22 de los corrientes, entre los modos indirectos o descentralizados de gestión administrativo se incluye la llamada doctrinalmente «autorización reglamentada de servicios privados de interés público», cuya naturaleza específica ha dado lugar a una muy debatida polémica teórica y jurisprudencial, aún no superada, que hace en extremo difícil precisar las notas que la diferencian de otras instituciones de gestión indirecta y, en especial, de la concesión, de la cual procede y de la que se ha ido paulatinamente separando hasta constituir en la actualidad una figura autónoma que continúa dando lugar a conclusiones dispares; y desde un punto de vista positivo la diferencia cobra una evidente importancia, pues estas autorizaciones demaniales deben ser reguladas por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, mientras que la concesión administrativa ha de someterse al Reglamento de Contratación de las mismas; y dentro de las características que se atribuyen a las concesiones —uso intenso del dominio público por parte del concesionario; la titularidad de aquél en la Administración concedente; carácter fijo de las instalaciones; reversión de éstas a dicho dominio cuando finaliza la concesión; gestión de un servicio público cuya prestación se atribuye a la Administración; y forma de la remuneración debida a ésta—, cobran especial interés, dentro de lo que el Reglamento de Bienes llama uso anormal, caracterizado en razón a que el uso de bien no se realiza de conformidad con el destino propio y lógico del dominio público al que afecte, los denominados estacionamientos y ocupaciones; aquéllos son los que suponen un uso privativo anormal pero que no transforman ni modifican el dominio público, y que exigen la referida autorización reglamentada, y estas ocupaciones, las que implican no un mero estar sobre el dominio público sino ciertas transformaciones, que demandan concesión, y, como otra característica fundamental de ésta, producirán la reversión de lo implantado (sentencias de 2 de Marzo de 1979, 11 de Mayo y 31 de Octubre de 1982); pues bien, no cabe duda que en el supuesto de autos se está en presencia de un estacionamiento, que, como tal, es objeto de una autorización municipal, y, en consecuencia, como dice la sentencia de 28 de Mayo de 1984, no requiere la concesión referida en el artículo 10. 2 de la Ley de 26 de Abril de 1969, reguladora de las costas marítimas, y sí, solamente, la gestión directa o el convenio con particulares, pues, como sucede en el supuesto contemplado —alquiler de hamacas, toldos, patines...—, no se trata de un servicio público, sino de una actividad

particular con utilidad pública, expresión con la que se acogen aquéllas cuya titularidad no corresponde a una Entidad pública, sino que, permaneciendo en manos de los particulares están destinadas al público y en las que hay implicado un interés capaz de justificar una intervención administrativa por vía de reglamentación policial, actividades que no son objeto de convenio por alguno de los procedimientos de selección del contratista, sino que están subordinadas a la autorización administrativa a que hace referencia el Reglamento de Servicios, que las denomina «servicios de particulares destinados al público» (artículo 1º), y que corresponde a las Corporaciones Locales (artículo 17), a diferencia de los servicios públicos en sentido estricto, cuya contratación deba hacerse siguiendo los cauces establecidos en el Reglamento de Contratación; por todo ello es evidente que procede rechazar todos los motivos de oposición que se basen en la infracción de las normas de contratación pública, inaplicables, por lo expuesto, al supuesto que se contempla, claramente reglamentado por el referido Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de Junio de 1955, al tratarse, como queda reiteradamente dicho, de un servicio de interés público, no de un servicio público.

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente construye fundamentalmente su tesis con base en la existencia de oscuras maquinaciones, confabulaciones y actividades delictivas para lograr un fin predeterminado en su perjuicio, carentes de fundamento serio y contundente, sobre todo si se considera la extrema gravedad de las imputaciones que formula, que, en definitiva, quedan reducidas a una mera sucesión de suspicacias, sospechas y recelos o a la simple manifestación subjetiva de su inconformidad con el resultado del procedimiento; y frente a ello se alza el contenido del Acta de la sesión celebrada por la Comisión Municipal Permanente el día 18 de Abril de 1984, en cuyo apartado 35, bajo el epígrafe Licencias Demaniales, se constatan las vicisitudes que desembocaron en el acuerdo, y la documentación del acto de apertura de los sobres presentados, previa la constitución de la Mesa, presidida por el Primer Teniente de Alcalde, D. M. A. M., asistido del Secretario General de la Corporación, D. J. A. M.; por otra parte: 1º La «visita a las playas» en el mes de Marzo de 1984 de miembros del Consistorio y un futuro adjudicatario, se atestigua únicamente por D. J. P. A., que al ser repreguntado dice «que solamente conoce al Secretario, que es el que se dio a conocer», y por D. J. G. R., que reconoce que «estaba interesado en la concesión de la Playa Cala Domingo, pues era licitador» (folios 160, 161 162, 186, 187, 190 y 192 vuelto); 2º La teoría de que la letra y números de las plicas del adjudicatario, D. A. P. M., no están suscritas por la misma mano, y de que las proposiciones presentadas por aquél y por D. S. P. P. han sido escritos de puño y letra de una sola persona, no se ratifica por la prueba pericial, que expresa que «no existe semejanza general en la composición de los guarismos del documento suscrito con el nombre de D. A. P. M. primeramente estudiado con respecto a los que obran en el documento suscrito a nombre D. S. P. P., y que, respecto a las plicas de cada uno, la de aquél, tanto por el examen pormenorizado de letras y números, por «la madurez sicográfica del número y de la firma, el perito entiende que pueden atribuirse a la misma mano la factura de ambos», y que, en relación a la del Sr. P. P., «siendo tan variadas las respectivas morfologías de los ceros claramente visibles en los números, cuyos guarismos se han estudiado y cotejado, el perito estima que todos ellos han sido puestos por la misma mano» ... «a pesar de observarse claramente distinta tinta y bolígrafos en la ejecución de unos y otros»; 3º Debe insistirse en la existencia de un acta oficial de apertura de plicas, y de la ausencia de una prueba eficiente contraria a la inexistencia del acto, con acusada falta de declaraciones de la secretaria del Alcalde, del Teniente de Alcalde Sr. L. L., del Sr. A. y del Secretario de la Corporación; 4º La realidad de tal apertura (expediente administrativo); 5º La transmisibilidad de las licencias está reconocida por el artículo 61 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y por el 13 del

Reglamento de Servicios de las mismas; y 6º Del examen detenido de las ofertas se llega a la conclusión de que las adjudicaciones se ajustan a la base Séptima, por cuanto la oferta del Sr. P. por siete playas es superior a la del Sr. G. R., y, en conjunto, las cantidades por las nueve adjudicadas a aquéllos, superan la oferta del Sr. G.

CONSIDERANDO: Que al proceder la desestimación del recurso, de acuerdo con lo expuesto, no puede hablarse del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Nicolau de Montaner, en nombre de C. de M., S.A., contra el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Manacor de 18 de Abril de 1984, por el que se adjudica la explotación de los servicios de temporada de las playas del término municipal, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición formulado contra el mismo, debemos declarar y declaramos que los actos administrativos impugnados se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

126

126. IMPUESTO GENERAL SOBRE TRAFICO DE EMPRESAS: Actividad derivada de contrato de comisión mercantil: sujeta, pero exenta: fundamento. Prohibición de analogía. Prescripción: interrupción. *Cuestiones procesales:* distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo. *Sentencia de 29 de julio de 1985.*

I.- Ante todo y por razones de carácter procesal de todos conocidas, procede examinar la pretensión de inadmisibilidad del recurso, actuada por la parte demandada; y sobre ella hay que sentar que si bien esta causa de inadmisibilidad del recurso denominada por la doctrina como alegación o planteamiento de cuestiones nuevas, se basa en la esencial naturaleza revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo que impide se formulen ante ella peticiones por primera vez, sin que antes lo hayan sido a la Administración (Sentencias entre otras muchas, de 18 de enero y 28 de Mayo de 1.982), habida cuenta de que la Jurisdicción realiza un control de derecho del acto impugnado y ese control supone por naturaleza que para la decisión de los casos los Tribunales tomen como punto de partida el acto objeto de impugnación (Sentencias de 11 de Octubre de 1.960 y la más moderna de 31 de Octubre de 1.983), cuidando de

guardar la más exacta correlación entre lo resuelto en la decisión administrativa que se revisa y su fallo, sin que puedan adicionarse al recurso jurisdiccional peticiones que no se discutieron en vía administrativa y ni siquiera se formularon ante ella (Sentencias de 19 de Noviembre de 1.982 y 25 de Noviembre de 1.983, también entre muchas), en el presente caso en el que como ya se hizo constar en los antecedentes de hecho, la divergencia entre discutido en vía administrativa y lo que ahora se pretende revise esta Sentencia, está en que ante aquélla se planteó la nulidad de la liquidación confirmada por el Inspector Jefe de Tributos de Baleares, en base a la no sujeción al I.G.T.E. de la actividad del sujeto pasivo del impuesto, en la exención impositiva de sus operaciones mercantiles y en la prescripción de parte de lo devengado en el período impositivo a que se extienda la liquidación, mientras que ante esta Jurisdicción se ha invocado además, como causa de nulidad, la incompetencia del órgano que la practicó definitivamente, aparece evidente que no se ha alterado la pretensión de nulidad de la liquidación, sino únicamente invocado un motivo nuevo en que fundamentarla -incompetencia del órgano- por lo que no nos encontramos ante la inadmisibilidad del recurso al amparo de los artículos 37. 1. y 82 c) de la Ley Jurisdiccional, por carecer del presupuesto de admisibilidad para enjuiciar cual sea el acto expreso, tacito o presunto por el que la Administración pudo infringir el Ordenamiento Jurídico (Sentencia de 21 de Junio de 1.982), sino ante la alegación de un motivo nuevo de la nulidad pretendida que pudo e incluso debió examinar de oficio, de ser fundada, el Tribunal Económico Administrativo, al tratarse de una cuestión de orden público y a tenor de lo establecido en el artículo 44. 1. del Real Decreto 1998/81 de 24 de Julio y concordantes del Real Decreto Legislativo 2795/1.980 de 12 de Diciembre, pues, de acuerdo con reiterada Jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 de Mayo de 1.967, 17 de Febrero y 31 de Marzo de 1.973, 22 de Enero de 1.974 y 8 de Noviembre de 1.983), cuestión nueva es la que plantea un problema diferente de los contemplados previamente en las relaciones entre el Administrado y la Administración que puede conducir a pronunciamiento de imposible revisión dentro de los términos en que se formularon aquellas relaciones, mientras que argumento nuevo es aquél que válidamente se esgrime, ampliando y reforzando con apoyatura jurídica no aducida previamente, alguna pretensión o extremo suscitado ante la Administración con el fin de mejorar las perspectivas de estimación de lo postulado, si alterar el ámbito de los pronunciamientos previsibles y ponderables por el órgano o la autoridad llamados a decidir de modo definitivo.

II.- Entrando, pues en el examen de esta causa de nulidad del acto impugnado, basada en haber confirmado al desestimar la reclamación deducida contra ella, un acto de liquidación nulo de pleno derecho por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente (artículo 47, 1. a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958), hay que decidir por un pronunciamiento desestimatorio, pues siendo la competencia irrenunciable y debiendo ser ejercida, precisamente, por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia (artículo 4. de la misma ley), aparece evidente que cuando el acto administrativo de liquidación se dictó, el día 21 de Diciembre de 1.983 (antecedente de hecho primero), el Inspector Jefe tenía atribuida como propia la competencia para dictarlo en el artículo 7º, 3. del Real Decreto 412/1.982 de 12 de Febrero y sin bien esta competencia le fue sustraída y atribuida a la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes en el artículo 11. 3. del Real Decreto 2077/1.984 de 31 de Octubre, dictado en ejecución de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1.984 y Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de Octubre de 1.984 que dispuso su ejecución en sus propios términos, el citado Real Decreto 2077/1.984 no entró en vigor hasta el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición Final Cuarta), por lo que no teniendo las leyes efecto retroactivo si no dispusieron lo

contrario (artículo 2.3. del Código Civil), hasta dicho día tuvo el Inspector Jefe atribuida como propia la competencia para dictar actos de la naturaleza del que nos ocupa.

III.- Es igualmente rechazable la causa de nulidad del acto aplicado en la liquidación tributaria que confirmó, puesto que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de sentar la doctrina legal aplicable al supuesto que nos ocupa en las Sentencias de 30 de Enero de 1.980, 9 de Febrero de 1.981 y 16 de Febrero del mismo año, todas de su Sala Tercera, que deciden, tal como ha hecho el acto administrativo impugnado, que la actividad de los Agentes distribuidores de Butano, S.A. respecto a la entrega de gas, debe ser calificada como propia de un contrato de comisión mercantil del artículo 244 del Código de Comercio, puesto que los Agentes distribuidores reciben del comitente Gas Butano S.A. el encargo de vender a los clientes el gas y los envases que lo contienen al precio que oficialmente se fija, cobrando a los clientes su precio y entregándolo al comitente y también comerciante, una vez deducida la comisión fijada, lo que obliga a incluir su actividad dentro de los supuestos previstos en los apartados 3. e) y 23 A 1. del Texto Refundido del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (Decreto 3.313/1956) vigente en el período impositivo que abarca la liquidación impugnada, sin que pueda incluirse el supuesto dentro del artículo 4.1. a) o en el número 6 del artículo 34 del mismo Texto Refundido que declara la exención de las ventas, entregas o transmisiones de bienes o productos monopolizados efectuadas por las entidades que las explotan, pero en cuyo texto no cabe incluir a los Agentes distribuidores de estos productos.

IV.- No cabe alegar contra esta doctrina -como hace el recurrente- la existencia de Sentencias de Audiencias Territoriales que sostienen tesis divergentes, puesto que la Jurisprudencia completa el ordenamiento con la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al aplicar e interpretar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho (artículo 1º. 6. del Código Civil) y olvidar o no aplicar esta doctrina legal reiteradamente sentada, sería atentar contra el principio de unidad de doctrina a que se ha referido el propio Tribunal Supremo en otras Sentencias, como las de 24 de Mayo de 1.982 y 18 de Octubre de 1.983, principio fundamental en el Ordenamiento Jurídico puesto que sustenta el de la seguridad jurídica que constituye uno de los pilares de nuestra Constitución, aunque se exprese con simplicidad en el artículo 9. 3. de la misma, como uno de los fundamentales que garantiza; como tampoco puede invocarse con éxito el tratamiento que dan a estas actividades las Tarifas de Licencia Fiscal del Impuesto Industrial (epígrafe 8342), no sólo por los razonamientos anteriores, sino también por lo establecido en el artículo 24 de la Ley General Tributaria (230/1963 de 28 de Diciembre) que no admite la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones y bonificaciones.

V.- En cambio, si es de aplicar a las operaciones realizadas por el recurrente durante el tiempo a que se extiende el período impositivo, la exención establecida en el artículo 34. 12 del tantas veces repetido Decreto 3.314/1.966, ya que supuesto -como ha quedado sentado anteriormente- que estas operaciones referidas al período 20 de Julio de 1.978 al 30 de Septiembre de 1.979, son hechos imponibles a tenor de lo dispuesto en el artículo 3º e) como prestaciones de servicios realizadas por persona natural con carácter habitual y mediante contraprestación, dado su carácter de comisionista, los beneficios obtenidos por esta mediación entre Butano S.A. y los usuarios del producto, estaban sujetos también durante el año 1.978 al Impuesto sobre los Rendimientos del

Trabajo Personal (Texto Refundido aprobado por Decreto 512/1967 de 2 de Marzo), cuyo hecho imponible se origina por la obtención de rendimientos que se deriven directa o indirectamente de trabajados, digo, trabajos o servicios personales (artículo 3º a), como son los de suministro de productos de Butano, S.A. a sus consumidores. por lo que estos servicios estaban comprendidos plenamente en la exención citada como prestados por personas cuya utilidad está sometida al Impuesto sobre los rendimientos del Trabajo Personal; y en lo que se refiere al período del año 1.979, también es de aplicar esta exención, pues si bien aquel impuesto fue suprimido a partir de 1º de Enero de 1.979, en la Disposición Transitoria Primera, uno, a) de la Ley 44/1.978 de 8 de Septiembre que al establecer con carácter directo y naturaleza personal el gravamen sobre todas las rentas de las personas físicas (artículo 1º), absorbió, entre otros, el Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal, el recurrente continuó tributando en virtud de este impuesto general por la utilidad derivada de la prestación de los servicios de suministro de Gas Butano como rendimientos de Trabajo personal o de explotación económica (artículo 3. dos, a) y b) de la Ley 44/1.978, subsistiendo, en definitiva, la razón de ser o finalidad de la exención establecida en el artículo 34. 12 del Decreto 3.114/66 de evitar la doble imposición; sin que contra estas razones, puedan prevalecer las invocadas por el Abogado del Estado al contestar a la demanda en virtud de lo establecido en el nuevo Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (Real Decreto 2609/1.981 de 19 de Octubre), pues sin perjuicio de que esta nueva normativa no es aplicable al período impositivo de 1.979, las utilidades obtenidas por las prestaciones de servicios de suministro de gas butano, continúan exentas al amparo del artículo 34. 12 del nuevo Reglamento, al estar sometidas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por el concepto de rendimiento de trabajo personal, como también lo están los rendimientos de las actividades profesionales y artísticas exclusivamente, separados con la conjunción disyuntiva «o» de las otras utilidades.

VI.- Sin embargo ha de rechazarse la alegación referida a la prescripción establecida en el artículo 64, a) de la Ley General Tributaria, respecto al período comprendido entre el 20 de Julio de 1.978 y el 20 de Octubre del mismo año, fundada en que al practicarse la liquidación el 20 de Octubre de 1.983, habían transcurrido los cinco años que establece el precepto para la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria, puesto que como ya hizo constar el acuerdo impugnado, en el expediente consta que los días 11 de Julio, 12 de Septiembre y 29 de Septiembre de 1.983, se dirigieron al contribuyente un escrito de comunicación de que el siguiente 28 a las 10 horas se le comprobaría su situación tributaria y efectivamente en las fechas indicadas se entendieron diligencias de comprobación interrumpiéndose el plazo de prescripción al constituir acciones administrativas, realizadas con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducentes al reconocimiento, regularización, inspección o comprobación del impuesto devengado en relación al hecho imponible (artículo 66, a) de la Ley General Tributaria).

VII.- No son de apreciar méritos que justifiquen una especial declaración expresa a los efectos del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J. C. M. contra el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 31 de Julio de 1.984 que le desestimó reclamación contra liquidación girada a su cargo por el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, por las comisiones recibidas de Butano S.A. en el período impositivo 20 de Julio de 1.978-30 de Septiembre de 1.979, debemos declarar y declaramos dicho acto administrativo no

conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia lo anulamos, declarando al recurrente exento del pago del impuesto en el período referido, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

128

128. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. La suspensión preventiva de un funcionario, por la tramitación de expediente disciplinario no viola el principio constitucional de presunción de inocencia, ni aun analizado a la luz de las Declaraciones Universales de Derechos Humanos. *Sentencia de 26 de Agosto de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Como ha tenido ocasión de sentar la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta Audiencia Territorial y como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de Agosto de 1979, 21 de Abril y 3 de Julio de 1980, 7 y 15 de Enero de 1982, 11 y 21 de Marzo, 21 de Abril y 7 y 12 de Julio de 1983, entre otras), son requisitos del excepcional, sumario y urgente procedimiento regulado para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, según se desprende del contenido de los artículos 1º y 6º de la Ley 62/78, del Real Decreto Ley 342/1979 de 20 de Febrero, de la Disposición transitoria 2ª, 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del artículo 53.2 de la Constitución, en primer lugar, el indispensable y básico de la existencia de un acto administrativo o acto de la Administración Pública, susceptible de impugnación, en segundo término, el de ámbito formal o adjetivo de que el acto sea impugnado por afectar a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14, 15 a 29 y en lo que se refiere a la objeción de conciencia exclusivamente, 30 de la Constitución Española y, finalmente, el de condición material o sustantiva de que el acto afecta realmente a seres humanos fundamentales.

II.- En lo que se refiere al primer requisito que daría lugar en caso de no apreciarse su existencia, a la declaración de inadmisibilidad del recurso solicitado por la demanda Ayuntamiento de Ciudadela, que la funda en la naturaleza de acto administrativo de trámite de la suspensión provisional impugnada (artículo 37.1. en relación con el 82, letra C) de la Ley Jurisdiccional, aplicables supletoriamente a tenor de lo establecido en el artículo 6º 1. de la Ley 62/78), se hace preciso decidir que el acto municipal objeto del recurso es impugnabile a tenor de lo establecido en el propio

artículo 37.1 invocado, pues aunque la suspensión provisional sea acto de trámite del procedimiento disciplinario en cuanto medida aneja que permite el artículo 127 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local promulgado por Decreto de 30 de Mayo de 1952 y el artículo 56.3. del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975 del Estatuto de Régimen Local promulgado por Decreto 3046/77 de 6 de Octubre, que declara también vigente el anterior, ambos preceptos configuran tal medida como discrecional según las circunstancias concurrentes, por lo que, aun siendo acto de trámite, decide directamente el particular de la suspensión durante la tramitación del expediente, poniendo término al enjuiciamiento de la procedencia de la medida, tal como exige el precepto citado que, entendido del modo que pretende la demandada que lo invoca, iría contra la más moderna doctrina Jurisprudencial sentada a partir de la vigencia de la Constitución Española, pues como dicen las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de Febrero de 1982 y de 19 de Abril, 7 de Julio y 14 de Septiembre de 1983, una ya reiterada doctrina aboga por aplicar un criterio interpretativo amplio y flexible en materia de inadmisibilidad dentro del proceso contencioso-administrativo, no sólo por imperativo de lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción de 27 de Diciembre de 1956, sino también y fundamentalmente, por el derecho que toda persona natural o jurídica, tiene a la plenitud de la garantía jurisdiccional establecida en el artículo 24 de la Constitución.

III.- Como también ha tenido ocasión de sentar la Sala correspondiente a este Territorio, si bien el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se basa en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionador para las mismas o limitativo de sus derechos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 1º de Abril de 1982, cuya doctrina ha sido seguida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1983 y la de 23 de Julio de 1984); por lo que en los casos de resoluciones definitivas implica la necesidad de unas pruebas para ser destruida, en otros como el presente, en que se trata de situaciones de provisionalidad en aquella limitación de los derechos, es exigible una interpretación más ajustada del principio al objeto de concretar los límites del derecho a esta presunción, a fin de determinar, en una segunda fase, si se ha producido la vulneración alegada.

IV.- A tal efecto, es necesario partir de lo dispuesto en el artículo 10.2. de la Constitución, de acuerdo con el cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con las Declaraciones Universales de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»; (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1983 y 21 de Abril del mismo año) y aunque el derecho a la presunción de inocencia está reconocido por formulaciones de análoga significación en el artículo 11 de la Declaración Universal citada, en el artículo 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6.2 del Convenio de Roma, este derecho en sus formulaciones internacionales, está conectado con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento, si bien la puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio (artículo 5.3 del Convenio de Roma) o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, pues en definitiva, lo que se pretende con las medidas cautelares es que el procedimiento sancionador llegue a buen fin o cumpla el fin a que está destinado, lo que implica, en una interpretación acorde

con la garantía del derecho fundamental de la persona y del derecho de todos los ciudadanos a la legalidad y funcionamiento de las instituciones públicas conforme a derecho, que la presunción de inocencia sea incompatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es preceptiva, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso (Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de Julio de 1982 y de 26 de Noviembre de 1984).

V.- Sobre esta base se hace preciso rechazar toda la argumentación en que se apoya la impugnación del Acuerdo municipal plenario de suspensión provisional del recurrente en el ejercicio de sus funciones de Secretario General de la Corporación, pues en lo que se refiere al primero de los argumentos invocados —falta de motivación suficiente de la medida— dados los términos de los artículos 56.3 del Decreto citado 3046/77 y del 116 en relación con el 125.1 del también citado Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 1952, que otorgan la potestad de acordarla al órgano competente para decidir la incoación del expediente, como medida precautoria de excepción fundada en la presunta gravedad de los hechos o en el obstáculo notorio para la instrucción del expediente que comporte la permanencia del funcionario, constituye motivación suficiente de la medida, que por ello se basa en un juicio de razonabilidad acorde con la finalidad perseguida, al expresarse en el acto impugnado «la enorme gravedad que, en principio, puede atribuirse a la actuación continua del Secretario de la Corporación en perjuicio de la misma, con incumplimiento flagrante de sin más elementales obligaciones profesionales de su deslealtad manifiesta», habida cuenta que se trata de un funcionario que como Secretario General auténtica con la fe pública, todos los actos de la Corporación y tiene a su cargo la custodia de todos los documentos; de la misma forma que habiéndose acordado la suspensión al mismo tiempo que se nombraba instructor del expediente, sin cuyo nombramiento no podría comenzar su tramitación, aunque su incoación fuera acordada con anterioridad, no se puede calificar de desproporcionada la medida en cuanto al tiempo de su duración, en relación con los preceptos reglamentarios que determinan los plazos normales de tramitación de los expedientes (artículo 124 del Reglamento), pues se acordó al mismo tiempo que comenzaba aquella tramitación y hoy, han transcurrido sólo dos meses desde la suspensión.

VI.- De igual manera y en base a los principios sentados que deben regir en la aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia, hay que rechazar las motivaciones impugnatorias sobre el carácter punitivo de la suspensión, pues ello sólo sería apreciable en caso de haberse constatado un exceso en relación con la finalidad perseguida, es decir una desviación de poder para acordarla, al ejercitarlo para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento que, como se ha dicho son meramente cautelares, lo que, por lo expuesto anteriormente y habida cuenta de la motivación del acto, es evidente que responde al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Enero, 28 de Febrero, 23 de Mayo, 7 y 21 de Junio y 4 de Noviembre de 1983).

VII.- Menos aun pueden aceptarse las alegaciones referentes a defectos formales en la convocatoria de la sesión plenaria extraordinaria a puerta cerrada en la que se acordó la suspensión, pues no sólo deben rechazarse de plano dada la naturaleza

especial de este proceso de garantía de los derechos fundamentales constitucionales, que se puso de manifiesto en el fundamento I de esta Sentencia y que impide que en él se debatan cuestiones que afectan a la legalidad intrínseca del acto impugnado (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 1984, citada por la demandada), puesto que esta presunta ilegalidad formal no incide directamente sobre el derecho fundamental presuntamente violado (Sentencia de 23 de Junio de 1984), sino que, además, el examen del expediente revela su falta de realidad, pues la sesión plenaria fue convocada formalmente en Decreto de la Alcaldía del mismo día, para celebrarse a continuación de la plenaria convocada también ese día, habilitándose para ello al Oficial Mayor del Ayuntamiento, con lo que en la sesión anterior se subsanaron, en todo caso, los defectos alegados de ratificación del carácter urgente, publicidad, al acordarse celebrar a puerta cerrada, orden del día, señalado previamente en el Decreto con la especificación de los asuntos a tratar, con disponibilidad en la primera sesión de los documentos referentes al asunto a tratar y habilitación de Secretario; y todo ello, sin perjuicio, además, de que, aún en el caso de existir algún defecto formal de los relacionados minuciosamente en la demanda, en ningún caso podrían producir la anulabilidad circunscrita a la indefensión del interesado o imposibilidad de alcanzar su fin el acuerdo tomado (artículo 48.2. de la Ley de Procedimiento Administrativo).

VIII.- Por imperativo del artículo 10.3. de la Ley 62/1978, procede imponer las costas al recurrente al haberse rechazado todas sus pretensiones.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J. de J. y P. al amparo de la Ley 62/1978 de protección de derechos fundamentales, contra Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Ciudadela (Menorca) de 14 de Junio del presente año que le suspendía provisionalmente en el ejercicio de sus funciones de Secretario General de la Corporación durante la tramitación del expediente disciplinario, debemos declarar y declaramos que dicho acto municipal no vulnera ningún derecho constitucional y en consecuencia lo confirmamos, condenando al recurrente al pago de las costas del proceso especial. Se ratifica el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que no dio lugar a la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

C. INDICE ANALITICO

Acto administrativo, 63.
 Agencias de viaje, 74.
 Arquitectos, 60.
 Analogía:
 Impuesto Tráfico Empresas,
 126, 127.
 Amortizaciones.
 Régimen fiscal, 86.

Bienes municipales, 102.
 Bonificaciones:
 Impuesto Incremento Valor
 Terrenos, 92.

Coadyuvantes, 79.
 Colegios Oficiales, 124.
 Concesiones administrativas,
 115, 123, 125.
 Contratos administrativos, 78.
 Cuerpo de Bomberos, 118.
 Exenciones:
 Contribución Territorial Ur-
 bana, 91.
 Impuesto Tráfico Empresas,
 126, 127.
 Licencia Fiscal Industrial, 73.

Daños y perjuicios, 66.
 Declaración Universal de Dere-
 chos Humanos, 128.
 Dominio público, 123, 125.
 Gestión Tributaria, 91.

Emplazamientos a juicio, 79.
 Espacios naturales, 117, 119.

Extranjeros:
 Trabajo de: 80.
 Fondo de jornada salarial:
 75.

Funcionarios públicos:
 Bomberos, 118.
 Concurso traslado, 62.
 Controladores aéreos, 17.
 Escalafón 100.
 Expediente disciplinario 96,
 128.
 Incompatibilidades, 60.
 Operadores de informática,
 63.
 Oposiciones, 90, 111.
 Pensiones, 64.
 Plantillas, 100.
 Retribuciones, 71, 112.

Hoteles, infracciones, 121.

Ingenieros de Caminos, Canales
 y Puertos, 87.
 Ingenieros Industriales, 87, 90.
 Instalaciones industriales, 114.
 Impuestos:
 Contribución Territorial Ur-
 bana, 91.
 Tráfico Empresas, 126, 127.
 Incremento Valor Terrenos,
 68, 94, 92.
 Licencia Fiscal Industrial,
 73.
 Solares, 76.
 Renta Sociedades, 86.

Junta del Puerto, 98.
 Jurisdicción contencioso-administrativa, 79, 85, 114, 121, 122.

Licencias, 69, 85, 106, 116.
 Licencia Fiscal Industrial, 73.

Manifestación, derecho a, 72.
 Médicos, Colegio dem, 124.
 Militares, 64, 122.
 Multa de Tráfico, 99.

Obras sin licencia, 82.

Planes de Urbanismo, 66, 67, 70.
 Plan Parcial, 88.
 Prescripción Multa Tráfico, 99.
 Prescripción de sanciones administrativas, 98.
 Prescripción tributaria:
 Impuesto Tráfico Empresas, 126, 127.
 Presunción de inocencia, 96, 128.
 Procedimiento sancionado por infracción de leyes sociales, 81, 83, 89, 94, 97, 107.
 Proyecto administrativo, 82.
 Proyecto de urbanización, 87.

Recaudadores de Tributos, 77.
 Recurso Contencioso-administrativo, 76.
 Ruina, 104.

Sanciones administrativas, 61, 74, 98, 108, 121.

Sujeción:

 Impuesto Tráfico Empres. 126, 127.

Sujeto pasivo:

 Tasa Municipal, 93.
 Suspensión de licencias, 69.

Tasas:

 Municipal de demolición, 105.
 Municipal de Incendios, 93.
 M^o Obras Públicas, 95.

Taxis, 106.

Transportes de viajeros por carretera, 115.

Trenc, Es, 117, 119.

Urbanismo:

 Aprobación definitiva de planes, 65.

 Aprobación inicial de planes, 67.

 Aprovechamiento medio, 65.

 Demoliciones, 79.

 Edificios fuera de ordenación, 101.

 Licencias, 69, 116.

 Modificación de planes, 70.

 Normas subsidiarias de planeamiento, 117, 119.

 Obras ilegales, 82.

 Plan parcial, 88.

 Planes, impugnación indirecta, 120.

 Proyecto de urbanización, 87.

 Revisión de planes, 70.

 Ruina, 104.

 Suelo no urbanizable, 103, 114.

Zona marítimo-terrestre, 85.

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

130. **Separación matrimonial.** Convenio privado anterior a la vigencia de la Ley 30/1981. La procedencia y la cuantía de la pensión alimenticia no puede dejarse a la libre voluntad del obligado. La sentencia de separación produce, inexcusablemente, la disolución del régimen económico matrimonial. *Sentencia de 2 de Mayo de 1985.*
131. **Incumplimiento contractual.** La sociedad vendedora se compromete a evitar que otro local del mismo edificio se destine a la misma explotación. Indemnización de daños y perjuicios: es preciso acreditar la realidad de los mismos, no suponiéndolos forzosamente el incumplimiento del contrato. *Sentencia de 6 de Mayo de 1985.*
132. **Separación matrimonial.** Impugnación de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de instancia. Improcedencia. *Sentencia de 6 de Mayo de 1985.*
133. **Responsabilidad civil.** Interpretación del contrato de seguro. Prevalece la interpretación teleológica. Prescripción: inexistencia. *Sentencia de 7 de Mayo de 1985.*
134. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de local de negocio por subarriendo inconstituido. No procede estimar la demanda. *Sentencia de 7 de Mayo de 1985.*
135. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia durante seis meses. Condena en costas: sólo procede ante la desestimación total de las pretensiones formuladas. *Sentencia de 8 de Mayo de 1985.*
136. **Reclamación de cantidad.** Construcción defectuosa. La imposibilidad de diferenciar nítidamente las responsabilidades específicas de los intervinientes en la edificación excluye la posibilidad de apre-

(1) La selección jurisprudencial ha sido realizada por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares J. Ferrer Marcel. En la presentación han colaborado los Profesores C. Gutiérrez González e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal.

- ciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 10 de Mayo de 1985.*
137. **Reclamación de cantidad.** Construcción defectuosa e incompleta. Concepto de ruina y caracteres que la configuran. La responsabilidad por vicios ruinógenos es, en principio, individualizada, personal y privativa. A tal efecto, es esencial la distinción entre ruina por vicio de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección. *Sentencia de 10 de Mayo de 1985.*
138. **Contrato de opción de compra.** *Sentencia de 11 de Mayo de 1985.*
139. **Servidumbre.** Precisiones en torno a la averiguación de su naturaleza, personal o predial. Servidumbre negativa de no edificar a más de seis metros de altura sobre el nivel del huerto inmediato. El hecho de que se atribuya a un predio, cualquiera que sea su dueño, determina el carácter predial de la servidumbre. *Sentencia de 13 de Mayo de 1985.*
140. **Interpretación de los contratos.** La autonomía de la voluntad de las partes supone la obligatoriedad de las cláusulas pactadas de común acuerdo por los contratantes. La reciprocidad de las obligaciones no significa que las prestaciones hayan de ser, por fuerza, económica y objetivamente equivalentes. *Sentencia de 13 de Mayo de 1985.* *
141. **Reclamación de cantidad.** la representación del Presidente de la Comunidad de Propietarios lleva implícita la legitimación para actuar en juicio en nombre de los titulares. *Sentencia de 13 de Mayo de 1985.*
142. **Separación matrimonial.** Modificación de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de instancia: no procede. *Sentencia de 13 de Mayo de 1985.*
143. **Juicio ejecutivo cambiario.** La falta de la adecuada notificación del protesto notarial supone la nulidad del juicio ejecutivo promovido. *Sentencia de 15 de Mayo de 1985.*
144. **Desahucio de local de negocio por expiración del plazo contractual.** No cabe estimar inadecuación de procedimiento, pues la ocupación permanente del local no impide un cambio en la calificación

del contrato de temporada, al ser anteriores las cuestiones procesales a las materiales. *Sentencia de 16 de Mayo de 1985.*

145. **Costas procesales.** El resarcimiento por culpa ha dado paso, tras la Ley 34/1984 de 6 de Agosto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la imposición de costas a la parte cuyas pretensiones son totalmente rechazadas. *Sentencia de 17 de Mayo de 1985.*
146. **Responsabilidad extracontractual.** Muerte por precipitación en el interior de un pozo. La falta de previsibilidad de la víctima excluye su culpa. El deber de diligencia no se satisface con la simple observancia de las precauciones reglamentarias, sino que exige el agotamiento de cuantas medidas la prudencia aconseje para impedir el daño. *Sentencia de 17 de Mayo de 1985.*
147. **Juicio ejecutivo cambiario.** La competencia para su conocimiento corresponde al Juzgado de donde la letra fue domiciliada para su pago y protestada. *Sentencia de 20 de Mayo de 1985.*
148. **Contrato de seguro.** Fecha de inicio de la cobertura. *Sentencia de 20 de Mayo de 1985.*
149. **Falta de personalidad.** Excepción dilatoria de falta de personalidad del actor por no aportar junto con la demanda el documento acreditativo de la propiedad del coche siniestrado. No procede su admisión por cuanto la cuestión de si el actor es propietario del vehículo no afecta a su personalidad procesal sino a su legitimación activa, no constituyendo objeto de excepción dilatoria, sino de la propia cuestión de fondo. *Sentencia de 20 de Mayo de 1985.* *
150. **Testamento ológrafo.** La legislación permite a los españoles testar en forma ológrafa tanto con arreglo a la forma del lugar en que se halle cuanto conforme a su ley personal. La Ley personal determina, en todo caso, la capacidad del testador y el contenido de las disposiciones testamentarias. *Sentencia de 21 de Mayo de 1985.*
151. **Desahucio de industria.** Litispendencia alegada por existir un proceso en demanda de la calificación del contrato como de arrendamiento de local de negocio. Improcedencia. La acción de desahucio es de naturaleza posesoria frente al carácter meramente declarativo de la acción ordinaria. El juicio de desahucio no produce efecto de cosa juzgada material, lo que elimina la excepción de litis-

pendencia al no haber fallos contradictorios. *Sentencia de 21 de Mayo de 1985.* *

152. **Separación matrimonial.** La modificación de la pensión compensatoria exige que quien la solicita pruebe suficientemente el cambio en sus circunstancias determinantes. *Sentencia de 21 de Mayo de 1985.*
153. **Daños y perjuicios.** Accidente de automóvil. Excepción de culpa exclusiva de la víctima. Doctrina jurisprudencial: la estimación de tal defensa exige la prueba por parte del agente no sólo de su total ausencia de culpa o reprochabilidad, sino también la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño. Negligencia influyente en la causación de sus propias lesiones por parte del perjudicado. Compensación de culpas. Principio de moderación o disminución de la indemnización. Doctrina del T.S. al respecto. *Sentencia de 21 de Mayo de 1985.*
154. **Suspensión de pagos.** Crédito con derecho de abstención. No es posible reconocer tal privilegio a una parte del crédito del actor-apelante. La exigencia de la firmeza de la sentencia, en méritos de la que un crédito ordinario adquiere el derecho de abstención, no puede ser satisfecha con posterioridad al pronunciamiento de la providencia que tuvo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, el cual constituye el inicio de la paralización de las acciones individuales. *Sentencia de 21 de Mayo de 1985.*
155. **Responsabilidad decenal (Art. 1.591 C.C.).** Doctrina jurisprudencial: en el término "ruina" utilizado por el art. 1.591 se incluyen los defectos graves de construcción. La responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo es, en principio, individualizada, personal y privativa, en armonía a la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la función específica que desarrollan en el proceso edificatorio. Sólo cuando resulte imposible discernir las específicas responsabilidades de técnicos y contratistas en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la solidaridad. Doctrina del T.S. al respecto. *Sentencia de 24 de Mayo de 1985*
*
156. **Sociedad civil irregular.** Normas reguladoras aplicables. Determinación global de la contribución económica de cada socio-litigante a la totalidad del proyecto convenido. Debe procederse a la venta

- de la finca objeto de la litis (la cual, de no existir acuerdo entre las partes contendientes, se realizará en forma pública con intervención de terceros extraños), dado que concurren las condiciones para proceder a la misma y se pacto ésta como último acto de gestión social. *Sentencia de 24 de Mayo de 1985.*
157. **Separación matrimonial.** Las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio tienen, en el aspecto de su vigencia temporal, carácter meramente transitorio, hallándose indefectiblemente ligada su efectividad a la pervivencia de la tramitación del proceso matrimonial. Tales efectos y medidas provisionales terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 106 C.C.). *Sentencia de 28 de Mayo de 1985.*
158. **Costas.** Juicio de tercería de dominio. No se aprecia la razón de temeridad o de mala fe que pueda apoyar la condena que se hace al pago de las costas en la primera instancia. Revocación de la sentencia en lo referente a este punto. *Sentencia de 28 de Mayo de 1985.*
159. **Pago en una cuenta corriente.** Calificación de la obligación contraída por la entidad codemandada-apelada. Cesión de crédito: doctrina de la Sala. Asunción de deuda: doctrina del T.S.. Inexistencia: el material litisdecisorio no permite establecer como cierta ninguna de tales calificaciones utilizadas por la parte actora. El compromiso adquirido corriente abierta en la entidad bancaria actora. *Sentencia de 28 de Mayo de 1985.*
160. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. Aplicación del art. 118 L.A.U.. Siniestro: doctrina del T.S. Necesidad de obras para la reconstrucción del local litigioso; el costo de la reparación supera el 50% del valor real del local, excluido el valor del suelo. Desestimación de la primera causa de resolución invocada: cierre durante más de seis meses en el curso de un año del local arrendado (art. 114,11 en relación con el art. 62,3 L.A.U.) *Sentencia de 28 de Mayo de 1985.*
161. **Responsabilidad decenal (Art. 1.591 C.C.).** Vicio ruinógeno: sentido y alcance de la expresión "ruina". Doctrina de la Sala acogiendo la interpretación progresiva que el T.S. hace del art. 1.591 C.C.. La responsabilidad exigible a los partícipes en el hecho constructivo por razón de los vicios de aquel carácter que aquejen a la obra,

es, en principio, individualizada, personal y privativa. La responsabilidad de los aquí demandados-recurrentes no puede concebirse como solidaria, dado que resulta posible discernir las particulares responsabilidades de técnicos y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa. *Sentencia de 28 de Mayo de 1985.*

162. **Arrendamientos rústicos.** Juicio de desahucio por expiración del término contractual. Excepciones de incompetencia de jurisdicción e inadecuación de procedimiento, por estimarse aplicable al caso que se debate la legislación especial arrendaticia rústica -Ley 83/1980, de 31 de Diciembre-. Doctrina jurisprudencial: fijación del ámbito del juicio de desahucio. Clara y manifiesta inadecuación del procedimiento seguido por los actores, que, por ser materia de orden público, puede ser apreciada de oficio. *Sentencia de 29 de Mayo de 1985.* *
163. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocios por subarriendo in consentido. La facultad del arrendatario de subarrendar tiene carácter excepcional y está condicionada a la autorización expresa y escrita del arrendador, que es siempre exigible (art. 22,1 L.A.U.). La autorización para subarrendar el local litigioso concedida por la arrendadora al primer arrendatario -y del que trae causa por traspaso autorizado el demandado- fue "nominati", por lo que dicha autorización no sigue viva en favor del demandado-apelante. *Sentencia de 29 de Mayo de 1985.*
164. **Litisconsorcio pasivo necesario:** inexistencia. Doctrina del T.S. No es necesario demandar a personas extrañas al contrato de obra que sirve de base a la acción ejercitada, cuando estén presentes en el litigio todos los que se obligaron a través de dicha convención. Contrato de obra (art. 1.544 C.C.). Doctrina jurisprudencial: en el contrato de arrendamiento de obra existe el requisito de precio cierto, aunque no se fije de antemano, por cuanto puede inferirse por tasación pericial conforme al coste de los materiales y de la mano de obra. *Sentencia de 29 de Mayo de 1985.*
165. **Nulidad de actuaciones. Subsanción.** Procedimiento judicial sumario del art. 131 L.H. Omisión de requerimientos -acordados en el auto aprobatorio del remate- dirigidos a los licitadores rematantes al objeto de que efectúen las consignaciones oportunas. Comparecencia voluntaria de tales adquirentes a los fines de consignar

el precio del remate, lo que supone la subsanación de la omisión de los actos de comunicación: aplicación del principio convalidante que preside el art. 279, 2º L.E.Civ. *

166. **División de cosa común.** Procede su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños (art. 1062 C.C.). Doctrina jurisprudencial al respecto: si la división material es imposible o perjudicial por conllevar desmerecimiento importante, de modo que el llevarla obstinadamente a efecto sea claramente desaconsejable y fuente de perjuicio para el otro condómino, opuesta también a la adjudicación a uno a calidad de abonar al otro el exceso en dinero o indemnizándole de otro modo, mediando siempre el convenio para ello, en esa situación y habiendo de prosperar siempre la “actio communi dividundo” conforme al art. 400, no existe otro modo de satisfacerla que vendiéndose las cosas en pública subasta con licitadores extraños. *Sentencia de 30 de Mayo de 1985.*
167. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia conyugal durante 6 meses, libremente consentido (art. 82,5ª C.C.). Reconvencción. Apreciación de la prueba practicada: se ha de llevar a cabo con base en el conjunto de las probanzas practicadas, sin que sea lícito desgajar de dicho conjunto alguna prueba o parte de ella para que sirva de apoyatura a la tesis de la parte y triunfe así su pretensión. Alimentos: la cuantía de éstos será proporcionada al caudal o medios de quien los da (art. 146 C.C.), determinado el juez, en todo caso, la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos, con acomodación a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento (art. 93 C.C.). *Sentencia de 30 de Mayo de 1985.*
168. **Servidumbre de luces y vistas.** Acción negatoria: requisitos para su ejercicio exitoso; doctrina del T.S. al respecto. Reconvencción. Adquisición de la misma por prescripción: dado su carácter negativo, al estar abiertos los huecos en pared propia del dominante, el término prescriptivo se inicia a partir del hechos obstativo al dueño del predio sirviente. Adquisición por “destinación del padre de familia”; requisitos exigidos por el art. 541 C.C. Acción reivindicatoria: requisitos esenciales para su éxito. *Sentencia de 4 de Junio de 1985.* *
169. **Reclamación de cantidad.** Compraventa de acciones con reserva de usufructo a favor de los transmitentes hasta la liquidación del

ejercicio social en curso. Reconocimiento de deuda. Pertinencia de la acción ejercitada por el actor-apelado. Confirmación de la resolución impugnada. *Sentencia de 4 de Junio de 1985.*

170. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por cierre del mismo durante más de seis meses en el curso de un año sin justa causa (art. 144,11 en relación con el art. 62,3 L.A.U.). Sentido de la expresión “local de negocio” empleada por el art. 1,1 L.A.U.: es requisito de esencia que el ejercicio de la actividad mercantil se desarrolle con apertura de establecimiento que posibilite el acceso y contacto con la clientela y, en general, con las personas ajenas al círculo empresarial. Cierre del establecimiento arrendado: doctrina del T.S. *Sentencia de 4 de Junio de 1985.* *
171. **Separación matrimonial.** Malos tratos y abandono económico de la familia (causas 1ª y 2ª art. 82 C.C.). Inexistencia de la causa 4ª del art. 82 -alcoholismo-. Diligencias para mejor proveer. Revocación de la resolución impugnada, que declaró no haber lugar a la separación matrimonial por no resultar suficientemente probada ninguna de las causas alegadas. *Sentencia de 4 de Junio de 1985.*
172. **Arrendamientos urbanos.** Acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local de negocio por realización de obras in consentidas (causa 7ª del art. 114 L.A.U.). No puede prosperar. Doctrina jurisprudencial: el solo hecho del arrendamiento de un local de negocio, lleva implícita la autorización de las adecuadas obras para la seguridad de las personas que trabajen o moren el inmueble arrendado y de las cosas que en él se hallen o se depositen legalmente. *Sentencia de 5 de Junio de 1985.* *
173. **Divorcio.** Determinación de la cuantía de la pensión: valoración probatoria del desequilibrio económico producido por la crisis matrimonial. Aplicación del Derecho civil alemán al ostentar los cónyuges dicha nacionalidad. *Sentencia de 7 de junio de 1985.*
174. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de legitimación activa: puede ser interpuesta como motivo de nulidad del juicio al amparo de lo dispuesto en el art. 1440 Lec, e incluso apreciarse “ex officio” por el órgano jurisdiccional. Existe en el caso de autos por cuanto el ejecutante (la sindicatura de la quiebra de X) es deudor de las cambiales según se reconoce, por unanimidad, en el Estado General del

Crédito por todos los acreedores y homologado por la autoridad judicial. *Sentencia de 8 de junio de 1985.*

175. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Excepción causal, que según el T.S., puede ser interpuesta por el librador contra el aceptante, no así a las relaciones entre aceptante y terceras personas. Inexistencia por cuanto el mismo letrado de la parte recurrente, en el acto de la vista, centra su razonamiento impugnativo en la falta de correspondencia entre el importe de las cambiales y la obligación directamente por él reconocida. *Sentencia de 8 de juni de 1985.*
176. **Contrato de préstamo.** Valor probatorio de documento privado que no ha sido presentado en la Oficina Liquidadora de Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicamente Documentados. A pesar de la dicción literal del Real Decreto Legislativo 3050/1980 de 30 de diciembre que declara la ineficacia ante los tribunales de los documentos privados que no hayan sido liquidados a efectos tributarios, lo cierto es que tal norma no puede conculcar el derecho fundamental de todas las personas a la obtención de una tutela jurídica efectiva de los jueces y tribunales sin que produzca indefensión (arts 24,I y 53,I CE) (según doctrina del T.S.: St de 28 de octubre de 1983), teniendo, en consecuencia, eficacia probatoria. *Sentencia de 8 de junio de 1985.*
177. **Sociedad Anónima. Disolución.** Imposibilidad manifiesta de realizar el fin social. Lo constituye el hecho que desde hace tres años no se convoquen Juntas ordinarias ni extraordinarias, no existan consejeros delegados, no haya apoderado,... etc.; además, en reunión, convocada por la autoridad judicial, de Junta General Extraordinaria se debatió la conveniencia de continuar o disolver el negocio societario registrándose empate. Causa que permite la intervención del juez con base en el art. 153 L.S.A. *Inadecuación de procedimiento.* No lo constituye el hecho de acceder el actor al juicio ordinario, evitando el procedimiento contemplado en los arts. 67 y ss L.S.A., por cuanto éste es el procedimiento idóneo para anular los acuerdos sociales, pero no cuando se plantea la disolución de la sociedad (doctrina del T.S.). *Sentencia de 8 de junio de 1985 **
178. **Reclamación de cantidad.** Falta de legitimación pasiva: inexistencia por cuanto si bien la persona que contrató en nombre de la coo-

perativa no tenía autorización para ello, la sociedad asumió el pago de la deuda desde el inicio pagando incluso gran parte con cargo a su patrimonio. Inclusión en el montante total de la deuda de los gastos derivados de las actividades bancarias de carácter financiero y protesto de algunos cambiales: su imputación al deudor no precisa de pacto expreso ni tácito según el art. 1101 Cc y el 503 C.Com. *Condena en Costas*. El art. 523 Lec (reformado) sólo rige respecto de las actuaciones promovidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley para la Reforma 34/1984 de 6 de agosto, según la Disposición transitoria primera en relación con la tercera. *Sentencia de 10 de junio de 1985*.

179. **juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Inexistencia. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 11 de junio de 1985*.
180. **Medidas provisionales de divorcio.** tienen carácter meramente provisional que disciplinan las relaciones entre los esposos y estos y sus hijos, de manera exclusiva durante la tramitación del proceso y cuya pervivencia y efectividad se hallan íntima e indefectiblemente ligadas. Dictada ya sentencia de Divorcio por esta Sala es claro que se ha producido "ope legis" el fin de la oportunidad y operatividad de toda medida de carácter transitorio. *Sentencia de 11 de junio de 1985*.
181. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos: el análisis de fondo del clausulado contractual desborda el ámbito del juicio ejecutivo que no debe convertirse, ni siquiera al amparo del concepto de provisión de fondos, en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento de un contrato subyacente. Tal temática se reserva a un juicio ordinario al que pueden recurrir las partes con posterioridad al ejecutivo. *Sentencia de 12 de junio de 1985*.
182. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia conyugal. Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 12 de junio de 1985*.
183. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. Falta de personalidad en el procurador del demandante (art. 533,3 Lec): Inexistencia por cuanto consta en autos que el actor fue reelegido por la Junta General ordinaria de

accionistas como administrador, cargo que desempeñaba al tiempo de interponer la demanda. Falta de legitimación activa: Inexistencia por cuanto de modo extraprocesal había sido reconocido por el demandado el carácter del actor como arrendador del local de negocios. Subarriendo in consentido: Existe cuando el tercero aprovecha el local de negocios en beneficio propio realizando actos de efectiva posesión de él (doctrina del T.S.: no la apariencia formal, sino la ocupación y explotación económica del local). Valor de la prueba de presunciones. Apreciación conjunta de la prueba: inexistencia de subarriendo en el caso de autos. *Sentencia de 13 de juni de 1985* *

184. **Divorcio.** Cese efectivo de la convivencia. Condena en costas: el art. 523 Lec (reformado por la Ley 34/1984 de 6 de agosto) no debe regir para las actuaciones iniciadas con anterioridad a dicha ley, a tenor de la Disposición transitoria primera de dicha ley. *Sentencia de 14 de junio de 1985.*
185. **Separación matrimonial.** Determinación de la prestación económica compensatoria. Requisitos: a) desequilibrio económico en el cónyuge solicitante, que implique empeoramiento en su situación anterior al matrimonio; y b) que el desequilibrio económico provenga, precisamente, de la ruptura de la convivencia conyugal. Revocación de la sentencia apelada por cuanto estima la Sala que los hechos originadores del actual desequilibrio económico entre los cónyuges no tiene relación con la crisis matrimonial y la separación de la convivencia de hecho producida cinco años atrás de la interposición de la demanda rectora de esta litis. *Sentencia de 17 de junio de 1985.*
186. **Separación matrimonial.** Determinación de cuál de los cónyuges debe encargarse de la guarda y custodia de los hijos matrimoniales: Valoración de la prueba: informe psicológico e informe social. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 17 de junio de 1985.*
187. **Reclamación de cantidad.** Valoración de la prueba sobre los créditos existentes entre el actor y el demandado (solicitados en la demanda) y los créditos en favor del demandado a cargo del actor (solicitados en la reconvencción). *Compensación:* con la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 1156 y 1195 y ss. del Cc, se produjo el efecto extintivo automático que estatuye el art 1202 Cc, prescindiendo el citado cuerpo legal de la voluntad e incluso del co-

- nocimiento de las partes y la fuerza extintiva automática a la concurrencia de los créditos recíprocos. *Sentencia de 18 de junio de 1985.*
188. **Reclamación de cantidad.** Apreciación de la prueba. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 18 de junio de 1985.*
189. **Arrendamientos urbanos.** Valoración del aumento del importe mensual del arrendamiento de local de negocios. Incumplimiento del art. 148 de la Ley de arrendamientos Urbanos, como requisito de procedibilidad para dar curso al recurso de apelación: lo rechaza la Sala por cuanto dicho requisito es tan sólo exigible en aquellos procedimientos tendentes al desalojo o lanzamiento del local, y no en los procedimientos tendentes a la obtención de una declaración de derechos. Clausula de estabilización: mientras son nulas aquellos pactos de elevación de la renta que no tienen más designio que elevar la renta de manera fija, constante e indefinida, en cuanto que tal progresión, que es contraria a la estabilización altera la equivalencia de las prestaciones e intenta burlar la irrenunciabilidad a la prórroga forzosa del contrato, son perfectamente válidas, desde el principio de la autonomía de la voluntad, con apoyatura legal en la trilogía normativa contenida en los arts. 97, 100 y 98 L.A.U., y también desde el respecto a lo ordenado dispositivamente (art. 57 L.A.U.), aquellas clausulas contractuales que no tienen como fin que se eleve la cuantía de manera fija, constante o indefinida, sino que, por el contrario, tienen un tope predeterminado, que ni por su cuantía, ni por el dilatado período de tiempo que habrá de transcurrir para llegar a él, puede estimarse que conduzca al resultado de hacer ilusoria la prórroga (doctrina del T.S.). *Sentencia de 18 de junio de 1985* * .
190. **Juicio ejecutivo cambiario.** Notificación defectuosa del acta del protesto al no realizarla al vecino contiguo del librado aceptante. No existe incumplimiento del art. 505, II C.Com por cuanto la interpretación de la norma no debe ser restrictiva (doctrina del T.S.), no exigiéndose que la relación existente entre el notificado y el librado aceptante sea de inmediatez de habitación. *Sentencia de 19 de junio de 1985.*
191. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Inexistencia. Confirmación de la sentencia apelada en sus propios fundamentos. *Sentencia de 20 de junio de 1985.*

192. **Arrendamientos de servicios.** Valoración de la prueba. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 20 de junio de 1985.*
193. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de legitimación activa. Doctrina en torno a la teoría de la integridad: es suficiente la tenencia de la Letra y el acta del Protesto (tesis admitida por esta Sala); y la teoría de la integración: es necesario aportar el documento que acredite el rescate del efecto por el tenedor del librador conjuntamente con la Letra y el acta del Protesto (tesis minoritaria en la jurisprudencia de las Audiencias Territoriales). Falta de legitimación pasiva. No lo constituye el afirmar el ejecutado que no ha tenido relación alguna con el ejecutante (argumentos más propios de la falta de provisión de fondos). Falta de provisión de fondos. Inexistencia. Acreditado que las Letras de Cambio ejecutadas son renovación de Letras anteriores (pago de la Letra con Letra), la provisión de fondos debe hacer referencia a las primeras letras ahora renovadas. *Sentencia de 21 de junio de 1985* * .
194. **Juicio ejecutivo.** Póliza mercantil. Nulidad del juicio por no haber vencido el plazo y no ser exigible la cantidad a que se refiere la póliza. Pactado por los contratantes que la entidad financiera podrá exigir el importe del crédito cuando se den circunstancias tales como: protestos de efectos aceptados por el beneficiario, embargo de bienes de su propiedad, solicitud de suspensión de pagos,... etc., razones de índole técnica, consideraciones económicas y exigencias de buena fe imponen que el vencimiento anticipado del crédito sea puesto en conocimiento del prestatario. *Sentencia de 21 de junio de 1985* * .
195. **Juicio ejecutivo.** Póliza mercantil. Apreciación probatoria. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 25 de junio de 1985.*
196. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de legitimación pasiva del ejecutado. Inexistencia. Si quien firma una Letra de cambio en calidad de librado no hace constar expresamente que actúa en representación de entidad mercantil, queda obligado personalmente al pago de la cambial. Falta de notificación del protesto. No puede entenderse que la notificación a "vecino con casa abierta..." (art. 502,2 C.com.) deba ser interpretada de forma restrictiva, necesitando la existencia de una relación entre el notificado y el librado aceptante de inmediatez de habitación. *Sentencia de 26 de junio de 1985*

*

197. **Mutatio Libelli. Prohibición** Alteración. Lo constituye solicitar en la demanda la nulidad de los acuerdos sociales de la Junta de propietarios y como consecuencia el desmontaje de un aparato de aire acondicionado con la consiguiente reparación de los desperfectos y en el escrito de réplica solicitar la demolición de una serie de obras, que califica el actor como ilegales, que no tienen relación con lo que es objeto del pelito. *Comunidad de propietarios. Necesidad de unanimidad en los acuerdos de la Junta de propietarios que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de propiedad o en los Estatutos. No es necesario en el caso de autos, porque las obras solicitadas por el hoy apelado, copropietario de la finca, no afectan al título constitutivo de la propiedad ni a los Estatutos, siendo suficiente que el acuerdo se adopte por la mayoría de los copropietarios que, a su vez, supongan la mayoría de las cuotas de participación (art. 16 L.P.H.). Sentencia de 27 de junio de 1985 **
198. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Existencia. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 27 de junio de 1985.*
199. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Inexistencia. Al firmar el ejecutado una letra que contiene alguna mención en blanco, se declara de antemano conforme con el texto que, en su día, resulte completo de aquélla. Los requisitos del art. 444 C.Com. vienen referidos al momento de su exigibilidad en juicio y no al momento del nacimiento de la obligación cambiaria (Doctrina del T.S. y de esta Sala). *Sentencia de 29 de junio de 1985.*
200. **Juicio ejecutivo cambiario.** Pago. Momento adecuado de su alegación en juicio lo es el escrito de formalización de la oposición y no en esta vista de apelación. Nulidad del juicio. Si debe prosperar por cuanto las Letras, ahora ejecutivas, no pueden ser consideradas renovación de las anteriores, al modificarse los elementos subjetivos. *Sentencia de 29 de junio 1985.*
201. **Juicio ejecutivo.** Póliza de afianzamiento mercantil. Falta de provisión de fondos. Inexistencia. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 2 de julio de 1985.*
202. **Responsabilidad decenal.** La prescripción de 10 años que alude el art. 1591 Cc no se ha de computar desde la finalización de la obra

hasta la interposición de la reclamación. El cómputo se verifica hasta que surge la ruina, a modo de "*conditio iuris*" para el nacimiento de la responsabilidad. Desde el momento de la existencia del vicio de carácter ruínógeno -sólo desde este instante puede ejercitarse la acción (art. 1969 Cc)-, el plazo en que ésta prescribe ha de entenderse que es, en ausencia de término legal, el general de 15 años (art. 1964 Cc). *Ruina en la construcción*. Probada la ruina, corresponde a los demandados (constructor, promotor, arquitecto y aparejador) -contra quienes el art. 1591 Cc establece una presunción de culpa objetiva de carácter "*iuris tantum*"- demostrar que tuvo su origen en factores ajenos a la esfera de su respectiva competencia profesional. *Responsabilidad solidaria*. Siendo imposible discernir la específica responsabilidad de técnicos y contratistas en el resultado de la obra desperfecta, se establece que la responsabilidad es solidaria (Doctrina del T.S.). *Sentencia de 2 de julio de 1985*

*

203. **División de cosa común.** Apreciación probatoria. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 4 de julio de 1985.*
204. **Donación.** Acuerdo de las partes sobre los hechos. Diversidad de calificaciones jurídicas del contrato (donación/ préstamo). Valoración de la prueba: especial relación de parentesco entre el actor y el demandante. *Sentencia de 4 de julio de 1985.*
205. **Acción Cambiaria.** La falta de protesto de las cambiarias origina la decadencia de la acción ejecutiva contra el aceptante, pero no es obstáculo el ejercicio de la acción cambiaria ordinaria. Sí constituye, por el contrario, decadencia de las acciones ejecutiva y cambiaria ordinaria contra el librador y endosantes, salvo que el tenedor venga dispensado de esa carga en virtud de la cláusula "sin gastos". *Sentencia de 4 de julio de 1985.*
206. **Juicio ejecutivo cambiario.** Aplicación condicionada de la Letra. El art. 449 C.Com impide que se incorpore una cláusula condicionante de la eficacia de la aceptación, nada impide que el librador y el librado pacten, con eficacia entre ellos, en el contrato causal originador de la letra, las condiciones de exigibilidad del pago. No obstante, no se puede olvidar que la incorporación de una condición a la aceptación produciría la nulidad de ésta, pues no se puede dividir la declaración de voluntad con la finalidad de dejar subsistente como válido lo que precisamente no fue querido: pagar incondicionalmente. *Sentencia de 4 de julio de 1985.*

207. **Acción cambiaria.** La falta de protesto no origina la decadencia de la acción cambiaria ordinaria contra el aceptante, aunque sí decae el ejercicio de la acción ejecutiva. Cambio del deudor: En cualquier caso, tanto la novación extintiva de la obligación por cambio del deudor, como la asunción de deuda, precisan inexcusablemente del consentimiento, expreso o tácito, del acreedor, sin cuya concurrencia no se produce el resultado de liberación del primitivo deudor. *Sentencia de 5 de julio de 1985.*
208. **Tercería de dominio.** Irregular constitución de la litis al no formalizar el litisconsorcio pasivo necesario propio a tenor del art. 1539 Lec, que debería ser apreciado “ex officio” por el juez “a quo”. No presentación con la demanda del título en que funda la acción el tercerista, que debería originar el rechazo de la admisión a trámite de la demanda, según ordena el art. 1537 Lec. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 8 de julio de 1985.*
209. **Reclamación de cantidad.** Valoración de la prueba por la Sala: a) aportación de certificación bancaria acreditativa del saldo a favor de la entidad; b) no comparecencia de la parte demandada, tras dos emplazamientos; c) Incomparecencia a la absolución de posiciones, habiendo sido citado en dos ocasiones, apercibiéndole de tenerle por confesa. El conjunto de datos resulta bastante para que la Sala llegue a la convicción de ser ciertos los elementos probatorios aportados por la entidad. Revocación de la sentencia. *Sentencia de 8 de julio de 1985.*
210. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo mercantil. Nulidad del afianzamiento: no puede considerarse por cuanto el representante de la sociedad, según consta en autos, podía afianzar personal, mancomunada y solidariamente toda clase de obligaciones derivadas de operaciones con el banco bien a nombre del mandante o de “terceras personas”. Concepto de “tercero”: sentido vulgar y comprensible de cualquier persona distinta del poderdante. Cláusula contractual oscura: debe ser interpretada en el conjunto de todo el contrato. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 9 de julio de 1985.*
211. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de legitimación activa del tenedor que ejecuta la acción: no se puede estimar por cuanto es suficiente presentar la cambial y el acta del protesto (teoría de la integridad). Falta de provisión de fondos: debe excluirse por cuanto el

- ejecutante no participa en el negocio básico y en consecuencia es inoportuno alegar excepciones causales, salvo que el tercero haya obrado de mala fe. *Sentencia de 9 de julio de 1985.*
212. **Testamento.** Nulidad de testamento por apreciación de demencia senil que merma la capacidad volitiva de la testadora. Valoración de la prueba. Eficacia del testamento primitivo cuando la testadora contaba con plena capacidad de voluntad. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 9 de julio de 1985.*
213. **Reclamación de cantidad.** Valoración de la prueba practicada en autos. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 11 de julio de 1985.*
214. **Reclamación de cantidad.** Responsabilidad de la entidad aseguradora de vehículo a motor al pago de la correspondiente indemnización por lesión producida en accidente de tráfico. Pago por el conductor, voluntariamente, de diversas cantidades, según acuerdo con los lesionados (todos ellos de nacionalidad inglesa). La Entidad aseguradora no hizo uso de la facultad contenida en el párrafo 2º del art. 21 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de marzo de 1977 de póliza de seguro voluntario de automóviles por cuanto no consta en autos que haya rehusado por tal causa el siniestro, sino por distintas causas. Obligación, en consecuencia, al pago de las cantidades, no pactadas voluntariamente por el conductor, sino las procedentes con arreglo a la ley (art. 73 Ley del contrato de seguro). *Sentencia de 11 de julio de 1985.*
215. **Reclamación de cantidad.** Pretensión indemnizatoria por incumplimiento contractual debido al defectuoso funcionamiento de los apartamentos objeto de arrendamiento. Falta de prueba. Desestimación de dicha pretensión indemnizadora y consecuente extinción de la obligación de pagar la renta por compensación. Desestimación del recurso de apelación con expresa imposición de costas a la parte apelante. *Sentencia de 11 de Julio de 1985.*
216. **Contrato de compraventa.** Resolución por incumplimiento. Deber de restitución recíproca de lo que hubieren percibido las partes contratantes. Modo de adquisición del dominio y demás derechos reales por vía derivativa: doctrina del título y el modo. Extinción por confusión de las obligaciones respectivas derivadas del arriendo al reunirse en una sola persona las cualidades incompatibles en-

tre sí de dueña y arrendadora, de una parte, y arrendataria, de otra. Revocación de la sentencia de primera instancia, sin imposición expresa de las costas. *Sentencia de 12 de Julio de 1985* * .

217. **Contrato de compraventa.** Resolución por impago. El contrato cuya resolución se postula no es simulado -ni siquiera en su grado menor- realizado para producir una apariencia o un engaño, sino fiduciario, válidamente enmarcado en el amplio criterio de la libertad contractual del art. 1215 C.civil. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 15 de Julio de 1985* * .
218. **Contrato de ejecución de obras.** "Exceptio non rite adimpleti contractus". Doctrina del Tribunal Supremo. Prestaciones correspondientes. Intereses de demora; improcedencia. Reclamación de daños y perjuicios: falta de justificación. Responsabilidad de arquitecto y aparejador: inexigibilidad de la misma al no estar terminada la obra (art. 1591 C.civil). Revocación de la sentencia de primera instancia, con imposición expresa de costas. *Sentencia de 15 de Julio de 1985*.
219. **Contrato de arrendamiento.** Desistimiento unilateral: la subsistencia de una obligación no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. Terminación del arriendo por imposibilidad sobrevenida: falta absoluta de acreditamiento. Resarcimiento de los acreditados daños y perjuicios, como consecuencia del cierre de la peluquería referida en la demanda. Confirmación de la sentencia apelada, con imposición de costas a la parte recurrente. *Sentencia de 15 de Julio de 1985*.
220. **Contrato de ejecución de obras.** Resolución por inadecuación de las obras. Responsabilidad del contratista por la inhábil ejecución del encargo. Reparación de los daños ocasionados. Confirmación de la sentencia apelada, con expresa imposición de costas. *Sentencia de 16 de Julio de 1985*.
221. **Excepción de prescripción.** No es aplicable el art. 1472 C.civil al supuesto de autos; doble venta. Declaración de la propiedad en caso de doble venta (art. 1473, 2 C.civil). Validez y eficacia de los contratos de compraventa objeto de la litis, al no apreciarse vicio en el consentimiento prestado por error ni la inexistencia de la buena fe alegada. Revocación de la sentencia apelada con imposición de las costas causadas en ambas instancias. *Sentencia de 17 de Julio de 1985* * .

222. **Contrato de compraventa.** Resolución por incumplimiento, al ser común intención negocial que el dominio se transmitiera libre de toda carga. Siendo entregado el dominio por la vendedora con la limitación que supone el disfrute por tercera persona de la inmediata posesión, procede estimar el recurso declarando la resolución del contrato, condenando a los demandados a devolver el precio abonado más los intereses legales, sin que obste a ello la argumentación de la sentencia de primera instancia. *Sentencia de 17 de Julio de 1985.*
223. **Rendición de cuentas de una administración.** Falta de legitimación activa. Acto de conciliación: alcance del acuerdo. *Sentencia de 18 de Julio de 1985.*
224. **Contrato de ejecución de obras.** Responsabilidad solidaria de arquitecto, aparejador y contratista por incumplimiento de sus respectivos deberes profesionales. Desestimación de los recursos de apelación, con expresa condena en costas a los recurrente. *Sentencia de 18 de Julio de 1985.*
225. **Divorcio.** Pensión alimenticia. Sólo se han de computar, para fijarla, los ingresos fijos por trabajos permanentes, no los dimanantes de trabajos eventuales. Desestimación del recurso de apelación con imposición de costas a la parte recurrente. *Sentencia de 19 de Julio de 1985.*
226. **Bastanteo.** Excepción de falta de personalidad en el Procurador. No la supone la falta de bastanteo por el Letrado del poder para pleitos, por impedirlo el mandato constitucional de tutela ejecutiva. Doctrina del Tribunal Constitucional. *Sentencia de 19 de Julio de 1985.*
227. **Contrato de compraventa.** Desistimiento unilateral previsto como posible en el contrato. Devolución de las cantidades recibidas como precio: ha de estarse a lo convenido al respecto en el contrato. Reconvencción implícita: la supone la introducción en el suplico de la constetación cualquier petición distinta de la absolución de la demanda. Mayor cuantía: la renuncia a la súplica supone la contestación a la reconvencción así formulada en aplicación del beneficio de la buena fe procesal establecido en el art. 11 L.O.P.J. Imposibilidad de acceder al pago de intereses. pretendido por esta vía, al no estar previsto en el contrato. *Sentencia de 19 de Julio de 1985.*

228. **Arrendamientos urbanos.** Resolución del contrato por obras in-consentidas. Requisitos para que pueda prosperar la causa resolutoria 7ª del art. 114 LAU. Doctrina del Tribunal Supremo acerca de la alteración de la configuración del inmueble: la configuración es un concepto jurídico cuya determinación corresponde única y exclusivamente a los Tribunales. Desestimación del recurso de apelación con imposición de costas a la parte apelante por su temeridad. *Sentencia de 22 de Julio de 1985.*
229. **Falta de legitimación pasiva.** Distinción entre “legitimatío ad processum” y “legitimatío ad causam”. Esta última es cuestión de fondo que, por tanto, no puede determinarse con carácter previo. Reclamación de cantidad reclamada, Revocación de la sentencia de primera instancia. *Sentencia de 22 de Julio de 1985.*
230. **Contratos.** Nulidad por falta de capacidad mental de uno de sus otorgantes, intimidación y dolo. Falta de capacidad mental: ha de darse en el momento de la declaración de voluntad. Presunción de capacidad: doctrina del Tribunal Supremo. Intimidación: requisitos de la misma para que tenga efectos viciantes de la voluntad. No la supone la supuesta amenaza de pleitos. Dolo: necesidad de su prueba por quien lo alega. Análisis de las circunstancias motivantes del contrato impugnado que descartan toda idea de este vicio. Actos posteriores del actor de los que se infiere la confirmación del negocio jurídico que impugna. Enriquecimiento injusto: requisitos: no lo supone el hecho de que, por donación del acreedor, reciban unos terceros la prestación debida por el deudor. *Sentencia de 22 de Julio de 1985 **
231. **Divorcio.** Uso de la vivienda familiar: se concede al cónyuge titular de ella cuando no hay hijos del matrimonio ni concurren circunstancias excepcionales (situación de desvalimiento y desamparo) que alteren la norma (art. 96, 3º C.civil), a tenor de la prueba practicada. Pensión compensatoria: falta absoluta de prueba acerca del pretendido desequilibrio económico alegado por la apelante. Confirmación de la sentencia apelada, sin imposición de las costas causadas en la alzada, a tenor de la facultad que concede el párr. 3º del art. 896 LEC. *Sentencia de 22 de Julio de 1985.*
232. **Arrendamiento de local de negocio.** Resolución. El ejercicio del derecho de subrogación “mortis causa” en las viviendas alquiladas es también aplicable por analogía a los arrendamientos de locales

de negocio. Notificación de la subrogación: tiempo y forma. Doctrina del Tribunal Supremo. Deber por parte del subrogado de comunicar al arrendador su voluntad de continuar la relación arrendaticia, de acuerdo con la exigencia de la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. Doctrina del Tribunal Supremo. Revocación de la sentencia de instancia, sin expresa imposición de las costas de la alzada. *Sentencia de 22 de Julio de 1985* * .

233. **Contrato de compraventa.** Simulación: indicios de los que se infiere: falta de necesidad de vender, del supuesto adquirente, precio vil, falta de justificación de la procedencia del dinero en que consiste y del destino dado al mismo, ausencia de traditio de los bienes vendidos, percepción por la vendedora de su frutos... etc. Sustitución fideicomisaria de residuo: interpretación de la correspondiente cláusula testamentaria e indagación de la voluntad del testador que impone a la fiduciaria la disposición onerosa de los bienes hereditarios recibidos lo que impide dar a la venta simulada la calificación de donación encubierta que, en todo caso, tendría el carácter de mortis causa, vedada por la cláusula estudiada. *Sentencia de 22 de Julio de 1985* * .
234. **Juicio de desahucio.** Arrendamiento de solar, y no del local de negocio como pretende la recurrente, por lo que no es aplicable el beneficio de “prórroga forzosa” que establece el régimen jurídico particular de la L. A. U. Inaplicabilidad al caso de la “tácita reconducción” establecida en el art. 1566 C. civil, según se desprende de la prueba practicada y del hecho más evidente de la acción de desahucio por falta de pago ejercitada por el propietario del solar, lo que demuestra la voluntad de los propietarios de no continuar el arriendo. Desestimación del recurso de apelación con imposición de costas en ambas instancias. *Sentencia de 26 de Julio de 1985* * .
235. **Separación matrimonial.** El desistimiento del proceso de separación seguido en la jurisdicción eclesiástica y civil y el perdón de los esposos de las mutuas ofensas rehaciendo su vida en común, constantes en documento acordado por los litigantes, impide aducir como causas de separación en la presente litis los malos tratos e injurias graves anteriores a dicho acuerdo, por cuanto dicho perdón implica renuncia a las acciones que pudieran corresponder. Concepto de “injurias graves” contenido en el antiguo art. 105 C. civil. Interpretación de las normas jurídicas de acuerdo con la realidad

social, por lo que la violación del deber conyugal de cohabitación debe entenderse subsumido en dicho concepto de "injurias graves" como conducta vejatoria para la esposa. Visitas a los hijos comunes: no se trata de un derecho a favor del padre o la madre, sino de una potestad-deber establecida esencialmente en beneficio de los hijos menores. *Sentencia de 31 de Julio de 1985.*

236. **Separación matrimonial.** Medidas provisionales. Naturaleza jurídica cautelar, por lo que tienen carácter transitorio, extinguiéndose una vez fenecido el presupuesto en que se fundan. *Sentencia de 31 de Julio de 1985.*
237. **Apelación.** Inasistencia del Letrado apelante al acto de la vista. Desestimación del recurso de apelación, con expresa imposición de costas al apelante por la evidente temeridad. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1985.*
238. **Contrato de ejecución de obras.** Vicios del suelo de la edificación causante de la ruina de la obra: responsabilidad exclusiva del arquitecto. Estimación del recurso de apelación interpuesto por el aparejador y el constructor al haber actuado en todo momento de acuerdo con sus respectivas responsabilidades. Excepción de litisconsorcio pasivo necesario: desestimación por cuanto es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que para que se declare viciosamente constituida la relación jurídico-procesal es necesario haber omitido en juicio a quienes puedan tener un interés legítimo en el derecho material controvertido o resulten afectados por la relación judicial, lo que no ocurre en el presente caso. *Sentencia de 11 de Septiembre de 1985.*
239. **Contrato de compraventa.** Resolución por falta de pago del precio en el tiempo convenido. Voluntad rebelde del comprador de no pagar el precio acordado. Requerido de pago notarial o judicialmente el comprador, desaparece su facultad enervatoria mediante el pago, con la consiguiente exigencia del vendedor de resolver el contrato (art. 1504 C.civil). Doctrina del Tribunal Supremo. Efectos ex tunc de la resolución del contrato: la relación obligatoria queda extinguida como si nunca se hubiera concluido. Prórroga arrendaticia a favor del arrendatario del comprador: inaplicación al caso del art. 57 de la L.A.U. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985* * .

240. **Contrato de arrendamiento de obras con suministro de material.** Demora en la ejecución de la obra convenida: no es imputable a la empresa constructora, como resulta acreditado en la fase probatoria. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985.*
241. **Separación matrimonial.** Patria potestad compartida: incapacita para su ejercicio la probada toxicomanía y anomalías psíquicas. Régimen de visitas. Alimentos. Defecto de personación en la apelación: no procede declarar desierto el recurso al quedar subsanado el defecto procesal inicial. Criterio no formalista mantenido por el Tribunal Constitucional, encaminado a la realización del derecho fundamental de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. Defensa letrada en turno de oficio: procedimiento. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985.*
242. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de espera. No la supone, ni tampoco la inconcreción de la fecha del vencimiento de la cambial, el pacto causal en virtud del cual el deudor obtendría un préstamo hipotecario para atender tal cambial instrumentada como medio de pago del precio aplazado. Falta de provisión de fondos: no supone improvisación el incumplimiento por el librador de una obligación secundaria dentro del contexto total de la economía del contrato. La renovación cambiaria supone un acto causal nuevo que por sí supone provisión. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1985.*
243. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos: desestimación por no ser este juicio sumario el apropiado para -ni siquiera el amparo del concepto de provisión de fondos- realizar un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente. Doctrina del Tribunal Supremo. Confirmación de la sentencia apelada con expresa imposición de costas a la parte apelante. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1985.*
244. **Separación matrimonial.** Infidelidad conyugal: se infiere del contenido de la prueba documental, sin que quepa ser desvirtuada por la separación de hecho alegada. Uso de la vivienda conyugal en favor del marido enfermo y con escasos ingresos. *Sentencia de 18 de Septiembre de 1985.*
245. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Excepción de falta de legitimación activa por no haber acreditado ser heredera conjuntamente con sus hijos y única heredera de la víctima: desestimación por cuanto es in-

concusos que ellos son los perjudicados, destinatarios y beneficiarios de la indemnización del seguro obligatorio. Normativa aplicable y doctrina del Tribunal Supremo al respecto. Excepción de culpa exclusiva de la víctima: desestimación a tenor de la prueba practicada. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1985.*

246. **Quiebra.** Incidente de quita y espera: improcedencia de solicitud de dicho incidente por parte de un deudor comerciante (arts. 1130 LEC y 1912 C.civil). Cualidad de "comerciante": la ostentan los recurrentes, como se desprende de la prueba practicada. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1985.*
247. **Divorcio.** Cese efectivo de la convivencia conyugal, por concurrir la invocada causa segunda del art. 86 C.civil. Pensión compensatoria: se confirma la señalada en la sentencia apelada, al no ser materia de esta alzada, dado el aquietamiento de la parte. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1985.*
248. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Excepción de prescripción de la acción: cómputo. Desestimación de la excepción: el plazo de un año no ha de contarse -como pretende la recurrente- desde que el accidente de tráfico tuvo lugar, sino desde la fecha en que se notificó al perjudicado el auto dictado a tenor del art. 10 del Texto Refundido de la Ley del Automóvil. Excepción de culpa exclusiva de la víctima: debe ser rechazada a tenor de la prueba practicada. Excepción de nulidad del título ejecutivo y de la obligación reclamada: no puede prosperar, dado el carácter heterónomo en cuanto a su origen del específico título ejecutivo derivado de la Ley de uso y Circulación de vehículos a moto. Reducción de la indemnización: no procede, por tratarse de una deuda de valor. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1985.*
249. **Reclamación de cantidad.** Documento en el que se sustenta la condena: no desvirtúa la eficacia obligacional del mismo la circunstancia de haberse incumplido una obligación fiscal. Doctrina del Tribunal Supremo. Autenticidad de la firma del demandado apelante resultante de la prueba practicada. Falta de legitimación pasiva: desestimación. Requisito de la causa en los contratos: presunción de existencia y licitud. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1985.*

250. **Defensa del honor.** Están activamente legitimadas las personas jurídicas. No puede condenarse al autor de las manifestaciones supuestamente atentatorias cuando el representante legal de la entidad presuntamente agraviada manifiesta en el proceso que lo determinó su iniciación fue el tratamiento dado a las mismas por determinado medio de comunicación. Los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución prevalecen sobre las libertades a que se contrae el art. 20. Intromisión ilegítima y derecho a la propia imagen: límites legales. El derecho al honor está subordinado al interés público precisado siempre de verdad histórica y de formas respetuosas de expresión. Análisis de la prueba de la que se infiere la veracidad y el interés público. No lesiona el honor el tratamiento dado por la prensa a la noticia ni el uso de las expresiones "corrupción, caos, competencia desleal", atendido el resultado de la prueba. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1985 **.
251. **Suspensión de pagos.** Incumplimiento del convenio: efectos (art. 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de Julio de 1922). Prueba de los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes: doctrina del Tribunal Supremo. Ficta confessio. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1985.*
252. **Contratos.** Nulidad por coacción: puede viciar el consentimiento, pero no lo excluye, provocando -en todo caso- anulabilidad del contrato, pero no su nulidad radical. Normativa aplicable a la transmisión de las Oficinas de Farmacia. Nulidad de los pactos contrarios a las leyes específicas al respecto. En caso de fallecimiento del farmacéutico, titular de la Oficina de Farmacia, transcurrido el plazo legal para haber cedido, transpasado o vendido la Farmacia los herederos del fallecido, el valor patrimonial de la Oficina de Farmacia deja de formar parte de la herencia. Unica titular de la referida Farmacia es la apelante, pues sólo ella reúne los requisitos legales. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985*.*
253. **Divorcio.** Pensión compensatoria: es necesaria su postulación que se infiere de la cita del art. 97 C.civil y de la genérica postulación de auxilios económicos. Desequilibrio económico: se deduce del hecho de que el cónyuge obligado remita al otro, durante la separación, cantidades. Litis expensas: incompatibilidad con el beneficio de justicia gratuita. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985*.*

254. **Arrendamiento de industria.** Desahucio por falta de pago: no está legitimado el copropietario que dejó de serlo merced a la división de la cosa común. Temeridad: costas. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985.*
255. **Juicio ejecutivo.** Consignación, después de despachada la ejecución, del nominal, de parte de la cantidad presupuestada para costas e intereses. Prosecución del proceso por las costas pendientes no cubiertas. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985.*
256. **Divorcio.** Convenio previo de separación e interpretación de la cláusula en que se pactan aspectos económicos: engloba la pensión compensatoria del art. 97 y contribución a los alimentos de los hijos matrimoniales. Pretensión de modificación por cuestiones sobrevenidas: pérdida del plus de residencia. El conocimiento previo al convenio del traslado que supone tal pérdida impide la modificación. También el trabajo eventual de la esposa, pese a las perspectivas de su conversión en definitivo. Paternidad extramatrimonial del varón: justifica, la necesidad de alimentación del vástago, una reducción de la pensión pactada. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985*.*
257. **Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.** Se considera defectuosamente constituida la relación procesal cuando no se voca al pleito al adquirente del patrimonio de una sociedad disuelta y se pretende la nulidad de las operaciones disolutorias y la retroacción de lo recibido en ellas. *Setencia de 30 de Septiembre de 1985.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

140

140.INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. La autonomía de la voluntad de las partes supone la obligatoriedad de las cláusulas pactadas de común acuerdo por los contratantes. La reciprocidad de las obligaciones no significa que las prestaciones hayan de ser, por fuerza, económica y objetivamente equivalentes. *Sentencia de 13 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que insta en esta alzada el recurrente la revocación de la sentencia que dió lugar a las pretensiones del actor, -quien se ha aquietado a los pronunciamientos que dicha resolución formula- en orden a fijar la cuantía de la renta que, en contrapartida al disfrute y explotación del negocio de bar-cafetería denominado "N", sito en el nº 7 de la *C/ Miguel Pallicer* en el lugar de las Maravillas, término municipal de Palma de Mallorca, tiene aquél que satisfacer con efectos desde el 1º de septiembre de 1981, porque: a) el pacto de revisión de renta reflejado en el párrafo 2º de la cláusula 3ª de las que contiene el contrato regulador de la relación arrendaticia que liga a las partes, adolece, en su personal opinión, de causa ilícita al ser contrario a la moral social, por lo que debe ser declarado nulo; y b) el índice medio del incremento del coste de la vida experimentado durante el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1971 e idéntica fecha del año 1981 que la sentencia aplica, no es el exclusivo de la ciudad de Palma de Mallorca, como quiere el contrato, sino el relativo al conjunto nacional, y, además, dicho índice es notoriamente excesivo y errado.

CONSIDERANDO: Que el meritado párrafo 2º de la cláusula 3ª está redactado en los términos literales siguientes: "durante los últimos cinco años se abonará en concepto de renta anual la suma de setecientos cincuenta mil pesetas (750.000 pts.) o, a elección del Sr. P. O., la que resulte de sumar a la cantidad de seiscientos veinte y cinco mil pesetas (625.000 ptas.) el incremento que a contar desde hoy y en relación a dicha cantidad (a dicha) digo, pueda haber experimentado el índice medio del coste de la vida en esta ciudad, según los datos que en forma periódica hace públicos el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le suceda"; siendo además de notar, por revestir ello interés a los fines de este recurso, que están conformes los litigantes, pues que no discuten tales extremos que en la de-

manda se afirman, en que el objeto arrendado consiste en una industria de bar cafetería, en que la relación arrendaticia, (sea calificable de arrendamiento o de subarriendo, pues ninguna transcendencia tiene para esta litis), está sujeta a la normativa del Derecho Común y no a la propia de la Ley de Arrendamientos Urbanos y que el plazo de duración convenido es de 15 años, que terminan el 31 de agosto de 1986.

CONSIDERANDO: Que, atendidos, estos datos, el rechazo del recurso claramente se impone ya que: a) tratándose de relación contractual que se rige por las normas del Código Civil, el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los contratantes para la autorregulación de sus intereses y la libre configuración del contenido del contrato, conforme al clásico y fructífero principio de autonomía de la voluntad, cuya natural consecuencia es la obligatoriedad de atenerse a lo convenido (artículos 1091 y 1258) no encuentra más límites que los que, con carácter general, señala el artículo 1255 de dicho Cuerpo legal, esto es, que los pactos, cláusulas y condiciones no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público, ninguno de los cuales es obvio aparece vulnerado por la antes transcrita estipulación, pues no existe precepto alguno que prohíba acudir para la fijación de la renta a módulo de aquella clase que, antes bien, es de usual empleo, y si se funda la oposición de la misma a la moral social, como hace el recurrente, con trabajoso esfuerzo discursivo, en que el precio resultante de su aplicación es desproporcionado para los rendimientos que produce el negocio y muy superior al que normalmente se percibe por la explotación de otros establecimientos de similar destino y categoría dentro de la zona, y, en resumen, en su grave onerosidad, con ello olvida que la reciprocidad de las obligaciones no significa que las prestaciones correspectivas hayan de ser, por fuerza, económica y objetivamente equivalentes, sino que, deben hallarse en mutua condicionalidad y a modo de contrapartida una de otra, y que el precio basta que sea cierto y esté determinado, o sea determinable sin necesidad de nuevo acuerdo de los interesados, pero no que, además, sea justo, pues en Derecho Común la lesión de alguna de las partes ni tan siquiera da lugar a la rescisión del contrato fuera de los casos expresamente determinados en la ley (artículo 1293 del Código Civil) y menos, por tanto, a la ilicitud del pacto que la provoca; cabe añadir a estas razones que: 1º) en las obligaciones con prestaciones alternativas la elección de la que debe darse, puede conferirse al acreedor, si así expresamente se conviene, (artículo 1132 párrafo 1º); 2º) la remisión al número 1 del artículo 3º del Código Civil carece de todo sentido, cuando ni lo que se debate en la litis son problemas de hermenéutica, ni, aunque lo fueran, resulta aplicable dicho precepto, -por más que, habilidosamente y por vía del artículo 1091, se diga que las obligaciones de origen contractual constituyen norma para los contratantes-, a la interpretación de los contratos, que es labor a desarrollar con sujeción a las reglas expuestas en los artículos 1281 a 1289 del repetido Código; y 3º) puesto que el apelante se subrogó en los mismos derechos y obligaciones derivados del contrato, que antes ostentaba su padre, en virtud de la cesión de contrato otorgada, con fecha de 12 de julio de 1976, es decir cuando prácticamente ya habían transcurrido cinco años desde el inicio de la relación arrendaticia, tuvo a su alcance la posibilidad, antes de hacerlo, de evaluar fundadamente y con datos concretos a su disposición la trascendencia pecuniaria que la controvertida cláusula revisoria llegaría a tener, de manera razonablemente presumible, en el futuro; y b) no aparece que el Instituto Nacional de Estadística pueda facilitar información acerca de las variaciones experimentadas por el índice del coste de la vida en una concreta y determinada localidad, como se deduce de que, habiéndosele solicitado en período de prueba y a instancias del actor certificación referente al incremento producido en dicho índice en Palma de Mallorca (folio 65), el Organismo Oficial responda participando el correspondiente a esta provincia de Baleares (folio 77), pero, en todo caso, el que la sentencia apelada haya escogido para base de la operación aritmética el índice relativo al conjunto nacional, en nada perjudica, sino que, antes bien, favorece al recurrente, pues éste último es inferior (341,1 recoge la sentencia, algo más bajo, inclusive, que el de 346,1 que aparece, con carácter de defini-

tivo, en el certificado obrante al folio 76), que el más próximo a la realidad de la capital, que sin duda lo es el de la provincia (362,2), y en cuanto al denunciado error de tales cifras, tanto la novedad del argumento, por vez primera alegado en esta alzada, pese a que ya con el escrito de demanda se adjuntaba otra certificación del Instituto que, con carácter de provisional, facilitaba un incremento relativo del índice general para el conjunto nacional total de 341,2% (folio 26), como la ausencia de cualquier actividad probatoria destinada a poner de manifiesto la equivocación presuntamente padecida por el Organismo en la elaboración de esos resultados, que deben así ser tenidos como correctos, hacen por completo inviable dicho motivo de impugnación.

CONSIDERANDO: Que procede, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida y condenar en las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante, pues la inconsistencia jurídica de las razones en que se apoya su pretensión revocatoria, evidencia la temeridad de su planteamiento.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, rechazando el recurso de apelación que interpone D. S. G. L. contra la sentencia dictada el nueve de julio de mil novecientos ochenta y cuatro por el Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, con expresa condena al pago de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

149

149.FALTA DE PERSONALIDAD. Excepción dilatoria de falta de personalidad del actor por no aportar junto con la demanda el documento acreditativo de la propiedad del coche siniestrado. No procede su admisión por cuanto la cuestión de si el actor es propietario del vehículo no afecta a su personalidad procesal sino a su legitimación activa, no constituyendo objeto de excepción dilatoria, sino de la propia cuestión de fondo. *Sentencia de 20 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que en la demanda origen de esta litis el actor, ahora recurrente, ejercita la acción directa que el artículo 4º del vigente Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, concede al perju-

dicado para reclamar del asegurador del vehículo causante del daño producido con motivo de la circulación, la reparación de dicho mal, con el propósito de obtener resarcimiento en la cantidad global de 1.106.000 pesetas por los perjuicios, materiales y personales, que afirma sufrió a consecuencia del accidente que tuvo lugar el día 9 de Junio de 1982 a la altura del punto kilométrico 9'7 de la carretera de Valdemosa-Palma al entrar en colisión frontal el turismo de su propiedad y que él conducía, con un Seat-133 que se hallaba cubierto por certificado de seguro obligatorio expedido por la Compañía demandada; pretensión a la que ésta opuso en primer término la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor por no acreditar el carácter o representación con que reclama, sobre la alegada base de que no se había aportado junto con la demanda el documento acreditativo de la propiedad del coche siniestrado, todo ello al amparo del número 2 del artículo 533 en relación a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo de defensa previo al que el Juez "a quo", aunque del contenido de su sentencia parece traslucirse que estimó que esa propiedad había quedado demostrada en periodo de prueba, otorgó acogida, no obstante, por entender que, según dice, "la demanda incumple, de forma clara y notoria, en su presentación, lo dispuesto en los meritados artículos 503 y 504 de la Ley Rituaria Civil".

CONSIDERANDO: Que el pronunciamiento absolutorio en la instancia, subsiguiente a tal declaración, es manifiesto ha de ser revocado, toda vez que la cuestión de si el demandante es el propietario del turismo siniestrado y si, por tanto, ostenta la condición de perjudicado por el accidente -cualidad que ya reviste, por otra parte, como afectado por lesiones-, y puede pretender en este litigio indemnización por los daños que el vehículo recibió, no es problema que ataña en absoluto a su personalidad procesal, esto es, a su aptitud para ser sujeto en el proceso e intervenir en él con validez, y eficacia, sino que alude a su legitimación activa, la cual, cuando es directa porque se ejercita un invocado derecho propio en nombre propio, como aquí sucede, se identifica con la aducida titularidad de la relación jurídico-material en controversia, y no constituye por ello objeto de excepción dilatoria, sino que su examen es propia cuestión de fondo (Sentencias del Tribunal Supremo 24-octubre-1978, 29-abril-1980, 7-febrero-1981, 15-marzo,, 12-junio y 10-julio-1982, 28-enero-1983, etc.); el hecho, pues, de que no se hayan traído "in limine litis" los documentos justificativos de esa titularidad, si es que existen y la parte los tiene a su disposición, es obvio que, menos todavía, no acarrea, como consecuencia jurídica, el que deba darse lugar a dicha excepción previa, sino la muy distinta de que, si se presentaren después, no puedan ser incorporados a los autos en razón de haber transcurrido el momento preclusivo que señalan al efecto los citados artículos 503 y 504, lo que no impide, sin embargo, que la realidad de aquélla resulte demostrada a través de otros medios, como en el presente supuesto acaece, ya que obra unido al folio 54 oficio de la Jefatura Provincial de Tráfico, recabado a instancias del actor en período probatorio, del que se desprende que hasta el día 30 de diciembre de 1983 el apelante fué dueño del automóvil accidentado; todo lo cual determina, como se ha dicho, la procedencia de revocar la parte dispositiva de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que el llamado litis consorcio pasivo necesario, por cuya virtud se impone la traída al proceso de todos aquellos sujetos que ostenten interés actual en la relación jurídica discutida, con el fin de evitar el eventual riesgo de fallos contradictorios e impedir que se extiendan los efectos de la cosa juzgada a terceros no presentes en el pleito con quebrantamiento del principio - hoy de rango constitucional (Sentencia 25 de junio de 1984)- de audiencia, a tenor del que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio (Sentencia 3-diciembre-1984, por todas), es de apreciar, cuando ocurre que existen, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1982, "una situación jurídica extraprocesal o de naturaleza material en la cual y según el derecho sustantivo regulador de ella, la consecución de los efectos pretendidos en el juicio exige de

suyo la concurrencia de todas aquellas personas que merced a su interés en aquella situación, atraen la concepción de litisconsortes y deben por esa calidad ser necesariamente integrados en la relación procesal"; y es por esto que también procede el rechazo de la excepción de litis consorcio que la demandada sostiene al no haberse dirigido la demanda, además, contra los herederos del fallecido conductor del Seat-133 y, en general, contra todas las demás personas que se vieron de algún modo involucradas en el accidente, puesto que, si el actor persigue exclusivamente en esta litis que se le indemnice con cargo a la cobertura del certificado de seguro obligatorio que amparaba al vehículo causante de sus daños, es claro que únicamente la Compañía aseguradora de éste puede ser constreñida a satisfacer dicha pretensión y que, en consecuencia, sólo ella ha de tener interés en lo que es objeto del presente litigio, sin que la resolución que aquí recaiga, en nada repercute sobre aquellos terceros no llamados a él, y no ya sólo porque los efectos de una eventual condena al pago de las prestaciones impuestas por ese seguro en ningún caso les alcanzan, sino porque, ni de modo reflejo, predetermina otras responsabilidades, cuya apreciación ha de hacerse con criterios operativos distintos, ya que, mientras las obligaciones a la reparación que nacen del seguro obligatorio responden a pautas de responsabilidad objetiva atenuada (Sentencias del Tribunal Supremo 8-mayo- y 23-octubre-1980 y 24-junio-1982), pues el asegurador sólo queda exento de ellas, probando que el hecho fué debido, únicamente, a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo (artículo 5º en relación al 1º de la Ley 122/1964), en cambio, fuera ya de ese ámbito, la obligación de indemnizar, que se rige por las disposiciones de la legislación común (artículo 2 del Decreto de 6 de mayo de 1965), asienta en el principio básico de la culpa, que recoge el artículo 1902 del Código Civil, aunque su aplicación resulte corregido mediante los diversos expedientes paliativos de su inicial rigurosidad, que la jurisprudencia ha introducido progresivamente (Sentencias 27-enero, 6-mayo, 16-mayo y 13-diciembre-1983, 8-mayo y 12-diciembre-1984, etc.); a lo que cabe añadir, por último, que, en cuanto al exceso no cubierto y para el caso de que la responsabilidad del culpable se hallare protegida por medio de seguro voluntario complementario, existe vínculo de solidaridad externa entre aquél y el asegurador frente a la víctima en orden a su resarcimiento (Sentencias 17-mayo-1978, 31-marzo-1982, 28-marzo-1983, 30-mayo-1983, etc.), lo que, por virtud del artículo 1144 del Código Civil, precisamente excluye la situación de litis-consorcio necesario (Sentencias 9-julio-1981, 28-mayo-1982, 1-julio-1983).

CONSIDERANDO: Que, no habiendo defendido en esta alzada M.N. S.A. la tercera de las excepciones de carácter previo que invocó en la primera instancia; atinente a su presunta falta de personalidad, la que carece, por otra parte, de un mínimo sostén jurídico atendible, y entrando ya en los aspectos litigiosos de fondo, es de notar que la demandada no ha justificado, como es carga probatoria que le incumbe, la concurrencia de ninguna de las circunstancias exonerativas de la obligación de indemnizar antedichas, ya que de los testimonios de particulares extraídos de las Diligencias Penales 1943/82, que fueron archivadas por auto de 7 de febrero de 1983 en razón de no ser los hechos investigados en ellas constitutivos de infracción penal, en absoluto se deduce que el accidente fuera debido, de modo único, a culpa o negligencia del actor, Sr. B. por lo que debe ser condenada a satisfacer al perjudicado, accionante, el importe de los daños y perjuicios que reclama, pero sólo hasta el límite del seguro obligatorio, tal como señalan los artículos 4º y 5º del repetido texto Legal Refundido y cuida de repetir el Decreto 1199/1965, de 6 de mayo por el que se adapta la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de motor y el Reglamento de Seguro Obligatorio al Decreto-Ley 4/1965, de 22 de marzo, al decir en su artículo 1º que la obligación de reparar el mal causado "se entenderá referida sólo al daño en las personas y dentro de los límites y condiciones que para el ámbito del seguro obligatorio se establece en el Reglamento"; en consecuencia, excluidos del ámbito de cobertura los daños materiales por obra del artículo 1º del Decreto-Ley referido en último lugar, y no habiéndose acreditado en los

autos que el Sr. B. padeciera por efecto del siniestro más daños en su persona que los 55 días de incapacidad para el trabajo que se desprenden del certificado expedido por el Ayuntamiento de esta ciudad, organismo en el que presta sus servicios como policía, obrante al folio 43, el importe de la prestación pecuniaria resarcitoria a cuyo pago se condena, por tanto, a la Compañía aseguradora, ha de cifrarse en la cantidad de 33.000 pesetas, resultante de aplicar el módulo indemnizatorio por incapacidad temporal de 600 pesetas diarias, que determinaba el artículo 23 del Reglamento de Seguro Obligatorio en la redacción, vigente a la fecha de ocurrir los hechos, que introdujo el Real-Decreto 1653/1980, de 4 de julio, a dicho tiempo de baja para el trabajo habitual; en cuyo sentido procede la estimación parcial de la demanda formulada.

CONSIDERANDO: Que dicha aceptación limitada de las pretensiones del demandante excluye la especial imposición a cualquiera de las partes del pago de las costas procesales causadas en la primera instancia -y ello conlleva el rechazo del recurso deducido con tal objeto por M.N. S.A.-, sin que, por el carácter de esta resolución, proceda tampoco condenar a ninguna de ellas en el de las producidas en esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que dando lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por D. R.B.T., y rechazando el que deduce la Compañía M.N. S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de que este rollo dimana, dejándola sin efecto; y previa desestimación de las excepciones de falta de litis consorcio pasivo necesario, falta de personalidad en el actor y falta de personalidad en el demandado y acogiendo en parte la demanda formulada por D. R.B.T., debemos condenar y condenamos a M.N. S.A., a que satisfaga al dicho actor la cantidad de 33.000 pesetas, con más los intereses de la misma prescritos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta segunda sentencia hasta su completo pago, todo ello sin hacer especial imposición a ninguna de las partes del pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

151

151. DESAHUCIO DE INDUSTRIA. Litispendencia alegada por existir un proceso en demanda de la calificación del contrato como de arrendamiento de local de negocio. Improcedencia. La acción de desahucio es de naturaleza posesoria frente al carácter meramente declarativo de la acción ordinaria. El juicio de desahucio no produce efecto de cosa juzgada material, lo que elimina la excepción de litispendencia al no haber fallos contradictorios. *Sentencia de 21 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que a la acción de desahucio, promovida según la legislación común, por expiración del plazo del arrendamiento del Bar-Cafetería del Club T.P.P., sito

en la Avenida de Son Rigo, esquina Sedal y letra J, de esta ciudad, por el co-arrendador co-propietario don J.R.A. en nombre propio y de los otros co-titulares de dicho Bar-Cafetería, contra el arrendatario don C.N.G., este opuso, con carácter previo e invocando el ordinal 5º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia de litis pendencia de un juicio declarativo de menor cuantía por él formulado, en el que se postula la declaración de que el contrato de arrendamiento cuya resolución se insta en este juicio de desahucio, es de local de negocio y por lo tanto sujeto a la legislación especial, y como cuestión de fondo, que el contrato concertado no es de industria como se califica en el documento suscrito, sino de local de negocio y ostenta por ello derecho a prórroga forzosa.

CONSIDERANDO: Que son hechos reconocidos o probados de los que hay que partir para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: Primero. El día 1º de Junio de 1973, Don A.C.T. en nombre propio y en representación, según consta en poderes notariales, de los señores Don J.C.P., Don J.P.O., Don R.F.O., Don A.G.M., Don J.J.M. y Don J.R.A., suscribió con Don C.N.G., teniendo en cuenta el carácter de éste de industrial del ramo, el arrendamiento del bar-cafetería existente en el Club T.P.P., estipulándose el plazo de duración del arrendamiento de 10 años -con terminación el 1º de Junio de 1983- y como precio del arrendamiento, calificado en dicho documento, de negocio industrial, el de 360.000 pesetas pagaderas por el arrendatario en doce mensualidades de idéntico importe (folios 12/16). Segundo. Expirado el plazo contractual sin que el arrendatario entregara lo arrendado, fué requerido notarialmente el 9 de Junio de 1983 para que de forma inmediata entregara la industria (folios 17/20). Tercero. Don C.N.G. demandó de conciliación, con papeleta fechada el 14 de Junio de 1983, a Don A.C.T. para que en nombre propio y de los representados antes mencionados, reconociese, en síntesis, que el citado arrendamiento es de local de negocio sometido a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y por ello ostenta el señor N.G. derecho de prórroga forzosa (folio 37). Cuarto. Con fecha 15 de Septiembre de 1983 Don C.N.G. interpuso en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de esta capital, demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los arrendadores, que por turno de reparto correspondió al Juzgado número Uno -autos número 1406 de 1983- en que insta la declaración de que el referido arrendamiento es de local de negocio; y Quinto. El 25 de Enero de 1984 se dedujo la demanda instauradora de este juicio de desahucio, ahora en grado de apelación.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo en un caso parejo al presente -se trataba de un juicio de desahucio tramitado a tenor de la legislación común por finalización de plazo de una cesión del uso y disfrute por tiempo y precio determinados de un solar, en el que se alegó litis pendencia al existir con anterioridad al juicio de desahucio otro declarativo sobre idénticos temas promovido por el demandado en el desahucio-, rechazó en sentencia de 14 de Octubre de 1958 -número 583- tal excepción -5ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, por los siguientes motivos: a) "porque la acción de desahucio no es exactamente igual a la esgrimida en el proceso ordinario, ya que es cabalmente posesoria por su peculiar naturaleza, y la ordinaria promovida con antelación es meramente declarativa", "faltando en consecuencia, la identidad de acciones en los procesos, como lo exige el artículo 1252 del Código Civil para la exacta formación de la cosa juzgada"; y b) porque dicho "Alto Tribunal tiene ya declarado que las resoluciones recaídas en los juicios de desahucio no producen dicha cosa juzgada material (sentencias de 18 de noviembre de 1913 y 8 de Julio de 1914, recogiendo la doctrina de las de 16 de Junio de 1883 y 10 de Noviembre de 1903), eliminándose, por lo tanto, el evento de la abierta contradicción de los fallos con igual eficacia intepartes, que la excepción de litis pendencia tiende a prevenir en su caso". Jurisprudencia ésta que determina el rechazo de la excepción previa formulada en esta litis.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el fondo de la cuestión litigiosa, se estima, del conjunto de la prueba practicada, que el arrendamiento concertado por los hoy litigantes, es de industria; así resulta no sólo por cuanto en él se afirma que es de dicha clase y que fué otorgado por el señor C. al tener en cuenta el carácter de industrial del ramo -de bar y cafetería- del señor N., sino de su propio contenido -un negocio industrial constituido por la cafetería-bar del "T.P.P.", en perfectas condiciones de explotación, con todos los elementos que se incluyen en el inventario que aceptó el señor N. en calidad de arrendatario del mencionado negocio-, y acreditando su realidad, tanto por la prueba documental como por la testifical. En efecto, constan unidos a autos el documento de arrendamiento de industria del referido bar-cafetería suscrito el 1° de Enero de 1970 por los arrendatarios don J.R.M. y don N.I.G. (folios 23, 24, 26, 27 y 28), contrato que fué resuelto 19 días después (folio 25), y el contrato de arrendamiento del supradicho bar-cafetería firmado como arrendatario por don J.C.G. el 18 de Diciembre de 1970 (folios 30/34), documentos todos ellos averdados; la prueba testifical, toda ella unánime, corrobora que el contrato que vincula a los hoy contendientes, fue de arrendamiento de industria, siendo de destacar en ese sentido la declaración prestada en autos por el testigo señor C.G., que fué el anterior arrendatario del bar-cafetería del Club T.P.P. al hoy demandado-apelado, que firmó que cuando tuvo en explotación la industria Bar-Tenis expresada, funcionaba como tal y estaba dotada de todos los elementos precisos para su desarrollo normal y cuando dejó de explotar tal industria estaba en condiciones de continuar explotándose tal como el declarante lo había hecho desde el principio de su contrato y que cuando transmitió la industria Bar-Cafetería, referida, lo hizo en concepto de tal, como todos los elementos que la caracterizan, contando su explotación con permisos expedidos por Gobierno Civil y Hostelería y que no se contrató como local de negocio (preguntas 2ª, 3ª, 4ª y 5ª: folios 52 y 62). La tesis del demandado de que el arrendamiento por él concertado fue de local de negocio, se apoya, según el informe que expuso su Dirección Letrada en el acto de la vista de esta alzada, en la declaración del señor C.G., al ser preguntado a la tercera (folios 62-64) de haber recibido del hoy apelado, 125.000 pesetas, suma ésta que, según dicha parte, es el precio de compra todos los elementos de dicho bar-cafetería, ya que hubo, según la misma parte litigante, traspaso de un local de negocio. Tesis ésta que carece de la más mínima consistencia y seriedad, ya que dicho testigo -don J.C.- manifestó que la expresada suma la percibió en concepto de envases y bebidas y que no traspasó negocio pues de haberlo hecho habría avisado a la propiedad; como también por cuanto de haber habido traspaso no se hubiera suscrito el contrato de arrendamiento de fecha 1° de Junio de 1973, cuya autenticidad ha sido reconocida y confesada (posición 1ª) y hubieran percibido los arrendadores la correspondiente participación en el traspaso, hecho que ni siquiera ha sido aludido en toda la tramitación de esta litis.

CONSIDERANDO: Que al ser el arrendamiento concertado de industria, queda su regulación excluida de la Ley de Arrendamientos Urbanos -artículo 3- por lo que ha de regirse por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil común, y al disponer el artículo 1569 del Código Civil que el arrendador podrá desahuciar judicialmente al arrendatario, entre otras causas, por haber expirado el término convencional, lo que se ha acreditado en autos, es por lo que procede estimar la demanda, previa revocación de la sentencia dictada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don J.R.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha dieciséis de

Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio de desahucio de que dimana el presente rollo y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando la demanda deducida en nombre y representación de don J.R.A., contra don C.N.G., debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de arrendamiento suscrito el Primero de Junio de mil novecientos setenta y tres, y que procede el desahucio del Bar y Cafetería del Club T. sisto en la calle Son Rigo de esta ciudad, con todos los elementos, mobiliario, instalaciones y existencias que recibí del arrendador, condenando el demandado a entregar todo ello al actor, con el apercibimiento que de no hacerlo, dentro del plazo legal, se procederá a su lanzamiento. Sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovat Alabau).

155

155. RESPONSABILIDAD DECENAL (ART. 1.591 C.C.). Doctrina jurisprudencial: en el término "ruina" utilizado por el art. 1.591 se incluyen los defectos graves de construcción. La responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo es, en principio, individualizada, personal y privativa, en armonía a la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la función específica que desarrollan en el proceso edificatorio. Sólo cuando resulte imposible discernir las específicas responsabilidades de técnicos y contratistas en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la solidaridad. Doctrina del T.S. al respecto. *Sentencia de 24 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil constituye, una vez más la cuestión de fondo de la litis que ahora se examina en segundo grado jurisdiccional por esta Sala. En el presente caso, el escrito inicial de este juicio ordinario, basado en el citado precepto civil, fue interpuesto por la Comunidad de Propietarios del Edificio número nueve de la calle Teniente Torres de esta ciudad, contra la entidad Construcciones M. S.A., don A.M.T., don M.C.A. y la compañía G. S.A., -empresa constructora, arquitecto, aparejador y compañía promotora respectivamente de dicho edificio-, por existir en él, una grieta claramente visible en la fachada en el límite de la medianera derecha, mirando desde la calle Teniente Torres, entre los edificios 9 y 11, que comienzan

do en la parte baja del mismo inmueble en su parte posterior, así como también numerosas grietas en algunas de las dependencias interiores de las viviendas que delimitan con la medianera antes citada. Defectos éstos constatados en los peritajes obrantes en autos y cuya existencia esta Sala estima acreditada a la vista de la prueba practicada.

CONSIDERANDO: Que hay que señalar en primer lugar, que la construcción del expresado edificio finalizó, según certificación del Ayuntamiento de esta ciudad, basada en la del arquitecto director de la obra, el 8 de Octubre de 1973 (folio 160) y la demanda instauradora de esta litis, se interpuso el 30 de Enero de 1983 (folio 50 vuelto), o sea antes de haber transcurrido 10 años desde la conclusión de la obra; y en segundo término, la amplitud que a la palabra "ruina" del mencionado precepto 1591 de la moderna jurisprudencia, ya que en ella incluye, por exigencias de la debida y eficaz protección de la buena fé, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1984, los defectos graves de construcción (Sentencias de 20 de Mayo 1959, 20 Noviembre 1959, 28 Noviembre 1970, 1º Abril 1977, 3 Octubre 1979, 9 Mayo 1983), entendiéndose por tales los que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra, hagan tener (sic) por su pérdida o la hagan inútil para la finalidad que le es propia (ruina funcional) (Sentencia de 21 de Abril 1981, 8 Febrero 1982 y 17 de Febrero 1984), y concretamente los siguientes defectos: desprendimientos de ladrillos en fachada (Sentencias de 3 Marzo, 9 Mayo y 30 Septiembre de 1983), filtraciones de agua (Sentencia de 29 de Marzo 1983), inadecuada impermeabilización (Sentencias de 9 de Marzo 1983 y 17 Febrero 1984), grietas y humedades (Sentencia de 3 de Marzo de 1983), bajadas de agua, cornisas, inundaciones de cubiertas y tejados (Sentencias de 9 de Mayo y 29 de Marzo de 1983) y defectuosas instalaciones y colocación de colectores (Sentencias de 17 de Febrero de 1984), "defectos que por no ser aparentes inicialmente no pueden ser denunciados en el momento de la recepción del inmueble ni tampoco después de varios días de la ocupación o disfrute de la obra".

CONSIDERANDO: Que igualmente precisa recordar, como ya lo hiciera esta Sala en sentencia de 13 de Febrero del corriente año, que la responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo, tanto por razón de los vicios ruinógenos de que adolezca la obra edificada (artículo 1591 del Código Civil), como por la ruina surgida en un edificio contiguo a consecuencia de la construcción de otro nuevo (en cuyo supuesto la obligación de reponer se fundamenta, más bien, en el artículo 1902 del citado Código -sentencias de 29 de Marzo de 1966 y 26 de Junio de 1973-, sin perjuicio de la aplicación analógica del artículo 1591 a fines de deslindar las respectivas responsabilidades), es, en principio, individualizada, personal y privativa, en armonía a la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la función específica que desarrollan en el proceso edificatorio, pues el artículo 1591, acorde con la diferenciación de tareas profesionales, distingue la doble hipótesis de ruina por vicio de la construcción y ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad de los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto, (sentencias de 12 de Noviembre de 1970, 21 de Diciembre de 1981, 15 de Julio de 1983, 8 y 16 de Junio de 1984, etc.), y sólo cuando el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural sin que pueda precisarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina ocasionada por la conjunción de causas, de modo que resulte imposible discernir las específicas responsabilidades de técnicos y contratistas en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la solidaridad que en la presente litis se postula (sentencias de 14 de Noviembre de 1978, 31 de Octubre de 1979, 9 de Octubre de 1981, 17 de Febrero y 22 de Noviembre de 1982, 31 de Mayo y 5 de Octubre de 1983, 17 de Febrero, 5 de Marzo, 16 de Marzo, 13 y 16 de Junio de 1984, etc.).

CONSIDERANDO: Que de la prueba practicada se aprecia que si bien en el proyecto de construcción del edificio número 9 de la calle Teniente Torres de esta ciudad, figura gra-

fiado un muro de unos 15 centímetros de espesor a ejecutar como paramento propio en la colindancia con el edificio número 11, dicho muro no se construyó, sustituyéndose tal cerramiento por el sistema de aprovechamiento de la pared del edificio colindante o "arrimaje", modalidad de construcción autorizada que permite ganar espacio en algunas habitaciones del nuevo edificio, y que fué acordada "en Junta entre propiedad, parte técnica y constructora" según el representante legal de la codemandada Construcciones M. (posición 9) y por el Arquitecto y promotores, según aparejador codemandado, señor C.A. (posición 9ª). Tal modificación de proyecto, perfectamente asumible en obra y que no implica cambio de documentación, es de la exclusiva competencia del Arquitecto Director de la obra, quien además ha de comprobar su ejecución, según dictamen de los arquitectos señores G.C. y M.J. (folio 168), y al no haberse empleado en tal cambio de cerramiento del edificio, según informe emitido el 28 de Abril de 1982 por el arquitecto don P.P.N. acompañado a la demanda (folios 36/38), ratificado a presencia judicial (folio 146) y calificado de muy correcto y acertado en todos sus puntos por el dictamen pericial del arquitecto don C.M.F. (folio 176), una técnica constructiva que garantizase el que no apareciesen lesiones, concretamente grietas en el edificio, se llega a la conclusión de que la responsabilidad por los referidos defectos -grietas-, cuya reparación se pretende lograr a través de la demanda iniciadora de esta litis, es exclusivamente del arquitecto demandado señor M.T. Responsabilidad ésta que se desprende igualmente del aludido informe de don C.M.F. que, tras dictaminar que los defectos del supradicho edificio no son debidos a vicio de Proyecto ni a mala construcción ni tampoco al uso de materiales no idóneos, afirma que "las grietas producidas en la casa número 9 de la calle Teniente Torres son debidas a un efecto de asentamiento" (folio 178), ya que la solución técnica del asentamiento entra, en principio, como ya señaló esta Sala en la mencionada sentencia de 13 de Febrero de 1985, en la esfera de competencias propias y exclusivas del arquitecto, por ser este profesional quien debe prever, en función de la clase de terreno sobre el que se construye y el tipo de cimentación empleado, la posibilidad de que se produzcan asentamientos naturales, así como debe conocer también el coeficiente de dilatación y contracción de los materiales utilizados para las estructuras. Sin que pueda estimarse el particular del dictamen de los arquitectos señores G.C. y M.J. que señala como origen más probable de los supradichos defectos a "pequeños movimientos del subsuelo del edificio colindante, nº 11 de la calle Teniente Torres, el cual forma esquina, pudiéndose señalar como prueba de ello, los movimientos de ondulación de la acera y calzada de la calle paralela a medianera que se ha separado" (folio 167), ya que como afirma el arquitecto señor M. en su dictamen "la posibilidad de un efecto de asentamiento en las fincas colindantes especialmente en el de la del lado derecho, según se mira desde la calle, es muy improbable por no decir imposible, ya que dicho efecto se habría manifestado en los primeros años de vida de dicho edificio que cuenta con más de veinte años de funcionamiento" (folio 176 vuelto).

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto, hay que concluir que de los cuatro codemandados, el arquitecto, director de la obra, es a tenor del artículo 1591 del Código Civil el único responsable de los desperfectos mencionados en la demanda, pero no el aparejador, cuyo deber principal, dentro del proceso edificatorio, radica en "ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico y organizando los trabajos de acuerdo con el proyecto que les define, con las normas y reglas de la buena construcción y con las instrucciones del Arquitecto superior, director de las obras" según dispone el número 1º del artículo 1º del Decreto de 19 de Febrero de 1971, antes citado, y que actúa, por tanto, subordinado en el plano técnico al contenido del proyecto y a las directrices de este último, ni tampoco la empresa constructora, que responde por la deficiente realización de la obra proyectada, ya sea por causa del empleo de materiales de mala calidad o mezcla, ya por su defectuosa colocación o cualquiera violación del proyecto

o las órdenes que le suministre la dirección facultativa, ni la empresa promotora del edificio.

CONSIDERANDO: Que procede, por ello, con estimación de los recursos de apelación formulados por don M.C.A., Construcciones M. S.A. y G. S.A. y desestimación del interpuesto por don A.M.T. y con revocación parcial de la sentencia apelada, absolver a los tres recurrentes mencionados en primer lugar de la pretensión contra ellos deducida, manteniéndose, en cambio, la pronunciada condena del otro codemandado, Sr. M.T., sin que haya méritos para imponer a ninguna de las partes el pago de las costas causadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS: Que, dando lugar a los recursos de apelación interpuestos por don M.C.A. y por las entidades CONSTRUCCIONES M. S.A. y G. S.A., con desestimación del formulado por don A.M.T. y con revocación parcial de la sentencia de fecha veintiseis de Octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, en cuanto se oponga a la presente y confirmando en todo lo demás, debemos, estimando en parte la demanda deducida en nombre y representación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO NUMERO NUEVE DE LA CALLE TENIENTE TORRES de esta capital contra CONSTRUCCIONES M.S.A., don A.M.T., don M.C.A. y G.S.A., declarar y declaramos que don A.M.T. es responsable de los desperfectos de construcción existentes en la finca sita en el número nueve, de la calle Teniente Torres, de esta ciudad, que constan reseñados en el hecho segundo de dicha demanda, condenando a este demandado a efectuar sus expensas las obras necesarias para subsanar dichos desperfectos y sus causas, o en su defecto a que indemnice a la Comunidad actora en la cantidad que resulte acreditada en fase de ejecución de sentencia como importe de tales reparaciones; absolviendo a los demandados CONSTRUCCIONES M.S.A., don M.C.A. y G.S.A. de las pretensiones contra ellos deducidas por la Comunidad actora. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

162. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. Juicio de desahucio por expiración del término contractual. Excepciones de incompetencia de jurisdicción e inadecuación de procedimiento, por estimarse aplicable al caso

que se debate la legislación especial arrendaticia rústica -Ley 83/1980, de 31 de Diciembre-. Doctrina jurisprudencial: fijación del ámbito del juicio de desahucio. Clara y manifiesta inadecuación del procedimiento seguido por los actores, que, por ser materia de orden público, puede ser apreciada de oficio. *Sentencia de 29 de Mayo de 1985.*

CONSIDERANDO: Que en el presente juicio de desahucio, ahora en segundo grado jurisdiccional, tramitado por las normas comunes, por expiración del término de duración del arrendamiento del predio denominado O. sito en el término municipal de Alcuña, de cabida una hectárea noventa y seis áreas, cincuenta y siete centiáreas, contrato sometido a la legislación civil común desde que se concertó en el año 1956, cuando falleció el padre de los hoy contendientes que llevaba el cultivo de dicha finca, entre doña A.C.A. -esposa de dicho causante y madre de los aquí litigantes- como arrendadora y su hijo don J.M.C. -demandado apelante- como arrendatario, éste se opone a la pretensión de adverso ejercitada alegando en primer lugar, las excepciones de incompetencia de jurisdicción e inadecuación de procedimiento, por estimar aplicable al caso que se debate la legislación especial arrendaticia rústica -Ley 83/1980, de 31 de Diciembre- con base en el documento privado de fecha primero de Noviembre de 1978, presentado en la Oficina Liquidadora de Inca el 19 de Diciembre del mismo año y que obra unido a los autos principales a los folios 37 y 38; documento tachado por la parte actora de nulo e ineficaz.

CONSIDERANDO: Que la determinación de ser o no válido y eficaz dicho documento privado, premisa fundamental para la resolución, es cuestión compleja, dado el contenido del referido documento -contrato de arrendamiento de dicha finca rústica de regadío concertado por las mismas partes que el anterior, por doña A.C.A., propietaria de una mitad indivisa de dicha finca y usufructuaria de la otra mitad indivisa, como arrendadora y su hijo don J.M.C. (demandado recurrente) como arrendatario, con estipulaciones muy ventajosas para el arrendatario- 14.500 pesetas de renta anual sin cláusula de estabilización, pacto expreso de que el contrato se somete a la legislación especial -con reconocimiento por la arrendadora a favor de su hijo L., de una serie de deudas por arrendamientos anteriores por un importe global de 249.000 pesetas pagaderas a la finalización del contrato-, y las circunstancias concurrentes en doña A.C., tenía entonces 81 años de edad, no sabía escribir y vivía en casa de su citado hijo.

CONSIDERANDO: Que es reiterada jurisprudencia la que, al fijar el ámbito del juicio de desahucio, rechaza como correcta su utilización cuando entre los contendientes median otros vínculos además de los ocasionados por el contrato de arrendamiento, asignándose complejidad en las relaciones surgidas y la exigencia de acudir al proceso de cognición ordinario, donde con mayor amplitud de garantías, es adecuado tratar las divergencias surgidas (Sentencias de 23 de Noviembre de 1967, 17 de Junio y 29 de Noviembre de 1968, 13 de Marzo de 1973 y 2 de Febrero de 1978); por lo que al hilo de lo expuesto en el precedente "considerando" es indudable la clara y manifiesta inadecuación del procedimiento seguido por los actores, que por ser materia de orden público, puede ser apreciada de oficio; lo que desemboca en la revocación de la sentencia estimatoria de la demanda recaída.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fé a los efectos de la imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos y disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS: Que, estimando de oficio, inadecuación de procedimiento por la complejidad de la materia litigiosa y sin entrar en la resolución de la cuestión de fondo, debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diez de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Juez de Primera Instancia de Inca en el juicio de desahucio de que dimana el presente rollo, absolviendo al demandado don J.M.C. de la demanda deducida contra él por don A. y doña M.M.C., sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

165

165. NULIDAD DE ACTUACIONES. SUBSANACION. Procedimiento judicial sumario del art. 131 L.H. Omisión de requerimientos -acordados en el auto aprobatorio del remate- dirigidos a los licitadores rematantes al objeto de que efectúen las consignaciones oportunas. Comparecencia voluntaria de tales adquirentes a los fines de consignar el precio del remate, lo que supone la subsanación de la omisión de los actos de comunicación: aplicación del principio convalidante que preside el art. 279, 2º L.E.Civ.

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la cuestión litigiosa -cuestión que consiste en determinar si procede declarar, por causa de defectos procesales, la nulidad de las actuaciones que, a partir del auto dictado el 1 de junio de 1977, se practicaron en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria tramitado en el juzgado a quo, bajo el nº 119 de 1976, a instancias del Banco H.A., aquí demandado, contra D. J.R.T. y Dº J.I.T., ahora actores-, conviene puntualizar: Primero.- Que con fecha 1 de junio de 1977 se dictó auto por el que, en primer término, se aprobaba a favor de D. M.J.J. el remate de los lotes números cinco y siete, y a favor de D. A.F.L. el de los lotes números cuatro y seis, y, en segundo, se acordaba requerir a uno y otro para que consignaran el precio restante, esto es, la diferencia entre el precio del remate y el diez por ciento anticipado para tomar parte en la subasta; Segundo.- Que en la referida ejecución especial hipotecaria no se practicaron bajo forma alguna los requerimientos acordados; Tercero.- Que, no obstante, los licitadores rematantes comparecieron al objeto de efectuar las comu-

nicaciones oportunas: D. M.J.J. lo hizo el día 3 de junio de 1977 y D. A.F.L., como resulta de la declaración prestada por el Oficial actuante, el día 22 de diciembre de 1977, si bien en la diligencia que documentaba el acto no se expresó fecha alguna, sino que, al objeto de aparentar que éste se realizaba a continuación de la comparecencia del otro rematante, se utilizó la expresión "Seguidamente"; Cuarto.- Que el 3 de junio de 1978 se entregó a la entidad bancaria ejecutante el precio del remate, y Quinto.- Que con fecha 28 de noviembre de 1978 se dictó auto por el que, en nombre de los deudores y a favor de los adquirentes, se aprobaba la adjudicación de las fincas integradas en los lotes antes mencionados.

CONSIDERANDO: Que en tal relación de hechos no se aprecia causa que sustente la nulidad pretendida, pues si bien es cierto que los requerimientos a los licitadores rematantes no se practicaron, ni siquiera defectuosamente, en el modo prevenido en la regla decimoquinta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como tampoco en la forma que les es más propia, no lo es menos que al haber comparecido tales adquirentes voluntariamente a los fines de consignar el precio del remate, resulta directamente aplicable el principio convalidante que preside la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, claro exponente de un siempre deseable sistema de subsanaciones, pues, en definitiva, se han producido los mismos efectos que si los actos de comunicación omitidos se hubieren verificado y no queda en la actualidad objeto procesal por alcanzar.

CONSIDERANDO: Que a la básica razón anterior conviene añadir, para dar cumplida respuesta al alegato impugnativo, que: a) No se aprecia que los apelantes, deudores en el procedimiento de ejecución de que trae causa el declarativo que ahora se resuelve, sean titulares de interés alguno protegible mediante la repetición procesal a que conduciría la nulidad pretendida, y b) Por el Juez a quo, en cumplimiento de lo prevenido en el primer párrafo del artículo 280 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con independencia de la posibilidad que concede el segundo párrafo del mismo precepto, se corrigió disciplinariamente al funcionario que incurrió en los defectos procesales antes analizados.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. J.R.T. y D^a J.I.T. contra la sentencia dictada el veinticinco de Noviembre de mil novecientos ochenta y dos por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza en el juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de actuaciones 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).

168. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. Acción negatoria: requisitos para su ejercicio exitoso; doctrina del T.S. al respecto. Reconvencción. Adquisición de la misma por prescripción: dado su carácter negativo, al estar abiertos los huecos en pared propia del dominante, el término prescriptivo se inicia a partir del hecho obstativo al dueño del predio sirviente. Adquisición por "destinación del padre de familia"; requisitos exigidos por el art. 541 C.C. Acción reivindicatoria: requisitos esenciales para su éxito. *Sentencia de 4 de Junio de 1985.*

Que el actor, don J.V.J., condómino de la finca urbana sita en el paraje Aucanada del término municipal de Alcuña, descrita en el hecho primero de la demanda instauradora de esta litis -finca número 8918 del Registro de la Propiedad de Inca- ejercita: 1) acción negatoria de servidumbre de vistas contra don P.R.P., propietario de la finca colindante a la suya, en su lindero Este, por no existir título constitutivo alguno que permita legalmente a que el edificio allí existente tenga en pared propia ventanas y vistas oblicuas a menos de dos metros y de sesenta centímetros respectivamente, de la línea divisoria de los dos predios y en su consecuencia postula que se declare que el actor, en nombre y beneficio de la comunidad de bienes por la que interviene, tiene derecho a continuar el levantamiento de un muro en terreno propio, para impedir las vistas al edificio del demandado, construcción que fué suspendida al interponerse y prosperar el interdicto de obra nueva formulado de adverso, así como también que el demandado viene obligado a cegar y tapiar las ventanas que no guarden las distancias mínimas legales; y II) acción reivindicatoria del terreno de su propiedad que, sin título ni autorización alguna, fueron ocupados por el demandado con la construcción de varios escalones que dan acceso de la calle al callejón propiedad del demandado. Este se opuso a las pretensiones de adverso afirmando: A) Haber adquirido servidumbre de vistas sobre el predio del actor por prescripción de 20 años y por destinación del padre de familia; y B) por ser propiedad suya -del demandado señor R.P.- el terreno reivindicado de adverso; por vía reconvenicional instó que se condene a don J.V.J. a demoler el actual muro que divide las propiedades de los hoy litigantes, así como todas las obras realizadas con el fin de elevar la altura del mismo y a reconstruirlo con la misma altura como máximo que tenía en el año 1975 a una distancia mínima de tres metros en línea recta de las ventanas existentes en la casa del señor R., ordenándole se abstenga en lo sucesivo de realizar ninguna obra ni acto que perturbe el pacífico disfrute por parte de don P.R.P. de su derecho de luces y vistas sobre la finca del señor V.J.

CONSIDERANDO: Que el ejercicio de la acción negatoria requiere: 1º) Que el actor justifique en principio su derecho de propiedad, mediante la presentación del correspondiente título de adquisición de la casa. 2º) Que pruebe la perturbación que el demandado le haya causado en el goce de su propiedad. El Tribunal Supremo confirmando esta doctri-

na tiene declarado: a) Que la acción negatoria traspasa al demandado la obligación de probar (como excepción del principio general de incumbir al actor la prueba), ya que el dominio se presume libre mientras no se acredite su limitación. b) Que quien ejercita acción negatoria debe probar con título legal que le pertenece la propiedad del inmueble sobre el que se supone impuesta la servidumbre; requisito éste cumplido por el actor al presentar la escritura pública de compra de su finca (folios 15/18) y certificación del asiento de inscripción de dicha adquisición en el Registro de la Propiedad de Inca (folio 14); queda por tanto por determinar si se ha probado o no la existencia de algún derecho real de servidumbre que grave la expresada finca de la que es copropietario el actor, carga probatoria que recae, como ya se ha indicado, sobre el demandado.

CONSIDERANDO: Que según el artículo 536 del Código Civil, las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios; pero de otros preceptos resultan algunas formas intermedias entre la constitución legal y la voluntaria, como son la prescripción, admitida por el artículo 537 y siguientes, y la presunción legal, que establece el artículo 541; si bien conviene puntualizar que la prescripción sólo es aplicable a las servidumbres que a la vez sean continuas y aparentes (artículo 537 ya mencionado), y la presunción aludida solo cabe respecto a las servidumbres aparentes (artículo 541).

CONSIDERANDO: Que procede por tanto determinar la clase de servidumbre que ostenta en nuestro derecho la de vistas, y en ese sentido cabe señalar que es reiterada doctrina del Tribunal Supremo referente al artículo 533 en relación con el 538 del Código civil, que lo que caracteriza y distingue a las servidumbres positivas de las negativas consiste en que en estas el dueño del predio sirviente no tiene parte activa alguna y sólo le es prohibido hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre; y aplicando este principio a las de luces y vistas, si los huecos se abren en pared exclusivamente propia -como en el caso de autos- es negativa, porque el dueño del predio dominante no impone al dueño del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, sino únicamente la prohibición de hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre, como es el tapar los huecos, levantando pared en su terreno; pero si se abren en pared ajena o medianera, la servidumbre es positiva, porque no puede constituirse sin el asentimiento presunto del otro medianero o del dueño de la pared (Sentencias 9 de Febrero 1907, 12 de Octubre de 1909, 20 de abril de 1923, 15 de marzo de 1934, 19 de Junio de 1951 y 12 de Marzo de 1975). Probado el carácter negativo de la aducida servidumbre de autos, a tenor del artículo 538 del Código Civil, el tiempo para adquirirla por prescripción se ha de contar desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido por un acto formal al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre, y confesado (posición 10ª del demandado) que el primer hecho obstativo en este caso fue el interdicto que en el año 1981 interpuso la parte demandada en este juicio frente al actor, como consecuencia de aumentar por este la altura del muro divisorio de los predios de los hoy contendientes, obra que le iba a tapar las ventanas existentes al nivel del primer piso, es evidente que desde 1981 a la fecha de la interposición de la demanda actual, no han transcurrido los 20 años a que se refiere la Ley para que pueda juzgar a favor de la parte demandada la prescripción adquisitiva.

CONSIDERANDO: Que el artículo 541 del Código Civil establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por "destinación del padre de familia", mediante la concurrencia de los requisitos siguientes: a) la existencia de uno o dos predios pertenecientes al mismo propietario; b) un estado o situación de hecho en el que el predio único o en ambos del que resulte visible y fácilmente comprobable que el uno presta al otro un servicio, que podría ser calificado de servidumbre, si cualquiera de ellos perteneciera a distinto dueño; c) que dichos signos hayan sido establecidos por el titu-

lar de ambos predios o de la finca única que luego se divide; y d) que uno de esos fundos sea enajenado o la finca única dividida sin que se haya hecho desaparecer el signo y sin que se haga una manifestación contraria a la subsistencia en el título de enajenación de cualquiera de las fincas (sentencias de 30 de Octubre de 1959, 21 de Junio de 1971, 3 de Julio de 1982 y 22 de Septiembre de 1983); habiendo declarado igualmente el Tribunal Supremo que el referido artículo 541 es aplicable a las servidumbres negativas de luces y vistas resultantes de huecos abiertos en pared propia (sentencias de 6 de enero de 1932 y 16 de abril de 1963, entre otras). Procede pues, examinar si en el presente caso se dieron todos los requisitos exigidos en el artículo 541 del Código Civil para que se constituyera la servidumbre de luces que adujo el demandado reconviniente, hoy apelado.

CONSIDERANDO: Que consta acreditado en autos que la finca del actor es la número 8.918 del Registro de la Propiedad de Inca y que la del demandado está constituida por las fincas registrales números 4095, 4096 y 5242, todas ellas son segregaciones de la finca matriz números 3.944 que don N.M.R.T. adquirió mediante escritura pública de compra venta celebrada el 8 de Junio de 1933. Un año después, concretamente el 20 de Noviembre de 1934, don N.M.R.T. segregó de la finca matriz dos parcelas que dieron lugar a las fincas registrales números 4.095 y 4.096, vendiéndolas a don F.A.R.T., que a su vez las enajenó a doña T.V.P. y esta señora, mediante escritura pública de compraventa de fecha 3 de Diciembre de 1953, las vendió a Don J.R.B. quien las enajenó al hoy demandado señor R.P. mediante escritura pública de compra-venta de fecha 15 de Diciembre de 1978 (folios 51/53). Mediante contrato privado de compraventa de fecha 20 de Marzo de 1958 (folio 56) y posterior escritura pública de 24 de Agosto de 1959 (folios 47/50), ratificando el anterior contrato privado, don N.M.R.T. segregó de la finca matriz mencionada la que se inscribió como finca registral nº 5.242 y la vendió a D. J.R.B., quien ya era propietario de las otras dos fincas segregadas que se acaban de mencionar, y por la escritura pública de compraventa antes referida, la de 15 de Diciembre de 1978, la vendió al hoy demandado reconviniente señor R.P., juntamente con las fincas nº 4095 y 4096. Con fecha 9 de Septiembre de 1975 Don N.M.R.T. otorgó escritura pública de compraventa a favor del actor y otros dos copropietarios sobre la finca señalada registralmente con el número 8.918, la cual también se segregó de la finca matriz número 3.944. De donde se desprende que tanto la finca del actor, como las tres fincas registrales que integran la heredad del demandado, proceden de segregaciones de la finca matriz nº 3.944 verificadas por don N.M.R. titular de dicha finca matriz, apreciándose, del conjunto de la prueba practicada, que cuando don N.M.R. segregó en Noviembre de 1934 de su finca 3944 las dos parcelas de terreno que originaron las fincas registrales 4095 y 4096, existía en ellas una casa de obra con vistas directas sobre la heredad matriz, sin que en la escritura pública de enajenación de dichas dos parcelas se hiciera constar nada en contra de tal "status", con lo que quedó gravada, a tenor del artículo 541 del Código Civil, la finca matriz y al segregarse de ella en el año 1975 la parcela de 630 metros cuadrados contigua a dicha casa, que es en la actualidad la finca registral número 8918 que adquirieron en dicho año de don N.M.R.T. -propietario de la finca matriz número 3944- el actor reconvenido y otros dos compradores, se circunscribió a la nueva finca, como predio sirviente, la servidumbre de vistas que se había constituido en 1934 a favor de la casa de las fincas 4095 y 4096, al ser la servidumbre real una relación entre predios, cuya existencia, y ejercicio responde a una situación topográfica de fundos, según se infiere del número 3º del artículo 546 del Código Civil. Sin que puedan prevalecer sobre tal apreciación las alegaciones del hoy recurrente de que no consta en autos quien levantó el edificio, ya que ellos es inoperante a los efectos de esta litis pues se estima probado, como ya se indicó, que cuando don N.M.R. segregó y vendió las fincas números 4095 y 4096 ya existía tal construcción, ni que no conste en el Registro de la Propiedad la existencia de tal edificio, pues la fé pública registral no comprende la exactitud de las circunstancias físicas de las fincas inscritas, ni tampoco que las obras de remozamiento del edificio llevadas a cabo

por el hoy demandado reconviniente, hayan determinado la extinción de tal servidumbre de vistas, pues las obras se llevaron a cabo conservando en todo momento su estructura, paredes, huecos y ventanas de la casa, sin que se haya probado que con tal reforma se haya producido un incremento de gravamen para el predio sirviente. Todo ello da lugar a la estimación de una servidumbre de vistas a favor de la finca del demandado sobre la del actor.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el examen de la última pretensión del escrito inicial de este juicio declarativo de menor cuantía, hay que señalar que los requisitos esenciales para el éxito de la acción reivindicatoria que otorga el artículo 348 del Código Civil, son, según determina una copiosa jurisprudencia, los siguientes: a) justo título de dominio a favor del actor; b) identificación de la finca objeto de ésta; y c) que la finca que se reivindique sea detentada y poseída por el demandado; si bien cabe afirmar que el segundo de los requisitos señalado tiene un doble aspecto: por una parte, el de fijarse, con claridad y precisión, la situación, cabida y linderos de la finca, de modo que no pueda dudarse cual es la que se reclama -identificación documental expresada en la demanda, consecuyente a los títulos en que la acción se basa-, y por otra, que de modo práctico se acredite, en el juicio, que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere (sentencia de 8 de abril de 1976), o en otros términos, que se compruebe que la casa reclamada es la misma sobre la que el actor tiene propiedad. Requisito este que no se ha acreditado en el presente pleito, siendo de destacar por contra que en la copia del plano que quedó incorporado a la escritura pública de compraventa de su finca (folios 15/18) en la que se indica que la parte segregada que se vende está rayada en rojo en el plano, rayado que por cierto no consta en el plano unido a estas actuaciones (folio 19) y sí en el incorporado a los autos del interdicto de obra nueva promovido por don P.R.P. contra don J.V.J. (nº 233 de 1981 del Juzgado de Primera Instancia de Inca) que obran unidos a los presentes en cuerda floja, se aprecia que el terreno comprado por el aquí actor apelante tiene forma de trapecio rectangular y en él no está incluido la parcela reivindicada en esta litis.

CONSIDERANDO: Que con referencia a la petición reconvenicional, hay que señalar que las servidumbres, derogaciones al derecho común de propiedad, su ejercicio ha de amoldarse al objeto y necesidades para que se estableció, sin que el dueño del predio sirviente pueda oponer obstáculo y debiendo comportarse el del predio dominante "civiliter", es decir, procurando que resulte el ejercicio de la servidumbre de vistas constituida sobre la finca del actor-reconvenido se concretó y se ha de mantener únicamente a la situación y altura que tenía el muro divisorio de las fincas de los hoy contendientes existente antes de iniciarse las obras que dieron lugar al interdicto que prosperó, como expresamente reconoció el dueño del predio dominante en la posición 9ª de su confesión, al declarar "que en cuanto al tramo contiguo de muro, sí que es verdad que lo construyó el Sr. V. -el hoy apelante-, pero el confesante no podía objetar nada en contra porque así lo encontró al comprar al Sr. R. la finca, y sí tiene que decir en contra cuando intenta levantar el segundo que le tapa entonces las ventanas que fue ello motivo del interdicto de obra nueva que el confesante le planteó" (folio 77 vuelto).

CONSIDERANDO: Que por todo lo puesto procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar el fallo recaído, con la concreción que se indicará en la parte dispositiva de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede la condena de las costas de esta segunda instancia al apelante.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don J. V. J., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha treinta de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de Inca en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo, si bien se concreta que la estimación de la reconvencción interpuesta en nombre y representación de don P. R. P. se circunscribe a lo que expresa el "considerando" octavo de esta resolución, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

170

170. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por cierre del mismo durante más de seis meses en el curso de un año sin justa causa (art. 114,11 en relación con el art. 62,3 L.A.U.). Sentido de la expresión "local de negocio" empleada por el art. 1,1 L.A.U.: es requisito de esencia que el ejercicio de la actividad mercantil se desarrolle con apertura de establecimiento que posibilite el acceso y contacto con la clientela y, en general, con las personas ajenas al círculo empresarial. Cierre del establecimiento arrendado: doctrina del T.S. *Sentencia de 4 de Junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia que declara resuelto el contrato de arrendamiento del local de negocio sito en los bajos del edificio señalado con el nº 6 de la C/ Alcalde Emili Darder (antes Manos) de esta capital, en aplicación de la invocada causa resolutoria prevista en el nº 11 del artículo 114 en relación al nº 3 del artículo 62, todos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, consistente en el cierre del local durante más de 6 meses en el curso de un año sin justa causa, y condena al arrendatario a que lo desaloje bajo apercibimiento de ser lanzado, en otro caso, es apelada por este último, quien insta su revocación y el rechazo de la demanda, argumentando, en síntesis, que lo arrendado fueron unos almacenes que no tienen que estar abiertos al público necesariamente; que no es cierto hayan cesado las actividades negociales, sino solamente el trato directo con la clientela por cambio en el modo de desempeñar el negocio y que, en fin, las pruebas practicadas no demuestran el cierre absoluto que la sentencia aprecia.

CONSIDERANDO: Que la pretensión impugnativa así fundada en modo alguno puede prosperar, ya que en, primer término, las dependencias que las partes arrendaron mediante el contrato concertado el 31 de enero de 1965, no lo fueron con destino a almacén o depósito de mercancías -en cuyo supuesto, efectivamente, no sería menester que estuvieran abiertos al público, si bien entonces tampoco se trataría ya de un genérico contrato de

arrendamiento de local de negocio, pero si de contrato asimilado al régimen jurídico de éste (artículo 5-2º-2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)-, sino como propio y auténtico local de negocio en el sentido que emplea la expresión el apartado 1º del artículo 1º de la mencionada Ley especial, para el que es requisito de esencia que el ejercicio de la actividad mercantil se desarrolle con apertura de establecimiento que posibilite el acceso y el contacto con la clientela y, en general, con las personas ajenas al círculo empresarial, y ello porque, si a la hora de interpretar el contrato, sus estrictos términos literales acaso pueden ofrecer algunas dudas acerca de cual fue la voluntad común de los contratantes en orden al destino que el arrendatario había de dar a la cosa arrendada, habida cuenta que su cláusula primera dice textualmente que "el Sr. M.P. continúa el arriendo de los almacenes de dicha casa, que tienen los números expresados, en el mismo negocio de transportes" (folio 5 vuelto), tales dudas, si las hubiere, quedan por completo desvanecidas, cuando el mismo arrendatario admite una prueba de confesión (posición 1ª folio 61-), que el local fue arrendado para su dedicación a la actividad propia de una agencia de transportes -no, por tanto, para ser lugar de simple custodia de bultos y paquetes- y es, además, en ese concepto por el que el Sr. M. consta registrado en la Administración de Rentas y Exacciones Municipal con sede en la referida calle a partir del 13 de abril de 1965 (folio 97), a lo que cabe añadir que, cuando el recurrente comunicó fehacientemente a la actora en fecha de 20 de julio de 1983 (folios 104 y 105) que pretendía traspasar el local por importe de 500.000 pesetas, estaba ejercitando un derecho que el artículo 30 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, niega, precisamente, a quienes son titulares de arriendos comprendidos en el apartado 2º del artículo 5º, nº 2, esto es, de los que recaen sobre almacenes y depósitos, lo que desvirtúa por completo el primero de los alegatos en que apoya su recurso ante esta alzada.

CONSIDERANDO: Que, sentada dicha premisa, y dado que es obligación que incumbe a todo arrendatario, la de usar la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado (artículo 1555 nº 2 del Código Civil), los otros argumentos del recurso por fuerza también decaen, ya que: a) sosteniéndose por el demandado que el local se utiliza actualmente y a partir de finales de 1982, en que procedió a abrir nuevas instalaciones en el polígono industrial de "Son Castelló", para almacenaje de bultos, sin trato directo con la clientela, es claro que concurre la causa de resolución alegada por la actora, pues constante doctrina del Tribunal Supremo determina que existe cierre de los locales de negocio arrendados para el servicio directo del público, cuando este servicio se interrumpe y se aprovechan sólo para almacén -depósito, ya que con ello se incumple la triple finalidad que se dirige a satisfacer el arriendo y que es la del destino pactado, la del interés social del servicio al público y la del propio interés patrimonial del arrendador (Sentencias de 5 de Abril-1961, 3-diciembre-1963, 3-noviembre-1965, 10-febrero-1966, 12-marzo-1969, 7-junio-1971, 13-octubre-1973, etc.), y también que el cierre de un establecimiento abierto -que significa su incomunicación con el público-, no se identifica en el sentido legal con el cese de toda actividad en su uso, y que, en consecuencia, no obsta a su realidad el hecho de que el local se utilice, pero de forma o modo anormal en relación a como anteriormente se venía utilizando, pues esa anormalidad equivale al incumplimiento de su propia y natural dedicación (Sentencias 11-noviembre-1965, 25-mayo-1966, 5-abril-1968, etc.); doctrina de la que se hace eco la más reciente Sentencia de 6 de mayo de 1983, al decir que el cierre en sentido legal viene significado, no por el cese de toda actividad en el uso del local, o que éste permanezca inerte o inactivo, sino por el hecho de que la actividad en él desarrollada, en relación con la industria o comercio, tenga carácter accidental, secundario o accesorio, o por la realización de actividades esporádicas en relación con el público, siempre que el acceso a éste no constituya la base de su actividad normal; y b) en todo caso acierta la sentencia recurrida, cuando afirma con razón que del conjunto de las pruebas se deduce, propiamente, no una mera situación de almacenaje o custodia, sino el más absoluto cierre, pues a tal consecuencia fáctica conducen derechamente por enlace preciso y directo según

las reglas del criterio humano (artículo 1253 del Código Civil), los siguientes indicios: 1º) que, conforme acredita acta notarial de presencia (folios 6 a 7), los días 16 de marzo, 10 y 25 de abril de 1984, a las 11, 16'20 y 16'40 horas, respectivamente, estuvieran ambas puertas del local cerradas con llave -reforzada la de la derecha con candado-, sin nadie que contestara a las llamadas y con el interior vacío, según pudo apreciar el fedatario al mirar por los intersticios de las puertas; 2º) que desde noviembre de 1982 no se haya podido proceder a la lectura del apartado contador de suministro de energía eléctrica por encontrarse el recinto siempre cerrado (folio 63); 3º) la ausencia total de consumo de agua a partir de abril de 1983 en contraste con años y meses anteriores (folio 107); 4º) que el Sr. M. diera de baja el teléfono -instrumento indispensable en cualquier actividad mercantil- de que estaba provista la dependencia arrendada y que aparecía en las guías telefónicas a su nombre y al de su empresa, sustituyéndolo por otro ubicado en las instalaciones nuevas del polígono (folios 53 a 58); 5º) que, asimismo, procediera a desmontar el altillo de madera que utilizaba para oficina administrativa (posiciones 12ª y 13ª -folios 61 y 62); y 6º) la domiciliación de la empresa, a efectos laborales, en la C/. Gremio Tejedores del polígono desde el mes de octubre de 1982, cuando antes de esta fecha radicaba en la calle Manos (folios 107 a 152); si a todo ello se unen con carácter corroborativo las manifestaciones de los testigos que declaran en el ramo de prueba de la parte actora y que el intento de traspasar el local evidencia que el uso del mismo ya no es indispensable para el normal desenvolvimiento y continuidad del negocio que anteriormente tenía en él su sede física, hay que concluir en la realidad de la falta de su ocupación y empleo por parte del arrendatario y en la situación de abandono e inactividad en que se encuentra a partir de fines de 1982, ante lo que cesa toda razón justificativa del derecho a la prórroga forzosa que atribuye la Ley arrendaticia y queda facultado el arrendador en justa contrapartida para instar la resolución de la relación jurídica locativa al amparo del nº 11 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; por lo que la sentencia apelada que así lo decreta, se halle ajustada a derecho y proceda su íntegra confirmación.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en la parte recurrente a fines de pronunciamiento en cuanto al pago de las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimado el recurso de apelación que interpone D. B.M.P. contra la sentencia dictada en los autos de que este rollo dimana el diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de Mallorca, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución en todos sus pronunciamientos, con expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

172

172. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local de negocio por realización de obras incontestadas (causa 7ª del art. 114 L.A.U.). No puede prosperar. Doctrina jurisprudencial: el solo hecho del arrendamiento de un local de negocio, lleva implícita la autorización de obras de instalación. Igualmente se ha de entender comprendida la autorización de las adecuadas obras para la seguridad de las personas que trabajen o moren el inmueble arrendado y de las cosas que en él se hallen o se depositen legalmente. *Sentencia de 5 de Junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que a la acción resolutoria de contrato de arrendamiento de local de negocio instada por el arrendador con base en la causa 7ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por realización de obras incontestadas modificativas de la configuración del local de negocio, la parte demandada opone que las obras realizadas no modificaron la configuración del inmueble locado y se ejecutaron con el conocimiento y consentimiento del actor.

CONSIDERANDO: Que la realidad de las obras expresadas en la demanda instadora de esta litis se ha acreditado en autos y se estima que, dada la entidad y trascendencia de tales obras, son modificativas de la configuración de los locales arrendados, por lo que queda circunscrita la cuestión litigiosa en determinar si medió o no consentimiento del arrendador para su realización.

CONSIDERANDO: Que los locales que el actor, hoy apelante, cedió en arrendamiento al demandado aquí apelado -en Septiembre de 1979, uno de 4'10 por 6'10 metros, en Febrero de 1980, otro también pequeño contiguo al anterior y en Septiembre de 1981, un tercero de mayor superficie, contiguo a los dos anteriores- estaban en el momento de su ocupación, como se expresa en el hecho tercero de la demanda, "completamente vacíos, sin ningún tipo de instalaciones, ni dependencias y sin compartimentos, a excepción de las divisiones que separaban cada local" y las aludidas obras, que se llevaron a cabo hasta principios de 1982, fueron las necesarias para adaptar sucesivamente los locales que se iban arrendando y el conjunto final resultante, a la actividad industrial que se iba a desarrollar en ellos -taller de pintura, "planchistería" y mecánica de vehículos de motor-, ya que como tiene declarado el Tribunal Supremo "el solo hecho del arrendamiento de un local de negocio, lleva implícita la autorización de obras de instalación" (Sentencia de 15 de Diciembre de 1976); como igualmente se ha de entender comprendida en el arrendamiento urbano la autorización de las adecuadas obras para la seguridad de las personas que trabajen o moren

en el inmueble arrendado y de las cosas que en el se hallen o se depositen legalmente.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto procede, previa desestimación de la apelación formulada, confirmar el fallo dictado.

CONSIDERANDO: Que no apreciándose temeridad en el recurrente y de conformidad con el apartado segundo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no procede hacer especial imposición de las costas de esta segunda instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don A.R.B., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha quince de Octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio especial de resolución de contrato de arrendamiento urbano, de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

177

177. SOCIEDAD ANONIMA. DISOLUCION. Imposibilidad manifiesta de realizar el fin social. Lo constituye el hecho que desde hace tres años no se convoquen Juntas ordinarias ni extraordinarias, no existan consejeros delegados, no haya apoderado,... etc.; además, en reunión, convocada por la autoridad judicial, de Junta General Extraordinaria se debatió la conveniencia de continuar o disolver el negocio societario registrándose empate. Causa que permite la intervención del juez con base en el art. 153 L.S.A. *Inadecuación de procedimiento.* No lo constituye el hecho de acceder el actor al juicio ordinario, evitando el procedimiento contemplado en los arts. 67 y ss L.S.A., por cuanto éste es el procedimiento idóneo para anular los acuerdos sociales, pero no cuando se plantea la disolución de la sociedad (doctrina del T.S.). *Sentencia de 8 de junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la cuestión litigiosa, que consiste en determinar si, con base en el n° 2 del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas, procede acordar la disolución de la Compañía M. S.A., es preciso puntualizar: *Primero.* - Que desde el 4 de febrero de 1981, fecha de fundación de dicha Sociedad, el capital de la misma pertenece en un 50% al matrimonio formado por D. L.G.G. y Dª M.S.P., actores

apelantes, y en la otra mitad a los también esposos, D. A. C. G. y D^a. A. T. R. demandados ahora apelados: *Segundo*. - En tal acto fundacional, los cuatro socios integraron el Consejo de Administración, y dos de ellos, D. L. G. y D. A. C. fueron nombrados consejeros-delegados; *Tercero*. - En la primavera de 1982, ambos consejeros delegados dimitieron; desde entonces el Consejo no se ha reunido, ni por tanto, efectuado designación de apoderado o delegado alguno; *Cuarto*. - Desde la misma fecha, excepción hecha de la General extraordinaria convocada judicialmente, no se ha celebrado Junta alguna ordinaria o extraordinaria; *Quinto*. - En el orden del día de la Junta mencionada figuró como tercer asunto el "Debate de la decisión de la Junta sobre la conveniencia de continuar el negocio societario o por el contrario de proceder a la liquidación de la Sociedad", y *Sexto*. - No hubo acuerdo sobre dicho extremo, pues mientras un grupo de accionistas votaba a favor de la disolución de la sociedad, el otro lo hacía en sentido contrario.

CONSIDERANDO: Que las circunstancias obrantes en la precedente exposición fáctica imponen que la contienda sea resuelta favorablemente a la tesis impugnativa, pues si, por una parte, los órganos sociales están paralizados desde abril-mayo de 1982, y así debe establecerse dado que a partir de dicha fecha no se produce acto alguno de los mismos (no se celebran Juntas; el Consejo de Administración no se reúne; nadie administra legalmente la Sociedad), y por otra la Junta de accionistas convocada judicialmente no adoptó, por causa de empate, acuerdo alguno respecto a la disolución de la sociedad anónima demandada, habrá que declarar, siendo indiscutido e indiscutible que la competencia del Juez para hacerlo tiene claro apoyo normativo en el artículo 153 de la Ley de 17 de julio de 1951, la disolución de dicha compañía mercantil con base en el número segundo del artículo 150, pues la fórmula en él contenida: "imposibilidad manifiesta de realizar el fin social" recoge de manera tácita e indirecta la mencionada paralización de los órganos sociales, sin que frente a ello pueda argumentarse con eficacia: A) Que el procedimiento es inadecuado, pues el especial establecido en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas que fue designado como el pertinente por la sentencia de 23 de marzo de 1974, que a su vez recogía la doctrina inicialmente mantenida por las sentencias de 10 de octubre de 1962, 23 de mayo de 1963 y 31 de enero de 1972, no es, como posteriormente enseñó la básica sentencia de 5 de junio de 1978, el apropiado, pues, en palabras de esta resolución "el objeto y la finalidad del proceso establecido en el artículo 67 de la Ley especial, excluye la posibilidad de utilizarlo en los casos de disolución de una Sociedad Anónima por paralización de los órganos sociales, lo que es lo mismo, cuando se pretenda una declaración judicial de disolución que sustituye al no logrado acuerdo de la Junta General por inactividad de ésta o por imposibilidad de adoptar acuerdo sobre ello, debido a empate o falta de las mayorías necesarias, porque, realmente, el único objeto de tal proceso especial, es satisfacer pretensiones de anulación de acuerdos sociales", ni B) Que la Sociedad tuvo una rentabilidad extraordinaria en el año 1983, pues los datos que sirven para establecer tal afirmación -mientras los ingresos ascendieron a 2.069.902 pesetas, los gastos sólo sumaron 16.150 pesetas-, al no estar tomados de los preceptivos libros de contabilidad, sino del movimiento de una determinada cuenta corriente, no son fiables como indicativos de una real situación económica, y por otro lado, considerados en sí mismos, no acreditan que la sociedad esté viva, que sus órganos funcionan, por cuanto resulta acreditado que tales ingresos no son más que el importe correspondiente a los contratos de arrendamiento de cajas de seguridad celebrados antes de que se produjera la paralización de los órganos sociales más arriba establecida como cierta.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer especial declaración sobre las costas de la primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución, sobre la de esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. L.G.G. y D^a M.S.P. contra la sentencia dictada el veintiseis de octubre 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, previa estimación de la demanda interpuesta por dichos recurrentes contra la entidad M.S.A. constituida el cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y uno y domiciliada en la calle Francisco Sancho número 22, de Palma de Mallorca, y contra D. A.C.G. y D^a A.T.R., debemos acordar y acordamos la disolución de la citada entidad M.S.A. por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social.

Procédase a la apertura del período de liquidación y a la designación de liquidadores, cesando, en consecuencia y con el alcance previsto en el artículo 159 de la Ley de Sociedades Anónimas, la representación del Consejo de Administración.

Inscríbase esta resolución en el Registro Mercantil y publíquese en el Boletín Oficial del Estado y en uno de los diarios de mayor tirada de esta ciudad.

No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

183

183. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio. Falta de personalidad en el procurador del demandante (art. 533,3 Lec): Inexistencia por cuanto consta en autos que el actor fue reelegido por la Junta General ordinaria de accionistas como administrador, cargo que desempeñaba al tiempo de interponer la demanda. Falta de legitimación activa: Inexistencia por cuanto de modo extrapocesal había sido reconocido por el demandado el carácter del actor como arrendador del local de negocios. Subarriendo inconsciente: Existe cuando el tercero aprovecha el local de negocios en beneficio propio realizando actos de efectiva posesión de él (doctrina del T.S.: no la apariencia formal, sino la ocupación y explotación económica del local). Valor de la prueba de presunciones. Apreciación conjunta de la prueba: inexistencia de subarriendo en el caso de autos. *Sentencia de 13 de junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia que declara haber lugar a la postulada resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio sito en el n° 1 de la Avda. Jaime I de Santa Ponsa (Calviá), que fue concertado el 16 de noviembre de 1978 entre la actora, B.S.A., y la entidad demandada, M.P.S.A., por causa de subarriendo o traspaso inconsentido realizado en favor de la también demandada T.M. T.L., que se encuentra en situación procesal de rebeldía, es apelada por la arrendataria con base en las siguientes razones: 1º) Falta de personalidad del Procurador de la actora por ilegalidad del poder acreditativo de su representación, por cuanto que en la fecha de su otorgamiento, 30 de abril de 1974, había caducado el nombramiento como Administrador de la Compañía, a tenor del artículo 20 de los Estatutos por los que ésta se rige, de la persona física, D. R.B.R., que en dicha condición intervino en aquel acto; 2º) Falta de legitimación de la sociedad actora, pues que ya no es dueña del local arrendado al haber transmitido a un tercero, D. W.D.T., con anterioridad a la presentación de la demanda el 14 de junio de 1982, los derechos que sobre él tenía; y 3º) Inexistencia del traspaso o subarriendo que la sentencia, erróneamente a su entender, aprecia.

CONSIDERANDO: Que ninguna de las dos primeramente enunciadas excepciones merece acogida: la que denuncia falta de personalidad en el Procurador de la demandante, al amparo del n° 3 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, -respecto de la cual la sentencia recurrida guarda absoluto y censurable, por infringir el mandato del párrafo 1º del artículo 359 de la mencionada Ley, mutismo-, porque el artículo 20 de los Estatutos reguladores del funcionamiento de B.S.A. no prescribe que el cargo de Administrador haya de tener una duración de 3 años, -presupuesto en que la invocada excepción se funda-, sino solamente que el Consejo de Administración, si lo hubiere, habrá de renovar la mitad de sus componentes transcurrido aquel plazo, de donde se infiere que la prevista duración del cargo es del doble, es decir, de 6, y porque, además, consta inscrito en el Registro Mercantil de esta provincia (folios 234 a 231) que el 15 de mayo de 1977 el Sr. B. fue reelegido por la Junta General Ordinaria de Accionistas como Administrador, cargo que continuaba desempeñando cuando absolvió posiciones en prueba de confesión como legal representante de B.S.A., a instancias de la parte ahora apelante, el 22 de noviembre de 1983 en Bruselas (Comisión Rogatoria unida a los folios 310 a 310), con lo que resultan subsanados los posibles defectos de que el aportado poder adoleciere; y la que acusa falta de legitimación activa, porque, -a más de tratarse de cuestión nueva suscitada por vez primera en esta alzada-, es de ver que, siendo reiterada doctrina del Tribunal Supremo, de la que son exponente, entre otras muchas, las sentencias de 22 de diciembre de 1973, 22 de junio de 1974, 8 de febrero de 1975 y 15 de marzo de 1982, que no puede impugnar válidamente la legitimación o personalidad de un litigante, quien dentro o fuera del proceso se la ha reconocido, M.P.S.A. ha realizado, tanto antes como después de la iniciación de este pleito, actuaciones que necesariamente implican admitir la cualidad de arrendadora de B.S.A., cuales son las comunicaciones que por vía notarial le dirigió los días 17 de mayo y 24 de junio de 1982, participando su intención de traspasar el local, la una, y de ejercitar el derecho de tanteo que el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos atribuye al arrendatario para caso de proyectada venta del local que ocupare, la otra, así como la pretensión deducida en vía reconventional, -y de la que en esta segunda instancia ha desistido- tendente a la efectividad de ese mismo derecho, que sólo quien sea dueño puede satisfacer; todo lo cual determina el rechazo de ambas excepciones.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en la cuestión de fondo, sabido es que el contrato de arrendamiento de cosas, conforme a lo que dispone el artículo 1543 del Código Civil, transmite el goce o disfrute de la cosa arrendada al arrendador o, en su defecto, en los supuestos y con los requisitos predeterminados por la Ley, introducir en ese goce o disfrute, que sólo a él ha sido concedido, total ni parcialmente, ni de una manera permanente ni

limitada, ni gratuita ni onerosamente, a un tercero ajeno a la relación arrendaticia, sin exponerse a las sanciones previstas en los números 2 y 5 del artículo 44 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, introducción que existe siempre que ese tercero aproveche el local en beneficio propio realizando actos de efectiva posesión sobre él, mediante el ejercicio en el mismo de sus actividades industriales o mercantiles, pero bien entendido que, como indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de diciembre de 1963, no es la apariencia formal, sino la real ocupación y explotación económica del local, es decir, su uso y disfrute, lo que afecta a la esencia del contrato de arrendamiento; y si, en la vertiente de fijación de hechos, es constante declaración de dicho Alto Tribunal (así sentencias de 11 de octubre de 1957, 29 de marzo y 7 de mayo de 1958, 23 de diciembre de 1959, 10 de junio y 27 de octubre de 1961, 5 de octubre de 1965, 17 de mayo de 1967, 24 de noviembre de 1969, etc.), que no cabe exigir del arrendador una prueba directa del subarriendo, cesión o traspaso, porque, hallándose quienes celebran estos convenios interesados en su ocultación, las causas resolutorias quedarían ineficaces en la mayoría de los casos, si se exigiera la demostración concreta de todos los elementos que los integran, a quien no fue parte en los mismos, tampoco hay que olvidar que la estimación de la prueba de presunciones, que en este tipo de pleitos reviste por ello mismo una singular importancia, al ser, en la generalidad de los casos, el único medio de conocimiento de la realidad a disposición del actor, requiere siempre que, conforme establece el artículo 1253 del Código Civil, entre el hecho base y el hecho consecuencia "haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que ha de consistir en la conexión y congruencia entre ambos, de suerte que la realidad del primero conduzca al conocimiento del segundo por ser la relación entre ellos concordante, y no poder aplicarse a varias circunstancias, ni obtenerse deducciones diversas y contradictorias (sentencias de 7 de mayo de 1958, 25 de mayo de 1965, 19 de diciembre de 1981, 11 de mayo de 1982, 28 de marzo y 17 de octubre de 1983, 9 de enero de 1985, etc.).

CONSIDERANDO: Que, ello sentado, el análisis y ponderación conjunta del material probatorio obrante en autos impide compartir la conclusión fáctica a que llega la sentencia apelada, pues ni el hecho de que en los ejemplares impresos de contrato de alquiler de coches que emplea T.M.T.L. se consigne la dirección del local arrendado y su teléfono, junto a otra en Paguera, ni que idéntica información se ofrezca en sus prospectos publicitarios, ni que, en fin, uno de éstos, de reducido tamaño, aparezca fijado en el cristal del escaparate, constituyen indicios que, por sí solos, sean suficientes para acreditar que la referida Compañía desarrolla su propia actividad comercial dentro del objeto arrendado, (la mera propaganda no lo es -sentencias de 14 de mayo de 1958, 4 de octubre de 1962, 16 de mayo de 1964, 14 de marzo de 1968-), cuando, por el contrario, son también circunstancias de eficacia desvirtuadora que resultan probadas, que: a) el establecimiento se anuncia e identifica al público por medio de un rótulo (artículo 3º del Código de Comercio y artículo 209 del Estatuto de la Propiedad Industrial) de considerables dimensiones colocado en su parte superior con la leyenda "We rent fun -M.P.M.- Ciclomotores" (folios 47 y 195); b) en la guía telefónica el teléfono del local consta a nombre de la recurrente; c) todo el personal que presta sus servicios en la dependencia, lo hace para M.P. (folios 48 y 274); y d) todos los contratos de alquiler, tanto de ciclomotores, como de automóviles, que se concertan en el local, se efectúan a nombre de M.P. (folios 219 a 226), ante lo cual es indiferente que la propiedad de estos últimos pertenezca a T., toda vez que el dato decisivo para averiguar en el presente caso quien ejerce la industria de alquiler de vehículos que en el local asienta, y en la que su uso se plasma, viene determinado de manera concluyente, por la asunción, frente a los clientes, de los derechos y obligaciones que de cada uno de los actos integrantes de la actividad lucrativa derivan, independientemente del título jurídico por cuya virtud está en disposición de ceder, con propio beneficio, -objetivo por antonomasia de la empresa mercantil-, el disfrute de los móviles que alquila y que tanto puede ser el dominio, como otro diferente y, entre éstos, el alegado por los demandados de agente que percibe comisión o

merced por cada turismo que arrienda, (folios 228 y 275), relación comercial que, a su vez, explica el interés de T. en hacer publicidad del negocio de la otra parte; en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1957 manifestó que nada prohíbe al arrendatario que pueda ostentar diferentes representaciones o gestión de negocios distintos e incluso tener mercaderías de un principal en el local arrendado y atender a su venta por sí o con personal propio y la de 5 de mayo de 1964 que no se opera transmisión en el uso del local arrendado por el hecho de que el arrendatario sea comisionista, pues éste, aunque actúe en nombre de su comitente -y aquí lo hace en nombre propio-, no es un dependiente o empleado del mismo, sino una persona independiente del dueño del negocio, que hace de la gestión del negocio ajeno su propia y personal actividad; en consecuencia, no es posible afirmar, sobre la base de los elementos aportados, que se haya cedido la posesión de la dependencia litigiosa, ni en todo, ni en parte, a un tercero ajeno a la relación locativa, por lo que, no habiéndolo entendido así la sentencia apelada, procede con estimación del recurso que interpone M.P.S.A., revocar la misma y absolver a las entidades demandadas de la pretensión resolutoria que contra ellas se deduce en la demanda.

CONSIDERANDO: Que, aquietada la parte recurrente ante el rechazo de que fue objeto en la primera instancia su pretensión reconventional, no procede imponer a ninguna de las litigantes de manera especial el pago de las costas causadas en dicha instancia ni tampoco, dado el carácter revocatorio de la presente resolución, de las producidas en esta alzada, todo ello de conformidad a lo que establece para la materia el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que dando lugar al recurso de apelación que interpone M.P.S.A. contra la sentencia dictada el veinte de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia nº Uno de Palma de Mallorca en los autos de que este rollo dimana y revocando en lo menester dicha resolución, debemos absolver y absolvemos a la citada recurrente, así como a T.M.T.L., de la demanda de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio que contra ellas deduce la actora B.S.A.; confirmamos dicha sentencia en el pronunciamiento por el que desestima la demanda reconventional formulada por M.P.S.A. contra B.S.A.; no hacemos especial imposición a ninguna de las partes del pago de las costas procesales causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

189

189. ARRENDAMIENTOS URBANOS. Valoración del aumento del importe mensual del arrendamiento de local de negocios. Incumplimiento del art. 148 de la Ley de arrendamientos Urbanos, como requisito de procedibilidad para dar curso al recurso de apelación: lo rechaza la Sala por cuanto dicho requisito es tan sólo exigible en aquellos procedimientos tendentes al desalojo o lanzamiento del local, y no en los procedimientos tendentes a la obtención de una declaración de derechos.

Claúsula de estabilización: mientras son nulos aquellos pactos de elevación de la renta que no tienen más designio que elevar la renta de manera fija, constante e indefinida, en cuanto que tal progresión, que es contraria a la estabilización, altera la equivalencia de las prestaciones e intenta burlar la irrenunciabilidad a la prórroga forzosa del contrato, son perfectamente válidas, desde el principio de la autonomía de la voluntad, con apoyatura legal en la trilogía normativa contenida en los arts. 97, 100 y 98 L.A.U., y también desde el respeto a lo ordenado dispositivamente (art. 57 L.A.U.), aquellas cláusulas contractuales que no tienen como fin que se eleve la cuantía de manera fija, constante o indefinida, sino que, por el contrario, tienen un tope predeterminado, que ni por su cuantía, ni por el dilatado período de tiempo que habrá de transcurrir para llegar a él, puede estimarse que conduzca al resultado de hacer ilusoria la prórroga (doctrina del T.S.). *Sentencia de 18 de junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que para enjuiciar adecuadamente la presente litis es preciso puntualizar: *Primero.* - Que entre la actora, como propietaria del sótano y planta baja de la casa señalada con el nº 2 de la plaza del Marqués de Palmer, de esta Ciudad, y el demandado, se convino el 23 de marzo de 1962 el arriendo de dichos inmuebles por precio de 5.000 pesetas mensuales; *Segundo.* - Que de sus cláusulas, en lo que al caso interesa, importa destacar: a) La cuarta, pacífica en su cumplimiento, que dice: "Si este contrato por prescripción legal o por acuerdo de las partes continuara vigente en 1º de abril del año 1972, la renta y aumentos aquí establecidos, en justo treinta y cuatro mil pesetas mensuales, serán aumentados en el cincuenta por ciento (50%)", y b) La quinta, que es la debatida, cuyo tenor es: "Si por prórroga legal o por convenio de las partes este contrato continuara subsistiendo en 1º de abril de 1982, la renta de cincuenta y una mil (51.000) pesetas mensuales establecida en la cláusula anterior para el interregro (sic) de 1º de abril de 1972 a final de marzo de 1982, será aumentada mensualmente en la cantidad que resulte del incremento del índice de costo de vida que el Instituto Nacional de Estadística establezca, refiriendo el módulo 100 a la renta de abril de 1972"; *Tercero.* - Que, con base en ésta cláusula, la propietaria arrendadora pretende se declare que la renta actual de 51.000 pesetas mensuales debe ser objeto de un aumento, segundo y último aumento, de 181.457 pesetas, o el que resulte de aplicar el sistema concertado; *Cuarto.* - Que frente a tal pretensión, el arrendatario opuso, sin solicitar se declarara, la nulidad de la cláusula referida por estimar que la misma, al no permitir la disminución de la renta, contrariaba la ecuación renta-prórroga y atacaba el derecho a la prórroga legal; *Quinto.* - Que la sentencia de instancia estimó la pretensión actora, por cuanto el demandado no había impugnado expresamente la validez de la cláusula, y *Sexto.* - Que en el acto de la vista del recurso, la parte apelante intentó desvirtuar el razonamiento de la juzgadora a quo, argumentando que la nulidad había sido solicitada a lo largo de toda la contestación a la demanda -no se había utilizado otra defensa-, y la parte apelada, tras denunciar el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 148 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, defendió la fundamentación de la sentencia recurrida y argumentó a favor de la validez de la cláusula contractual, por estimar que el aumento mediante ella pactado no era fijo, constante e indefinido.

CONSIDERANDO: Que las dos cuestiones formales enunciadas deben ser resueltas negativamente, esto es: A) Rechazando el óbice de procedibilidad invocado por la demandante, y ello no porque el incumplimiento de lo prevenido en el artículo 148 de la Ley de Arrendamientos urbanos en relación con los artículos 1566 y 1567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hubiere debido denunciarse en fase de admisión de la impugnación que ahora se resuelve, pues siendo de derecho necesario la obligación impuesta por tal normativa, su incumplimiento es apreciable "ex officio" por el Tribunal en cualquier instancia -"si un Juez admite indebidamente una apelación, aunque el apelado haya consentido su admisión, y aunque se haya sustanciado toda la alzada, el Tribunal debe declarar ejecutoria la resolución apelada, absteniéndose de conocer del fondo de la apelación" (Sentencia 25-6-62)-, sino porque la obligación que se dice incumplida, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo, "alcanza sólo a los procedimientos judiciales en que se decreta la resolución del contrato de arrendamiento y lleven en sí, como consecuencia, el desalojo de la cosa arrendada (lo que no ocurre en el supuesto litigioso), pero no en aquellos en los que la acción ejercitada aspire única y exclusivamente a conseguir una declaración de derecho", como ocurre en el presente litigio en que se solicitase declare, con base en una estipulación, la procedencia de aumentar, por segunda y última vez, la renta pactada, y b) Estableciendo la inexigibilidad de que la nulidad sea expresamente pretendida, pues cuando sucede que, por un lado, la nulidad de que se trata es de pleno derecho, dado que la cláusula pretendidamente afectada vulneraría la normativa que preceptúa el derecho de prórroga forzosa y su irrenunciabilidad, y por otro, que en la relación jurídica están presentes los interesados en la nulidad o validez (propiedad arrendadora y arrendatario), los hechos en que pueda fundamentarse tal ineficacia estructural han sido invocados (el demandado construye su defensa sobre la nulidad como excepción) y sus consecuencias han sido solicitadas (la absolución por improcedencia de elevar la renta), ningún obstáculo existe para que de oficio pudiera apreciarse aquel defecto como corolario de su propia naturaleza.

CONSIDERANDO: Que para resolver la cuestión de fondo conviene recordar, a modo de premisa jurídica, que frente a las cláusulas de estabilización, caracterizadas por la reciprocidad de posibilidades, que es el fundamento intrínseco de su equidad, y, por tanto, válidas pues impiden que se destruya el equilibrio patrimonial establecido por las partes, no todo pacto de elevación de renta merece igual tratamiento, pues mientras es claro que aquellos que no tienen más designio que elevar la renta de una marena fija, constante e indefinida, son nulos (la sanción de nulidad es la regla general), en cuanto tal progresión, que es contraria a una estabilización, altera la equivalencia de las prestaciones e intenta burlar la irrenunciabilidad a la prórroga forzosa del contrato, también lo es, desde el principio de la autonomía de la voluntad contractual respecto a la cuantía de la renta proclamada por la trilogía normativa contenida en los artículos 97 (libre estipulación de la renta), 100 (posibilidad de que las partes "hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización") y 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ("la renta de las viviendas y locales de negocio a que se refieren los artículos anteriores podrán ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes"), y desde, también, el respeto a lo ordenado dispositivamente, en especial al postulado esencial de la prorrogabilidad de los contratos que dispone el artículo 57 de la Ley especial citada, que son válidos aquellos en que no se trata de señalar una renta "que se eleve de manera fija, constante o indefinida, sino que, por el contrario, tiene un tope predeterminado, el convenido de las ocho mil pesetas, que ni por su cuantía, ni por el dilatado período de tiempo que habrá de transcurrir para llegar a él, puede estimarse que conduzca necesariamente al resultado de hacer ilusoria la prórroga" (Sentencia del Tribunal Supremo 18-2-71), o, como proclama la del mismo Tribunal, de 23 de abril de 1973 "cuando los aumentos de renta, no son fijos, constantes ni indefinidos, porque está limitado el aumento, no ofrece duda que el incremento pactado no está en pugna

con la libertad de estipulación establecida en el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”.

CONSIDERANDO: Que desde esta línea de partida, el análisis de la cuestión principal conduce a la confirmación del pronunciamiento de instancia, mas no con base, como allí sucede, en que razones de congruencia hicieren imposible apreciar la nulidad que hipotéticamente afectaba a la cláusula quinta, sino porque ésta es válida y, consecuentemente, el aumento precedente, pues si bien la misma, probablemente a consecuencia de las dificultades que ofrecen las limitaciones normativas con que se debe enfrentar la redacción de las cláusulas de actualización de la renta, no fué feliz expresión de lo querido por las partes, hasta el punto de que el desafortunado y también, como se verá, innecesario, “mensualmente” sugiere en una primera lectura la idea de lo prohibido (“constante, progresivo, indefinido”), sin embargo, al diseñarse un sistema de aumento en que, por una parte, se precisa claramente el factor aplicable -el índice del coste de la vida desde abril de 1972 hasta primero de abril de 1982-, así como el tiempo de su aplicación -ésta última fecha-, mas por otra, se omite todo dato que permitiera una actualización mensual, salvo, y ello se descarta por absurdamente desmesurado, que se entendiera que en cualquier mes de toda la vida contractual sería aplicable el índice del costo de la vida desde abril de 1972 hasta tal momento, habrá que concluir que los contratantes no trataban de aumentar la renta cada mes, ni cada año, sino de establecer un aumento, segundo y último, que, salvado que no estaba determinado sino que era determinable de acuerdo con unas precisas bases, coincidía con el primero (cláusula cuarta) en no ser indefinidamente progresivo, sino cosntantemente fijo, de suerte que llegado el tiempo previsto -abril de 1982- se fijaría una nueva renta, la aumentada, destinada a permanecer igual durante todo el tiempo contractual (de ahí que “mensualmente” no signifique cosa distinta a “la renta, que se paga cada mes, se eleva en lo que resulte de aplicar...”), sin que, por último, sea de recibo argüir que un aumento de renta como el que resulta de aplicar la modalidad revisora pactada, por el uso de un sótano y de una planta baja, de cien metros cada una de superficie, en una zona comercial de esta ciudad, pueda hacer ilusoria la prórroga forzosa, tanto por que la elevación conforme al índice del nivel de vida carece de toda sospecha de abuso o fraude, pues no hace más que adecuar el deterioro del poder adquisitivo de la peseta en relación con el alza de precios a consecuencia de la inflación, como porque en el local arrendado se ejerce un comercio en que los precios y los márgenes se elevan constantemente.

CONSIDERANDO: Que sustentándose la impugnación en una interpretación que la literalidad de la cláusula quinta del convenio arrendaticio hacía posible, procede no hacer expresa condena del apelante al pago de las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. A.P.L. contra la sentencia dictada el cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma, en el juicio arrendaticio de que trae causa este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas de esta alzada. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

193

193. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de legitimación activa. Doctrina en torno a la teoría de la integridad: es suficiente la tenencia de la Letra y el acta del Protesto (tesis admitida por esta Sala); y la teoría de la integración: es necesario aportar el documento que acredite el rescate del efecto por el tenedor del librador conjuntamente con la Letra y el acta del Protesto (tesis minoritaria en la jurisprudencia de las Audiencias Territoriales). Falta de legitimación pasiva. No lo constituye el afirmar el ejecutado que no ha tenido relación alguna con el ejecutante (argumentos más propios de la falta de provisión de fondos). Falta de provisión de fondos. Inexistencia. Acreditado que las Letras de Cambio ejecutadas son renovación de Letras anteriores (pago de la Letra con Letra), la provisión de fondos debe hacer referencia a las primeras letras ahora renovadas. *Sentencia de 21 de junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva dimanante de nueve letras de cambio protestadas por falta de pago, la ejecutada, doña M.F.B., aceptante de dichas cambiales, opuso en primera instancia y ahora reitera en esta alzada como motivos de apelación, las siguientes causas: a) falta de legitimación activa; b) falta de legitimación pasiva y c) falta de provisión de fondos.

CONSIDERANDO: Que la falta de legitimación activa se aduce con base en que no consta que la entidad ejecutante, M. S.A., libradora de las nueve letras de cambio referidas, sea la legítima tenedora de dichas cambiales pues fueron giradas a la orden, unas de ellas, del Banco de B. S.A. y las otras, de la entidad C. S.A. y no se ha justificado sus retornos a la sociedad libradora ejecutante. Como tiene señalado esta Sala en sentencia de 30 de abril de 1982, la excepción de falta de legitimación activa del ejecutante, no obstante no estar incluida en los juicios ejecutivos sobre pago de letras de cambio, en las admisibles a que se refiere el artículo 1465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede ser opuesta como motivo de nulidad y al amparo del artículo 1467 de la Ley tantas veces citada y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1440 de la misma, podría incluso ser apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional; mas para rechazar resueltamente esta sedicente falta de legitimación por no acompañarse la correspondiente cuenta de resaca o retorno supuestamente justificativos de la tenencia del efecto cambiario y su correlativa acta de protesto, bastará con tener en cuenta que es cierto que en los distintos Tribunales regionales fluctúan entre lo que doctrinalmente se ha denominado *teoría de la integridad*, según la cual es suficiente la tenencia de la letra y de su acta de protesto para justificar la legitimación como ejecutante del librador (sentencias de las Audiencias Territoriales de Burgos, Albacete, Las Palmas, Oviedo, Sevilla, Cáceres, Barcelona y esta misma Audiencia Territorial de Palma de Mallorca) y la llamada *teoría de la integración*, conforme a la que no es suficiente la tenencia de la letra y del acta de protesto, sino que es preciso que a ambos documentos se acompañe el documento que acredite el rescate del efecto por el librador del tomador; doctrina

minoritaria en cuanto sólo es sostenida por la Audiencia Territorial de Madrid y anteriormente (hoy rectificadas) por la de Valencia; puesto que como ya reiteradamente tuvo ocasión de advertir esta misma Sala la norma contenida en el artículo 521 del Código de Comercio propicia decididamente la tesis de la integridad, que viene además indudablemente robustecida por el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1971, de la que se desprende que "el recambio no viene a ser más que el nuevo giro que puede hacer el tenedor de una letra impagada contra el librador o uno de sus endosantes para reembolsarse, por este medio, de su importe con los gastos de protesto y recambio; y la misma palabra "resaca" implica, propiamente, el libramiento de esa nueva letra a la que ha de acompañarse la original, el testimonio del protesto y la cuenta de resaca que sólo contendrá las partidas que el mismo citado artículo especifica". En ese sentido se manifiesta la reciente sentencia de esta Sala de 8 del corriente mes.

CONSIDERANDO: Que carece de toda consistencia jurídica la alegada falta de legitimación pasiva ya que aduce como apoyatura fáctica de ella que la señora F. B. no ha mantenido relación comercial alguna con la entidad ejecutante, pues en ninguna ocasión le adquirió ni maquinaria y cualquier otra clase de mercadería, e "intentado saber o averiguar el origen de esas letras que han sido ejecutadas y de su aceptación, cree recordar que en fecha lejana, no determinable, por persona que dijo ser dependiente de M. S. A. y por D. A. B. S., su esposo, se le hicieron firmar varias letras inducidas por argumentos que nunca entendió". Asertos estos mas bien propios de la excepción de falta de provisión de fondos, excepción cuyo estudio se llevará a cabo seguidamente, pero no de la de falta de legitimación pasiva, pues la acción cambiaria ejecutiva promovida se dirige contra la aceptante de las letras de cambio, que es la ejecutada y esta en su confesión judicial ha reconocido como suyas las firmas y rúbricas puestas en el acepto de las cambiales (posición 1ª).

CONSIDERANDO: Que la provisión concebida normativamente -artículo 456 y siguientes del Código de Comercio- como obligación del librador, ha sido articulada por una reiterada doctrina jurisprudencial (sentencia de 17 de enero de 1970, las anteriores a ésta que cita, y las de 10 de diciembre de 1972, 4 de junio de 1972, dicese, 10 de diciembre de 1972, 4 de junio de 1976 y 4 de octubre de 1978) en el sentido de configurar en todo caso como eficazmente aducible su falta cuando el proceso, sea acción ejecutiva o acción cambiaria ordinaria, se desenvuelva entre los citados elementos subjetivos intervinientes en la cambial, aunque ello, obviamente, deba ser matizado, al modo proclamado en la clásica sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1977, tantas veces invocada por esta Sala, cuando declara que "el juicio ejecutivo y como tal sumario, no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, aunque sea al amparo del concepto de provisión de fondos, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente".

CONSIDERANDO: Que, recordada la elemental línea de partida que antecede, obvio es también que la llamada provisión por deuda del artículo 457 del Código de Comercio (deuda igual o mayor en el momento del vencimiento) existe si las letras cuyo pago se pretende en la vía ejecutiva por el librador responden a un pacto de renovación, que, como ya declaró la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1910, es "acto perfectamente lícito y de uso constante, no sólo entre comerciantes, sino también entre los que no tienen esa condición"; de forma que sea cuál sea la opinión doctrinal que se acepte en orden a la naturaleza jurídica de la renovación cambiaria: se esime la misma como una modalidad del pago a través de lo que se ha llamado "pago de letra con letra"; ya como una prórroga del pago o, por mejor decir, como prórroga del vencimiento, de tan rancio abolengo, lo cierto es que -a los efectos que ahora interesan- si la emisión de una nueva letra (de renovación) en sustitución de otra (renovada o renovadas) consta, la provisión está in-

sita en el pacto renovador, en tanto que la letra renovadora vale no como prórroga, sino como nueva", de manera que no se trata de una "renovatio contractus", de una reproducción negocial, sino de un acto causal nuevo, en el que la prórroga de la obligación causal de que la primera/as letra es simple instrumento opera en función de causa/provisión mediante los usuales y lógicos incrementos (interés, gastos de descuento, etcétera).

CONSIDERANDO: Que en los dos documentos privados aportados por la entidad ejecutante, unidos a autos como folios 51 y 52, cuyas firmas han sido reconocidas como propias por la ejecutada (posición 4ª: folio 57), el representante legal de M. S.A. y doña M.F.B. hicieron constar que como consecuencia de no haber sido atendidos a sus vencimientos por H.S.A., Don A.B.S., los efectos que se relacionan, la Sra. F.B. acepta una deuda total de 1.454.898 pesetas -en el documento de fecha de 7 de octubre de 1982 (folio 52) -y de 1.493.108 pesetas- en el documento de data 5 de Noviembre de 1982 (folio 51); acordando liquidarlas, aquella deuda mediante 12 nuevas cambiales con vencimientos los días 7 y 22 de cada mes, a partir del 22/10/82 y finalizando el 07/04/83, ambos inclusive, de pesetas 121.241 cada una; la otra deuda, mediante seis cambiales con vencimientos los días 05, a partir de Enero de 1983 y finalizando el 05/06/83, ambos inclusive, de pesetas 248.851 cada una; todas las citadas letras de cambio fueron entregadas debidamente aceptadas por la Sra. F.B. Las cambiales de los folios 4, 8, 10 y 15, acompañadas al escrito iniciador de estas actuaciones, de un importe de 121.241 cada una de ellas, llevan fecha de expedición 7 de Octubre de 1982 y sus vencimientos son respectivamente, 7 de febrero, 7 de marzo, 22 de marzo y 7 de abril de 1983, y las otras cinco letras de cambio -folios 2, 6, 13, 18 y 20- son de un importe de 248.851 pesetas cada una, con fecha de expedición, todas ellas, de 5 de Noviembre de 1982 y con vencimiento, respectivamente, de 5 de febrero, 5 de marzo, 5 de abril, 5 de junio y 5 de mayo de 1983; desprendiéndose que las cambiales que se ejecutan son algunas de las renovaciones que los hoy litigantes acordaron en los documentos mencionados de fecha 7 de octubre y 5 de noviembre de 1982 (folios 52 y 51), por lo que se aprecia, en virtud de lo expuesto en el anterior "considerando", provisión de fondos en todas ellas, y por ende, procede rechazar la última excepción esgrimida.

CONSIDERANDO: Que al ser las letras de cambio protestadas por falta de pago títulos que llevan aparejada ejecución, siempre que no se hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de levantar el protesto -nº 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, al tener el portador de la cambial protestada por falta de pago derecho a exigir del aceptante el reembolso con los gastos de reembolso (artículo 516) del Código de Comercio, al rechazarse las causas de nulidad y la excepción formuladas por la deudora, al disponer el artículo 526 del citado Código que las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto y al preceptuarse el artículo 1474 de la mencionada Ley de Ritos que en caso de que se dicte sentencia ordenando seguir la ejecución adelante, se impondrán las costas al ejecutado, es por lo que procede confirmar el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1475 de la Ley de Enjuiciamiento preceptúa respecto a las apelaciones, la imposición de las costas al apelante si la sentencia fuere confirmatoria o agravase la de primera instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de doña M.F.B. debemos confirmar y confirmamos la sentencias de fecha cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo

de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

194

194. JUICIO EJECUTIVO. Póliza mercantil. Nulidad del juicio por no haber vencido el plazo y no ser exigible la cantidad a que se refiere la póliza. Pactado por los contratantes que la entidad financiera podrá exigir el importe del crédito cuando se den circunstancias tales como: protestos de efectos aceptados por el beneficiario, embargo de bienes de su propiedad, solicitud de suspensión de pagos, ...etc, razones de índole técnica, consideraciones económicas y exigencias de buena fe imponen que el vencimiento anticipado del crédito sea puesto en conocimiento del prestatario. *Sentencia de 21 de junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva promovida por la entidad Banca M. S.A., para la efectividad de cinco millones de pesetas, intereses pactados y costas, con base en la póliza de crédito que acompañó, intervenida por Corredor de Comercio colegiado y con apoyatura en el ordinal sexto del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los ejecutados, don M.Ll.V. y doña C.S.R., oponen: a) nulidad del juicio por no haber vencido el plazo y no ser exigible la cantidad a que se refiere la póliza (número 2º del artículo 1467 de la citada Ley rituarial); y b) iliquidez de la cantidad objeto de la reclamación (artículo 1435) de la supradicha Ley Procesal).

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.- La Banca M. S.A. por una parte y don M.Ll.V. y doña C.S.R. por otra, suscribieron el 29 de Junio de 1983 una póliza de crédito por la que el señor Ll. y la señora S.R. se obligaron solidariamente a satisfacer a la Banca M. S.A. el día 23 de Junio de 1984, las cantidades que adeudasen a dicha entidad bancaria por cuenta del crédito de cinco millones de pesetas que con el número 4329.740 les concedió la Banca M. S.A. en dicho documento, bajo las condiciones que en ella se determinan y en las que hay que destacar las siguientes: "Octava.- Incumplidas por los beneficiarios cualquiera de las obligaciones a que se refieren las condiciones anteriores de esta póliza, y muy especialmente en el caso de producirse una situación de sobre giro no reintegrado conforme a la condición segunda, párrafo 2º, incluso cuando se

deba a devengo de intereses y comisiones, la Banca podrá no solo cerrar la cuenta, sino también dar por vencido el plazo y exigir el inmediato reembolso del saldo deudor de la cuenta. Este mismo derecho asistirá a la Banca en el caso de que le fuere protestado algún efecto aceptado a los beneficiarios o les fueran embargados sus bienes o solicitasen ser declarados en suspensión de pago, quita y/o espera, o lo fuere en quiebra o concurso de acreedores o hubiese disminuido su solvencia a juicio de la Banca". "Novena. - Cerrada la cuenta y practicada por la Banca la liquidación conforme a sus libros, al vencimiento del plazo establecido o en los supuestos previstos en la condición Octava, se considera como cantidad vencida, líquida y exigible a los efectos del pago y eventualmente del despacho de ejecución, el saldo que resulte. El expresado saldo devengará, a partir del cierre de la cuenta y al tipo establecida en el último párrafo de la condición segunda, intereses, que serán exigibles, junto con el saldo, al ejercitarse la correspondiente acción judicial". Segundo. - Dicha póliza de crédito fué intervenida por corredor de comercio colegiado. Tercero. - La Banca M. S.A. presentó el 26 de Marzo de 1984 demanda de juicio ejecutivo contra los hoy apelantes, al dar por vencido el plazo de préstamo y exigir el reembolso del saldo de la cuenta de crédito abierta, al haberse embargado bienes de los hoy apelantes en los autos ejecutivos número 2052/83 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, como faculta la transcrita cláusula octava de la póliza. A dicha demanda ejecutiva se adjuntó, entre otros documentos, los siguientes: a) la póliza original referida (folio 2). b) certificación de fecha dos de Marzo de 1984 de la Banca M. S.A., verificada su exactitud por Corredor de Comercio, acreditativa de que el saldo pendiente de la cuenta n° 4329.740 a favor de la entidad bancaria es de cinco millones de pesetas (folio 3); y c) certificación del Corredor de Comercio colegiado don C.C.G. de que en su libro registro aparece fotocopia de la supradicha póliza de crédito (folio 4).

CONSIDERANDO: Que la nulidad del juicio, invocada en primer lugar con invocación en el artículo 1467 n° 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en los siguientes motivos: a) por cuanto el embargo de bienes de los aquí recurrentes que sirvió de presupuesto para el ejercicio de la acción efectiva aquí entablada, con apoyatura en la transcrita condición octava de la póliza, se decretó en un procedimiento anterior instado por la Banca M. S.A. con base en unas pólizas de afianzamiento de los señores Ll. V. - S.R. que habían sido ya revocadas; y b) por no haberse notificado a los hoy apelantes, el vencimiento anticipado de la póliza de préstamo cuya ejecución ahora se insta.

CONSIDERANDO: Que el hecho de que el embargo de los bienes de los señores Ll. V. y S.R. fuese decretado en otro procedimiento anterior tramitado a instancia de la entidad bancaria aquí ejecutante, no desvirtúa la realidad y eficacia jurídica que tal traba pueda tener en esta litis, al no constar declarada, en sentencia firme, la improcedencia o nulidad de dicho embargo y estar totalmente vedado a este órgano jurisdiccional, entrar, en este proceso, en el estudio de la realidad y eficacia de unas aducidas revocaciones de pólizas de afianzamientos, materia del juicio en el que se acordó el referido embargo de bienes.

CONSIDERANDO: Que para que prospere el juicio ejecutivo no es suficiente un título formalmente válido, es necesario también que concurran los siguientes requisitos: a) que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación. b) que la cantidad adeudada exceda de 50.000 pesetas, actualmente; y c) que la deuda sea de cantidad líquida o liquidable o computable en dinero (artículos 1435 al 1438 de la Ley rituaría mencionada). En la póliza de crédito, base de la ejecución instada, se convino como fecha de vencimiento el 23 de Junio de 1984, si bien en su cláusula octava se autoriza a la Banca, entre otros supuestos, en el de embargo de bienes del deudor "no solo a cerrar la cuenta, sino también dar por vencido el plazo establecido y exigir el inmediato reembolso del saldo deudor de la cuen-

ta". Así pues, la entidad ejecutante puede, al concurrir alguno de los supuestos que menciona la citada cláusula octava -entre ellos cabe destacar, por su carácter subjetivo, cuando el deudor hubiese disminuido su solvencia a juicio de la Banca- dar por vencido el plazo establecido. Tal acto de voluntad para que pueda producir efecto en el ámbito jurídico, tiene que exteriorizarse de una manera expresa, clara y precisa y ser comunicada fehacientemente a la otra parte contratante; así lo abonan razones de índole técnica, consideraciones económicas y exigencias de buena fé -principio este fundamental en la contratación mercantil (artículo 57 del Código de Comercio)-. El plazo de vencimiento del crédito y el vencimiento anticipado de éste, en su caso, ha de poderlo conocer oportunamente el prestatario, ya que en caso contrario se darían las siguientes ilógicas consecuencias: A) El prestatario desconocería la fecha exacta en que debe cumplir su obligación fundamental de pagar. B) No conocería los intereses devengados y el importe total de su deuda. C) No podría por tal causa, pagar voluntaria y extrajudicialmente su deuda. D) Tendría que abonar, siempre que lo desease la entidad bancaria ejecutante, intereses de demora, normalmente de cuantía superior a los que se estipulan para los pagos voluntarios; y E) Sería condenado necesariamente al pago de las costas judiciales que, cuando el préstamo es de cuantía elevada como en el presente caso, asciende a cantidades importantes. Todo ello determina que se aprecie la causa de nulidad del juicio del ordinal segundo del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -por no haber vencido el plazo y no ser exigible la cantidad- lo que conlleva a la estimación de la apelación y la revocación de la sentencia de remate dictada; lo que hace innecesario el examen de la otra causa de nulidad aducida en segundo lugar: iliquidez de la cantidad objeto de la reclamación (artículo 1435 de la misma Ley de Trámites).

CONSIDERANDO: Que el artículo 1474 de la repetida Ley de ritos, dispone, respecto a las costas de primera instancia, que en caso de declarar la nulidad de todo el juicio o parte de él, cada parte pagará las causadas a su instancia.

CONSIDERANDO: Que la revocación de la setencia recurrida veda hacer especial imposición de las costas de esta alzada.

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 don M.L.L.V. y de doña C.S.R., contra la sentencia de fecha once de Octubre de mil novecientos ochenta y cuatro dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo, debemos declarar y declaramos la nulidad de todo el juicio, mandando que se alce el embargo hecho en los bienes de los ejecutados; sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

196

196. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO. Falta de legitimación pasiva del ejecutado. Inexistencia. Si quien firma una letra de cambio en calidad de librado no hace constar expresamente que actúa en representación de entidad mercantil, queda obligado personalmente al pago de la cambial. Falta de notificación del protesto. No puede entenderse que la notificación a "vecino con casa abierta..." (art. 505,2 c.com.) deba ser interpretada de forma restrictiva, necesitando la existencia de una relación entre el notificado y el librado aceptante de inmediatez de habitación. *Sentencia de 26 de junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que al desistir expresamente la Dirección Letrada de la parte recurrente, en el acto de la vista de esta alzada, de la excepción de pluspetición esgrimida en primera instancia, la presente apelación se ha de concretar a las otras dos causas de oposición formuladas inicialmente en este juicio ejecutivo y ahora reiteradas como motivos de impugnación de la sentencia de remate recaída, a saber: A) Nulidad de todo el juicio con base en el número 4 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al carecer, según dicha parte, don J.G.F. del carácter necesario para ser demandado en los presentes autos; y B) Nulidad del juicio en virtud del número 1 del artículo antes mencionado en relación con el 505.2 del Código de Comercio y 202 del Reglamento Notarial, al no haberse efectuado la notificación del protesto de tres de las cambiales ejecutadas en la forma establecida en dichos preceptos.

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el concreto estudio del motivo primero de la apelación, conviene señalar que la demanda iniciadora de esta litis fue promovida por la entidad E.B.S.A. -tenedora de las cambiales que se ejecutan- contra don J.G.F., con base en cinco letras de cambio protestadas por falta de pago -número 4 del artículo 1429 de la citada Ley Rituaria-, letras libradas por la entidad ejecutante a la orden del Banco E.E. y giradas, las obrantes en los folios 1, 3 y 5, a cargo de "G. HOTELES, General Riera, 44 de Palma de Mallorca", la incorporada a autos como folio 8, a cargo de "HOTEL S. C/. San Cristóbal, Arenal-Mallorca" y la unida al folio 11, a cargo de "HOTEL B. C/. Miguels/n. (Ciudad Jardín) Palma de Mallorca" y en todas ellas consta en el acepto la firma y rúbrica de "J.G." no tachada de falsa ni negada como propia por la parte hoy apelante. La causa de nulidad aducida en primer lugar -nº 4 del artículo 1467 de la repetida Ley Procesal- se fundamenta en que don J.G.F. nunca ha mantenido como tal, relaciones comerciales con la entidad ejecutante y ésta siempre ha contratado con la "G. Hoteles, S.A.", sociedad legalmente constituida e inscrita en el Registro Mercantil de esta ciudad, por lo que una reclamación dirigida a la persona física de don J.G.F. es totalmente infundada e inviable, según la recurrente, por carecer el señor G.F. de legitimación pasiva para ser demandado por una posible deuda de la entidad G. Hoteles, S.A. Tesis ésta que no puede prospe-

rar por los siguientes motivos: A) Por cuanto no se reclama el pago de una posible deuda de la entidad G. Hoteles S.A., sino el cumplimiento de la obligación cambiaria asumida por el aceptante, con su firma, de pagar las letras a sus vencimientos. B) Estas, no están libradas, aunque así lo afirma la parte apelante, a cargo de la entidad jurídica "G. Hoteles S.A." pues en las cambiales obrantes en los folios 1, 3 y 5 de los autos principales, consta como librado un nombre comercial de una organización, de una cadena de hoteles: G. Hoteles, como se deduce de que la firma de sus aceptos -J.G. rubricado-, se pusiera sobre el sello del Hotel D. de Ca'n Pastilla, del Hotel B. de Coll d'en Rabassa y del Hotel S.S. del Arenal (Mallorca), respectivamente. En las otras dos letras de cambio que se ejecutan (folios 8 y 11) consta como nombre y domicilio del librado, "HOTEL S. C/. San Cristóbal, 43 Arenal-Mallorca" y "HOTEL B. C/. Miguela s/n. (Ciudad Jardín) Palma de Mallorca", respectivamente, y en sus aceptos no consta sello de establecimiento ni entidad mercantil alguna. C) El documento aportado por la parte ejecutada, hoy apelante, consistente en una carta de la entidad ejecutante, de fecha 29 de agosto de 1984, dirigida a G. Hoteles S.A. (folio 29) en la que se comunica el saldo pendiente a 31.08.84: 3.545.714 pesetas importe de cuatro letras aceptadas y devueltas por tres hoteles -dos de dichas cambiales son acompañadas al escrito inicial de estas actuaciones judiciales- no es demostrativo de la certeza de la tesis de la ejecutada por cuanto en dicha carta no se expresa ni se deduce que la obligación cambiaria de pagar dichos efectos sea de la entidad destinataria de la misiva, ya que ésta sólo contiene y facilita una información contable de la sección correspondiente de la compañía ejecutante a la Hoteles G.S.A.; y D) Por cuanto aún admitiendo a efectos puramente dialécticos la afirmación de la hoy apelante de que el librado de las cambiales es la entidad jurídica G. Hoteles, S.A., tampoco podría prosperar su tesis de que don J.G.F. carece de carácter para ser demandado en estos autos ejecutivos, -nº 4 del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, pues lo que no está en la letra de cambio no está en el mundo y la persona que no expresa en la cambial su carácter de representante -el señor G.F. no lo consiguió en ninguno de los cinco aceptos que firmó- queda obligado personalmente, como si la representación no existiere, pues basta su voluntad de hacer una declaración cambiaria, como por ejemplo firmando el acepto, ya que es irrelevante que falte la voluntad de obligarse personalmente.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recibir el segundo motivo de apelación, toda vez que, según ha indicado esta Sala en Sentencias de 17 de Octubre de 1984 y 19 del presente mes, a la normativa contenida en el apartado 2º del artículo 505 del Código de Comercio "no le corresponde una interpretación restrictiva, cual es exigir que entre el vecino notificado y el librado aceptante exista una inmediatez de habitación, pues con la intencional amplitud de sus claros términos literales "vecino con casa abierta de la población..." se persigue, como se dice en el propio preámbulo de la Ley 47/1967, de 22 de julio, de modificación de determinados artículos del Código de Comercio, facilitar la realización del protesto"; si el legislador hubiera querido extender a la formalización del protesto, los requisitos a que se somete las actas notariales de notificación y requerimiento el artículo 202 del Reglamento Notarial en la redacción introducida por Decreto de idéntica fecha que la Ley modificadora mencionada, tanto en la exigencia de que el receptor de la cédula sea vecino del mismo inmueble (hoy también de los más próximos) que el destinatario, como en la necesidad de advertir al primero de la obligación legal de hacer llegar a poder del segundo el documento que se le entrega, no cabe duda que explícitamente así lo hubiera hecho constar en el texto de la Ley y su silencio no puede entenderse hoy en día de otro modo, por muy deseable que "de lege ferenda" la equiparación parezca a fin de garantizar que el hecho del protesto pueda llegar a efectivo conocimiento del librado, pues el artículo 206 del Reglamento Notarial, reformado por el Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, dispone que "las notificaciones o requerimientos previstos por las Leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinan

los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento"; de donde se sigue que vecino apto para recibir la cédula de protesto en defecto de las personas enumeradas en el apartado 2º del artículo 505, lo es cualquiera que, con casa abierta, resida en la localidad de que se trate a libre y responsable elección del Notario, y que la existencia de otros posibles más cercanos al domicilio designado en la letra para la práctica de la notificación no supone defecto alguno para la validez y eficacia de la diligencia integradora del título ejecutivo.

CONSIDERANDO: Que toda vez que la letra de cambio es título que lleva aparejada ejecución, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago (nº 4 del artículo 1429 de la Ley Rituaria Civil), que el portador de una letra de cambio protestada por falta de pago tiene derecho a exigir, entre otros obligados cambiarios, del aceptante el reembolso con los gastos del protesto (artículo 516 del Código de Comercio), al rechazarse las causas de oposición formuladas a la acción entablada y al declarar el artículo 521 del Código de Comercio que las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán interés, en favor de los portadores, desde la fecha del protesto, es lo que determina, previa desestimación del recurso interpuesto, la confirmación de la sentencia de remate dictada.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1475 de la supradicha Ley Procesal preceptúa que en caso de apelación el Tribunal Superior impondrá las costas al apelante si la sentencia fuese confirmatoria o agravase la de primera instancia.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don J.G.F., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

197

197. MUTATIO LIBELLI. PROHIBICION. Lo constituye solicitar en la demanda la nulidad de los acuerdos sociales de la Junta de propietarios y como consecuencia el desmontaje de un aparato de aire acondicionador con la consiguiente reparación de los desperfectos y en el escrito de réplica solicitar la demolición de una serie de obras, que califica el actor como ilegales, que no tienen relación con lo que es objeto del pleito. *Comunidad de propietarios.* Necesidad de unanimidad en los acuer-

dos de la Junta de propietarios que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de propiedad o en los Estatutos. No es necesario en el caso de autos, porque las obras solicitadas por el hoy apelado, copropietario de la finca, no afectan al título constitutivo de la propiedad ni a los Estatutos, siendo suficiente que el acuerdo se adopte por la mayoría de los copropietarios que, a su vez, supongan la mayoría de las cuotas de participación (art. 16 L.P.H.). *Sentencia de 27 de junio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída es apelada por la desestimación tanto de las pretensiones formuladas en la demanda como de las deducidas en el escrito de réplica, estas rechazadas "a limine" por el Juez "a quo" al apreciar en este último escrito mencionado, clara infracción del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Procede determinar en primer lugar el ámbito de esta alzada, y a tal fin hay que concretar si las pretensiones deducidas en el escrito de réplica son ampliación de las formuladas en la demanda, como exige el párrafo segundo del citado precepto procesal para que puedan ser admisibles en la litis promovida, o exceden en tal concepto.

CONSIDERANDO: Que en el mencionado párrafo segundo del artículo 548 ya invocado, se hace una declaración no contenida en la Ley anterior -la de 1855- al disponer con referencia al actor y al demandado, que también podrán ampliar, adicionar o modificar -en los escritos de réplica y dúplica respectivamente- las pretensiones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito. La ampliación y adición que faculta dicho precepto vienen siempre en función y conexión directa e inmediata con el objeto del pleito principal. No se puede en el escrito de réplica ejercitar otra acción contra el demandado, ni convertir dicho escrito, bajo ningún concepto, en una nueva demanda, como unánimemente se pronuncia la doctrina científica y la jurisprudencia. El Tribunal Supremo tiene declarado sobre esta materia, que por prohibirlo el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es dable en réplica alterar los términos de la litis con la introducción de acciones nuevas (Sentencia de 4 de Julio de 1980) ni es admisible la petición que altere las pretensiones que sean objeto del pleito y por ello sea ajena a las autorizadas por el párrafo segundo del supradicho artículo 548 (Sentencia de 26 de Noviembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que las pretensiones de la demanda instauradora de esta litis se dirigen a que se declare la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad de los acuerdos sociales tomados por la Junta de Propietarios del Edificio número 242 de la calle Carretera militar de esta ciudad de Palma, celebrada el 16 de Agosto de 1983 y la efectividad de las consecuencias que de ello se derivan -demolición y retirada del aparato de aire acondicionado instalado en la vivienda de los demandados don S.S. y F.M. y reparación de los desperfectos causados en el edificio por tal instalación-, y en el escrito de réplica se solicita la demolición de una serie de obras e instalaciones llevadas a cabo por los mencionados demandados en el edificio, que se califican por el hoy recurrente, de ilegales, y que no tienen relación alguna con lo que es objeto del pleito, por lo que el rechazo de tal ampliación de pretensiones fué totalmente ajustado a derecho y se ratifica por este Tribunal "ad quem".

CONSIDERANDO: Que la materia propia de este juicio declarativo ordinario, hoy de menor cuantía, es la determinación de si el acuerdo social adoptado por la citada Junta General de Propietarios el 16 de Agosto de 1983 que autorizó a los copropietarios, hoy apelados, don S.S.A. y doña F.M.V. a instalar sobre el forjado de la caseta de la maquinaria del ascensor, la torre de recuperación del aparato de aire acondicionado de la vivienda de dichos propietarios y la colocación de las correspondientes tuberías por el patio interior de luces, adosadas a la pared por grapas, requiere para su validez que sea tomado por unanimidad -tesis del actor apelante- o basta el voto favorable de la mayoría total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación (tesis de la parte demandada-recurrída), ya que el señor R.R., el hoy actor apelante, manifestó al abandonar la reunión antes que esta terminara y así consta en el acta, no estar de acuerdo, y el Sr. Mo. representando al Sr. Mi., expresó igualmente su disconformidad "con la de dicha unidad de aire acondicionado" (folio 22/24).

CONSIDERANDO: Que el artículo 16 de la Ley de 21 de Julio de 1960, sobre Propiedad Horizontal, preceptúa para los acuerdos de la junta de propietarios, entre otras, las siguientes normas: Primera. La unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. Segunda. Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. Y al no implicar el acuerdo tomado por la expresada Junta General de propietarios celebrada el 16 de Agosto de 1983, modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad ni en los estatutos, se estima válido el haber sido tomado por la mayoría de propietarios expresada, según se desprende del acta de dicha Junta obrante a los folios 22/24. Siendo intrascendente para dicha cuestión fundamental de esta litis, que el funcionamiento del sistema de aire acondicionado instalado en la vivienda de los supradichos demandados produzca molestias a los vecinos -extremo afirmado por varios testigos y constatados por dos peritos en su dictamen (folio 125)- ya que ello puede servir de base para el ejercicio de las oportunas acciones pero es de total inoperancia en el presente juicio. No es de aplicación al presente caso la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de Marzo de 1983 que declara que "disponiéndose en el artículo 11 de la Ley de Propiedad horizontal que cualquier alteración en las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, requiriendo, por mandato del artículo 16, primero de dicha norma legal la unanimidad de los Propietarios asistentes a la Junta", fuese el acuerdo ni autoriza no conlleva alteración de cosas comunes del edificio; como tampoco es de aplicación la sentencia de esta Sala de fecha 8 de Julio de 1983 -nº 151-, también invocada por la Dirección Letrada de la parte apelante en el acto de la vista de esta alzada ya que el supuesto que entonces se contempló es totalmente distinto al presente, pues se trataba de la construcción de un pequeño recinto situado en el patio, del cual partía una canalización metálica que discurría por la fachada posterior hasta la azotea y que servía de conducción a los humos y emanaciones provinientes de la cocina de la cafetería instalada en los bajos del edificio, y la normativa que se aplicó era en gran parte la estatutaria de aquella Comunidad de Propietarios que prohibía expresamente a los propietarios "decorar u ornamentar las fachadas interiores y exteriores, salidas y entradas, al objeto de conservar la uniformidad de estilo" y "alterar la actual distribución de huecos exteriores a las fachadas y escaleras comunes o abrir nuevos huecos".

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto procede la confirmación de la sentencia apelada, lo que conlleva, por disposición del párrafo tercero del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don L.R.R. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiocho de Noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ordinario, ahora de menor cuantía, de que dimana el presente rollo, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

202

202. RESPONSABILIDAD DECENAL. La prescripción de 10 años a que alude el art. 1591 Cc no se ha de computar desde la finalización de la obra hasta la interposición de la reclamación. El cómputo se verifica hasta que surja la ruina, a modo de "*conditio iuris*" para el nacimiento de la responsabilidad. Desde el momento de la existencia del vicio de carácter ruinógeno -sólo desde este instante puede ejercitarse la acción (art. 1969 Cc)-, el plazo en que ésta prescribe ha de entenderse que es, en ausencia de término legal, el general de 15 años (art. 1964 Cc). *Ruina en la construcción.* Probada la ruina, corresponde a los demandados (constructor, promotor, arquitecto y aparejador) -contra quienes el art. 1591 Cc establece una presunción de culpa objetiva de carácter "*iuris tantum*"- demostrar que tuvo su origen en factores ajenos a la esfera de su respectiva competencia profesional. *Responsabilidad solidaria.* Siendo imposible discernir la específica responsabilidad de técnicos y contratistas en el resultado de la obra desperfecta, se establece que la responsabilidad es solidaria (Doctrina del T.S.). *Sentencia de 2 de julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que partir para la adecuada decisión de las cuestiones suscitadas en esta alzada, los que a continuación se exponen: 1º) la actora, Comunidad de Propietarios del Edificio "L.S.", sito en la C/. Bellavista, Costa de la Calma, término municipal de Calviá, formula demanda en petición de que se declare que los demandados, Promotora, Constructora, Arquitecto y Aparejadores que tomaron parte en el levantamiento de dicho edificio, son solidariamente responsables de los defectos y vicios de construcción de que éste adolece, y de que ses les condene, en consecuencia, al pago del importe de "todas las reparaciones y obras y reposiciones y demas conceptos que han sido necesarios para corregir los mismos hasta dejar el inmueble en perfectas condiciones de uso y habitabilidad, así como a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por razón de esos defectos y deficiencias", 2º) los vicios que la actora alega padecía el edificio y que, afirma, tuvo que reparar por sí misma ante la pasividad de los demandados, consisten en (folio 99): a) rotura de tuberías de agua fría y caliente; b) rompimiento de las baldosas de pasillos; c)

desmoronamiento de vigas en el muro de contención posterior del inmueble; d) filtraciones de agua en el hueco del ascensor; y e) filtraciones y humedades en las tres últimas plantas del edificio ocasionadas por la deficiente impermeabilización del terrado y la defectuosa colocación de ventanas de aluminio: 3º) a tales pretensiones se opusieron los demandados comparecidos - la Promotora "C.E. S.A." se encuentra en situación de rebeldía y paradero desconocido- negando, en primer término, la existencia de los vicios denunciados, atribuyéndolos, caso de que se probaran, a motivos ajenos al ámbito de responsabilidad privativa de cada cual, y sosteniendo, en fin, que las obras realizadas por cuenta de la Comunidad no eran de reparación, sino de conservación y entretenimiento y aún de mejora; 4º) la Constructora invocó, además, la prescripción de la acción, porque, terminado el edificio el 18 de mayo de 1972 y Presentada la demanda, origen de esta litis, el 13 de julio de 1982, había transcurrido en el interin el plazo de 10 años que fija el artículo 1591 del Código Civil; 5º) la sentencia que pone fin a la primera instancia de este pleito, acoge en su integridad, y sustancialmente en sus mismos términos literales, las peticiones de la actora, resolución que es recurrida por los demandados, excepción hecha del que permanece en rebeldía, quienes insisten, la Constructora en la excepción de prescripción, y todos en la falta de probanza de la realidad de los defectos que dicha sentencia, de manera global, aprecia.

CONSIDERANDO: Que la articulada excepción de prescripción no es de acoger en el presente caso, habida cuenta de que el plazo decenal que el artículo 1591 establece, no es de prescripción, sino de duración de la garantía frente a los vicios de carácter ruinoso de que adolezca la obra, pues que se limita a señalar el periodo de tiempo dentro del que la ruina ha de tener lugar, a modo de "conditio iuris", para el nacimiento de las responsabilidades que dicho precepto regula, de suerte que, una vez aparecida aquélla temporáneamente, -sólo desde ese instante puede ejercitarse la acción (artículo 1969)-, el plazo en que ésta prescribe ha de entenderse que es, en ausencia de término especial, el general de 15 años que el artículo 1964 determina para las acciones personales; pero es que, además, y en cualquier caso, resulta que la Comunidad de Propietarios celebró sendos actos de conciliación con los otros litigantes los días 14 de junio de 1978 (folios 13 a 15) y 22 de junio de 1981 (folios 16 y 17), provocando con ello que el curso prescriptorio quedara interrumpido, y no meramente suspendido, pese a que no llegara a presentar la correspondiente demanda dentro de los dos meses siguientes, ya que tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de julio de 1982, 7 de julio, 29 de septiembre y 9 de diciembre de 1983, 22 de Septiembre de 1984, que el hoy ya desaparecido artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que imponía dicha exigencia, es aplicable únicamente a la prescripción adquisitiva, pero no a la extintiva, que se rige por lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, ya que, de otro modo y entre otras varias razones, se produce el contrasentido de otorgar mayor eficacia interruptiva a la reclamación extrajudicial que a la verificada a través de la conciliación con evidente ruptura del principio exegético que sanciona el artículo 3º del Código Civil, tanto en orden a la necesidad de interpretar las normas conforme al espíritu y finalidad de las mismas, como al juego de la equidad; doctrina que ha sido ratificada por el nuevo texto introducido en el artículo 479 por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, reformadora de la de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor "la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación."

CONSIDERANDO: Que, teniendo presente que en la exigencia de responsabilidades definidas por el artículo 1591 del Código Civil la carga probatoria que pesa sobre la parte actora se traduce en la necesidad de que demuestre el hecho de la ruina, de un lado, y que, de otro, no es cierto, -aunque así lo haya sostenido la Comunidad accionante en su escrito de conclusiones y también en esta alzada-, que los demandados reconocieran al contestar la demanda la realidad de los defectos constructivos alegados en ella, no cabe aceptar las

afirmaciones fácticas que sienta, sin más, la sentencia recurrida, pero tampoco que, cual sostienen los apelantes, se encuentren todos aquéllos faltos en absoluto de justificación, pese a las lagunas, carencias e imprevisión de la actividad probatorias desarrollada por la Comunidad, que son evidentes, pues que del análisis y ponderación conjunta del material litisdecisorio, -dentro del que destacan el dictamen pericial emitido por tres Arquitectos el día 28 de marzo de 1983 (folios 289 a 297) y el certificado o informe suscrito por el Aparejador D. F.J.M.G. con fecha de 7 de octubre de 1978, que se acompaña con el escrito de demanda (folio 12), y cuyo valor probatorio no es posible desconocer ni desaparece por la circunstancia de que no haya sido ratificado en juicio, dado que se encuentra visado, con el nº 23036 y fecha de 10 de octubre de 1978, por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos técnicos de Baleares, cuya intervención dota a dicho documento de garantías en orden a su autenticidad, a la capacidad profesional de su autor y a la certeza de su fecha, que permiten pueda contribuir a formar la convicción de esta Sala-, se infiere la realidad de los siguientes dos únicos vicios: 1º) hundimiento de unso 3 m. lineales del muro de contención de tierras existente entre el paramento exterior del edificio y el corte natural del terreno, que tanto fué apreciado en el año 1978 por el mencionado Aparejador, como en 1983 por los tres peritos Arquitectos; 2º) deficiente impermeabilización de las dos azoteas del inmueble, lo cual provocó humedades en todos los apartamentos de las plantas inferiores, y ello porque el informe del Aparejador también contempla esta irregularidad y los peritos la confirman al decir en el apartado D) de su dictamen (folio 292), que, con posterioridad a la terminación de la construcción, "se ha efectuado una impermeabilización con lámina asfáltica sobre la última azotea y nuevos embañosados en parte de la penúltima", y si bien acto seguido también manifiestan que no pueden pronunciarse acerca de cual sea la razón a que responde la realización de tales obras, como tampoco de ninguna de las demás, es obvio que ni son de mejora, ni, dentro del plazo de garantía que marca la Ley, cabe que sean catalogables como de mera conservación y entretenimiento, pues en ese periodo de tiempo un edificio bien construido ha de entenderse que, si en efecto lo está, no las precisa, a no ser por causa de un uso anormal e incorrecto o por la concurrencia de circunstancias extraordinarias similares de imprescindible demostración y que no se presumen; ambos dos defectos presentan, por otra parte, indiscutible carácter ruinógeno que atrae la aplicación de la normativa del artículo 1591; el primero por que, levantado el inmueble sobre solar con fachada a dos calles con fuerte desnivel entre sí hasta el extremo que el acceso desde la calle superior se efectúa a nivel de planta 5ª, de las nueve de que se compone, las deficiencias del muro de contención pueden favorecer el derrumbe del terreno colindante sobre la casa, y el segundo, porque las humedades y filtraciones de agua provocan deterioro y perecimiento prematuro de la obra e inciden en su misma habitabilidad (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 16 de julio de 1984, 16 de febrero de 1985, etc.); por el contrario, el resto de los presuntos defectos constructivos que en la demanda se describen, están ayunos de la indispensable prueba, puesto que: a) aún cuando los peritos indican que se efectuaron obras consistentes en el cambio de tuberías en la 3ª planta y en el embañosado con terrazo de los pasillos de distribución, el informe emitido por el aparejador a instancias de la propia Comunidad el 7 de Octubre de 1978 no menciona deficiencia alguna en tales elementos y zonas del edificio citados, en cambio, en el acto de conciliación celebrado tres meses antes (folio 14), por lo que, a falta de otros datos de mínima fiabilidad que acrediten la realidad de los rompimientos y roturas que se denuncian, es factible entender que esos trabajos no tuvieron finalidad reparadora de defectos imputables al proceso edificatorio, sino de tipo diferente como el mejoramiento, que es, además, lo que parece desprenderse del contenido de las actas correspondientes a las Juntas de Propietarios de que se ha aportado copia (folios 22 a 37 y 211); b) nada dicen los peritos acerca de la subsistencia de eventuales defectos en la colocación de las ventanas de aluminio, ni tampoco de haber observado signos de que hayan sido retocadas alguna vez; y c) ni tan siquiera una sola alusión se hace en cualquiera de los medios probatorios traídos a la litis a que aparezcan fil-

traciones de agua en el hueco del ascensor; en consecuencia, improbados estos últimos defectos, ninguna de las pretensiones de la actora que hace referencia a los mismos puede prosperar.

CONSIDERANDO: Que, una vez acreditada la realidad de la ruina, corresponde a los demandados intervinientes en el proceso constructivo, contra quienes el artículo 1591 establece una presunción de culpa de matiz objetivista y carácter "iuris tantum" (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1982), demostrar que la misma tuvo origen en factores ajenos a la esfera de su respectiva competencia profesional; por tanto, al no haberse acreditado en el pleito cuáles sean las causas productoras de las comprobadas deficiencias de que se ha hecho mención, ni, consecuentemente, si consisten en vicio de ejecución material, de dirección de obra o de proyecto, de modo que puede individualizarse la culpabilidad de cada uno de los demandados, es menester aplicar la constante doctrina del Tribunal Supremo, expuesta, entre otras varias, en sentencias de 9 de octubre de 1981, 22 de noviembre de 1982, 31 de mayo y 5 de octubre de 1983, 17 de febrero, 16 de marzo y 13 de junio de 1984, etc., a cuyo tenor, cuando resulta imposible discernir las específicas responsabilidades de técnicos y contratistas en el resultado de la obra defectuosa por desconocerse o involucrarse los vicios determinantes de tal irregularidad, de modo que hace imposible una específica condena de los mismos, se entiende que esta responsabilidad lo es solidaria; de todo lo cual se sigue que, con parcial estimación de los recursos deducidos por los apelantes, procede reducir la condena de los demandados, -incluida también la Promotora rebelde, dado que la absolución de un coobligado solidario por inexistencia objetiva de la obligación de indemnizar, impone la absolución del otro, aunque no recurriera (sentencia de 17 de julio de 1984)-, a que, con el dicho carácter solidario, satisfagan a la actora el importe de las obras precisas para reparar, exclusivamente, el hundimiento del muro de contención de tierras y la defectuosa impermeabilización de las dos azoteas del inmueble, cuya concreta cuantía habrá de fijarse en periodo de ejecución de sentencia, si bien la correspondiente a la refacción de las azoteas no podrá exceder del tope de 715.479 pts., por representar esta cifra la suma de las tres facturas aportadas con la demanda que hacen referencia a ella (folios 81, 87 y 95), las que, si están desposeídas de toda virtualidad probatoria en cuanto que ni han sido adverbadas por sus presuntos expedidores, ni tampoco se ha justificado que la Comunidad las abonara, señalan, cuando menos, a fines de congruencia, el límite pecuniario máximo de lo que reclama la demandante por razón de ese singular concepto; en cuyo sentido debe revocarse la sentencia impugnada.

CONSIDERANDO: Que también tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosísimas sentencias de innecesaria cita que, si se hace una genérica alegación de que se ha originado perjuicios, pero no se concreta en forma alguna en qué consisten, y menos se prueba su existencia, no se pueden conceder, ya que la indemnización no va ineludiblemente ligada a la conducta antijurídica, sino que es preciso demostrar la realidad en aquéllos, por cuyo motivo, habida cuenta de que la actora en ningún momento explica que tipo de daños o pérdidas hubieron de padecer los propietarios de las diversas viviendas y locales en que se distribuye el edificio afectado a causa de los desperfectos de que éste adolecía, y no deduciéndose tampoco de lo actuado en la litis que se les produjera alguno en particular, procede, asimismo, revocar el pronunciamiento de la sentencia que, con olvido de la doctrina jurisprudencial referida, da lugar a las peticiones de la demanda también en este punto.

CONSIDERANDO: Que no existen razones para imponer a ninguno de los litigantes en especial el pago de las costas causadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por Construcciones B. S.A., D. A.V.S., D. J.G.J. y D. A.P.B., contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma de Mallorca el diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro en los autos de juicio declarativo de que este rollo dimana, y con revocación de la misma, debemos declarar y declaramos que los demandados Cosntrucciones B. S.A., C.E. S.A., D. A.V.S., D. J.G.J. y D. A.P.B. son solidariamente responsables de los defectos constructivos de que adoleció el Edificio "L.S.", sito en la C/. Bellavista, Costa de la Calma, término municipal de Calviá, y que consisten en el hundimiento parcial del muro de contención de tierras existente entre el paramento exterior del edificio y el corte natural del terreno posterior y en la deficiente impermeabilización de las dos azoteas del inmueble, condenando, como condenamos, a los dichos demandados a que, solidariamente, satisfagan a la actora, Comunidad de Propietarios, el importe de las obras precisas para la reparación de los enunciados dos defectos, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, pero sin que la cantidad correspondiente a la reparación de las azoteas pueda exceder del tope de setecientos quince mil cuatrocientas setenta y nueve pesetas; desestimamos en todo lo demás las restantes peticiones que formula la demanda, absolviendo de ellas a los demandados; no hacemos especial imposición a ninguno de los litigantes del pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

216

216. CONTRATO DE COMPRAVENTA. Resolución por incumplimiento. Deber de restitución recíproca de lo que hubieren percibido las partes contratantes. Modo de adquisición del dominio y demás derechos reales por vía derivativa: doctrina del título y el modo. Extinción por confusión de las obligaciones respectivas derivadas del arriendo al reunirse en una sola persona las cualidades incompatibles entre sí de dueña y arrendadora, de una parte, y arrendataria, de otra. Revocación de la sentencia de primera instancia, sin imposición expresa de las costas. *Sentencia de 12 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la actora, D^a M.M.F.H. impugna la sentencia de primera instancia que, tras declarar resuelto por causa de impago de la total parte del precio convenido que se dejó aplazado y de conformidad al artículo 1504 del Código Civil, el contrato de compraventa de la finca urbana sita en el n^o 4 de la C/. Carmen de esta ciudad, -la cual se compone de piso y almacén o cochera-, celebrado con la compradora demandada D^a E.R.G., el 2 de Diciembre de 1983, desestima, no obstante, de manera implícita (la parte dispositiva de la resolución omite pronunciamiento expreso de cualquier tipo sobre el particular, con infracción de lo que ordena el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la petición que también deduce la demanda al objeto de que se condene a la Sra. R., ade-

más, a devolver la referida finca completamente libre y desocupada, porque, según es razonamiento que se trasluce del contenido del primero de los dos únicos Considerandos de que consta dicha sentencia, entre las litigantes existía, y el Juez "a quo" estima que todavía subsiste, un contrato de inquilinato sobre la vivienda que, de accederse a esa pretensión, igualmente quedaría resuelto "sin haberse impetrado" (sic) las acciones correspondientes; recurso que ha de prosperar por cuanto que es consecuencia natural y lógica del efecto retroactivo de la resolución declarada, como lo es también de los demás supuestos de ineficacia contractual (artículos 1295 y 1303 del Código Civil), que cada parte reintegre a la otra las prestaciones que mutuamente aportaran, y así se deduce claramente del artículo 1123 del citado Cuerpo legal, el cual, caso de cumplirse la condición resolutoria en las obligaciones de dar, impone a los interesados el deber de restituirse recíprocamente lo que hubieren percibido; cierto es que con anterioridad a la perfección de la compraventa la apelada ya venía ocupando la vivienda (no, por el contrario, el almacén o cochera, cuya restitución sería, por tanto, siempre procedente, inclusive desde la errónea tesis que sustenta la sentencia) en virtud de contrato de inquilinato y que, asimismo, no consta que hubiera pacto expreso extintivo de la relación arrendaticia; lo que, sin embargo, no resulta exacto es que, cual se ha afirmado en la vista de esta alzada por la parte recurrida, la Sra. R. no tuviera por efecto del contrato litigioso y sobre la finca urbana comprada más que meras expectativas de dominio, nunca consumadas, toda vez que, al contrario, devino propietaria de ella, de acuerdo con la doctrina sobre el título y el modo que rige en nuestro ordenamiento para la adquisición por vía derivativa del dominio y de la generalidad de los demás derechos reales, merced a la conjugación de un título jurídico válido y apto para producir la transmisión del derecho (la compraventa), y la entrega de la posesión de la casa mediante la forma de tradición fingida que recibe el nombre de "brevi manu" y que se produce cuando el adquirente ya tenía la cosa en su poder por título distinto, como aquí ocurrió, a lo que cabe añadir que la cláusula 4ª del repetido contrato alude a tal entrega al decir que "la compradora toma posesión de la finca que adquiere"; de donde se sigue que, aunque las contratantes nada manifestaran, sin duda porque la conclusión es evidente, las obligaciones respectivas derivadas del arriendo y la relación locativa misma se extinguieran por confusión (artículo 1192 del Código Civil) al reunirse en una sola persona las incompatibles entre sí cualidades de dueña y arrendadora, de una parte, y arrendataria, de otra, sin que la ulterior resolución de la compra, plenamente eficaz hasta entonces y determinante en su momento de la transmisión del dominio, prive de virtualidad a la operada confusión, como si de negocio jurídico inexistente o nulo y, por ende, ineficaz "ab initio" se tratara, ni, en consecuencia, dé lugar, a su vez, al resurgimiento de la fenecida relación arrendaticia (y no cosa diferente debe entender la Sra. R. cuando ni ha alegado, ni justificado, haber vuelto a satisfacer la renta antiguamente estipulada, ni ninguna otra), aunque sí posibilite, siempre que ambas partes así lo quisieren, el establecimiento de una nueva mediante la celebración de nuevo contrato de arrendamiento; por lo que, al no haber sucedido de este modo y carente la demandada de razón jurídica que ampare en la actualidad la posesión de la finca en que se encuentra, procede condenarla a que la reintegre a la actora conforme lo por ésta solicitado, en cuyo sentido debe revocarse la sentencia combatida.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian méritos para imponer a cualquiera de las partes el pago de las costas causadas en ambas instancias del presente litigio.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, dando lugar al recurso de apelación que interpone Dña. K. M. F. H. contra la sentencia dictada el veinte de diciembre 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 que este rollo dimana, y revocando en lo me-

nester dicha resolución, debemos declarar y declaramos que Dña. E. R. B. carece en la actualidad de título que la autorice a ocupar la finca objeto del presente litigio, condenándola, en consecuencia a que entregue a la actora el piso y almacén o cochera de que la aludida finca se compone en el plazo de ocho días a partir de la fecha de la presente sentencia; confirmamos los pronunciamientos que, bajo los números 1º y 2º formula la sentencia apelada; no hacemos especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

217

217. CONTRATO DE COMPRAVENTA. Resolución por impago. El contrato cuya resolución se postula no es simulado - ni siquiera en su grado menor- realizado para producir una apariencia o un engaño, sino fiduciario, válidamente enmarcado en el amplio criterio de la libertad contractual del art. 1215 C.civil. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 15 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el mejor examen de la litis exige establecer las puntualizaciones siguientes: a) el 20 de junio de 1980, el autor entregó a los demandados hoy apelantes la suma de 1.750.000 pesetas, en concepto de préstamo y por plazo de un año, constituyéndose en garantía de la misma, así como de sus intereses y de la cantidad de 350.000 pesetas que se fijaron para costas y gastos, hipoteca sobre la vivienda letra B) de la tercera planta de la casa señalada con el número 12 de la calle del Destructor Velasco, de Palma de Mallorca; b) el 24 de septiembre de 1981, los demandados transmitieron al actor mediante escritura pública de compraventa el dominio de la finca mencionada por precio -así consta en el documento- de 650.000 pesetas; c) en la misma fecha el actor otorgó carta de pago de la cantidad adeudada e intereses devengados y consintió en la cancelación de la hipoteca; d) el mismo día 24 de septiembre de 1981, inmediatamente después de la transmisión anterior, el actor, en su recién adquirida condición de dueño, vendió por partes iguales a los codemandados la referida vivienda por precio de 2.306.000 pesetas, pactándose primero que tal suma habría de pagarse antes del 20 de junio de 1982, y luego, en virtud de prórroga, antes del 30 de junio de 1983; e) El 19 de junio de 1982 los demandados entregaron al actor la suma de 500.000 pesetas, de la que una parte -154.856 pesetas- se destinó a reintegrarle de los pagos que, siendo obligación de los demandados, había hecho en la notaría donde se escrituró la negociación, y el resto a satisfacer el precio; f) cumplido el término e incumplida la obligación, D. G. R. B. requirió notarialmente a los demandados a los fines previstos en el artículo 1504 del Código Civil, g) mediante la demanda instauradora de esta litis, dicho requirente pretende se declare resuelto el contrato privado de compraventa, se le entregue, consecuentemente, la vivienda objeto del mismo y se condena a los demandados a indemnizarle los perjuicios que la no devolución del inmueble le ha irrogado, desde que confecha 14 de septiembre de 1983 les requirió de resolución y h) frente a tal pretensión, los codemandados, mediante la oportuna reconvención, solicitan se declare

la nulidad por causa de simulación tanto de la escritura pública como del documento privado, ambos de compraventa.

CONSIDERANDO: Que ello así, a las negociaciones cuya nulidad fué postulada y acogida, no les corresponde la calificación de contrataciones simuladas, ni siquiera en su grado menor, pues, como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de febrero de 1965, cuando los contratantes utilizan un tipo de contrato regulado por el ordenamiento positivo adoptándolo solamente como forma externa, pero con fin distinto del expresado, y por ello con discrepancia consciente entre lo consignado formalmente y la intención práctica perseguida en concreto, no se origina un contrato simulado, que es un negocio simple y se realiza para producir una apariencia o un engaño, sino uno fiduciario, caracterizado por revestir una forma compleja y estar integrado por dos negocios diversos, uno de transmisión y otro de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, y ésta negociación, válida en cuanto se enmarca dentro del amplio criterio de la libertad de contratación mantenido por el artículo 1255 del Código Civil, fué la utilizada por los litigantes, que con el fin de garantizar el débito que los demandados ya tenían contraído frente al actor por razón de préstamo, instrumentaron una relación integrada por dos convenciones: la primera destinada a transmitir al actor la titularidad efectiva del derecho de propiedad del piso, y la otra, también real a diferencia de la típica obligacional, consistente en retransmitir el recién adquirido dominio a los fiduciarios por un precio cuyo montante es lo ya adeudado, de suerte que satisfecho el mismo, los demandados, que no habían dejado la posesión inmediata de la vivienda, no tendrían necesidad de ejercer ningún derecho de reversión destinado a rescatar el bien, y caso contrario, que es el que nos ocupa, el actor vendría obligado a ejercer la acción resolutoria de la segunda compraventa.

CONSIDERANDO: Que ningún inconveniente existe para que tal acción, que es la actuada de modo principal, sea acogida en esta litis, pues transcurrido holgadamente el plazo que para el pago de la suma de 2.306.000 pesetas disponían los compradores, no acreditado otro pago a cuenta de la misma que el realizado de 345.144 pesetas, omitida por estos deudores toda voluntad de satisfacer el resto y probado, por último, que el actor requirió a los compradores para que allanasen a resolver la obligación y a no poner obstáculo a tal modo de extinguirla, aparecen correctamente cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 1504 del Código Civil; precepto que al implicar la vuelta de las cosas al ser y estado que tenían antes del nacimiento de la relación que se extingue, motiva que la pretensión indemnizatoria, destinada a resarcir al apelante de los perjuicios derivados de no haber desalojado los demandados la vivienda cuando recibieron el requerimiento resolutorio, sea en esta litis por adecuadamente satisfecha mediante la no devolución de la suma de 345.144 pesetas, que sería, atendida la no verificación de la tesis actora (dicha suma se destinó expresamente a resarcirle de los perjuicios que le ocasionó conceder un aplazamiento en el pago), lo satisfecho a cuenta del precio y, por tanto, lo reintegrable por causa de la resolución contractual que se decreta.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian méritos para hacer especial declaración respecto a las costas de la primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución, para las de esta alzada.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por D. G. R. B. contra la sentencia dictada el tres de enero de mil novecientos ochenta y cinco por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y previa estimación de la demanda principal y desestimación de la reconven-

nal, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato privado de compraventa celebrado entre los litigantes el 24 de septiembre de mil novecientos ochenta y uno, al que se refiere el hecho segundo de la demanda, y debemos condenar y condenamos a los demandados D. A.C.D. y D^a J.M.T.M. a que entreguen al actor el piso objeto del referido contrato, bajo apercibimiento, si no lo hicieren en el plazo, legal de lanzamiento. Se absuelve a los litigantes del resto de peticiones formuladas en su contra. No se hace especial declaración respecto al pago de las costas de ambas instancias. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

221

221. EXCEPCION DE PRESCRIPCION. No es aplicable el art. 1472 C.civil al supuesto de autos: doble venta. Declaración de la propiedad en caso de doble venta (art. 1473-2 C.civil). Validez y eficacia de los contratos de compraventa objeto de la litis, al no apreciarse vicio en el consentimiento prestado por error ni la inexistencia de la buena fé alegada. Revocación de la sentencia apelada con imposición de las costas causadas en ambas instancias. *Sentencia de 17 de julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el particular de la sentencia recaída que desestima la excepción de falta de legitimación activa, adquirió el carácter de firme al no haber sido recurrido el fallo dictado, por los demandados, por lo que la presente apelación se ha de circunscribir al estudio de la excepción de prescripción, acogida por el juez "a quo", y en caso de rechazo de esta excepción al de la cuestión de fondo, y a tales fines hay que partir de los siguientes hechos y antecedentes fundamentales: Primero. El 3 de Junio de 1965, la entidad Inmobiliaria A.S.A. -hoy co-demandada apelada- vendió en documento privado a don A.C.P., aquí co-demandante apelante, y a otros tres, 4.189 metros cuadrados que representaban el lote 44 y parte del lote 45 del plano A.S.A. Paguera, por el precio de 375 pesetas metro cuadrado, es decir 1.570.875 pesetas que serían satisfechas en varios plazos que escalonadamente se fijaban, siendo el último de ellos el 15 de Julio de 1969 (folios 56 y 57). Segundo. Como hasta principios del año 1972, los compradores sólo habían pagado un total de 594.000 pesetas y con el fin de liquidar dicha operación mercantil, el 10 de Febrero de dicho año, se celebró un nuevo contrato, también en documento privado, en virtud del cual don J.P.R., en representación de Inmobiliaria A.S.A. vendió al señor C.P. una parcela de 1.584 metros cuadrados, según planos números 44C y 44D, que era parte del terreno que correspondía entregar por el anterior contrato; la expresada superficie de 1.584 metros cuadrados fue el resultado de dividir la cantidad hasta entonces abonada que como ya se ha indicado ascendía a 594.000 pesetas, por el precio unitario pactado en el primitivo contrato, de 375 pesetas metro cuadrado (posición 4^ªb del Sr. C.P.: folio 168). En el documen-

to de 10 de Febrero de 1972 se hizo constar que "mediante este nuevo contrato queda totalmente cancelado el anterior contrato de fecha 3 de Junio de 1965..., firmando el nuevo documento el Sr. C. en nombre propio y don L.F.R. en su propio nombre y en representación de los hermanos D. P y D. L.B.F." (folio 6); en la estipulación séptima el comprador se reservó el derecho de designar a tercera persona a cuyo nombre se otorgaría la escritura de venta, en su caso. En la descripción de la nueva parcela se consignaba como límite: Norte, resto solar nº 44, A y B. Sur, calle de la Calma, Este, solar 43 y Oeste Solar 45. Tercero. Don J.P.R., como representante de Inmobiliaria A.S.A. vendió, el 1 de Febrero de 1979, en documento privado, a doña C.F.G. el solar 44-D de dicha Urbanización, que tiene una superficie de 910 metros cuadrados linda, Norte, Solares 44-A y 44-B; Sur, calle Son Calma, Este, Solar 43 y Oeste, Solar 44-C (folio 69). Cuarto. El 14 de Noviembre de 1979, don A.C.P., haciendo constar en documento privado ser "dueño del solar que comprende parte de los solares 44-C y 44-D de la Urbanización denominada A., sita en el término municipal de Calviá, lugar de Paguera de una cabida aproximada según contrato de compraventa de 1.584 metros cuadrados", vendió dicha parcela a doña A.V.M. (folio 79). Quinto. En el mes de Junio de 1980, al visitar la señora V.M. y su esposo Don J.C.C., los solares comprados al señor C.P., se encontraban que se estaban haciendo obras en el solar 44-D., lo que lo pusieron en conocimiento del Sr. C. y los tres se entrevistaron con el Sr. P.R., para pedirle explicaciones de lo acaecido, reconociendo el Sr. P. que en la venta del solar 44-D, de una extensión de 910 metros cuadrados, había incurrido en una doble venta de una porción de terreno de 300 metros cuadrados aproximadamente que pertenecía al Sr. C.P., error que manifestó sería subsanado, por mutuo acuerdo, por las tres partes interesadas, lo que no acaeció respecto a los hoy actores. Sexto. El 20 de Agosto de 1980, el Sr. C.P. requirió notarialmente a D. J.P.R. para que en el término de un mes a partir de la notificación, cumpliera estrictamente los términos del contrato de 10 de Febrero de 1972 y otorgase a favor de doña A.V.M. la correspondiente escritura pública de los solares 44-C y 44-D de la "Urbanización A.", sita en Paguera, Calviá, y una superficie conjunta de 1.584 metros cuadrados. A dicho requerimiento el Sr. P.R. contestó que "debido a la regulación de la contabilidad de la Inmobiliaria A.S.A. en virtud de disposiciones del Ministerio de Hacienda, la escritura pública de venta de dicho solar no puede otorgarse a la persona distinta del documento privado, por lo que debe ser a nombre de don A.C.P. y no a nombre de Dª A.V.M." (folio 11). Séptimo. Como consecuencia de la transacción llevada a cabo entre Inmobiliaria A.S.A. y don B.G.P. -los hoy codemandados en esta litis-, el Sr. G.P. -marido del la señora V.M.- cedió del solar 44-D que tenía 910 metros cuadrados, y el día 7 de Febrero de 1981, aquella entidad inmobiliaria otorgó escritura pública de venta a favor de don B.G.P. del solar 44-B (800 metros cuadrados) y parte del 44-D, de dicha cabida 608 metros cuadrados (folios 70/76), compraventa que fue inscrita en el Registro de la Propiedad (folio 23).

CONSIDERANDO: Que la prescripción de 6 meses que establece el artículo 1472 del Código Civil, excepción acogida en la sentencia dictada, se refiere exclusivamente a los supuestos de los tres artículos anteriores, o sea para los casos de ventas de inmuebles hechas por unidad de medida o número y resulte la cabida o la calidad distinta de la estipulada (artículos 1469 y 1470) o por precio alzado con expresión de cabida y ésta sea menor de la estipulada (artículo 1471), pero no es de aplicación para el supuesto de doble venta de parte de una parcela, de 608 metros cuadrados según los actores y 302, según la entidad demandada, que es el del presente caso.

CONSIDERANDO: Que el Código Civil dispone en el artículo 1473, párrafo segundo, para el caso de doble venta de un bien inmueble, que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, condicionado a que haya adquirido de buena fé. En la escritura pública otorgada el 7 de Febrero de 1981, -único tí-

tulo que ha tenido acceso a dicho registro público-, y en virtud de la cual don J.P.R., en representación de Inmobiliaria A.S.A. vendió a don B.G.P. la parcela nº 44-B del plano de Urbanización del predio A., término de Calviá, de cabida 800 metros cuadrados y "parcela de terreno, destinada a edificación, consistente en parte del solar 44-D., de 608 metros cuadrados de dicha Urbanización", cuya nulidad se insta en el ordinal primero del súplico de la demanda instauradora de este juicio ordinario "por vicio en el consentimiento prestado por error en la casa -solar 44-D- objeto del contrato", no se aprecia causa de nulidad alguna, y concretamente error en la casa vendida, -artículo 1266 párrafo primero del Código Civil- pues en el momento de otorgamiento de dicha escritura pública, ambas partes habían concordado la compraventa, no a la totalidad del solar 44-D, de 910 metros cuadrados de cabida, como se había estipulado inicialmente en el documento privado de fecha 1 de Febrero de 1979 celebrado entre el Sr. P.R. y doña C.F. (86 y 87), sino a una parte de dicho inmueble -concretamente a 608 metros cuadrados-, lo que determina la desestimación de la declaración de nulidad del contrato de compraventa postulada en primer lugar del súplico de la demanda. Igual destino adverso ha de recibir la petición que, alternativamente o subsidiariamente, se insta en dicho ordinal primero -nulidad por inexistencia de buena fé en el comprador Sr. G.- ya que la buena fé se presume mientras no se pruebe la mala fé (artículo 434 del Código Civil) y en el presente caso no se ha aprobado que en el 1 de Febrero de 1979 la compradora, doña C.F. ni su marido -el codemandado apelado Don B.G.P.- conociesen que el solar 44-D o parte de él estuviere ya vendido por Inmobiliaria A.S.A. a don A.C.P.

CONSIDERANDO: Que la desestimación de dichas dos peticiones de nulidad, conlleva el rechazo de lo postulado en los ordinales segundo y tercero del súplico de escrito de demanda -la nulidad de la inscripción de dicho título público en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, y la declaración de que don B.G.P. es sólo propietario del solar 44-B, de 800 metros cuadrados de cabida respectivamente-; amén que respecto a este último particular, el Sr. G.P. como adquirente registral de un derecho real inmobiliario que lo adquirió de buena fé del que, según el Registro de la Propiedad, era su titular dominical, está amparado por el principio de la fé pública registral que proclama el párrafo primero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERANDO: Que toda vez que los contratos de compraventas consignadas en el documento privado de 10 de Febrero de 1972 (folio 6) y el de 14 de Noviembre de 1979, (folio 7), el primero entre la entidad demandada y el actor don A.C.P. y el segundo entre éste y la codemandada doña A.V.M. reúnen todos los requisitos esenciales que señala el artículo 1261 del Código Civil, se declaran válidos y eficaces, si bien la cabida de la parcela vendida en dichos contratos se reduce, por lo anteriormente expuesto, a 1.522 metros cuadrados: 1.220 metros cuadrados -superficie del solar 44-C- y 302 metros cuadrados- resto del solar 44-D no adquirido por el Sr. G.P. Por ello, y de conformidad con lo postulado en el ordinal séptimo del súplico del escrito instaurador de este juicio, se condena a la entidad Inmobiliaria A.S.A. a otorgar escritura pública de venta del solar 44-D no vendido al Sr. G.P., o sea 302 metros cuadrados a favor de la Sra. V.M. y a abonar a la misma la indemnización de daños y perjuicios causados derivados de la doble venta del solar 44-D; indemnización que se fijará en ejecución de sentencia y que no podrá exceder de cuatro millones de pesetas.

CONSIDERANDO: Que toda vez que no se estima probado la existencia de restos de muros, caminos y escombros en la parte del solar 44-D perteneciente a la Sra. V., se desestima lo solicitado en el ordinal sexto del súplico de la demanda, que se condene al Sr. G. a que, a su costa, haga desaparecer los viales y los restos de obras mencionados.

CONSIDERANDO: Que al no prosperar ninguna petición instada contra don B. G. P., procede la total absolución de dicho demandado.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para imponer a las partes 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 A. C. P. y doña A. V. M., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha diecisiete de Diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio ordinario, ahora de menor cuantía, de que dimana el presente rollo, y en su lugar, declaramos: Que, rechazando las excepciones de falta de legitimación activa y la de prescripción de la acción interpuestas, debemos estimar y estimamos en parte la demanda formulada en nombre y representación de don A. C. P. y de doña A. V. M. contra la entidad INMOBILIARIA A. S. A. y contra Don B. G. P., debemos declarar y declaramos que los contratos de compraventa consignados en documento privado de diez de Febrero de mil novecientos setenta y dos obrante al folio seis de los autos principales y el otro catorce de Noviembre de mil novecientos setenta y nueve, incorporado como folio siete de dichos autos, son válidos y eficaces si bien la cabida de la parcela vendida se fija en MIL QUINIENTOS VEINTIDOS METROS CUADRADOS; se condena a la entidad demandada a otorgar escritura pública de venta del resto del solar número 44-D no vendido al Sr. G. P., o sea de los trescientos dos metros cuadrados restantes, a favor de doña A. V. M. y a abonar a la misma la indemnización que se expresa en el "considerando" quinto de esta resolución, indemnización que se fijará en ejecución de sentencia y cuya cuantía no podrá exceder de cuatro millones de pesetas. Se absuelve a dicha entidad inmobiliaria de las demás pretensiones contra ella formuladas; y de la totalidad de las instadas en la demanda, al demandado don B. G. P. Sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

230

230. CONTRATOS. Nulidad por falta de capacidad mental de uno de sus otorgantes, intimidación y dolo. Falta de capacidad mental: ha de darse en el momento de la declaración de voluntad. Presunción de capacidad: doctrina del Tribunal Supremo. Intimidación: requisitos de la misma para que tenga efectos viciantes de la voluntad. No la supone la supuesta amenaza de pleitos. Dolo: necesidad de su prueba por quien lo

alega. Análisis de las circunstancias motivantes del contrato impugnando que descartan toda idea de este vicio. Actos posteriores del actor de los que se infiere la confirmación del negocio jurídico que impugna. Enriquecimiento injusto: requisitos: no lo supone el hecho de que, por donación del acreedor, reciban unos terceros la prestación debida por el deudor. *Sentencia de 22 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el actor y ahora apelante, D. F. B. O., reitera en esta alzada las dos cuestiones que planteó en su demanda, y que fueron, ambas, desestimadas por la sentencia recurrida, esto es: A) Enriquecimiento injusto obtenido por los demandados D. B y D^a C. B. F. al haberse escriturado a su nombre en instrumento notarial otorgado el 30 de octubre de 1980 las partes determinadas 14, 15, 16 y 43 y 12, 13 y 32 respectivamente, del edificio levantado por él sobre el solar que existía en el actual n^o 111 de la Avenida Joan Miró de esta capital, sin que hubieran efectuado contraprestación alguna en su favor; y B) nulidad del contrato celebrado el 19 de Febrero de 1981 entre el Sr. B y D^a M. D. F. T., madre de los anteriormente citados, que funda en su presunta falta de capacidad para consentir, por causa de enfermedad mental y en la intimidación de que fue objeto.

CONSIDERANDO: Que el enriquecimiento injusto o sin causa, fuente de obligaciones de restituir o de resarcir con precedentes históricos en textos romanos y en la Partida 7^a, título 34, regla 17, según la cual "ninguno no debe enriquecer torticeramente con daño de otro", y que, a juicio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-diciembre-1984, se encuentra hoy reconocida de modo expreso como tal en el párrafo 3^o del número 9 del artículo 10 del Título Preliminar del Código Civil, exige inexcusablemente la concurrencia de los siguientes requisitos para su apreciación, conforme es reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son exponente, entre otras varias, las Sentencias de 20-noviembre-1964, 23-marzo-1966, 22-marzo-1978, 8-enero-1980 y la citada de 21-diciembre-1984: 1^o) adquisición de una ventaja patrimonial que tanto puede consistir en un incremento del patrimonio ("lucrum emergens"), como en la evitación de una disminución en el mismo por el concepto de daño o gasto ("damnum cesans"); 2^o) correlativo empobrecimiento de otra persona a consecuencia de la ventaja adquirida por el primero, por lo que debe existir perfecto nexo causal entre la producción de ambas paralelas variaciones económicas; 3^o) inexistencia de toda causa, título o razón jurídica que justifique la variación, teniendo declarado repetidamente a este respecto el Tribunal Supremo en Sentencias de 9-abril-1947, 28-enero-1956, 20-noviembre-1964, 22-noviembre-1969, 14-abril y 1-diciembre-1980, etc., que no hay enriquecimiento indebido, cuando la atribución patrimonial responda a una relación jurídico-obligacional derivada de un contrato válido.

CONSIDERANDO: Que son, al efecto, hechos incontrovertidos para las partes litigantes y que, en todo caso, aparecen perfectamente acreditados por el conjunto de la prueba practicada, los que a continuación se exponen: 1^o) por medio de contrato celebrado el 3 de mayo de 1972 la Sra. F. cedió a D. F. B. el derecho de edificar un nuevo inmueble, -que habría de contar con doce plantas de altura-, sobre el solar de su propiedad sito en los números 323, 325 y 327 de la C/ Calvo Sotelo, hoy Avenida Joan Miró n^o 111, de Palma de Mallorca; 2^o) se fijó en 20 millones de pesetas el precio a percibir por la cedente, que habría de satisfacer el Sr. B. mediante la entrega de una de las dos viviendas de la última planta

superior o ático del futuro edificio con una superficie mínima de 150 metros cuadrados a razón de 20.000 pesetas el metro cuadrado; la mitad de la planta de locales a razón de 25.000 pesetas el metro cuadrado; dos aparcamientos con un valor estimado cada uno en 320.000 pesetas; 500.000 pesetas en metálico un mes antes del inicio de las obras; 1.000.000 de pesetas durante la construcción y el resto dentro de los 3 años siguientes a su término o del transcurso de dos años desde el comienzo de los trabajos, produciendo esta última parte un interés del 7% anual (folio 58); 3º) las obras se prolongaron 7 años, entre 1974 y 1981 (folios 64, 66, 172 -repregunta 5ª b)- y 173) y durante las mismas y por permitirlo las ordenanzas municipales sobre uso del suelo y edificación, se procedió a elevar el inmueble una planta más, en la que se construyó una vivienda en sobreático (pregunta 20 -folio 172-); igualmente, en la planta inicialmente prevista para locales comerciales, se hicieron, en su sustitución, dos viviendas; 4º) dado que el actor y ahora apelante no pagó a la Sra. F. el 1.500.000 pesetas en metálico a que se había comprometido, se convino que entregaría en su lugar otros tres aparcamientos al precio, cada uno, de 500.000 pesetas; y 5º) el 30 de octubre de 1980 y ante el Notario D. M. A. P. fué otorgada por diversas personas, y entre ellas por todos los aquí pleiteantes, escritura de compraventa del solar, declaración de obra nueva del edificio, adjudicación de sus partes determinadas y constitución en régimen de propiedad horizontal (folios 1 a 57), en la que, y por disponerlo de ese modo la Sra. F., se adjudicaron a D. B. la vivienda del sobreático (nº 43) y los aparcamientos nºs 14, 15 y 16 y a Dª C.B. la vivienda izquierda de la planta baja (nº 32 de orden) y los aparcamientos nºs 12 y 13, que fueron transmitidos, todos ellos, por el Sr. B.O. en concepto de pago a cuenta del total precio debido.

CONSIDERANDO: Que, de lo expuesto, se infiere con absoluta claridad la ausencia de los requisitos precisos para que cobre aplicación en el presente caso la invocada figura del enriquecimiento injusto, y basta para ello con tener en cuenta que la atribución de los descritos bienes realizada mediante la escritura notarial de fecha 30 de octubre de 1980, no carece en modo alguno de causa jurídica justificativa, sino que fué acto de cumplimiento debido por parte del Sr. Barceló (significación que él mismo le reconoce en este pleito) de la obligación de satisfacer el determinado precio que asumió a medio del contrato de 3 de mayo de 1972, en concontrapartida sinalagnática al derecho de edificar sobre el solar que le fué concedido por la dueña de éste, de tal suerte que, a su vez, dicha entrega produce efectos -extintivos- y liberatorios para el demandante-, siquiera parciales, de la deuda contraída para con Dª M.D.F., persona de quien, además, y desde la perspectiva de la voluntad determinante de la atribución, recibieron realmente los valores patrimoniales los hermanos B. a título de regalo (folios 82 y 188), por lo que, asimismo, falta el correspondiente nexo directo de causalidad entre la entrega de bienes hecha por el Sr. B. y la adquisición de los mismos por los hermanos Bennisar; a lo que se añade por último y en orden al definitivo rechazo de la pretensión impugnativa en cuanto que se apoya en tal planteamiento, que el demandante no es luego coherente con él, puesto que tampoco pretende extraer, a tenor de las concretas peticiones que formula, consecuencias prácticas acordes con el enriquecimiento injusto alegado, sino que, absteniéndose de atacar la efectividad de la transmisión a fin de obtener la devolución de los pisos y aparcamientos o el resarcimiento de su importe, solicita tan sólo se le abone la diferencia que, en su particular e interesada tesis, existe entre el mayor valor de lo realmente entregado en concepto de precio y lo jurídicamente debido según un contrato, al que los Sres. Bennisar resultan por completo ajenos.

CONSIDERANDO: Que idéntico destino desestimatorio debe seguir el recurso en cuanto que postula la declaración de nulidad, con base en el presunto estado de absoluta perturbación mental en que se hallaba D. F.B. el 19 de febrero de 1981, del convenio transaccional suscrito en esa fecha por quienes habían sido partes en el contrato de mayo de 1972, circunstancia que, de ser cierta, implicaría, dentro de las diversas categorías en que

se subdivide la ineficacia de los negocios jurídicos, la inexistencia misma del acuerdo por ausencia de uno de sus elementos integrantes esenciales, cual es el de consentimiento (artículo 1261 n° 1 el Código Civil); desestimación que se impone porque en sujetos de derecho mayores de edad (artículo 322) y que judicialmente no han sido declarados incapaces, la carencia de razón y discernimiento para la realización de un determinado acto jurídico no se presume (Sentencias 4-abril-1955, 18-diciembre-1958, 16-abril- y 2-junio-1959, 10-marzo-1960, 17-mayo-1962, etc.), sino que precisa, para la obtención del propósito perseguido, la prueba rigurosa y cumplida de su realidad con referencia al momento en que la declaración de voluntad supuestamente productora de efectos jurídicos fué emitida; a tal respecto lo único que consta acreditado en las actuaciones es que el 21 de abril de 1981 el Sr. B. aquejaba una fuerte depresión reactiva a conflictos familiares con dificultad extrema para concentrarse en el trabajo, somnolencia diurna e insomnio nocturno (folio 68) y que el 8 de septiembre de 1981 fué atendido de nuevo por presentar un cuadro depresivo-ansioso agudo con ideas catastróficas y un notable grado de confusión mental, que producía una importante merma de su capacidad de juicio y discernimiento respecto de sí mismo y sus bienes, lo que motivó permaneciera internado en la Policlínica Miramar de Palma de Mallorca entre el 14 y el 28 de octubre de ese año (folios 67, 69 y 180), pero no, sin embargo, que sufriera de tal dolencia en el mes de febrero ni, caso de tenerla, la repercusión que tuvo sobre su capacidad de autodeterminación, libre y consciente, pues que el Doctor D.B. (folio 171), reconoce que, si bien en el historial clínico consta la existencia de otras depresiones anteriores al mes de abril, no se especifica ni cuándo, ni cómo, ni en qué tiempo y que, además, tanto podían provocar en el paciente estados de inconsciencia, como que no (re-pregunta 15°, apartados a y b), mientras que, por otro lado, D. J.R., Letrado redactor del contrato y que se encargó de las gestiones y tratos conducentes al mismo, afirma que no observó en el ahora recurrente otro estado anímico que "la lógica preocupación de un hombre de negocios al cual las cosas no le rodaban bien" (pregunta 9° -folio 260-) y el Sr. Mas Dubia que, en ocasión de recibir ciertas cantidades de dinero del Sr. B., a quien dice conocer desde hace varios años, los días 21 de mayo y 2 de octubre de 1981 (folios 61 y 62) para pago del impuesto de transmisiones y gastos de inscripción en el Registro devengados por las partes determinadas del edificio tituladas a nombre de los hermanos B. "le encontró totalmente normal" (folio 173), lo que confirma el carácter meramente episódico y transitorio de la alteración psíquica afirmada y, por consiguiente, la patente insuficiencia de aquellos únicos medios probatorios aportados por el actor para demostrar su existencia e influjo impeditivo con referencia a la conclusión del negocio jurídico que ataca.

CONSIDERANDO: Que la intimidación ("vis compulsiva"), como vicio de la voluntad afectante a la libertad de decisión, que permite obtener la anulación del contrato en cuya conclusión fué utilizada, de conformidad a lo que disponen los artículos 1265, 1300 y 1301 del Código Civil, requiere, para sentencia como tal, la concurrencia de las siguientes notas fundamentales: 1°) que uno de los contratantes o persona que con él se relacione (artículo 1268), inspire al otro "el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes" (artículo 1267 párrafo 2°); 2°) que el temor derive de una amenaza injusta o ilícita, pero no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho (Sentencias 13-junio-1950, 28-marzo-1957, 27-febrero-1964, 15-diciembre-1966, 21-marzo-1970, etc.); y 3°) que ese temor inspirado sea el determinante, de modo decisivo y directo, de la declaración de voluntad no deseada, debiendo atenderse, para calificar la intimidación, a las circunstancias de edad, sexo y condición de la persona (artículo 1267 párrafo 3°); no habiendo alegado el Sr. B. otro motivo causante del supuesto miedo que los inminentes daños que le ocasionarían los pleitos que -dice- la posición económica de la Sra. Fontirroig le permitía sostener (apartado 7° del escrito de demanda -folio 84-), obvia resulta la inexistencia del vicio de consentimiento que invoca como soporte de la acción de anulabilidad, toda vez que no cabe esti-

mar como amenaza antijurídica, por lo general, la de promover un procedimiento judicial en defensa de legítimos derechos ("non videtur vim facere qui suo iure utitur") cuando lo que se busca es dar solución al conflicto provocado por el incumplimiento de obligaciones dimanantes de contrato precedente, y, mucho menos, que se sienta atemorizado por ella hasta el extremo de emitir su voluntad contractual coaccionadamente, quien desde el año 1952 ejerce activamente la Abogacía.

CONSIDERANDO: Que asimismo D. F. B. sostiene que el Letrado Sr. R. M., aprovechando su estado de falta de lucidez y abusando de su confianza, "arrancó una transacción total y absolutamente favorabilísima para su cliente D. M. D. F. con grave quebranto de sus derechos e intereses", con lo cual parece imputar a la contraparte el empleo de una conducta dolosa en la gestación y perfección del contrato que impugna en el presente juicio; sin embargo, el dolo, vicio de cierto carácter genérico que existe "cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho" (artículo 1269 del Código Civil) y que, además, para que produzca la nulidad de los contratos, ha de ser grave (artículo 1270 párrafo 1º), de modo que determine por engaño, captación de voluntad, etc., suficientes la celebración del negocio mismo ("dolus causam dans"), pero no meramente incidental, esto es, que afecte únicamente a una modalidad o cláusula del convenio, pues entonces sólo da lugar a indemnización de daños y perjuicios (artículo 1270 párrafo 2º), no se presume nunca y debe ser demostrado por quien lo alega (Sentencias 15-marzo-1934, 25-mayo-1945, 14-junio-1963, 31-marzo-1966, 18-febrero-1969, 21-junio-1978, etc.); objetivo probatorio que el apelante no ha conseguido, pues, sobre que en la intervención del Sr. R. no se aprecia indicio alguno de que usara maquinación, insidia o artificio de ninguna clase (narra el testigo que mantuvo diversas reuniones previas con el Sr. B. que le propuso, tras llegar al acuerdo, que fuera alguno de sus próximos parientes, profesionales también del Derecho, quien redactara el contrato; que entre la entrega del documento y su firma medió cierto tiempo y que, en fin, el contenido contractual fué consultado, a instancias del propio recurrente, en otro tercer compañero también abogado, como así se hizo, quien aconsejó a B. que lo aceptara -folios 219 y 260-, descripción de la operativa seguida que resulta más verosímil y convincente para esta Sala que la escueta manifestación de B. en el sentido de que llegó el documento en su despacho y lo firmó, -posición 14-), la conveniencia de conseguir en aquel momento un convenio transaccional era patente para los intereses del actor, por cuanto que: 1º) las obras no se habían terminado en el plazo de tres años a partir desde su inicio estipulado en el contrato de 3 de mayo de 1972, -no lo estuvieron hasta el 3 de noviembre de 1981 (folio 66)-, circunstancia que facultaba a la Sra. F. a tenor de la cláusula 8ª de dicho contrato, y fuere por la causa que fuere, a reclamar del Sr. B. y en metálico la total cantidad de 20 millones de pesetas, y a quedarse con la propiedad de todo cuanto estuviera construido; y 2º) la Sra. F. tampoco había percibido cantidad alguna, ni en concepto de capital, ni de intereses, de las que B. tenía obligación de abonar; por otro lado, y puesto que la argumentación del actor en orden a demostrar que prestó su consentimiento viciadamente, gira en torno al carácter supuestamente abusivo, injusto y absurdo del contenido del contrato de 19 de febrero de 1981, al que califica, de dislate y explotación, únicamente explicable por haber sido "arrancado por intimidación y dolo y prevalidándose de la incapacidad que, en aquel momento, sufría el Sr. B.", son de tener en cuenta, además de los dos extremos más arriba reseñados, las siguientes observaciones que la desvirtúan: a) que la entrega de la vivienda construida en la planta sobreatático era el único modo de dar cumplimiento a lo pactado en la cláusula c), apartado 1º, letra a), del contrato de 3 de mayo de 1972, al ser dicha planta la "última superior" y disponer la vivienda de un mínimo de 150 metros cuadrados; b) que, inicialmente, el local comercial estaba conceptuado como dependencia de más valor que un piso (25.000 y 20.000 pesetas el metro cuadrado, respectivamente) y que si luego se construyó éste y no aquél, probablemente porque el inmueble está

ubicado en zona no apropiada para la apertura de negocios según se desprende de los dictámenes emitidos por peritos obrantes a los folios 184 a 212, el cambio redundó en beneficio mutuo de ambas partes; c) que el abono de los honorarios del Arquitecto eran de cuenta del Sr. B. de conformidad al apartado a) de la cláusula 2ª del contrato primitivo; d) que en documento de 30 de octubre de 1980 (folio 111), el Sr. B. asumió igualmente el pago de los gastos e impuestos derivados de la escritura de declaración de obra nueva y determinación de partes; e) que si bien es cierto que en la transacción alcanzada en 1981 el valor de las viviendas entregadas por el Sr. Barceló se calculó a razón de 20.000 pesetas el metro cuadrado, tal como se había convenido en el año 1972, también lo es que no se actualizó tampoco el valor del crédito en dinero que la Sra. F. ostentaba y del que, por entonces, nada había percibido; f) que, por ello, no es de recibo atacar dicho convenio, cual pretende el recurrente, computando el importe de las viviendas del sobreático y planta baja en pesetas nominales de 1981, sin efectuar, al propio tiempo y como inexcusablemente exige la conservación del equilibrio económico diseñado por las partes en su día en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad, la revalorización de los restantes elementos patrimoniales que asimismo forman parte de la íntegra prestación debida; g) que el precio asignado a cada uno de los cinco estudios que el Sr. B. se comprometió a entregar en liquidación parcial del saldo favorable a la demandada (900.000 pesetas), no es marcadamente mucho más bajo, que el que calculan los peritos arquitectos (1.100.000 pesetas -folio 218); y h) que es doctrina del Tribunal Supremo que la falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no determina, en Derecho Común, la nulidad del contrato y ni siquiera su rescisión a tenor del artículo 1293 del Código Civil (Sentencias 9-abril-1947, 29-diciembre-1971).

CONSIDERANDO: Que, por último, y al objeto de agotar el examen de los diversos aspectos que el tema litigioso plantea, también es de notar que: 1º) D. F.B. satisfizo 2.176.599 pesetas mediante la oportuna atención de tres letras de cambio con vencimiento respectivo los días 4 y 19 de febrero y 6 de marzo de 1982, que había aceptado en ejecución del repetidamente mencionado acuerdo transaccional de fecha 19 de febrero de 1981, cuya carencia de validez en esta litis postula; 2º) que el 7 de marzo de 1983 aceptó asimismo otra letra de cambio por importe de 1.952.000 pesetas en renovación de tres cambiales más, giradas igualmente en cumplimiento de dicho acuerdo y cuya respectiva fecha de vencimiento estaba fijada para los días 4 y 19 de febrero y 6 de marzo de 1983; y 3º) que por medio de papeleta datada a 22 de junio de 1983 el Sr. B. demandó de conciliación a la Sra. F y a sus hijos a fin de que reconocieran la realidad de los contratos suscritos el 3 de mayo de 1972 y 19 de febrero de 1981 "a efectos fehacientes frente a terceros" (folios 232 a 243); actos que, aún en el caso de admitirse a puros fines dialécticos que la voluntad del recurrente estaba aquejada de alguno de los vicios que invalidan el consentimiento y autorizan a instar la anulación del contrato; entrañan, según sostiene con acierto la parte apelada, la confirmación del mismo y, consiguientemente, su prurificación de los vicios de que adoleciere desde el momento de su celebración, a tenor de lo que establecen los artículos 1311 y 1313 del Código Civil, toda vez que cada uno de ellos, por sí sólo, implica por fuerza la voluntad de reconocerle como válido, efectivo y vinculante, no siendo de aceptar que persona alguna, y menos quien, como se ha dicho, es Letrado con muchos años de ejercicio profesional, tarde nada menos que dos años y varios meses en adquirir conciencia de que consintió bajo coacción moral o por efecto de engaño y sugestión dolosos.

CONSIDERANDO: Que todo lo razonado conduce a la desestimación del recurso interpuesto por D. F.B. y a la confirmación íntegra de los pronunciamientos que contiene la sentencia apelada, así como a la expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante, que son de condena preceptiva a tenor de lo que previene el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación a estas actuaciones e instancia en vir-

tud de los prevenido en la Disposición Transitoria 2ª, párrafo 2º, de la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación que interpone D. F.B.O. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de Mallorca el pasado dieciseis de febrero de 1985 en los autos de juicio declarativo de que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente los pronunciamientos que contiene la parte dispositiva de dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

232

232. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. Resolución. El ejercicio del derecho de subrogación "mortis causa" en las viviendas alquiladas es también aplicable por analogía a los arrendamientos de locales de negocio. Notificación de la subrogación: tiempo y forma. Doctrina del Tribunal Supremo. Deber por parte del subrogado de comunicar al arrendador su voluntad de continuar la relación arrendaticia, de acuerdo con la exigencia de la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones. Doctrina del Tribunal Supremo. Revocación de la sentencia de instancia, sin expresa imposición de las costas de la alzada. *Sentencia de 22 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que son extremos fácticos que, bien por haber sido admitidos por los litigantes, bien porque resultan acreditados por el conjunto de las actuaciones practicadas, han de tenerse en cuenta en la decisión del presente recurso, los que siguen: 1º) el actor, D. F.S.M. es pleno propietario de un local de negocio sito en los bajos del nº 10 de la C/ Santo Domingo de esta ciudad; 2º) dicho local había sido arrendado verbalmente en el año 1926 a D. J.M.Q., quien instaló en él una tienda de venta de artículos musicales; 3º) a la muerte del arrendatario, acaecida el 23 de noviembre de 1943, se subrogó en los derechos y obligaciones dimanantes de la relación locativa su hijo D. N.M.J. quien falleció a su vez, en estado de soltería, el 18 de junio de 1981; 4º) el 19 de noviembre de 1981 el actor y hoy apelante Sr. S. solicitó del Notario D. F.V. que, personándose en la dependencia arrendada, requiriera "a quien o quienes regenten el negocio y ocupan el local en cuestión para que manifiesten bajo qué título se efectúa tal ocupación del local y asimismo especifiquen dicho título" y, además, para que "quien o quienes sean requeridos manifiesten su identidad y domicilio"; 5º) el día 21 siguiente el fedatario se constituyó en el local y tras entrar en su interior a quien "me dijo ser su encargada y llamarse Dª M.M.J." y dar a co-

nocer a ésta su condición de Notario, entendió con ella la práctica de la diligencia, dando lectura del acta a dicha Sra., aquí demandada, con entrega de la oportuna cédula comprensiva de su copia literal, respondiendo la Sra. Mas que se reservaba el derecho de contestar, cosa que en ningún momento hizo; 6º) por medio de testamento otorgado el 11 de febrero de 1972, el difunto D. N. había nombrado a Dª M. heredera de todos sus bienes, derechos y acciones; 7º) Dª M. aceptó la herencia de su hermano el 25 de septiembre de 1981; 8º) en la presente litis el arrendador insta la resolución de la relación arrendaticia con fundamento en los artículos 57, 58, nºs. 3 y 4 y 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pretensión que dirige contra los herederos y causahabientes desconocidos de D. N. y contra Dª M.M., a esta última en razón de que, en pleito anterior de idéntico objeto al del actual, se había dictado sentencia absolutoria en la instancia, porque dicha Sra. no había sido llamada nominalmente al proceso; y 9º) la sentencia combatida, después de afirmar que la normativa establecida en el apartado 4º) del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para el ejercicio del derecho de subrogación "mortis causa" en las viviendas alquiladas, es también aplicable por analogía a los arrendamientos de locales de negocio, desestima, no obstante la demanda, porque el arrendador dejó de practicar el requerimiento prevenido en el párrafo 2º de la citada disposición legal para que pueda tener lugar la resolución del contrato.

CONSIDERANDO: Que la sentencia apelada apoya su razonamiento y conclusión contraria a la petición del actor en tesis errónea, cual es la de entender que lo dispuesto en el nº 4 del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en orden a la forma y el tiempo en que debe notificarse la subrogación, ha de respetarse también, por analogía, en el supuesto previsto en el artículo 60, equiparación rechazable, pues, con palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1963, "no cabe aplicar por analogía un precepto cuando su aplicación lleva consigo la pérdida de un derecho, que en este caso sería la del que tiene el heredero del arrendatario de un local de negocio para continuar el arrendamiento de que su causante fué titular, pero es que, además, no existe laguna legal, ya que la sustitución del arrendatario fallecido por su heredero está expresamente prescrita en el citado artículo 60 y el hecho de que lo haga de modo diferente al que se establece para las viviendas en los artículos 58 y 59, no autoriza para aplicar en aquel caso, por analogía, estos últimos preceptos"; aserto que, sin embargo, no conduce a la definitiva e irremediable desestimación de la pretensión resolutoria sostenida en esta alzada por la parte apelante, toda vez que, aún, sin hallarse sometido a condicionamientos previos de tiempo y forma, el válido ejercicio del derecho de subrogación "mortis causa" que el artículo 60 de la Ley de Arrendamiento Urbanos concede al heredero o el arrendatario fallecido vigente el contrato, aunque sea por prórroga legal, precisa, de manera inexcusable, que el acto de voluntad de su titular sea puesto oportunamente en conocimiento del arrendador, pues éste, como es de elemental lógica, tiene obvio y legítimo interés protegible en saber si, a la muerte del arrendatario, existe heredero -y, en su caso, cuál sea su identidad-, que quiere sustituir al difunto en los derechos y obligaciones derivadas del contrato, -supuesto en que el apartado 4º del artículo 60 le reconoce el derecho de aumentar la renta en los términos expresados en el artículo 42-, o si, en cambio, nadie desea continuar la relación arrendaticia, de modo que, extinguiéndose ésta, recobre aquél la plena y libre disposición del local de su propiedad, siendo dicho deber de comunicación pura exigencia de la buena fé, a cuyas reglas han de acomodarse el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley Especial, conforme declara el apartado 1º de su artículo 9º, y que, en su función normativa conformadora del comportamiento, impone la observancia en el ámbito contractual de una conducta coherente, leal y sincera para con la otra parte, incompatible con el ocultamiento, y el disimulo; en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1971, coincidente con la antes mencionada de 5 de octubre de 1963, señala que el derecho de sustitución requiere "no sólo la causa eficiente, como hecho de tipo constituti-

vo, de que el arrendatario fallezca, vigente el contrato, sino, además, la circunstancia de que el heredero exprese su deseo de sustituir a aquél” y que “la inexistencia de esa circunstancia concurrente ha de originar la consecuencia de impedir el nacimiento de ese derecho de sustitución”, como sucede cuando, dado el tiempo transcurrido desde el óbito del arrendatario, no se ha manifestado por persona alguna, como heredera de éste, el deseo de sustituirle en la relación arrendaticia.

CONSIDERANDO: Que al respecto es de observar que: 1º) no existe prueba ninguna acreditativa de que, con anterioridad al escrito de contestación a la demanda evacuado en la presente litis el día 7 de noviembre de 1983 (folio 32), la Sra. M.J. diera a conocer al actor su condición de heredera de D. N. y su propósito de sustituirle en el disfrute y explotación del local arrendado; 2º) tampoco lo hay de que el Sr. Salvat tuviera noticia de esa circunstancia por otras vías diferentes de la notificación, siendo ilustrativo a tal fin que la demandada carece de recibos justificativos del pago de rentas, -cuando menos no las ha traído al proceso-, que se hallen expedidas a su nombre, en vez de al de su causante, o por cantidad superior a la que éste venía satisfaciendo; 3º) Dª M. no solamente incumplió el deber de manifestar al arrendador su deseo, pues, que mantuvo, a tal fin, una actitud de absoluta falta de iniciativa, sino que, cuando se le ofreció la oportunidad de expresarlo con ocasión del requerimiento notarial que le formuló en inequívocos términos la otra parte el 21 de noviembre de 1981, guardó silencio por motivos que no han sido explicados e, inclusive, en lugar de identificarse ante el Notario como heredera pese a que había aceptado la herencia dos meses antes, se limitó a decir que era simple “encargada” del negocio, atribuyéndose de ese modo frente al otro interesado en la situación jurídica, justamente la contraria condición de “no titular” del establecimiento, lo que, en cuanto representa manifestación externamente indicativa de inexistencia de voluntad de ejercitar el derecho de subrogación, no guarda la debida coherencia con la postura que sostiene en la litis; y 4º) no se puede exigir a D. F.S. otra conducta preprocesal, ni más diligencia en orden a esclarecer el destino de la relación arrendaticia, que la que desarrolló infructuosamente en este caso.

CONSIDERANDO: Que por todo ello, y puesto que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1982, actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro -prohibición de ir contra los actos propios-, y especialmente infrinje el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte puede efectivamente pensar que no iba a actuarlo, -retraso desleal-, vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, procede, dando lugar al recurso y con revocación de la sentencia apelada, la estimación de la demanda y declarar resuelto el contrato de arrendamiento del local de negocio a que este litigio se refiere.

CONSIDERANDO: Que las costas de la primera instancia han de ser impuestas a la parte demandada por mandato del párrafo 1º del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que haya motivos para hacer expresa condena en cuanto al pago de las causadas en esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que dando lugar al recurso de apelación que interpone D. F.S.M. contra la setencia dictada el veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de Mallorca y con revocación de dicha sentencia, debemos estimar y estimamos la demanda formulada por la parte apelante contra Dª M.M.J. y los herederos y causahabientes descono-

cidos de D. N.M.J. y, por consiguiente, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de arrendamiento del local señalado con el nº 10 de la C/. Santo Domingo de esta ciudad, condenando a los demandados a que lo desalojen dentro del plazo legal, bajo apercibimiento de ser lanzados, si no lo hicieren, condenándoles así mismo al pago de las costas causadas en la primera instancia y sin hacer especial imposición de las producidas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

233

233. CONTRATO DE COMPRAVENTA. Simulación: indicios de los que se infiere: falta de necesidad de vender, del supuesto adquiriente, precio vil, falta de justificación de la procedencia del dinero en que consiste y del destino dado al mismo, ausencia de traditio de los bienes vendidos, percepción por la vendedora de sus frutos... etc. Sustitución fideicomisaria de residuo: interpretación de la correspondiente cláusula testamentaria e indagación de la voluntad del testador que impone a la fiduciaria la disposición onerosa de los bienes hereditarios recibidos lo que impide dar a la venta simulada la calificación de donación encubierta que, en todo caso, tendría el carácter de mortis causa, vedada por la cláusula estudiada. *Sentencia de 22 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que para resolver adecuadamente la presente litis conviene fijar los antecedentes que siguen: *Primero.*- El 14 de enero de 1959, D. J.L.L.C. otorgó testamento abierto ante notario en el que consta: a) "De todos sus bienes y derechos, instituye y nombra por su única heredera universal a su esposa Doña M.B.N..." y b) "Dicha su esposa Doña M.B.N., tendrá obligación de disponer por actos intervivos o última voluntad, de los bienes que haya enajenado a favor de los parientes del testador que ella designe a su libre voluntad, pudiendo revocar el testamento en que no haya efectuado dicha distribución y otorgar otros". *Segundo.*- Tras el fallecimiento de D. J.L.L.C., que ocurrió el 30 de junio de 1971, su esposa y el sobrino de ésta, el demandado D. J.B.B., otorgaron el 5 de febrero de 1972 escritura pública de compraventa por la que la primera transmitía al segundo por precio de 1.070.000 pesetas todo el as hereditario, excepto la finca Son Ramón que, en cumplimiento de la voluntad del testador, legaría después a D. R.R.V. *Tercero.*- Mediante la demanda rectora de la litis, D^a A. y D. J.V.L.L., sobrinos del testador fallecido, pretenden se declare la nulidad por simulación de la enajenación comprendida en la mencionada escritura pública de compraventa. *Cuarto.*- Frente a tal pretensión los demandados opusieron: a) Falta de legitimación activa; b) Falta de litisconsorcio activo necesario; c) Prescripción y d) Facultad de D^a M.B.N., parte vendedora en la transmisión que se impugna, para disponer libremente de los bienes recibidos de su esposo. *Quinto.*- La sentencia de instan-

cia desestimó implícitamente las excepciones opuestas y expresamente la demanda instauradora del pleito. Y Sexto.- Dicha resolución es impugnada: a) directamente por los actores, a fin de obtener la pretendida nulidad por causa de simulación, y b) adhesivamente por el demandado, al solo objeto de lograr la condena de los demandantes al pago de las costas causadas en la primera Instancia; postura ésta que, al implicar aquietamiento respecto a la desestimación de las excepciones invocadas, veda que ahora se analicen aquellas que, como la prescripción, tienen carácter exclusivamente dispositivo.

CONSIDERANDO: Que previamente al examen de cualquiera de los temas que la dialéctica de los litigantes ha suscitado como propios de esta alzada, debe establecerse: *Primero*.- Que la cláusula testamentaria más arriba transcrita, como se deduce de su lectura -su texto es claro en lo que ahora interesa-, contiene una sustitución fideicomisaria de residuo con facultad del heredero fiduciario de designar al fideicomisario entre los parientes del testador, pues tal es la calificación que corresponde al acto de voluntad de D. J.L.L.C. por lo que: a) nombra heredera a su esposa; b) impone a la misma la obligación de transmitir, intervivos o mortis causa, a su parientes (parientes del testador) los bienes que ella no haya enajenado, y c) facultad a dicha heredera para elegir libremente al pariente del testador -uno del grupo "parientes" por éste designado- que habrá de recibir tales bienes restantes, y *Segundo*.- Que D^a M.B.N. heredera fiduciaria, sólo podía disponer a título oneroso de los bienes recibidos de su causante, y ello respetando (en principio, siempre) la cuarta parte de los mismos, sin que, por tanto, tuviera facultad para disponer mortis causa o para transmitir en vida gratuitamente (salvo, claro es, cuando con ello se cumpliera la obligación impuesta), por cuanto: a) así lo dispone la normativa específicamente aplicable, que es, atendida la vecindad balear-mallorquina de D. J.L.L. en el momento de otorgar su testamento (vecindad que, por lo demás, conservó hasta su muerte), la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, en cuyo artículo 37, párrafo primero, se dispone: "Si se sujetan a la sustitución fideicomisaria solamente los bienes que quedasen al fiduciario el día de su fallecimiento, podrá éste enajenar y gravar a título oneroso las tres cuartas partes de los comprendidos en la sustitución, debiendo restituir al fideicomisario la otra cuarta parte si el testador no le hubiere revelado de tal obligación... En caso de indigencia o extrema necesidad podrá el fiduciario disponer también de la cuarta parte"; b) la cláusula testamentaria no autoriza expresamente la disposición a título gratuito, pues el término "enajenar" que el testador utilizó para decir que era lo permitido al fiduciario, si bien es ambivalente en cuanto expresa tanto la venta como la transmisión por otro medio, no parece significar la disposición gratuita cuando, siendo más habitual su uso como equivalente de "vender", se confronta con el de "disponer", que es el utilizado para enunciar lo que la fiduciaria deberá hacer con el residuo: transmitir su dominio, sin limitación en el modo de hacerlo, al pariente que ella elija entre los del testador; c) ningún dato en la literalidad de la disposición testamentaria indica que fuera voluntad del testador levantar la imposición normativa de restituir al fideicomisario la cuarta parte de los bienes comprendidos en la institución (tampoco ha sido invocada por el demandado la indigencia o extrema necesidad en que pudiera encontrarse la fiduciaria y que en el último párrafo del artículo 37 se establece como circunstancia que posibilita la disposición de tal porción de bienes), y d) no existe en el material litisdecisorio elemento alguno que permita inferir que la voluntad real de d. J.L.L.C. fuera distinta a la más arriba expuesta, por lo que a ésta, que resulta de la literalidad del clausulado, deberá atenderse al órgano jurisdiccional al dar respuesta a las cuestiones planteadas.

CONSIDERANDO: Que ello así, ya se pueden rechazar derechamente las invocadas falta de legitimación activa y defectuosa constitución de la litis, esto es, afirmar, por una parte, que quienes como parientes del fideicomitente impugnan la enajenación realizada por la fiduciaria, están legitimados para hacerlo y, por otra, que junto a ellos, dado que ac-

túan no en exclusivo beneficio propio, sino para el grupo al que pertenecen, no es necesaria la concurrencia de otros parientes, y todo ello, una y otra afirmación, por cuanto si bien la jurisprudencia no asume la tesis que otorga al fideicomisario de residuo la calidad de heredero segundo desde que el fideicomitente le llama (dice un sector doctrinal que lo condicionado no es la calidad de sustituto, sino sólo el quantum de los bienes que debe percibir), y se afirma, respecto al fideicomiso de elección, que no hay un segundo heredero cierto o concreto en tanto no se realice la designación -en definitiva, que en el fideicomiso de residuo con facultad de elección, la calidad de heredero sustituto está sujeta a doble condición- cierto es, primero, que siempre corresponderá al grupo "parientes del testador", como grupo abstractamente llamado por el fideicomitente, o a cualquiera de sus miembros en nombre de todos, desde la situación jurídica interina en que se halla antes de que el fiduciario elija al heredero fideicomisario, el derecho a la tutela de su expectativa a serlo -no puede olvidarse que necesariamente uno de ellos (salvo caso de premoriencia de todos) habrá de ser el heredero sustituto- y luego, que cuando, como aquí sucede, la fiduciaria fallece sin haber ejercitado su facultad de designación y no existe disposición preventivamente adoptada por el testador, no puede negarse interés legitimador, a tenor del artículo 20 de la Compilación al que más adelante se hará referencia, a quienes comparecen como parientes del testador -hecho acreditado- y afirman ser sus más próximos en grado -afirmación no desvirtuada, mas fijada como cierta al sólo fin que ahora importa: la legitimación activa-

CONSIDERANDO: Que el análisis del material obrante en el pleito ofrece como datos significativos para responder con acierto a la cuestión de si la enajenación contenida en la escritura pública de compraventa es inexistente por causa de simulación, los siguientes: a) ninguna constancia existe -ya se ha dicho que ni siquiera ello se alega- respecto a que la fiduciaria se hallará en situación de necesidad; b) mientras el precio que en la escritura impugnada se fija es el de 1.070.000 pesetas, el valor real de los mismos inmuebles en la misma fecha era de unos 16 millones de pesetas (informes parciales, folios 108 al 122); c) el comprador de tales bienes (una casa, un solar y cinco fincas rústicas), el demandado aquí apelante por adhesión, tenía en 1971 y 1972 unos ingresos mensuales, respectivamente, de 10.241'68 pesetas y de 9.861'15 pesetas (no se ha acreditado, tampoco intentado acreditar, que dicho litigante tuviera otras posibilidades económicas); d) pese a que en el documento público debatido se dice: "La vendedora recibe en este acto la expresada suma del comprador, a mi presencia, por lo que le concede total carta de pago", nada se ha acreditado sobre la procedencia del dinero (extremo tanto más exigible cuanto escasa es la capacidad económica del adquirente), antes bien, éste afirma que "pagó la suma de un millón setenta mil pesetas, y dicha suma procedía de sus ahorros que guardaba en su domicilio", como tampoco se indica nada respecto al destino del mismo; e) ninguna parcela rústica figura en el catastro a nombre del demandado, que tampoco "figura continuado en ninguna lista cobratoria de Rústica referida a las fincas que figuran a nombre de D. J.LL. C.", según certificación librada por el Ayuntamiento de Sancellas; f) el demandado no tuvo la posesión inmediata de las fincas, ni percibió sus frutos: las rentas de las arrendadas y la participación en las ganancias de las cedidas en aparcería continuaron siendo percibidas por D^a M.B. y g) cuando en 1978 ó 1979, de cualquier forma después del otorgamiento de la escritura cuya nulidad se pretende, D. M.P.C. deseó adquirir la finca Son Gañada, la de mayor cabida de las que integran el as hereditario, no es con el demandado con quien mantiene las conversaciones preparatorias, sino con D^a M.B.N., que las terminará comunicándole su decisión de no vender por el momento.

CONSIDERANDO: Que los acreditatos hechos anteriores, si bien en su individualidad son insuficientes para verificar la básica afirmación impugnativa, por cuanto respecto a varios (no a todos, pues qué decir de la actuación de D^a M.B. cuando, como dueña real, decide no vender la finca Son Gañada) puede argüirse eficazmente en su contra -la justeza

del precio es indiferente; puede pactarse que el vendedor se reserve el usufructo; el Notario presenció la entrega del dinero-, sin embargo valorados colectivamente, sopesados como conjunto de indicios provenientes de unas mismas personas y dirigidos en una misma dirección, constituyen fundamento unitario bastante para que por la vía prevista en el artículo 1249 del Código Civil se fije como cierto que no hubo venta, que D^a M. B. N. no transmitió onerosamente al demandado las siete fincas que, junto con la legada después a D. R. R. V., integraban los bienes de la sustitución que nos ocupa.

CONSIDERANDO: Que aunque con finalidad sólo dialéctica se trastocara el presupuesto antes establecido -la fiduciaria sólo podía disponer a título oneroso de los bienes recibidos de un causante- y se admitiera que dicha heredera estaba facultada para disponer intervivos a título gratuito, ninguna conclusión contraria a la que se deriva de todo lo anterior podría establecerse, es decir, igualmente se mantendría la nulidad de la escritura de compraventa otorgada el 5 de febrero de 1972, por cuanto: a) la actuación de D^a M. B. N., después del otorgamiento de dicha escritura, como dueña de las fincas, es contraria a la donación que se invocaría como encubierta o disimulada, pues niega la transmisión dominical que este modo adquisitivo exige e impide al donatario el ejercicio de la facultad de disposición, y b) en todo caso, se estaría ante una donación mortis causa o, si se entendiera implícito el compromiso de la fiduciaria de donar al fideicomisario sus bienes futuros, ante una donación mortis causa o, si se entendiera implícito el compromiso de la fiduciaria de donar al fideicomisario sus bienes futuros, ante una donación universal con reserva de la titularidad de determinados bienes presentes (hacia ello apunta lo que claramente se opone a la realidad de una compraventa), lo cual tampoco evitaría la nulidad pretendida, pues con ambas donaciones, aún prescindiendo de los serios obstáculos que las exigencias formales levantarían frente a validez, la heredera fiduciaria habría ido más allá de lo que le era permitido, pues tanto una como otra donación -inequívoco carácter de sucesión en la titularidad de un patrimonio tiene la universal- son disposiciones sucesorias.

CONSIDERANDO: Que la situación que tal insalvable nulidad produce -situación que, en definitiva, consiste en la falta de designación de sustituto para el as hereditario de D. J. LL. (excepción hecha, siempre, del legado a favor de D. R. R. V.-, debe resolverse, en aplicación de la norma contenida en el artículo 20 de la Compilación, declarando que a la propiedad de dichos bienes sólo tienen acceso quienes sean los parientes del testador más próximos en grado, pues, la citada norma; para supuestos donde, como aquí ocurre, no existe disposición preventiva especial del testador, dispone que "se entenderán instituidos por partes iguales aquellos parientes del testador que, sobreviviendo a éste, fueran los más próximos en grado de entre los individual y genericamente designados por él".

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de la primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución en orden a las causadas en esta alzada.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^a A. y D. J. V. LL. y desestimando el adhesivo de igual naturaleza deducido por D. J. B. B., ambos contra la sentencia dictada el siete de febrero de mil novecientos ochenta y cinco por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y previa estimación de la demanda formulada por los citados D^a A. y D. J. V. LL. debemos declarar y declaramos: a) la nulidad por simulación de la escritura pública de compraventa otorgada el 2 de febrero de 1972 por D^a M. B. N. y el demandado D. J. B. B., a que se hace referencia en el apartado c) del hecho segundo de la demanda; b) consecuentemente, la nulidad de los asientos registrales que tal aparente negociación haya

producido a favor de D. J. B. B. en el Registro de la Propiedad de Inca, y c) que los parientes más próximos en grado del fallecido D. J. L. L. C. son los que pueden acceder a la propiedad de los bienes que constituyeron el objeto de la escritura que ahora se declara nula y que, por tanto, continúan integrando el as hereditario del citado causante.

No se hace especial pronunciamiento respecto a las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

234

234. JUICIO DE DESAHUCIO. Arrendamiento de solar, y no de local de negocio como pretende la recurrente, por lo que no es aplicable el beneficio de "prórroga forzosa" que establece el régimen jurídico particular de la L. A. U. Inaplicabilidad al caso de la "tácita reconducción" establecida en el art. 1566 C. civil, según se desprende de la prueba practicada y del hecho más evidente de la acción de desahucio por falta de pago ejercitada por el propietario del solar, lo que demuestra la voluntad de los propietarios de no continuar el arriendo. Desestimación del recurso de apelación con imposición de costas en ambas instancias. *Sentencia de 26 de Julio de 1985.*

CONSIDERANDO: Que dos son las cuestiones que el recurso deducido por el demandado D. A. G. único demandado comparecido en la litis, suscita como propias de esta alzada: a) examinar si el inmueble arrendado, respecto al que se pactó "queda prohibido cualquier tipo de subarriendo", ha sido subarrendado, como afirman los propietarios actores -dicen que lo fué a D. J. M. D., demandado declarado en rebeldía-, o si por el contrario y como sostiene el arrendatario apelante, ningún extraño a la relación arrendaticia lo ha utilizado, y b) establecer si lo arrendado fué un solar, como afirman los propietarios y razona la juzgadora a quo, en cuyo caso aún habrá de analizarse si cuando se interpuso la demanda, expirado ya el término convencional, el arrendamiento había sido tácitamente prorrogado, o un local de negocio, que es la tesis mantenida en ambas instancias por la parte demandada, en cuyo supuesto se impondría, en lo que respecta a la causa primera del artículo 1569 del Código Civil, el rechazo de la acción de desahucio.

CONSIDERANDO: Que la primera cuestión debe resolverse negativamente, pues lo actuado no ofrece base para establecer conclusión distinta; en efecto: D. P., M. y D. J. M. B., propietarios actores, afirman en su demanda que el inmueble arrendado (para ellos un solar) ha sido utilizado sin su consentimiento por tercera persona que lo usó en beneficio propio, concretamente por D. J. M. D., mas luego ni siquiera proponer medio probatorio alguno destinado a acreditar, no ya la condición en que tal tercero se hubiera introducido en el inmueble -carga que no se hace recaer sobre el accionante dada la dificultad

inherente a la clandestinidad en que normalmente se desenvuelven estos negocios, extraños a la intervención y a las posibilidades fiscalizadoras del arrendador-, sino tampoco la realidad de la inmisión de dicho tercero, como si les correspondía hacerlo en aplicación de la normativa distribuidora del onus probandi.

CONSIDERANDO: Que tal conclusión conduce necesariamente a revocar parcialmente la sentencia de instancia, pues al no resultar acreditada la existencia del subarriendo, cesión o traspaso inconstituido -hecho por el que resultaría incumplido el pacto primero del contrato litigioso-, es claro que no procede estimar la demanda en cuanto dirigida contra D. J.M.D., dado que éste es llamado al pleito sólo en la imputada condición de tercero que se introduce en el uso y disfrute de la cosa arrendada.

CONSIDERANDO: Que para resolver la segunda cuestión, básica en la demanda rectora de la litis y única tratada por la juzgadora a quo, conviene indicar, a modo de premisas, que: *Primero.* - El Tribunal Supremo tiene declarado: a) que la cosa arrendada, por su propia naturaleza de solar, no es apta para constituir sobre ella una relación arrendaticia incluíble en la reglamentación que la Ley especial establece para los locales de negocio; b) que la naturaleza del objeto arrendado no cambia por la existencia en el solar de una pequeña casa cubierta, que también se califica como "pequeña y provisional", o con igual significación, "que la calificación jurídica de arrendamiento de solar se impone, al ser este el objeto de la locación y no la construcción provisional en él existente pues al arrendarse, no una finca urbana, sino un terreno no edificado, excepto en una pequeña parte con un cobertizo, que no fué el objeto principal del contrato, faltan los requisitos esenciales para incluir a dicha relación jurídica en el régimen particular de la L. A. U., y *Segundo.* - Sin desconocer que en derecho las cosas son lo que son y no lo que las partes pretendan, no puede sistemáticamente despreciarse lo que éstas dijeron respecto a aquellas, pues las palabras son el medio de la expresión del pensamiento, y en consecuencia de hacerlo sensible; así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de mayo de 1984, declaró "que no puede admitirse que el resultado patente de aquellas (de las palabras) sea sustituido por una investigación que únicamente se justifica cuando las palabras utilizadas y las circunstancias atendidas revelen que el propósito que las inspira es contrario a su manifestación".

CONSIDERANDO: Que entre lo que las partes manifestaron como cierto y lo que tiene real existencia, no hay la diferencia que el apelante invoca como fundamento revocatorio; entre palabra y realidad se observa la ajustada correspondencia que resulta de los datos siguientes: a) en el documento privado mediante el que los litigantes exteriorizaron su voluntad negocial, se dice que los Sres. M. dueños de un solar de 650 metros cuadrados de superficie, señalado con el número 32 de la Avenida Nacional del Arenal, término Municipal de Palma, "ceden en arrendamiento al Sr. G. una porción de dicho solar, de unos 200 metros cuadrados, con una anchura de seis metros..."; que "la porción arrendada se destinará exclusivamente para servir de base a unas mesas para venta de souvenirs, y a unas máquinas automáticas de venta de helados, sin que deba ni pueda hacerse obra alguna", y que "el solar se devolverá el día 30 de noviembre, totalmente limpio, sin basuras de ninguna clase, ni ninguna instalación que acaso hubiere hecho el arrendatario", y b) examinados el conjunto fotográfico aportado por los litigantes -conjunto respecto del que importa no omitir que el apelante, con olvido de que las cosas son lo que son, ha intentado aprovechar las posibilidades de desfigurar la realidad que ofrece un determinado ángulo fotográfico-, las diligencias notariales levantadas los días 9 de julio y 22 de octubre de 1984 y el acta del reconocimiento llevado a cabo el 6 de noviembre de 1984 por la juzgadora a quo, es claro que lo realmente arrendado no es un local de negocio, sino, sin duda excluyente, un solar, por cuanto sobre un terreno de 200 metros cuadrados de superficie -terreno al que se refiere el texto documentador del acuerdo- no se halla otra construcción (obviamente no lo son, tam-

poco ello se ha discutido, los quioscos móviles cedidos por la casa suministradora de helados) que la consistente en cerrar una superficie de unos escasos seis metros cuadrados con tres tabiques de obra, dos laterales y uno frontal (como fondo se utiliza la pared de una edificación vecina) y un techo uralita situado a dos metros de altura, sin que el interior así creado, en el que no existen servicios higiénicos, se destine a otra cosa que no sea el proteger los contadores de luz y agua y dos cámaras frigoríficas, sin que el utilizar como mostrador el tablero abatible con que se cierra un pequeño hueco abierto, a modo de ventana, en el tabique frontal, al colocar recientemente un cartel que dice "Heladería X" y el situar tres mesas con algunas sillas en el exterior sean realidades -realidades preparadas a fin de obtener la prórroga forzosa- que puedan modificar la de lo arrendado, que fué, como los contratantes manifestaron por escrito, un solar destinado a "servir de base a unas mesas para venta de souvenirs y a unas máquinas automáticas de venta de helados", y no un local de negocio de seis metros cuadrados con una terraza de 194.

CONSIDERANDO: Que aún resta analizar, como más arriba se anunció, si en el caso que nos ocupa concurre la permanencia en el disfrute sobre la que el artículo 1566 estructura la tácita reconducción; cuestión que, cualquiera que sea la postura que sobre la duración convenida se adopte, tampoco puede ser resuelta favorablemente a la tesis impugnativa por cuanto: a) si se entiende que el acuerdo fué para la temporada abril-noviembre, no puede mantenerse que el silencio de propietario durante el tiempo comprendido entre noviembre y abril sea la aquiescencia a que se refiere el texto legal citado, pues durante éste período el inmueble no es objeto de uso y disfrute; b) si se estima -y así lo hace el demandado apelante en el hecho cuarto, c) de su escrito de contestación a la demanda, que el contrato terminaba el 25 de abril de 1985 no puede invocarse la tácita reconducción por cuanto en el mismo mes de abril -ello es reconocido en confesión por la parte demandada-, por tanto antes de transcurrir 15 días desde la terminación del contrato, los propietarios ejercitaron acción de desahucio por falta de pago y en el mes siguiente, al ser enervada aquella, presentaron la papelita de la conciliación previa a esta litis, y c) por último, si se defiende que la renta era mensual, como en inútil esfuerzo hizo el apelante a fin de argüir que lo arrendado era un local de negocio, habrá inexcusablemente de concluirse que el aviso conciliatorio realizado en el mes de abril evidenciaba la voluntad de los propietarios de no continuar el arriendo en el mes de mayo, mes en que se instó mediante la demanda rectora de la litis el pronunciamiento que ahora corresponde confirmar en su integridad.

CONSIDERANDO: Que apreciándose temeridad en la oposición mantenida por Don A.G.M. procede, en aplicación del párrafo segundo del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mantener la expresa condena que se le hizo en Primera instancia al pago de las costas causadas; pronunciamiento condenatorio que también se hace, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 896 del citado texto, respecto a las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por A.G.M. contra la sentencia dictada el catorce de Febrero de mil novecientos ochenta y cinco por el Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma en juicio de desahucio de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución en cuanto declara haber lugar al desahucio solicitado por los actores y condena al recurrente al desalojo del inmueble arrendado y al pago de las costas causadas. Se absuelve a Don J.M.D. de toda pretensión formulada en su contra. Se condena a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta segunda instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

239

239. CONTRATO DE COMPRAVENTA. Resolución por falta de pago del precio en el tiempo convenido. Voluntad rebelde del comprador de no pagar el precio acordado. Requerido de pago notarial o judicialmente el comprador, desaparece su facultad enervatoria mediante el pago, con la consiguiente exigencia del vendedor de resolver el contrato (art. 1504 C.civil). Doctrina del Tribunal Supremo. Efectos ex tunc de la resolución del contrato: la relación obligatoria queda extinguida como si nunca se hubiera concluido. Prórroga arrendaticia a favor del arrendatario del comprador: inaplicación al caso del art. 58 de la L.A.U. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que a la demanda interpuesta por don A. LL.LL. con base en el artículo 1504 del Código Civil para que se declare resuelto por falta de pago del precio en el tiempo convenido el contrato de compraventa del local que mas adelante se indicará, celebrado con don F.S.M. con solicitud de resarcimiento de daños y perjuicios al actor y desalojo del inmueble, los demandados personados oponen: a) el señor S.M. la improcedencia de la acción promovida ya que nunca ha tenido voluntad rebelde de no cumplir su prestación dineraria, pues reiteradamente ha hecho ofrecimiento de pagar el precio pendiente de abono; y b) el codemandado don N.C.C. -ocupante del local vendido por arrendamiento celebrado con el señor S.M. - por no su procedente el desalojo que se insta, al estar amparado por la legislación arrendaticia urbana especial. La codemandada, doña M.M.A. fué declarada en rebeldía, así como también las personas desconocidas contra las que se dirigió también la demanda.

CONSIDERANDO: Que son hechos reconocidos o probados, básicos para la resolución del presente recurso, los siguientes: Primero. El 14 de Diciembre de 1974 el señor LL. vendió en documento privado a don F.S.M. el local número 29, hoy 17, de la calle Virgilio, del término municipal de esta ciudad (folio 2 y 3), estipulándose como precio, 900.000 pesetas, pagaderas de la siguiente forma: a) 200.000 pesetas a la firma del contrato y b) la cantidad restante -700.000 pesetas- se abonarían con la entrega de 100.000 pesetas cada año a partir desde el día de la fecha del documento, hasta el 14 de Diciembre de 1981 y precisamente en pago mensuales de 8.400 pesetas el día 15 de cada mes. Las cantidades aplazadas devengarían el tipo de interés que el Sr. LL. abonase a la Caja de Ahorros y X, por el préstamo hipotecario que tiene constituido sobre el local objeto del contrato. Segundo. Hasta principios de Febrero de 1979, el Sr. S.M. sólo había pagado: 200.000 pesetas cuando firmó el contrato, 100.000 pesetas por la primera anualidad y 72.600 por la segunda. Tercero. El vendedor, señor LL., notificó por conducto notarial, al comprador señor S.M. que, al no haberle pagado los dos últimos plazos anuales vencidos así como parte del que vendió el 14 de Diciembre de 1976, a pesar de haberle reclamado reiteradamente el importe pendiente de abono del precio de la expresada compraventa, sin resultado positivo, debe desalojar el local objeto del citado contrato y ponerlo a la libre disposición del señor LL. en el

plazo de un mes (folios 4 y 5). Cuarto. Por documento privado de fecha 13 de Febrero de 1979, los contratantes de la compraventa transigieron las diferencias existentes entre ellos, conviniendo que la cantidad que en dicha fecha estaba pendiente de abono, en concepto de capital e intereses devengados, se pagaría de la siguiente manera: entrega de tres talones, de 100.000 pesetas cada uno, de fecha 16 de Febrero, 2 de Marzo y 6 de Abril de 1979; la cantidad restante, con inclusión de los gastos producidos -requerimiento notarial y honorarios abogado-, se pagaría en plazos mensuales de cuantía no inferior a 10.000 pesetas (folio 6). Quinto. El señor LL. sólo pudo cobrar los dos primeros talones mencionados y 65.000 del tercero, así como 10.000 pesetas del primer plazo mensual. Sexto. Por acta notarial, levantada el 11 de Junio de 1980, el vendedor hizo saber al Sr. S. que por no haber pagado éste la totalidad del talón de fecha 6 de Abril de 1979 (folio 7), así como los plazos mensuales de 100.000 pesetas convenidos, excepto el primero, daba por resuelto el contrato de compraventa de fecha 14 de Diciembre de 1974, debiendo desalojar el local en el plazo de un mes (folio 8/10). Séptimo. Que en el acto de conciliación celebrado el 24 de Abril de 1981 a instancia del Sr. LL. para que don F.S.M., don N.C. y doña M.M. reconocieran los impagos mencionados, el Sr. S., único demandado que compareció, manifestó haber intentado en repetidas ocasiones satisfacer el importe de lo que le quedaba por pagar del precio convenido y que según liquidación por él practicada únicamente adeudaba la suma de 173.600 pesetas, que en aquel acto hizo ofrecimiento de pago por dicha suma, para su entrega "una vez el demandante proceda a la cancelación del préstamo hipotecario con que se halla gravado el local vendido y a cuya cancelación se halla obligado"; y Octavo. Por contrato suscrito en documento oficial, el señor S.M., el 15 de Marzo de 1977 arrendó a don N.C.C., el citado local, por precio de 120.000 pesetas anuales, pagaderas por meses. Dicho contrato fue presentado a la Cámara de la Propiedad el 24 de Marzo de 1977 (folio 53).

CONSIDERANDO: Que conviene señalar el Tribunal Supremo tiene declarado que del examen del texto del artículo 1504 del Código Civil, se desprende que el supuesto a que se refiere su redacción es la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado, por lo cual, háyase o no convenido pacto comisorio, al dejar de pagar el comprador el precio o parte de él, si así se hubiese estipulado en la fecha u ocasión consignados en el contrato, es indudable que incurrió en incumplimiento repercutible en la eficacia y continuidad de aquél, y aún en mora, a tenor del número primero del párrafo segundo del artículo 1100 del mismo Cuerpo legal, si existiere pacto comisorio; pero acaecida esta situación de incumplimiento, la actuación resolutoria del vendedor no se produce de modo automático, sino que, conforme declarará la jurisprudencia, su derecho queda acomo en suspenso, la mora, limitada y el término no expiró aún ("si dies venit, non coedit adhuc"). Con el requerimiento judicial o notarial que dicho precepto señala, desaparece para el comprador aquella última posibilidad de enervar su incumplimiento mediante el pago, y queda expedido al vendedor el camino para exigir la resolución del contrato, porque aquel requerimiento, atendido su fin, que es de obstar formalmente el pago hecho ya fuera del término convenido, ha de ser diferente y previo a la demanda, ya que constituye antecedente de la disolución del vínculo contractual, y tiene el valor de una intimación referida no al pago del precio, sino a que allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla (Sentencia de 30 de Diciembre de 1955).

CONSIDERANDO: Que al hilo de la doctrina que se acaba de exponer, resulta inquestionable la procedencia y triunfo de la acción resolutoria del contrato de compraventa del local sito en el número 29, hoy 17 de la calle Virgilio de este término municipal, celebrado el 14 de Diciembre de 1974, entre el actor Sr. LL., como vendedor, y el codemandado Sr. S.M. como comprador, al haber éste reconocido en autos, no haber satisfecho del precio de la compraventa mencionada, la suma de 173.000 pesetas -según dictamen contable

practicado en esta segunda instancia, el Sr. S. adeuda por tal concepto al Sr. Ll., incluyendo principal, intereses y gastos Letrado, la cantidad de 392.705 pesetas (folios 10/12 del presente rollo)-, y consta acreditado y reconocido que el día 11 de Junio de 1980 el hoy actor-apelante requirió notarialmente al comprador Sr. S. y le notificó que daba por resuelto el expresado contrato mencionado (folios 8/10); por lo que desde esta última fecha expresada, el comprador no puede enervar la acción resolutoria instada -la demanda iniciadora de esta litis que fue presentada el 4 de Septiembre de 1981 (folio 28 vuelto)- con el pago de la suma adeudada y mucho menos puede reconocerse tal eficacia obstativa al ofrecimiento de pago de lo adeudado manifestado por el comprador en el acto de conciliación a que fue demandado de adverso el 24 de Abril de 1981, o sea 10 meses después del requerimiento notarial que le cerró la posibilidad de cumplir su obligación contractual de pagar el precio de la compra concertada con el Sr. Ll.; por la particularidad de que en ningún momento el Sr. S. consignó ni intentó consignar la cantidad que reconoce adeudar. No es de recibo, a la vista de los hechos acreditados y expuestos en el segundo "Considerando" de esta resolución, la afirmación de que no existe voluntad rebelde del Sr. S.M. de no pagar lo convenido, cuando de tal relato fáctico se desprende claramente lo contrario, siendo de destacar en ese sentido, entre otros actos reveladores, la existencia de un requerimiento notarial anterior al expresado -se practicó el 9 de Febrero de 1979: folios 4/6- y el impago de parte de un talón de 100.000 pesetas que entregó para abonar parte del precio pendiente de abono. Tampoco puede acogerse la tesis del juez "a quo" para desestimar la demanda, de que la diferencia entre el precio de la compraventa- 900.000 pesetas- y lo abonado -777.000 pesetas- no es sustancial, pues por porcentaje lo es, y cuantitativamente también: 123.000 pesetas. Igualmente se ha de rechazar de plano la existencia de un claro enriquecimiento injusto por parte del actor que aduce el juez de instancia para fundamentar su sentencia desestimatoria de la demanda, pues si se da un enriquecimiento injusto en el caso que se enjuicia, es a favor del comprador, ya que según consta en autos, el Sr. S. arrendó el local mencionado al codemandado don N. C. C. en documento privado, el 16 de Diciembre de 1974 (folio 77) y en impreso oficial, el 15 de Marzo de 1977 (folio 53), percibiendo diez mil pesetas mensuales, o sea que el comprador ha percibido por arriendo del local mucho más de lo que él reconoce haber pagado por compra del mismo inmueble.

CONSIDERANDO: Que la resolución de la compra venta del local, concertada el 14 de Diciembre de 1974 entre los señores Ll. y S.M., decretada a tenor del artículo 1504 del Código civil, conlleva la extinción del contrato de arrendamiento de local referido que el señor S.M. celebró el 16 de Diciembre de 1974 con el señor C.C., pues el ejercicio del derecho de resolución extingue la relación obligatoria como si nunca hubiera sido concluida, teniendo esta conclusión efecto retroactivo, "sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria", según determina el apartado último del artículo 1124 del Código Civil; y no ser de aplicación al presente caso la prórroga arrendaticia obligatoria establecida en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que el actor -señor Ll.- no es un tercero que suceda al arrendador -Sr. S.- en sus derechos, sino el vendedor del inmueble que recupera su dominio "ex tunc", por falta de pago del precio en el tiempo convenido -artículo 1504 mencionado- y no existir norma especial que disponga la subsistencia de tal arrendamiento y caer el señor C. el carácter de adquirente del inmueble.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede, previa revocación de la sentencia recaída, dictar otra a tenor de lo postulado en la demanda.

CONSIDERANDO: Que no se dan méritos para hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don A.Li.Li. debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha primero de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo, y en su lugar dictamos la siguiente: Que, estimando la demanda deducida en nombre y representación de don A.Li.Li. contra don F.S.M., don N.C.C., doña M.M.A. -declarada en rebeldía- y contra las personas desconocidas que pretendan ostentar derechos en relación al local nº 17 antes 29 de la calle Virgilio, de este término municipal, debemos declarar y declaramos: 1º) Resuelto el contrato de compraventa de fecha 14 de Diciembre de 1974 celebrado entre don A.Li.Li. y don F.S.M., referido en el hecho primero de la demanda, con resarcimiento de daños y perjuicios al actor. 2º) Que dichos daños y perjuicios se determinarán en ejecución de sentencia, y si su importe fuere inferior al de la suma que a cuenta del precio tiene recibida el señor Li. del señor S.M., aquel devolverá a este la diferencia. 3º) Que don M.M.A. y las personas que de estos traigan causa, vienen obligados a dejar a la libre disposición del demandante el local número 17, antes 29, de la calle Virgilio, del lugar Ca'n Pastilla, del término de esta ciudad. Se condena a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Todo ello sin hacer especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

250

250. DEFENSA DEL HONOR. Están efectivamente legitimadas las personas jurídicas. No puede condenarse al autor de las manifestaciones supuestamente atentatorias cuando el representante legal de la entidad presuntamente agraviada manifiesta en el proceso que lo determinó su iniciación fue el tratamiento dado a las mismas por determinado medio de comunicación. Los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución prevalecen sobre las libertades a que se contrae el art. 20. Intromisión ilegítima y derecho a la propia imagen: límites legales. El derecho al honor está subordinado al interés público precisado siempre de verdad histórica y de formas respetuosas de expresión. Análisis de la prueba de la que se infiere la veracidad y el interés público. No lesiona el honor el tratamiento dado por la prensa a la noticia ni el uso de las expresiones "corrupción, caos, competencia desleal", atendido el resultado de la prueba. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1. Es tarea propia de esta alzada, pues la dialéctica de los litigantes así lo ha determinado, examinar y resolver estas dos cuestiones:

a) Si las personas jurídicas pueden solicitar en defensa de su honor la protección civil que dispensa la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982.

b) Si los demandados -todos o alguno de ellos- se han injerido ilegítimamente en el honor de la sociedad actora.

Esta litigante dirige su demanda contra D. M.F. "por ser el autor de las manifestaciones recogidas en el periódico", y contra D^o M.L.T., D. A.D.B. y la entidad "R.S., S.A." porque "la responsabilidad incumple también a la autora del reportaje, al Director de la publicación, así como a la empresa editora de la misma".

2. Es indiscutible, y no ha sido discutido en el proceso, que las personas jurídicas son titulares de los derechos de la personalidad. Ello no podía ser negado: La lectura de los artículos 14 a 29 de la Constitución acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos: las "comunidades" (art.16), las personas jurídicas (art. 27.6) y los Sindicatos (art. 28.2).

Tampoco se niega que las personas jurídicas sean titulares del derecho al honor, ni que puedan acudir a los Tribunales en defensa del mismo. A este respecto el Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 31 de marzo de 1930 "según es notorio, tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a la de los humanos el honor, y por ende cuando de algún modo ilícito e injusto se atenta por alguien, comerciante o no, ya de palabra, ya de escrito y por la Prensa u otro medio de publicación al crédito o al honor, aparte del delito que tales atentados puedan constituir, es palmario que los Tribunales de Justicia a ello requeridos deben intervenir, y reconocer, y declarar el derecho de los perjudicados, de los injuriados, a ejercitar la acción civil para pedir y exigir la debida reparación y obtener la consiguiente real indemnización proporcionada a los daños..."

Lo que no se les concede, como ya quedó apuntado al enunciar la cuestión, es legitimación para solicitar de los Tribunales la aplicación en su favor la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, por cuanto -así se argumenta- dicha normativa sólo se refiere a las personas humanas.

3. Si, por una parte, las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, y si por otra, la Ley que concretamente regula la protección civil del mismo, la Ley invocada por la actora, no las excluye de su ámbito de aplicación, esta Sala no encuentra apoyo normativo o criterio aplicativo que permita acoger la defensa formal que suscitó la cuestión que se está analizando.

No debe olvidarse, reforzando con ello tal esquemática argumentación, que la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona, a la que expresamente se remite la Disposición Transitoria 2^a de la Ley cuya aplicación se debate, establece en el punto 1. del artículo 12 de la Sección III (Garantía jurisdiccional civil) que: "Están legitimados para actuar como demandantes el Ministerio Fiscal y las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que las faculte para obtener la declaración judicial pretendida".

Es cierto, como se arguye en defensa de la inaplicabilidad de la Ley 1/82, que dicha remisión va acompañada de "las peculiaridades que establece esta Ley sobre legitimación de las partes" (Disposición Transitoria citada). Esta salvedad, sin embargo, es ineficaz argumento, por acuan to tales peculiaridades no son otras que las establecidas por el legislador en punto al supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado (arts. 4^o al 6^o), la exclusión de las personas jurídicas no aparece en esta remisión que la Ley 1/82 hace desde la Disposición Transitoria 3^a a su propio articulado.

Exclusión que ni se formula de modo expreso, como resulta de la literalidad del texto legal (cuestión distinta si ello ocurre en la norma reguladora del futuro procedimiento que la mencionada Disposición Transitoria anuncia), ni tampoco implícitamente. La norma contenida en el apartado 1. del art. 4º norma de la que se infiere, en opinión de quien la cita, el fundamento excluyente -dice: "La designación puede recaer en una persona jurídica" (designación testamentaria para ejercer las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida); ahora bien, esta disposición no tiene una sola interpretación, la excluyente, pues tanto puede interpretarse en el sentido que si hace tal expresa alusión permisiva es porque no concede legitimación a las personas jurídicas en los supuestos ordinarios (en todos aquellos -incluida, por tanto, su propia protección- que no sean los relativos al ejercicio de las acciones de una persona fallecida) como en el que conduce a la conclusión contraria: si la persona jurídica está legitimada para ejercitar las acciones de una persona fallecida, con mayor razón lo estará para actuar las propias, sobre todo cuando aquella legitimación le viene dada por designación testamentaria, y ésta, que ya le corresponde como indiscutible titular de los derechos de la personalidad, no es negada expresamente por la normativa reguladora.

4. El planteamiento de la segunda cuestión debe ser matizado con las observaciones siguientes:

Primera. - La parte actora, M.S.A., no hace en su demanda distinción alguna entre lo que el demandado D. M.F. hubiere dicho y lo que el periódico "X" publicó como dicho por aquél, esto es, considera que D. M.F. hizo las declaraciones que el diario transmitió después al público.

Segunda. - Dicha actora imputa específicamente a "X" haber tratado la noticia de modo intencionalmente atentatorio contra su honorabilidad. Aspecto éste al que es ajeno el autor de las declaraciones.

Tercera. - La comparación entre lo que el diario publicó como dicho por el Sr. F. y lo realmente declarado por éste (se aporta la grabación magnetofónica de las declaraciones vertidas en la rueda de prensa convocada al efecto) ofrece este resultado: el demandado D. M.F. no utilizó los vocablos que la actora denuncia como específicamente atentarios a su honor: competencia desleal, caos y corrupción.

Cuarta. - Tal falta de coincidencia impone analizar diferenciadamente los actos realizados por los demandados. En concreto, ahora, si las declaraciones realmente hechas por D. M.F. -excluidas, por lo tanto, las palabras presuntamente ofensivas- suponen una injerencia o intromisión ilegítima en el honor de la sociedad actora.

5. Lo que algunos pasajes de la demanda inducían a sospechar, esto es, que la entidad demandante se consideraba lesionada no tanto por las declaraciones vertidas en rueda de prensa por el demandado, cuanto por el modo en que "X" las había publicado, queda después establecido como cierto en el proceso. En efecto, D. J.M.D., Director Gerente de la Sociedad actora, cuando contesta al pliego de preguntas que le formula la representación del diario demandado, reconoce ser cierto "que si X hubiere publicado las declaraciones del Sr. M.F. en modo igual a como lo hizo, por ejemplo el periódico Y de la misma fecha, no se hubiera entablado la presente acción judicial".

6. Tal afirmación constituye fundamento suficiente para desestimar la demanda en cuanto dirigida contra D. M.F. Ciertamente, si quien se dice lesionado por determinadas declaraciones -la entidad M.S.A. - afirma después que si éstas se hubieren publicado de una

forma distinta a la utilizada por "Y", es decir, con el mismo tratamiento periodístico dado por el resto de la Prensa local, no hubiere entablado la acción judicial aquí ejercitada, la conclusión de que el acto presuntamente atentatorio es la concreta publicación de la noticia se sustenta en la lógica de lo razonable.

7. Aunque se estimara que tal conclusión es improcedente por carecer alguno de sus presupuestos de la solidez necesaria (la actora podría argüir haber afirmado únicamente que ante la identidad entre lo declarado y lo publicado, nada tenía que imputar al periódico, pues ésta, en ejercicio de su libertad de informar, no había hecho más que transmitir verazmente la noticia), no se modificaría la anunciada absolución del demandado autor de las declaraciones.

El discurso para llegar a tal conclusión parte de las consideraciones que siguen:

A) El conflicto entre las libertades del art. 20 de la Constitución y los derechos del art. 18 se resuelve a favor de éstos. Ahora bien, el ámbito de protección de los derechos se estrecha extraordinariamente cuando confluye con el ejercicio de aquéllas, como se infiere del art. 8 de la Ley 1 de 1982: no se considera intromisión ilegítima la operada cuando existe un interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8 nº 1); el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte en un acto público o en lugares abiertos al público (número 2, a, del art. 8).

B) Estos preceptos y otros concordantes ofrecen una pauta concreta que, aplicada al problema que con frecuencia se plantea entre la libertad de expresión-información y el derecho al honor, permite establecer genéricamente que es conforme a Derecho dañar dicho honor (o dicha intimidad) si el interés público lo requiere.

C) Tal preferencia por la libertad de expresión, que es un derecho de la personalidad que beneficia no sólo a su titular, carece de suficiente fundamento si el interés público no va acompañado de la verdad histórica -la verdad que niega el comportamiento virtuoso, del que el honor es proyección- y de un lenguaje respetuoso en la exposición de esa verdad. Si todo ello concurre, es preferible sacrificar la esfera personal de algunos para que la sociedad pueda informar y ser informada.

8. En el caso que nos ocupa -y de ahí la conclusión absolutoria apuntada-, tal conjunto exonerador concurre en cuanto:

A) El interés público del asunto no ha sido negado por los litigantes. Es claro que el funcionamiento del mercado Z, que M.S.A., explota en régimen de monopolio, interesa a quienes viven en la ciudad de Palma de Mallorca. Las irregularidades que puedan producirse en el desarrollo de sus distintas actividades importan a los ciudadanos.

B) La veracidad de las declaraciones que el demandado realizó sobre dicho funcionamiento ha quedado suficientemente acreditada. Basta decir que el peligro de cierre, si bien parcial, de M. es una posibilidad que el propio Vicepresidente de la entidad actora admite públicamente (documentos 56 y 57 de los aportados por el demandado); el pago de algunas cantidades para lograr un mejor puesto ha sido afirmado por un grupo de productores no cooperativistas: "Tenemos que aportar alguna "propina" para que estemos mejor considerados y de tanto en cuando cambiemos de puesto. Seguimos discriminados" (documento nº 60); la falta de control y pesaje de los camiones es circunstancia reconocida a la prensa por el Vicepresidente mencionado (documento nº 58), en cuanto declara que "se llevaba

a cabo un muestreo de cada caja de frutos y verduras de forma aleatoria ante la imposibilidad de pesar todos los camiones"; el asunto relativo a la percepción por el gerente de la sociedad actora de una prima de 620.000 pesetas por haber impedido que las pérdidas sufridas fueran inferiores a las calculadas es simplemente cierto (así lo reconoce el propio perceptor de la prima (posición 10^a). La instalación de una cooperativa de detallistas en un mercado de mayoristas, la ocupación en arrendamiento por aquélla, que no agrupa a todos los payeses, del "situado de productores", y la venta de productos por dicha cooperativa, en perjuicio de los mayoristas, a quienes no son asociados, son hechos verificados a través de los documentos 7, 14, 24, 30, 33, 34, 37, 38, 45, 47, 49, 54 y 55.

C) Por último, tales declaraciones han sido vertidas mediante un lenguaje respetuoso. No se observa en las mismas la existencia de vocablos -tampoco la actora denuncia otros distintos a los incorporados por el periódico- que ofendan el crédito de M. S. A.

9. Dado que la entidad actora ha interpuesto recurso de apelación contra el pronunciamiento absolutorio del resto de los demandados, procede ahora analizar, como parte integrante de la segunda cuestión enunciada, si procede declarar la responsabilidad de los mismos.

Esta parte demandada, formada por la autora del reportaje, el Director del diario y la empresa editora de éste, opuso a la pretensión de su condena la falta de interés, por cuanto -así razonó- si, por un lado, la actora solicitó en su demanda el pronunciamiento de una sentencia que "1º) Declare que los demandados, en su totalidad o quienes el Juzgado estime procedente, han incurrido en una ilegítima intromisión en el derecho al honor... y 2º) Condena a los demandados, o a quien o quienes de ellos proceda al pago de dicha indemnización...", y si por otro, la sentencia dictada acogió dichos pedimentos en relación a uno de los demandados el Sr. F. y absolvió al resto, es claro que la demandante alcanzó el fin perseguido, y precisamente en los términos interesados: la responsabilidad de alguno de los demandados por haber incurrido en una ilegítima intromisión en el derecho a su honor.

La corrección técnico-procesal de tal razonamiento es sólo aparente. La sentencia de primera instancia no desestimó pedimento alguno que tuviere, respecto a los otros pedimentos, carácter principal (desestimación que hubiere posibilitado claramente la interposición de un recurso en su contra), sino que acogió uno de los que alternativamente y sin diferencia de grado se formulaban en la demanda rectora de la litis. Por lo tanto, el interés de la actora quedaba cumplidamente satisfecho en lo referente al ámbito subjetivo de su pretensión.

Ahora bien, tal situación no quedó firme: D. M.F., al impugnar el pronunciamiento que le condenaba, causó la revisión de la misma. Y ello coloca a la demandante ante la disyuntiva siguiente: o consiente la sentencia de instancia, es decir, se aquieta ante la absolución de la prensa demandada (valga la expresión genérica), con el riesgo de que la estimación del recurso formulado por el autor de las declaraciones fruste toda posible satisfacción de su interés, o, como hizo, manifiesta su disconformidad mediante el pertinente recurso de apelación. Recurso de apelación que para ajustarse al planteamiento inicial de la pretensión actora debió dar lugar a una petición impugnativa de carácter meramente subsidiario, esto es, para el supuesto de que el pedimento alternativo acogido por el juez a quo fuera ahora desestimado, como ha sucedido.

10. Sentado ello, resta analizar si el cómo se publicó la noticia lesionó el derecho a la honra de la entidad actora apelante.

El periódico demandado utilizó para dar la noticia unos determinados lenguajes, colo-

cación del texto y presentación tipográfica. Ello constituye el tratamiento que la actora rechaza y por el que pretende ser resarcida.

Las concretas palabras utilizadas -corrupción, caos y competencia desleal- que, como ya se ha dicho, no fueron pronunciadas por el demandado Sr. F. cuando expuso públicamente su crítica respecto al funcionamiento de M., no producen la ilegítima intromisión denunciada. La diferencia con lo dicho por éste queda en lo que de envoltura tiene la palabra. Envoltura intencionalmente elegida, esto sí, a fin de obtener un determinado resultado, pero en modo alguno impropio para presentar la noticia: si M. funcionaba incorrectamente, en los concretos términos más arriba expuestos, no se aprecia que el lenguaje periodístico transmitiera al lector cosa distinta. No se observa que los vocablos "infractores" signifiquen algo diferente de lo que se lee en el tenor literal de la declaración real del demandado (quizá exista un rigor excesivo; pero insuficiente, desde luego, para causar la ilegitimidad).

Lo que "X" hizo no fue más que emplear una lícita técnica periodística. Apretó la noticia en busca de la concreción verbal máxima y eligió las palabras más capaces de producir impacto en la imaginación del lector.

Además, colocó la noticia en primera plana y tituló la misma como un importante tipo de letra. Con todo ello, titulando así la primera plana, dió relieve o puso en evidencia aquello que, de acuerdo con su tendencia (una u otra siempre está presente), quiso destacar ante el lector. Ofreció a éste un punto de vista prefabricado. En definitiva, "clavó" el contenido sin dar espacio al análisis reflexivo.

11. Por todo lo expuesto, no procede, declarar la responsabilidad de ninguno de los demandados, por cuanto en el hacer de los mismos no se aprecia injerencia ilegítima en el derecho al honor de M.S.A.

Lo ocurrido no se aleja, en lo que a las declaraciones de D. M.F. se refiere, de una crítica seria realizada públicamente (destinada expresamente a ser publicada) sobre un asunto cuyo interés comunitario no ha sido negado, y en lo que afecta a la comunicación al público de tal declaración, de un mensaje valorativo, próximo al periodismo interpretativo (le falta el análisis de los hechos) de un suceso actual de interés público.

12. Las argumentaciones expuestas motivan la improcedencia de hacer declaración especial sobre las costas de esta alzada.

FALLO: Esta Sala, estimando el recurso de apelación formulado por D. M.F. y desestimando el de igual clase interpuesto por M.S.A., ambos contra la sentencia dictada el primero de Febrero de mil novecientos ochenta y cinco por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma, en el juicio sobre Protección civil del honor de la citada entidad, ha decidido:

- 1 - Revocar dicha sentencia en cuanto condena al demandado D. M.F.
- 2 - Absolver a este litigante de todo pedimento formulado en su contra.
- 3 - Confirmar el resto de la sentencia recurrida.
- 4 - No hacer declaración especial sobre las costas de esta segunda instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

252. **Contratos.** Nulidad por coacción: puede viciar el consentimiento, pero no lo excluye, provocando -en todo caso- anulabilidad del contrato, pero no su nulidad radical. Normativa aplicable a la transmisión de las Oficinas de Farmacia. Nulidad de los pactos contrarios a las leyes específicas al respecto. En caso de fallecimiento del farmacéutico, titular de la Oficina de Farmacia, transcurrido el plazo legal para haber cedido, transpasado o vendido la Farmacia los herederos del fallecido, el valor patrimonial de la Oficina de Farmacia deja de formar parte de la herencia. Unica titular de la referida Farmacia es la apelante, pues sólo ella reúne los requisitos legales. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que son hechos reconocidos o probados, básicos para el examen y resolución de la presente litis, ahora en segundo grado jurisdiccional, los siguientes:

A).- Don A. S. C. farmacéutico y titular de la Farmacia sita en el nº 37 -hoy 16- de la Plaza Pedro Garau, de esta ciudad, falleció el 29 de Mayo de 1969, bajo testamento abierto en que él instituyó heredera universal a su esposa -doña M. R. M. aquí actora apelada- y herederos en la porción legítima, a sus hijos, siendo éstos, doña M. A. S. R. -ahora demandada apelante-, doña M. J. S. R. y don J. F. S. R. -demandados apelados-, actuando también en este juicio doña M. J. como defensora judicial de su hermano incapacitado J. F. B). - Doña M. R. M. , para no tener que vender dicha Farmacia por el transcurso del plazo que señalaba la legislación especial para que los herederos del titular fallecido cediesen o traspasen dicho establecimiento sanitario a persona que tuviera el título de Farmacéutico, y para que pudieran sus hijas acogerse a lo dispuesto en la Orden de 2 de Marzo de 1963, que reconocía en favor de los hijos de un farmacéutico fallecido que estuviesen en edad escolar el derecho de mantener la Farmacia en funcionamiento en tanto que estudiasen la Carrera de Farmacia, mediante escritura pública de fecha 15 de Noviembre de 1970, obrando en nombre propio, donó inter-vivos pura y simplemente, a favor de sus dos hijas, por mitades indivisas, toda la botería, anaquelaría, específicos, útiles y demás instrumentos propios de la Farmacia antes mencionada, así como cualesquiera derechos sobre la misma que, en virtud del testamento otorgado por su difunto esposo el día 19 de Enero de 1950, perteneciese a la donante, sin excepción alguna (folios 8 y 9). C).- Abandonados los estudios por doña M. J. S. R., su hermana doña M. A. terminó la Carrera de Farmacia en 1979 y en Junio de dicho se puso a su nombre, mediante la correspondiente visita de Inspección y acta, la Farmacia de su difunto padre (folio 90). D).- Desde que murió su esposo y hasta el mes de Junio de 1979, la señora R. M. explotó la referida Farmacia por medio de regentes (posición 10ª: folio 106 vuelto), atendiendo con lo que obtenía las necesidades de la familia, incluyendo los gastos por estudios de Farmacia de su hija M. A. que duraron 10 años. E).- Con fecha 1º de Abril de 1979, doña M. R. M. y sus dos hijas, suscribieron un documento privado, en el que tras hacer constar, entre otros particulares, que habiendo terminado recientemente doña M. A. S. R. la carrera de Farmacia, se hacía necesario poner a su nombre la

botiga de Farmacia sita en la planta baja señalada con el nº 16 de la plaza Pedro Garau de esta ciudad, acordaron, entre otros, los siguientes pactos: Primero.- Los comparecientes de común acuerdo manifiestan nula y sin valor alguno la escritura de donación otorgada con fecha 18 de noviembre de 1970 por doña M. a favor de sus hijas M.A. y M.J., autorizada por el notario de este Ilustre Colegio don R.C.G. Segundo.- Del mismo modo consideran que pese a que dicha botiga de Farmacia figure administrativamente como propiedad única de doña M.A.S.R., seguirá perteneciendo realmente a los comparecientes en la proporción que dictaminó el último testamento válido de D. A.S.C., o sea: en cuanto a seis novenas partes indivisas a doña M.R.M.; en cuanto a una novena parte indivisa a D. J.F.S.R., en cuanto a una novena parte indivisa a doña M.A.S.R.; y en cuanto a la resultante novena parte indivisa a doña M.J.S.R. Tercero.- Que en consecuencia es deseo de los comparecientes que sobre la escritura de donación antes mencionada y sobre la situación administrativa de la oficina de Farmacia prevalezca lo convenido en este documento. Cuarto.- Los abajo firmantes convienen que en caso de venderse la oficina de Farmacia el producto de dicha venta se repartiría entre los comparecientes en la proporción indicada. Quinto.- Igualmente se conviene que en tanto la oficina de Farmacia no se venda se explotará al cincuenta por ciento los gastos y beneficios entre doña M.R. y doña M.A.S., siendo esta última quien deberá decidir en su caso sobre la conveniencia de vender la oficina de Farmacia de que se trata (folio 7). F).- La señora R.M. dedujo contra sus tres hijos demandada, instauradora de este juicio, en la que postula: a) Que el negocio de Botiga de Farmacia instalada en el local señalado con el número 16 de la plaza Pedro Garau de esta ciudad forma parte de la herencia de don A.S.C., esposo de la actora y padre de los demandados. b) Que dicha Botiga de Farmacia pertenece en cuanto a seis novenas partes indivisas a la actora y en cuanto a una novena indivisa a cada uno de los demandados. c) Que la repetida Botiga de Farmacia es indivisible. d) Que en consecuencia debe procederse a su venta en pública subasta, previa tasación de la misma, repartiéndose el producto que se obtenga en la indicada proporción de seis novenas partes a la actora y una novena parte a cada uno de los demandados. e) Que la demandada doña A.S.R. debe presentar la liquidación de los ingresos y gastos habidos como resultado de la explotación de la Botiga de Farmacia a contar desde el 24 de Septiembre de 1982, abonando a la actora el cincuenta por ciento del beneficio que resulte incrementado con el interés legal de la misma a contar desde la fecha de presentación de la demanda.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, estimatoria de la demanda, es apelada por doña M.A.S. por ser nulo, según recurrente, el referido documento privado de fecha uno de Abril de 1979, cuyo cumplimiento, es lo que se postula por la parte actora, según manifestó su Dirección Letrada en el acto de la vista de este recurso. Nulidad que se articula con base a las siguientes causas: A) Por haberlo firmado coaccionada la hoy apelante; y B) Por ir en contra de lo preceptuado por disposiciones legales.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de apelación -nulidad del expresado documento privado por vicio del consentimiento (artículo 1265 y 1267 del Código Civil)-, se fundamenta en que hoy recurrente -doña M.A.S.R. lo firmó coaccionada al estar moralmente obligada para evitar disputas y roces pues convivía en el mismo domicilio con su madre -la hoy actora- y su hermana -aquí co-demandada apelada-. Tal causa de nulidad, invocada por primera vez en esta alzada, no puede ser acogida; porque el Tribunal Supremo tiene declarado que la coacción podrá viciar el consentimiento prestado, pero no lo excluye, pues "voluntas coacta, voluntas est", y según los artículos 1267 y 1300 del Código Civil, en el supuesto que alcance el grado de intensidad suficiente para arrancar el consentimiento, no constituye causa de inexistencia del contrato, con nulidad "in radice" consiguiente, sino de simple anulabilidad (Sentencia de 8 de Marzo de 1958), amén que no existió coacción alguna propiamente dicha, pues la misma apelante afirma que "estaba obligada moralmen-

te", dándose las circunstancias de que cuando firmó el mencionado documento tenía 29 años de edad, había terminado la carrera de Farmacia, estaba ya casada y tenía puesta a su nombre la Farmacia de que se trata ante el Colegio Farmacéutico (posición 2ª: folio 86). Además, la validez y eficacia de dicho documento lo reconoció la hoy apelante, al haber satisfecho, como en él se estipula (pacto quinto) a su madre el cincuenta por ciento de los beneficios de la Farmacia, desde la firma del documento hasta Septiembre de 1982, o sea durante más de tres años; así como también, al haberlo presentado en el juicio que contra ella promovió su hermana ante la Magistratura de Trabajo número tres de esta ciudad, y con base a dicho documento, que ahora afirma y reitera que es nulo, se dictó la sentencia por dicho organismo laboral, estimando de oficio la excepción de incompetencia de jurisdicción (folios 77/79).

CONSIDERANDO: Que antes de entrar en el estudio de la cuestión de fondo del segundo motivo de apelación, conviene dejar sentado que las Oficinas de Farmacia constituyen patrimonios profesionales, cuyo valor económico es a menudo muy elevado, y su establecimiento, transmisión e integración, está regulado en la actualidad, fundamentalmente, por el Real Decreto 909/1978, de 14 de Abril, cuyas normas imperativas se reputan por la apelante infringidas en el supradicho documento privado. Igualmente conviene señalar que la Oficina de Farmacia es un establecimiento sanitario, un bien patrimonial que se puede ceder, traspasar y vender, si bien solamente a favor de otro farmacéutico y siempre que haya permanecido abierto al público, al menos, seis años (artículo 5.1 del mencionado Decreto-Ley) -restricción subjetiva aquella totalmente lógica toda vez que "la presencia y actuación profesional del farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos y especialidades farmacéuticas" (artículo 1.1 del mismo Decreto)-. Igualmente hay que señalar que, según la normativa vigente, en caso de fallecimiento del farmacéutico, titular de una Oficina de Farmacia, -supuesto de que arranca la cuestión litigiosa que ahora se debate-, el "ius disponendi" de la Farmacia se modifica en doble sentido, ya se amplía al no regir el plazo de seis años que señala el mencionado artículo 5.1 y por otro lado se restringe, pues sólo cabe su ejercicio por los herederos antes de transcurrir 10 meses del fallecimiento del titular de la Oficina de Farmacia, por el "ius fruendi" se condiciona a la existencia para su funcionamiento de que esté a su frente un farmacéutico -regente-. En el caso de que al fallecer el farmacéutico titular de la Farmacia su cónyuge o hijos estuvieran ya cursando estudios de Farmacia y pretendan continuar el ejercicio profesional con la Oficina de Farmacia -supuesto de autos-, el apartado a) del número Uno del artículo sexto del repetido Decreto-Ley de 1978, dispone que "podrá autorizarse la continuidad en el funcionamiento de la misma hasta que los expresados herederos terminen su carrera, cesando esta reserva de titularidad con la pérdida de dos cursos consecutivos o tres alternos".

CONSIDERANDO: Que de todo lo anteriormente expuesto se desprende: 1º) Que el valor patrimonial de la Oficina de Farmacia de don A.S.C., cuando falleció su titular, formó parte de la herencia de dicho causante, pero no en la actualidad, al haber transcurrido el plazo durante el cual sus herederos podían haber cedido, traspasado o vendido la Farmacia, ya que el importe que se hubiera obtenido con su enajenación a otro Farmacéutico, hubiera formado parte del haber hereditario. 2º) Que al haberse reservado la titularidad de dicha Farmacia a favor de sus dos hijas y al haber terminado la Carrera de Farmacia únicamente doña M.A.S.R. -su hermana M.J. abandonó sus estudios- devino, cumplidos los requisitos legales, única titular de la supradicha Oficina de Farmacia, doña M.A.S.R. 3º) Que dicha titularidad es única, pues no cabe que sea compartida con personas que no sean farmacéuticos, y su madre ni sus hermanos ostentan tal título facultativo. 4º) La Farmacia objeto de esta litis es indivisible.

CONSIDERANDO: Que el Código Civil al declarar en su artículo 1091 que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos" acude al paradigma de la Ley para expresar la fuerza vinculante del contrato, y al establecer en el 1255 que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral, ni al orden público" proclama el principio de la autonomía de la voluntad, justamente con sus límites naturales, y a tal efecto ha de distinguir las normas imperativas y las supletivas, que simbolizan el "ius cogens" y el "ius voluntarium"; el primero es de Derecho absoluto, necesario, impuesto de forma imperativa; el segundo es dispositivo, y sólo se impone de un modo supletorio, en defecto de la voluntad de los particulares. Mientras en las normas imperativas, la prohibición del artículo 1255 funciona "erga omnes", en las segundas, como están concebidas en función subsidiaria de las dispositivas de las partes, la prohibición sólo funciona en cuanto de principio de orden público pueda encerrar en ellas.

CONSIDERANDO: Que toda vez que lo convenido por doña M.R.M. y sus hijas doña M.A. y doña M.J.S.R. en el pacto primero -considerar nula y sin valor alguno la escritura pública de donación de fecha 18 de Noviembre de 1970-, en el pacto segundo -que la titularidad de la supradicha botiga de Farmacia sea realmente a favor de los comparecientes en la proporción que para la herencia fijó el último testamento válido de don A.S.C.- y en el pacto tercero -de que prevalezca lo anteriormente pactado-, del documento privado de 1 de Abril de 1979 (folio 7), es contrario a lo preceptuado, con carácter imperativo, por el Real-Decreto de 14 de Abril de 1979, que regula el establecimiento, transmisión e integración de las Oficinas de Farmacia, se da la nulidad absoluta de dichos tres pactos. Como los demás pactos y concretamente el ordinal cuarto y quinto no son contrarios a ninguna disposición de carácter imperativo, se reputan válidos y eficaces, como la propia apelante reconoció en cuanto a lo pactado en su número quinto, referente a entregar a su madre el cincuenta por ciento de los beneficios netos de la Farmacia, y por ello son eficaces las obligaciones asumidas voluntariamente en dichos pactos cuarto y quinto; lo que da lugar a estimar en parte el recurso de apelación.

CONSIDERANDO: Que la estimación parcial de la demanda y el triunfo parcial de la apelación, da lugar a no hacer especial imposición de las costas devengadas en las dos instancias de este juicio.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de genral y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando en parte el recurso formulado en nombre y representación de doña M.A.S.R., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintiuno de Diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo, en cuanto se oponga a lo que a continuación se determina y confirmandola en el resto, acordamos: Que, estimando parcialmente la demanda deducida en nombre y representación de doña M.R.M. contra los hermanos doña M.A., doña M.J. y don J.F.S.R. I) Debemos declarar y declaramos: A) Que la demandada doña M.A.S.R., titular de la Oficina de Farmacia situada en la plaza Pedro Garau nº 16 de esta ciudad, debe presentar la liquidación de la explotación de dicha Farmacia a contar desde el día 24 de Septiembre de 1982, abonando a la actora el cincuenta por ciento del beneficio que resulte incrementado con el interés legal de la misma a contar desde la fecha de presentación de la demanda. B) Que la expresada Oficina de Farmacia es indivisible. II) Condenamos a estar y pasar por dichas declaraciones a los demandados, a los que se absuelve de las demás pretensiones instadas en demanda. III) Sin hacer especial im-

posición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

253

253. DIVORCIO. Pensión compensatoria: es necesaria su postulación que se infiere de la cita del art. 97 C.civil y de la genérica postulación de auxilios económicos. Desequilibrio económico: se deduce del hecho de que el cónyuge obligado remita al otro, durante la separación, cantidades. Litis expensas: incompatibilidad con el beneficio de justicia gratuita. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada el 23 de Enero del presente año, que decreta el divorcio del matrimonio de los contendientes, es recurrida por el actor en cuanto le condena a que entregue a la demandada la suma de 25.000 pesetas mensuales en concepto de pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil y 100.000 pesetas por litis expensas.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de apelación se fundamenta en que la pensión compensatoria del artículo 97 del citado Cuerpo legal, sólo puede concederse a instancia de parte y no de oficio y por desequilibrio económico entre los cónyuges con referencia al último período de normalidad matrimonial, y en el presente caso, según el apelante, no ha mediado la oportuna petición de su esposa ya que sólo ha solicitado alimentos ni se ha producido el aludido desequilibrio económico. Tesis que no puede prosperar, pues si bien es cierto que esta Sala ha señalado, entre otras, en la sentencia de 2 de Noviembre de 1984, invocada expresamente por la Dirección Letrada del apelante en el acto de la vista de este recurso, que "los Tribunales no pueden "ex officio", sino a instancia del cónyuge perjudicado, declarar el derecho a éste a percibir la pensión de carácter indemnizatorio o compensatorio regulada por la norma contenida en el artículo 97 del Código Civil, pues así resulta del propio origen, finalidad y régimen normativo de tal prestación económica", en el supuesto que se contempla, la esposa postuló unos auxilios económicos mensuales por alimentos e invocó, como único fundamento de Derecho de tal petición, el artículo 97 del repetido Cuerpo legal. Se estima igualmente la existencia de tal desequilibrio económico por las razones que el juez "a quo" expone y por cuanto el marido así lo reconoció al haber confesado que durante la separación conyugal había enviado cantidades a su esposa (posición 8ª: folio 149).

CONSIDERANDO: Que por contra el segundo motivo de apelación ha de triunfar, ya que según se declara en la sentencia -última parte del cuarto "considerando"- de la concesión de la litis expensas viene dada porque la situación económica del marido impide que

la esposa obtenga el beneficio de justicia gratuita, y consta en autos (folios 158/159) certificación de la sentencia de fecha treinta de Noviembre de 1984, dictada por el mismo juez "a quo" concediendo a M.A.P.M., la aquí apelada, el beneficio de Justicia Gratuita, para litigar en el presente juicio de divorcio.

CONSIDERANDO: Que la estimación parcial del recurso promovido, impide hacer especial imposición de las costas 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 formulado en nombre y representación de don E.D.L.R., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha veintitres de Enero de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Palma, especial de Familia, en los autos del juicio de divorcio de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto al siguiente particular: "2º) Entregará también en concepto de litis expensas y de una sola vez la suma de cien mil pesetas", que queda totalmente suprimido; confirmando el resto del fallo apelado. Sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

256

256. DIVORCIO. Convenio previo de separación e interpretación de la cláusula en que se pactan aspectos económicos: engloba la pensión compensatoria del art. 97 y contribución a los alimentos de los hijos matrimoniales. Pretensión de modificación por cuestiones sobrevenidas: pérdida del plus de residencia. El conocimiento previo al convenio del traslado que supone tal pérdida impide la modificación. También el trabajo eventual de la esposa, pese a las perspectivas de su conversión en definitivo. Paternidad extramatrimonial del varón: justifica, la necesidad de alimentación del vástago, una reducción de la pensión pactada. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DEL DERECHO. 1. Los cónyuges litigantes, que se han aquietado ante la disolución de su matrimonio, no han debatido otra cuestión que la relativa a la modificación del convenio que, a fin de solicitar la separación consensuada que aquí ha sido invocada como causa de divorcio, suscribieron el 8 de mayo de 1982.

Dicha modificación es circunscrita por el demandado apelante, único litigante que la pretende, al ámbito económico. Con base en las causas que seguidamente se exponen, solicita se rebaje a 30.000 pesetas la suma de 70.000 pesetas mensuales acordada en el convenio.

Tales causas son: A) Disminución de sus ingresos; B) Trabajo de la actora; C) Existencia de una nueva carga: la alimentación del hijo nacido de su actual relación con otra mujer.

2. Actora y demandado han ofrecido versiones distintas respecto a cuál sea el concepto por el que el segundo entrega a la primera la suma de 70.000 pesetas mensuales. Para aclarar tal extremo no existe en el proceso otro instrumento que el convenio regulador cuya revisión se postula. En su cláusula sexta se dispone: "En concepto de pensión prevista en el artículo 97 del Código Civil el marido se obliga a entregar a su esposa mediante su ingreso dentro de los diez días primeros de cada mes y por adelantado, en la libreta de ahorros nº 12352/76 que tiene abierta en la Caja de Pensiones "X", sucursal de Pza. Alexander Fleming nº 4 de esta ciudad, la cantidad de setenta mil pesetas, así como la mitad de las pagas extraordinarias que perciba... Con la entrega de dichas cantidades queda entendido que serán a cargo de la esposa la manutención, educación, vestido y demás gastos que supongan los hijos del matrimonio así como los suyos propios".

La literalidad del texto es clara. No se trata, como pretende la actora, de una regulación exclusiva de la pensión del artículo 97. Tampoco, como desea el apelante, sólo de su contribución al levantamiento de las cargas matrimoniales.

Lo que dicho pacto revela es el proyecto de hacer económicamente autónomo al grupo familiar que va a permanecer unido. A tal fin, se estipula primero que la mujer tiene derecho al percibo de una pensión, la que el art. 97 regula y la doctrina califica como indemnizatoria o compensatoria. Ello supone reconocer la existencia del desequilibrio económico que dicho precepto impone como requisito sine qua non. Luego, la cuantificación de tal derecho se hace holgadamente, esto es, fijando una cantidad con la que la mujer pueda no sólo atender sus propias necesidades, sino también hacer frente a las de sus hijos matrimoniales. En definitiva, con la suma de 70.000 pesetas mensuales se cubre a un tiempo el siguiente doble concepto: pensión del artículo 97 y contribución a los gastos de alimentación de los hijos matrimoniales ahora disueltos.

3. A ninguna de las dos primeras causas le corresponde la calificación de circunstancia sobrevenida a que se refiere, por una parte, el artículo 100 -"... sólo podrá ser modificada (la pensión) por alteraciones sustanciales en el fortuna de uno u otro cónyuges"-, y por otra parte, el artículo 91: "Estas medidas (entre ellas, la relativa a las cargas del matrimonio) podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

En efecto, de lo actuado resulta que:

a) El 8 de mayo de 1982, fecha en que se suscribió el convenio regulador, el demandado ya conocía que al mes siguiente sus ingresos disminuirían en una determinada cantidad a consecuencia de la pérdida del derecho a las dietas "por destacamento"; así certifica la Compañía A: "en el caso concreto del Sr. M., y al ser un traslado de mutuo acuerdo, se pactó con el citado Sr. la percepción de dietas por un período comprendido entre el 1 de marzo y el 30 de junio de 1982, cesando éstas en la última fecha citada".

b) El empleo que ha tenido la actora ha sido temporal. Tal carácter impide que los ingresos correspondientes se consideren como aumento de fortuna o sustancial alteración de

la capacidad económica de dicha litigante. En todo caso, lo que tal extinguida relación laboral evidencia es que la demandante tiene serias probabilidades de acceder a un empleo, mas ello no es dato con entidad suficiente para producir la modificación de lo pactado, pues sólo significa que las probabilidades que sin duda sopesaron en mayo de 1982 los entonces esposos (probabilidades previstas como dato cuantificador en el apartado 3º del art. 97) han aumentado en la actualidad.

4. Sin embargo, el último motivo invocado sí debe incidir en el quantum convenido. Es cierto que no toda carga nueva impone una modificación de las obligaciones anteriores, pues existen casos en que la capacidad económica del alimentante absorbe sin dificultad los gastos propios de la nueva atención. Pero también lo es que en otros supuestos ocurre lo contrario: La circunstancia sobrevenida, al incidir realmente en las disponibilidades económicas del obligado, exige una revisión de lo convenido, esto es, un ajustamiento de lo pactado a la nueva situación.

5. El supuesto litigioso pertenece al último grupo expuesto. Ciertamente, si en una situación económica como la que actualmente tiene el apelante, caracterizada porque con unos ingresos mensuales no superiores a 145.000 pesetas (cantidad inferior aproximadamente en 75.000 pesetas a la que percibía cuando firmó el convenio) debe cubrir sus propias necesidades -desde la separación de hecho reorganiza los distintos aspectos de su vida- y la suma pactada de 70.000 pesetas mensuales, incide un nuevo hecho al que inexcusablemente, por razones morales y normativas, debe atender en lo económico (no sólo en ello, claro es), esta Sala estima equitativo ajustar a tal situación, seria y realmente modificada, la suma que el apelante entrega para hacer frente a las obligaciones anteriores.

Para lograr tal acomodación, se reduce en 12.000 pesetas mensuales la suma de 70.000 que actualmente se satisface, esto es, se fija en 58.000 pesetas mensuales la cantidad que en la cláusula sexta del convenio regulador los litigantes fijaron como adecuada para atender al doble concepto más arriba analizado.

6. Al no sustentarse ninguna de las dos peticiones colaterales del apelante -modificación del mecanismo estabilizador y supresión de la contribución a la alimentación de los hijos durante el tiempo de permanencia con él- en motivos imprevisibles al tiempo de la firma del convenio, sino en argumentos tendentes a desvirtuar las razones en que se basó la celebración de éste, procede no acceder a ella.

7. El contenido de esta resolución, parcialmente modificativo de la recurrida, dispensa de hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada.

FALLO esta Sala, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. H.M.R. contra la sentencia dictada el trece de Febrero de mil novecientos ochenta y cinco por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de Palma, en el proceso matrimonial de que dimana este rollo, ha decidido, previa revocación de dicha resolución, modificar la cláusula sexta del convenio regulador que los litigantes suscribieron el 8 de mayo de 1982, y, en su consecuencia, rebajar a 58.000 pesetas la suma de 70.000 que en ella consta. No se hace especial declaración sobre las costas de esta instancia. (Ponente: José Luis Calvo Cabello).

C. INDICE ANALITICO

- Acción
 - Cambiaría ordinaria, 205, 207
 - Communi dividundo, 166, 203
 - Reivindicatoria, 168
- Actos procesales
 - Subsanación, 165
- Apelación, 237
- Arrendamientos
 - Urbanos
 - Industria, 254
 - Local de negocios, 134, 144, 151, 160, 183, 189, 219, 232
 - Cierre, 170
 - Obras in consentidas, 172
 - Subarriendo, 163, 183
 - Subrogación, 232
 - Solar, 234
 - Vivienda, 228
 - Rústicos, 162
- Bastanteo, 226
- Compensación, 187
- Comunidad de propietarios, 141, 197
- Costas, 145, 158, 178, 184
- Contratos
 - Compraventa, 216, 217, 222, 227, 233, 239
 - Donación, 204
 - Ejecución de obra, 218, 220, 224, 238
 - Incumplimiento, 131, 215, 216, 217, 222, 239
 - Interpretación, 140
 - Nulidad, 230, 252
 - Obras, 240
 - Opción, 138
 - Préstamo, 176
 - Seguro, 133, 148, 214
 - Servicios, 192
- Daños y perjuicios, 153
- Divorcio
 - Cese efectivo de la convivencia, 184, 247
 - Convenio, 256
 - Litis expensas, 253
 - Medidas cautelares, 180
 - Pensión alimenticia, 225
 - Pensión compensatoria, 173, 231, 247, 253
 - Uso de la vivienda familiar, 231
- Excepciones
 - Exceptio non rite adimpleti contractus, 218
 - Falta de personalidad en el actor, 149
 - Falta de personalidad en el procurador del actor, 226
 - Falta de legitimación pasiva, 178, 229
 - Inadecuación de procedimiento, 162, 177
 - Incompetencia de jurisdicción, 162
 - Litisconsorcio pasivo necesario, 136, 164, 257
 - Prescripción, 221
- Honor, 250
- Juicio ejecutivo
 - Cambiarío
 - Aceptación, 206
 - Competencia, 147
 - Espera, 242

- Legitimación activa, 174, 193, 211
 - Legitimación pasiva, 193, 196
 - Pago, 200
 - Protesto, 143, 190, 196
 - Provisión de fondos, 175, 179, 181, 191, 193, 198, 199, 242, 243
 - Póliza mercantil, 194, 195, 201, 210, 255
 - Tráfico, 245, 248
- Mutatio libelli, 179
- Obligación
- Pago en cuenta corriente, 159
- Quiebra, 246
- Reclamación de cantidad, 136, 137, 141, 169, 178, 187, 188, 209, 213, 214, 215, 249
- Rendición de cuentas, 223
- Responsabilidad civil, 133, 137
- Decenal, 155, 161, 202
 - Extracontractual, 146
 - Solidaria, 202
- Separación matrimonial, 130, 132
- Cese efectivo de la convivencia, 135, 176, 182
 - Custodia de los hijos, 186
 - Infidelidad conyugal, 244
 - Injurias graves, 235
 - Malos tratos, 171, 235
 - Medidas provisionales, 157, 236
 - Patria potestad, 241
 - Pensión alimenticia, 142, 167
 - Pensión compensatoria, 152, 185
- Servidumbres, 139, 168
- Sociedad
- Anónima, 177
 - Civil irregular, 156
- Suspensión de pagos, 154, 251
- Tercera de dominio, 158, 206, 208
- Testamento
- Nulidad, 212
 - Ológrafo, 150

III. SALAS 1ª y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

230. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Conformidad. *Sentencia de 6 de Mayo de 1.985 (2ª).*
231. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. *Sentencia de 6 de Mayo de 1.985 (2ª)*
232. **Salud pública.** Distribución. *Sentencia de 6 de Mayo de 1.985 (2ª).*
233. **Robo con violencia en las personas.** Acuerdo previo. Lesiones que consuman dicho robo. Art. 512 del Código Penal. *Sentencia de 7 de Mayo de 1.985 (2ª)*
234. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Mayo de 1.985 (2ª).*
235. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Centro Penitenciario. *Sentencia del 7 de Mayo de 1.985.*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Prof. Gabriel Garcías Planas, del departamento de Derecho público.

236. **Encubrimiento.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 8 de Mayo de 1.985.*
237. **Robo con violencia en las personas.** Cupones de ciego. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 9 de Mayo de 1.985.*
238. **Robo con fuerza de las cosas.** Casa habitada. Utilización de menores de edad. *Sentencia de 10 de Mayo de 1.985.*
239. **Delito contra la Administración de Justicia.** -Art. 325 bis-. Intimidación a la víctima para que retirara la denuncia. *Sentencia de 10 de Mayo de 1.985.**
240. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 10 de Mayo de 1.985. (2ª)*
241. **Usurpación de funciones.** Elementos. Agente de la Propiedad Inmobiliaria. *Sentencia de 10 de Mayo de 1.985 (2ª).*
242. **Receptación.** Falta de pruebas. Absolución. *Sentencia de 10 de Mayo de 1.985 (2ª).*
243. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Mayo de 1.985 (2ª).*
244. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 11 de Mayo de 1.985 (2ª).*
245. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Mayo de 1.985 (2ª).*
246. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 13 de Mayo de 1.985 (2ª).*
247. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 13 de Mayo de 1.985.*
248. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Mayo de 1.985.*

249. **Incendio.** -Art. 522-. Requisitos. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Mayo de 1.985.*
250. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Concurrencia de la circunstancia modificativa de minoría de edad penal. *Sentencia de 14 de Mayo de 1.985.*
251. **Cheque en descubierto.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Mayo de 1.985 (2ª).*
252. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Mayo de 1.985 (2ª).*
253. **Robo con fuerza de las cosas.** Tentativa. **Insultos a agentes de la autoridad.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Mayo de 1.985 (2ª).*
254. **Injurias graves.** Por escrito. Elementos. *Sentencia de 14 de Mayo de 1.985 (2ª).*
255. **Apropiación indebida.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Mayo de 1.985 (2ª).*
256. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con intimidación.** Uso de armas. Oficina Bancaria. Atenuante de minoría de edad penal y agravante de disfraz y reincidencia. *Sentencia de 15 de Mayo de 1.985.*
257. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Mayo de 1.985.*
258. **Robo con intimidación.** Frustración. *Sentencia de 16 de Mayo de 1.985.*
259. **Violación.** Absolución por falta de pruebas, ya que no se acredita la ausencia de consentimiento en la víctima. *Sentencia de 16 de Mayo de 1.985 (2ª).*
260. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Delito continuado. *Sentencia de 18 de Mayo de 1.985 (2ª).*

261. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Mayo de 1.985 (2ª).*
262. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Mayo de 1.985 (2ª).*
263. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Excusa absolutoria - Art. 564- del Código Penal. **Imprudencia temeraria con resultado de lesiones y daños.** Conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas. Ausencia de conducta típica por falta de culpabilidad. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Mayo de 1.985 (2ª).*
264. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. **Receptación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Mayo de 1.985 (2ª).*
265. **Robo con violencia en las personas.** Consumación por causación de lesiones -Art. 512-. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Mayo de 1.985 (2ª).*
266. **Apropiación indebida.** Dolo específico de abuso de confianza. Agravación. -Art. 529-7º-. *Sentencia de 21 de Mayo de 1.985 (2ª).*
267. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Mayo de 1.985 (2ª).*
268. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 21 de Mayo de 1.985.*
269. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 23 de Mayo de 1.985.*
270. **Estafa.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia modificativa de recaer sobre vivienda y de especial gravedad. *Sentencia de 23 de Mayo de 1.985.*
271. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Trastorno

- mental transitorio como eximente incompleta. (Drogadicción). *Sentencia de 25 de Mayo de 1.985.*
272. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Haschís. «Cantidad de notoria importancia». *Sentencia de 28 de Mayo de 1.985 (2ª).**
273. **Desacato a la autoridad.** Elementos. *Sentencia de 28 de Mayo de 1.985. (2ª).*
274. **Abandono de familia.** Falta de pruebas. Absolución. *Sentencia de 28 de Mayo de 1.985 (2ª).*
275. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. *Sentencia de 28 de Mayo de 1.985 (2ª).*
276. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 28 de Mayo de 1.985 (2ª).*
277. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Mayo de 1.985 (2ª).*
278. **Parricidio.** Concurrencia de las atenuantes muy cualificada de estado pasional y de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 30 de Mayo de 1.985.**
279. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 30 de Mayo de 1.985.*
280. **Robo con violencia en las personas.** Grado de frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 30 de Mayo de 1.985.*
281. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 30 de Mayo de 1.985.*
282. **Robo con violencia en las personas.** No queda suficientemente probada la autoría de la encartada. *Sentencia de 31 de Mayo de 1.985.*

283. **Estafa.** No concurre el elemento esencial cual es el engaño. *Sentencia de 1 de Junio de 1.985 (2ª).*
284. **Falsificación de documentos privados.** Perjuicio de tercero o ánimo de causárselo. *Sentencia de 3 de Junio de 1.985 (2ª).**
285. **Escándalo público.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 3 de Junio de 1.985 (2ª).*
286. **Robo con intimidación y violencia en las personas.** Empleo de arma. *Sentencia de 4 de Junio de 1.985 (2ª).*
287. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 4 de Junio de 1.985 (2ª).*
288. **Robo con intimidación.** Uso de arma blanca. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 4 de Junio de 1.985.*
289. **Robo con fuerza en las cosas.** Requisitos. *Sentencia de 7 de Junio de 1.985 (2ª).*
290. **Imprudencia temeraria con resultado de muerte o lesiones.** «Animus laedendi». *Sentencia de 10 de Junio de 1.985 (2ª).*
291. **Violación.** Faltan las lesiones indiciarias de la comisión del delito. Ausencia de la perjudicada en el acto del Juicio Oral. Absolución. *Sentencia de 11 de Junio de 1.985 (2ª).*
292. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. *Sentencia de 12 de Junio de 1.985 (2ª).*
293. **Robo con fuerza de las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. **Falsificación de documento de identidad.** Pasaporte. **Estafa.** Falta. *Sentencia de 12 de Junio de 1.985.*
294. **Robo con fuerza en las cosas.** Aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia. *Sentencia de 12 de Junio de 1.985.*

295. **Homicidio.** Frustración. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985.**
296. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985.*
297. **Robo con intimidación. (Empleo de armas).** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985.*
298. **Robo.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985.*
299. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Rompimiento de puertas. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985.*
300. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985 (2ª).*
301. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985 (2ª).*
302. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985 (2ª).*
303. **Incendio.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Junio de 1.985.*
304. **Robo.** Rompimiento de ventana. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Junio de 1.985.*
305. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de máquinas tragaperras. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Junio de 1.985.*
306. **Encubrimiento.** De robo de bebidas alcohólicas. *Sentencia de 15 de Junio de 1.985.*

307. **Falsedad en documento mercantil.** Creación de letras de cambio simulando su autenticidad. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 15 de Junio de 1.985 (2ª).**
308. **Apropiación indebida.** Apoderamiento de cosa perdida. Falta. *Sentencia de 15 de Junio de 1.985 (2ª).*
309. **Tenencia ilícita de armas.** Requisitos. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Atentado a los agentes de la autoridad.** En concurso ideal. **Homicidio frustrado.** Concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 17 de Junio de 1.985 (2ª).*
310. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 17 de Junio de 1.985.*
311. **Robo con intimidación.** Conformidad. *Sentencia de 17 de Junio de 1.985.*
312. **Infidelidad en la custodia de documentos.** -Art. 364-2º-. Elementos. **Hurto.** Requisitos. Agravante de prevalimiento del carácter público de su función. *Sentencia de 18 de Junio de 1.985 (2ª).**
313. **Robo con intimidación.** Frustración. Casa habitada. **Detención ilegal.** *Sentencia de 19 de Junio de 1.985.*
314. **Allanamiento de morada.** Concurrencia de los requisitos que configuran el tipo delictual. *Sentencia de 19 de Junio de 1.985.*
315. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Presencia de balanzas y otros elementos para elaborar sustancias estupefacientes. *Sentencia de 19 de Junio de 1.985.*
316. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto. Falsificación de documento oficial.** Requisitos. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Delito continuado. Agravante de reincidencia en todos ellos. **Robo con fuerza en las cosas.** Complicidad. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 20 de Junio de 1.985.*

317. **Quebrantamiento de condena.** Conformidad. *Sentencia de 20 de Junio de 1.985.*
318. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Junio de 1.985.*
319. **Robo con intimidación.** Uso de armas. Estación de servicio. Agravantes de reincidencia y disfraz. *Sentencia de 21 de Junio de 1.985.*
320. **Robo.** Delito continuado. Fractura de cierre de ventana. *Sentencia de 21 de Junio de 1.985.*
321. **Apropiación indebida.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Junio de 1.985.*
322. **Robo con intimidación.** Uso de arma blanca. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Junio de 1.985.*
323. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Junio de 1.985.*
324. **Robo con fuerza en las cosas.** Desmante de cristal. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Junio de 1.985.*
325. **Estafa.** Conformidad. *Sentencia de 27 de Junio de 1.985.*
326. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerrojo. Atenuante de minoría de edad. **Receptación.** *Sentencia de 27 de Junio de 1.985.*
327. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 28 de Junio de 1.985.*
328. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Junio de 1.985.*
329. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 28 de Junio de 1.985.*

330. **Violación.** Grado de tentativa. Concurrencia de todos los requisitos que configuran el tipo delictual. *Sentencia de 28 de Junio de 1.985.*
331. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 28 de Junio de 1.985 (2ª).*
332. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 29 de Junio de 1.985 (2ª).*
333. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. *Sentencia de 29 de Junio de 1.985 (2ª).*
334. **Resistencia a los agentes de la autoridad.** Lesiones. Falta. Atenuante de embriaguez. Conformidad. *Sentencia de 29 de Junio de 1.985 (2ª)*
335. **Estafa.** Circunstancia específica de especial gravedad. **Uso de documento de identidad falso.** *Sentencia de 29 de Junio de 1.985 (2ª).*
336. **Robo con intimidación y empleo de arma.** **Hurto.** Falta continuada. Atenuante de embriaguez y agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Junio de 1.985 (2ª).*
337. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Junio de 1.985 (2ª).*
338. **Robo con fuerza en las cosas.** Falta de pruebas. Absolución. *Sentencia de 1 de Julio de 1.985 (2ª).*
339. **Abusos deshonestos.** Tocamientos con una menor. Requisitos. *Sentencia de 1 de Julio de 1.985 (2ª).*
340. **Atentado contra los agentes de la autoridad.** Lesiones graves. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 1 de Julio de 1.985 (2ª).*
341. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. Casa habitada.

Sentencia de 1 de Julio de 1.985.

342. **Imprudencia simple.** Falta. *Sentencia de 1 de Julio de 1.985.*
343. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 1 de Julio de 1.985.*
344. **Robo con violencia e intimidación.** Exhibición y presión física del arma sobre la víctima. *Sentencia de 2 de Julio de 1.985.*
345. **Falsedad en documento mercantil.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Julio de 1.985.*
346. **Resistencia a los agentes de la autoridad.** Agravante de reincidencia. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 2 de Julio de 1.985.*
347. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Julio de 1.985 (2ª).*
348. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 2 de Julio de 1.985 (2ª).*
349. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. Encubrimiento. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Julio de 1.985 (2ª).*
350. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 3 de Julio de 1.985.*
351. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Julio de 1.985.*
352. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de ventana y máquina. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Julio de 1.985.*
353. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de ventana. Escalamiento. Casa habitada. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.**

- Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de julio de 1.985.*
354. **Imprudencia con resultado de muerte.** Falta. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
355. **Incendio.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
356. **Robo con intimidación.** Uso de arma simulada. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
357. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
358. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita suficientemente la participación del acusado. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
359. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Presencia de balanzas. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
360. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
361. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985.*
362. **Robo con violencia o intimidación en las personas.** Empleo de armas. *Sentencia de 4 de Julio de 1.985 (2ª).*
363. **Robo con violencia con resultado de lesiones graves.** Agravante de reincidencia y atenuante de trastorno mental transitorio incompleto por drogadicción. *Sentencia de 5 de Julio de 1.985. (2ª).*
364. **Homicidio.** Frustración. *Sentencia de 8 de Julio de 1.985 (2ª).*
365. **Robo con violencia en las personas.** «Tirón». *Sentencia de 8 de Julio de 1.985 (2ª).*

366. **Robo con violencia en las personas.** Simulación de portar armas. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 8 de Julio de 1.985 (2ª).*
367. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 9 de Julio de 1.985 (2ª).*
368. **Robo con fuerza en las cosas. Tenencia ilícita de armas de fuego. Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. *Sentencia de 9 de Julio de 1.985.*
369. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 10 de Julio de 1.985.*
370. **Estafa.** Frustración. Falta. *Sentencia de 10 de Julio de 1.985.*
371. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Rompimiento de ventanas y de puertas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Julio de 1.985.*
372. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 11 de Julio de 1.985.*
373. **Robo con intimidación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Julio de 1.985.*
374. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Rompimiento de cristal. *Sentencia de 11 de Julio de 1.985.*
375. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. *Sentencia de 11 de Julio de 1.985.*
376. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Casa habitada. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 11 de Julio de 1.985.*
377. **Robo con intimidación.** Aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia. *Sentencia de 13 de Julio de 1.985.*

378. **Robo con intimidación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 16 de Julio de 1.985.*
379. **Apropiación indebida. Falsedad en documento mercantil.** Albaranes. *Sentencia de 17 de Julio de 1.985.*
380. **Estupro de prevalimiento. Corrupción de menores.** Atenuante de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 18 de Julio de 1.985.**
381. **Robo con intimidación con resultado de homicidio frustrado.** No se acredita suficientemente la autoría del encausado. *Sentencia de 18 de Julio de 1.985.*
382. **Hurto.** Apoderamiento ilícito de dinero sin ejercer violencia. *Sentencia de 18 de Julio de 1.985.*
383. **Robo con intimidación.** Empleo de botella rota. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 18 de Julio de 1.985.*
384. **Atentado a los agentes de la autoridad. Lesiones. Falta.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Julio de 1.985.*
385. **Atentado a agentes de la autoridad. Lesiones. Falta.** *Sentencia de 22 de Julio de 1.985.*
386. **Violación.** Aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia; pues no consta probado el yacimiento del padre con sus hijas. *Sentencia de 22 de Julio de 1.985.*
387. **Robo con intimidación.** Atenuantes de minoría de edad y de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 22 de Julio de 1.985.*
388. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de julio de 1.985 (2°).*
389. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 22 de Julio de 1.985 (2°).*

390. **Robo con violencia en las personas.** Requisitos. *Sentencia de 22 de Julio de 1.985 (2º).*
391. **Falsificación de documento mercantil.** Manipulación en talón. **Estafa.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 23 de Julio de 1.985 (2º).*
392. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 23 de Julio de 1.985 (2º).*
393. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 14 de Agosto de 1.985 (2º).*
394. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Agosto de 1.985 (2º).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

239

239. DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

-Art. 325 bis-. Intimidación a la víctima para que retirara la denuncia.
Sentencia de 10 de Mayo de 1.985.

1º.- RESULTANDO probado y así se declara expresamente: que el procesado que había sido reconocido en el sumario 99 rollo 268 del año 1983 instruido sobre robo con intimidación por la presunta víctima T. S. C. en las actuaciones policiales, en trámite el indicado sumario y en fecha aproximada al día 2 de abril de 1.984, en esta ciudad de Palma, junto con otro individuo no identificado, en la Avenida A. R., se aproximaron por detrás al nombrado T. S. C. al que con tono conminatorio y gesto amenazador le dijo el procesado «que le rajaría si no retiraba la denuncia» a lo que se avino aterrizado el nombrado, diciendo que acudiría a la Comisaría para hacerlo; por el contrario formuló denuncia sobre lo acontecido.

2º.- RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa como constitutivos de un delito contra la administración de justicia del art. 325 bis del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. J. G. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro años dos meses y un día de prisión menor accesorias del artículo correspondiente y costas.

3º.- RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite negó el carácter delictivo de la actuación de su patrocinado y en consecuencia solicitó su libre absolución.

1º.- CONSIDERANDO: Que los hechos relacionados son legalmente constitutivos de un delito contra la administración de justicia (título IV capítulo I del vigente código penal art. 325 bis) ya que el procesado denunciado por su presunta víctima y reconocido en actuaciones policiales y judiciales, como la persona que le había atracado, ante el temor de ser nuevamente reconocido en el acto del juicio oral, para conseguir que se retractara de sus declaraciones anteriores, concibió el plan que llevó a efecto de amenazar nuevamente a su víctima pretendiendo imponerle un comporta-

miento determinado bajo la amenaza clara y terminante de «rajarle» si no se sometía a su derecho de retirar la denuncia sobre haber sido el autor del atraco que había sido víctima y que ante la presión psíquica que se encontraba la víctima, con los dos sujetos intervinientes en el hecho situados a su espalda, para zafarse de aquella peligrosa situación tuvo que manifestar que accedía a su pretensión, actividad violenta que genera el tipo de delito que se acusa al procesado sin que resulte admisible la tesis que sin negar su presencia física y la del compañero en el hecho enjuiciado, se afirma que su requerimiento fue realizado con corrección, extremo que se rechaza ya que esta versión no viene corroborada como pudo y debió hacerse con el testimonio de su acompañante, no habiendo prestado la menor colaboración al esclarecimiento de lo ocurrido con oposición a la conducta del denunciante firme y decidida, congruente en todo momento en la relación de lo realmente ocurrido.

2º.- CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. J. G. F.

3º.- CONSIDERANDO: Que son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el procesado.

4º.- CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. J. G. F. en concepto de autor responsable de un delito contra la administración de justicia sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante la condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultando en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: A. F. Delgado) (Juan Pascual Salvá).

272

272. SALUD PUBLICA. Tenencia para el tráfico. Hachís. «Cantidad de notoria importancia». *Sentencia de 28 de Mayo de 1.985* (2ª).

1^o.- RESULTANDO probado y así se declara expresamente que el procesado A. V. F. de 50 años, ejecutoriamente condenado en dos sentencias de 1.972 y 1.974 por cinco delitos de cheque en descubierto, fue detenido por los Servicios de la Guardia Civil —grupo antidroga—, a eso de las 21,30 horas del día 16 de Agosto de 1.984, a la salida del aeropuerto de esta ciudad, a donde había llegado momentos antes en vuelo procedente de G., cuando acababa de subir al vehículo de su propiedad Renault-18, PM-6751-Z, al sospecharse que pudiera portar droga o sustancias estupefacientes y, trasladado a la Comandancia de la Guardia Civil, se le encontraron escondidos entre el equipaje, en el interior de dos botes grandes de café y, de tres bolsas de café en grano, gran cantidad de bolas de distintos tamaños que, analizados debidamente, resultaron ser HACHIS de una gran pureza con un peso total de cuatro kilos setecientos gramos que aquel mismo día había adquirido en G. a un tal E. C. M., natural y vecino de dicha ciudad, nacido el 1-5-1.954 hijo de E. y de M., estudiante, casado y domiciliado en Avenida de I. 7, -4^o C, acerca del cual no consta por ahora nada, por ausencia del mismo en Enero del año en curso; debiendo significarse que el procesado se había trasladado el mismo día 16 de esta ciudad a G. para hacer dicha compra y poder hacer luego distribución de la misma en Mallorca. El procesado estuvo privado de libertad por esta causa desde el día 16 al 18 de Agosto de 1.984 en que fue puesto en libertad bajo fianza de 100.000 pesetas.

2^o.- 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 344 párrafos 1^o y 2^o del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. V. F. sin la concurrencia de circunstancias modificativas por lo que solicitó contra aquél la pena de dos años de prisión menor accesorias del artículo 47 y costas.

3^o.- RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicitó la libre absolución por estimar que su defendido no había cometido delito alguno.

1^o.- CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados son legalmente, constitutivos de un delito que prevé y pune el artículo 344, párrafos primero y segundo del Código Penal con la pena de prisión menor porque es bien cierto que esta sustancia, según la última reforma, no causa grave daño a la salud, como en este caso, la cantidad es de notoria importancia y teniendo en cuenta su gran pureza, lleva a esta Sala a examinar dicha conducta en el contexto de una figura penal de cierto relieve, por el gran daño que dicha sustancia está produciendo, especialmente entre la juventud, porque, pese a la dicción legal, es común sentir de los distintos centros científicos que, pese a su inicial levedad en la influencia del individuo, es con un uso mantenido, «auténtica bomba de efectos retardados», según la propia Organización Mundial de la Salud, que tara los centros nerviosos del hombre y quebranta, a la larga, de modo grave la base anímica del individuo con deterioro notable de su voluntad y libre determinación, todo lo cual hace que hayan de mirarse estas conductas con el abierto reproche legal que tales comportamientos exigen, al mirar seriamente los comportamientos del hombre en su vida de comunidad; por lo que, si bien es verdad que el procesado, dio, desde el primer momento, muestras de facilitar la labor policial y, dentro del proceso y en el juicio oral, concretamente se mostró abierto a su reconocimiento de culpabilidad, ha de verse dentro de la natural reserva y con la prudencia que todas las circunstancias del caso reclaman todo ese volcarse en el plenario sobre manifestaciones de arrepentimiento, estado de necesidad por anteriores compromisos por deudas e ingenuidad sobre tan trascendente hacer, cuando faltan

notas más esclarecedoras acerca de las fuentes de suministro del producto y de justificación de extremos precisos para poder cortar algo que reclama la atención de todos y que los Tribunales de justicia están obligados a cuidar. Es notoria la inclusión del producto en el Convenio Internacional de Ginebra y que España ratificó en 1923 y su extensión en la Ley de 8-4-1.967 y en el Convenio Unido de las Naciones Unidas de 30-3-1.961 sobre estupefacientes y en la Lista I del Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21 de Febrero de 1.971.

2º.- CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente es concepto de autor el procesado por su participación voluntaria y directa en los hechos artículo 14-1º del Código Penal.

3º.- CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal, y en atención al artículo 61-4º del Código Penal y al conjunto de circunstancias que se aprecian en los autos, modo de desenvolverse del procesado y falta de pruebas sobre estado de necesidad alegado en el acto del juicio como, asimismo, sobre su posible arrepentimiento, cuando, realmente, fue sorprendido por la Guardia Civil in fraganti, trayendo en un viaje ad hoc esta cantidad de hachís de tanta pureza, hace que este Tribunal imponga al procesado la pena indicada en el grado y extensión que se dirá.

4º.- CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61-4º-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3º -142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A. V. F. en concepto de autor responsable de un delito contra la salud pública sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a una pena de dos años de prisión menor a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Se revoca el auto de insolvencia recaído en la pieza de responsabilidad civil, habida cuenta el valor de la moto trabada en la misma. Librese testimonio de los folios 4, 5, 6, 8, 10, 10 vto, 18, 20, 21, 26, 26 bis 27, 34. Al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

PARRICIDIO. Concurrencia de las atenuantes muy cualificada de estado pasional y de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 30 de Mayo de 1985.*

1º. RESULTANDO probado y así se declara, que J. A. G. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, llegó, alrededor de las 10.30 o de las 11 de la noche del día dos de Noviembre de 1984, al edificio sito en la calle B. número dos, de Palma de Mallorca, en cuyo tercer piso tenía su vivienda familiar, conviviendo con sus padres y hermanos menores, comprobando que sus padres se hallaban en la escalera y que concretamente su padre, que se hallaba embriagado, como cada fin de semana, mantenía una actitud insultante hacia su madre, hecho éste que venía repitiéndose con bastante frecuencia durante los fines de semana, hasta el punto de que en alguna ocasión toda la familia salvo el padre había pernoctado fuera de la casa, cobijándose en el coche aparcado en las inmediaciones, siendo también frecuentes los reproches verbales que su padre le hacía a él mismo, como hermano mayor que era, llegando en ocasiones a la violencia física, si bien siempre era de menor entidad, sin que en ningún caso alguno de estos incidentes familiares tuviese trascendencia policial o judicial a pesar de que habían venido acaeciendo periódicamente desde hacía bastantes años, siendo muy variable la intensidad de tales incidentes y sin que jamás hubiesen producido consecuencias físicas dignas de mención. Y habiendo visto el Sr. G. R. a su madre, que en esos momentos se hallaba en la escalera acompañada de un hijo suyo, de pocos años, y después de que su padre le lanzase un pequeño aparato de radiocassette, que no llegó a darle porque lo esquivó, se puso a hablar con ella en la calle sobre lo que esa noche ocurría, lo que no era sino una reproducción más de escenas anteriormente vividas, mientras que su padre fue acercándose a ellos sigilosamente con el fin de oír lo que hablaban, y cuando se hallaba próximo se fue su madre con el niño hacia la vivienda de una vecina en donde accidentalmente había sido recogida, y el Sr. G. R. salió corriendo escaleras arriba hacia su casa, diciéndole a su padre que ahora sabía lo que significaba permanecer una noche fuera de casa, y se encerró en su interior, siendo perseguido por su padre, quien le exigió le abriese la puerta dando golpes contra la misma, cosa que no fue atendida por su hijo, y acto seguido se dirigió el padre hacia una ventana que daba al rellano, rompiendo el cristal, pero sin poder penetrar en la vivienda por hallarse protegida con barrotes de hierro por lo que optó por penetrar en dicha casa saltando al patio interior existente en su parte trasera, a cuyo fin fue a una terraza superior desde donde pretendía saltar, de todo lo cual se dio cuenta inmediata su hijo al oír los pasos de su padre por el terrado, optando entonces por coger una escopeta de caza que había colgada en el interior de la vivienda, cargándola con dos cartuchos del calibre doce y asomándose al referido patio con el objeto de comprobar cómo se hallaba la situación, y entonces vio que su padre trataba de saltar desde la terraza a una cubierta de uralita que cubre parte del patio interior, y con el fin de intimidarle y de impedir que prosiguiera en su intento de penetrar en la vivienda disparó un tiro al aire, sin intención de dar a su padre, sin que efectivamente le diese, y seguidamente volvió a recargar la escopeta substituyendo el cartucho usado, momento en el que oyó que su padre había saltado y

que ya se encontraba en el patio, viendo a continuación que abría la puerta, y le dijo, excitado, que no entrase, y al observar que daba un paso le disparó a una distancia de dos o tres metros, habiendo una distancia entre el padre y la boca de fuego del arma de uno o dos metros, alcanzándole fundamentalmente en el abdomen y ocasionando así su muerte. Al cabo de breves instantes, salió de la casa, mostrando una actitud de pesar por lo sucedido, repitiendo que había matado a su padre, entregando el arma a un vecino y pidiendo que llamaran a la Policía, con la que colaboró y en la medida de sus posibilidades.

2º.- RESULTANDO que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de parricidio del artículo 405 del Código Penal; del que conceptuó autor del procesado J. A. G. R., con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de arrebató del artículo 9.8 y de arrepentimiento espontáneo del 9.9, ambos del código citado, por lo que solicitó contra aquél la pena de quince años de reclusión menor, accesorias e indemnización de 3.000.000 de pesetas a los herederos legales de J. G. P., y costas.

3º.- RESULTANDO que la defensa, en igual trámite, estimó concordantes sus conclusiones, pero mantuvo la existencia de la eximente de legítima defensa del artículo 8.4 y la de miedo insuperable del artículo 8.10, con aplicación de los artículos 1.1 y 6 bis a), solicitando la absolución del acusado.

1º.- CONSIDERANDO que los hechos precedentemente descritos conforman un delito de parricidio definido en el artículo 405 del Código Penal, dado que el acusado ocasionó la muerte de su padre y esa privación de la vida permite subsumir el hecho en la indicada figura delictiva, sin perjuicio de las precisiones que en orden a la antijuricidad y a la culpabilidad de tal evento se exponen seguidamente.

2º.- CONSIDERANDO que es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado al haber ejecutado el hecho libre y voluntariamente, de un modo personal y directo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 del Código Penal.

3º.- CONSIDERANDO que se pretende por la defensa construir una tesis justificatoria de la conducta del acusado cuya aceptación puede determinar su absolución o una considerable disminución de la responsabilidad penal, y nuclea su argumentación en torno a la concurrencia de una legítima defensa (artículo 8.4 del Código Penal), a la cual adorna con el elemento del miedo insuperable (artículo 8.10) en relación con el segundo de los requisitos exigidos para la operatividad de aquella causa de justificación (racionalidad del medio empleado para defenderse), que determinaría un exceso putativo en la defensa radicalmente condicionado por un error invencible (artículo 6 bis a) y que conduciría a un efecto absolutorio; pero la bondad de esta tesis, sin duda aceptable, al menos en alguno de sus aspectos (singularmente el del error condicionado por el intenso estado emocional en que se hallaba el hijo ante los movimientos que hacía su padre en su afán de penetrar en la casa, pudo obviar la situación de enfrentamiento frontal y recurrir a otros mecanismos de solución del conflicto, bien fuesen de hecho o de derecho, pero no forzar un desenlace violento como el acaecido a raíz de su permanencia en el interior de la casa. No existe pues, agresión ilegítima, ni tampoco cabe apreciar una agresión putativa, entendida como la errónea creencia en un inminente ataque, porque de las mismas manifestaciones del acusado no se obtiene constancia ninguna en torno a que la actitud del padre, tan pronto

como traspasó la puerta, o incluso momentos antes de ello, fuese la de agredir inminentemente a su hijo, hecho éste que si hubiese sido mínimamente verificado podría haber permitido construir una hipótesis putativa sobre este concreto punto; sino que lo único que puede afirmarse con seguridad es que, estando el hijo preso de una gran excitación, y habiendo aceptado unilateralmente la eventualidad de un enfrentamiento violento con su padre, disparó tan pronto como, después de advertirle que no entrase, así lo hizo dando un paso sin más, sin otras circunstancias externas reveladoras de esa errónea creencia de que iba a ser objeto de agresión, lo que no se compagina bien con la relativa racionalidad (sentencia de 2 de febrero de 1.984) que debe presidir todo juicio, incluso el erróneo, en torno a la inminencia de un ataque, en el sentido de que ha de mostrarse como algo muy verosímil, en función de las circunstancias concurrentes, para una persona del mismo entorno que el de los protagonistas del suceso; y en el instante en que se produjo el disparo mortal, y en atención al exacto comportamiento del padre, no expresivo de un inminente acto agresivo -otra cosa es que momentos después hubiese podido producirse, aunque como posibilidad todavía no estaba decantada-, no era jurídicamente viable la errónea conducta defensiva adoptada por el acusado, quien se precipitó inadecuadamente en su proceder, siendo así que hasta ese mismo instante no era clara ni definida como agresiva, siquiera fuese equívocamente, la actitud de su padre, por lo que también es de rechazar esta posibilidad.

4º.- CONSIDERANDO que, en segundo término, tampoco es de apreciar la concurrencia del requisito de la ausencia de provocación suficiente por parte del defensor para que pueda operar la causa de justificación aducida, puesto que, como se ha venido apuntando, el acusado contribuyó decisivamente a provocar la situación que él mismo ventilo matando a su padre, al encerrarse en la casa y al adoptar una actitud de decidido enfrentamiento, hasta sus últimas consecuencias, si el padre se decidía a entrar en la misma, a cuyo fin cogió la escopeta que había en su interior y la dirigió hacia el procesado, que bien pudiese impedirle discernir con lucidez si el medio de defensa era adecuado o proporcionado a la situación real en que se hallaba en aquellos instantes, decae cuando de analizar los otros requisitos de la legítima defensa se trata, esto es, el de la agresión ilegítima achacable a la víctima y el de la falta de provocación suficientes por parte del que se defiende, y que seguidamente se examinan. En primer término, no cabe afirmar en manera alguna que el padre hubiese actuado del modo agresivo que normativamente viene exigido para poder ser actuada esta causa de justificación, pues la parte acusada pretende ver ese proceder agresivo en toda su conducta anterior, caracterizada por haber adoptado una actitud insultante, producto probablemente de su mismo alcoholismo, y por haber aporreado la puerta cuando le fue cerrada por su hijo o por haber roto un cristal o haberse deslizado por una terraza superior con ánimo de penetrar en la vivienda a través de un patio interior; pero esto no significa que el padre hubiese realizado un acto concretamente agresivo caracterizado, según conocida y reiterada jurisprudencia, por ser actual, inminente y directo, determinante de un inmediato peligro real y grave para el bien jurídico que el así agredido trataba de defender (en el presente caso, la vida o la integridad personal), sino que tan sólo cabe constatar el mantenimiento de una actitud ciertamente hostil, pero muy semejante a actitudes que eran ya conocidas del procesado y de toda su familia porque se habían venido repitiendo con relativa frecuencia cuando ingería bebidas alcohólicas y que no pasaban de las consecuencias que en otras ocasiones habían todos ellos sufrido, sin que el hecho de proferir amenazas de muerte en ese estado otílico pueda ni deba ser supervalorado hasta el punto de permitir la configuración de una hipótesis de agresión ilegítima. Si este primer y fundamental requisito de la legítima defensa ha sido caracterizado continuamente por alguna nota definitoria es precisamente por el de su

actualidad o inminencia, de suerte que sólo quepa acudir al acto defensivo como medio, asimismo actual o inmediato, de eludir la agresión de que se está siendo objeto o de la que se va a ser objeto inmediato y resulta evidente por todas las circunstancias concurrentes. Sin embargo, en el caso ahora enjuiciado no puede decirse que existiese una agresión adornada de estas características, porque del hecho mismo de haber saltado el padre al patio y haber abierto la puerta sin más, esto es, sin denotar un concreto afán agresivo, evidenciado mediante exhibición de algún instrumento adecuado o mediante algún otro signo objetivable, no se desprende ni que esa pretendida agresión era actual ni que era inminente, hasta el punto de que no quedase otro remedio que valerse de un mecanismo defensivo para repeler un proceder así, sino que durante el desarrollo de los acontecimientos, que se prolongó durante bastantes minutos, tal y como lo prueba el hecho de que el acusado pudo cargar la escopeta por dos veces, estando el hijo a la expectativa de los hechos usó en un primer momento con mera finalidad disuasoria, indicando así al propio tiempo que su postura era firme y definitiva, con lo que se está diciendo que su radical decisión fue concausalmente determinante de esa pretendida situación defensiva, de la que ahora no puede beneficiar, sin perjuicio de obtener atenuación de responsabilidad por el conducto que seguidamente se expone. En definitiva, aun cuando cabría aceptar que la racionalidad del medio empleado, objetivamente excesivo, puede quedar atemperado por la situación de alteración emocional experimentada por el procesado, no cabe aceptar los otros dos elementos conformadores de la legítima defensa, al no haber existido verdadera agresión ilegítima y al haber contribuido decisivamente el acusado a provocar esa pretendida situación defensiva.

5º.- CONSIDERANDO que, esto no obstante, no cabe desconocer que el estado anímico en que el acusado se hallaba al tiempo de ocurrir los hechos influyó en gran manera el resultado producido, hasta el punto de que, desde una perspectiva de culpabilidad, la exigibilidad de la conducta realizada se aminora considerablemente. En efecto, las relaciones familiares habían venido siendo extraordinariamente difíciles, sobre todo las que había entre el padre y el acusado, hasta el punto de que la máxima tensión se solía registrar durante los fines de semana, en los que como consecuencia de la ingestión de alcohol alcanzaba el padre unos estados psicósomáticos que lo convertían en persona desapacible, arisca y aún violenta, y la repetición de actos de esta índole, unidos al hecho de que eran su madre y sus hermanos, todos ellos de corta edad, quienes en definitiva pagaban las consecuencias, quedándose en ocasiones fuera de la casa y teniendo que dormir en el coche familiar, y unidos también al hecho de que el acusado era ya mayor de edad y probablemente había tomado conciencia de su realidad, dejando de ser el niño que hasta entonces había sido, actuando más o menos sumisamente y soportando en cualquier caso las diatribas de su padre, le determinaron el día de autos, aunque bien pudo ser cualquier otro día, a poner las cosas en su sitio y a tratar de solventar un estado de cosas que no se le ofrecía como justo ni viable; y así, sacó a la superficie aquel día todo cuanto había ido acumulando progresivamente, casi de un modo inconsciente, y se armó de la fuerza necesaria para actuar del único modo que estimó podría solucionar la situación concreta en que en aquel día se hallaba, probablemente indignado por no poder verle un fin, y optó por encerrarse en la casa con el objetivo de darle una lección a su padre y de que supiese que ya no podría ser tratado como un niño, ni podía seguir tratando a su familia en la manera como lo había venido haciendo, pero la situación se complicó más de lo esperado, y a pesar de esto decidió el acusado seguir firme en la postura adoptada, no sin asumirla con toda la excitación que el cúmulo de hechos desagradables pasados le producía; y así en un estado psíquico como el descrito afrontó una actitud paterna que, lejos de aceptar la decisión de su hijo, cosa por otro lado difícilmente esperable, se aprestó a recuperar la autoridad que

probablemente estimaba en entredicho, para lo que tenía que demostrar que era capaz de recobrarla de su propia mano, por lo que después de golpear la puerta, rompió el cristal de una ventana inaccesible por estar protegido por rejas, signo éste inequívocamente exteriorizador, además de su embriaguez, de lo que el padre pretendía hacer, y posteriormente acudió a la única vía de penetración en la casa, que no era sino asaltando desde una terraza al patio trasero de la vivienda, y este proceder, unido a los numerosos antecedentes conflictivos, fue determinando la exteriorización de un claro estado emotivo capaz de alterar el funcionamiento psíquico del acusado, aunque no de anularlo, afectando tanto su inteligencia como su voluntad, y le llevó a que en el instante en que se hizo físicamente visible el enfrentamiento por ambos ya aceptado optase por la solución más drástica, valiéndose de la escopeta que con anterioridad había preparado por si llegaba el caso de tener que utilizarla. Quedan descritos de ese modo cuantos requisitos vienen jurisprudencialmente exigidos para apreciar la atenuante de estado pasional y que, en síntesis, están comprendidos por la presencia de estímulos o actos de incitación poderosos o intensos, capaces de modificar el estado intelectual o volitivo normal de una persona como consecuencia de una incidencia emocional de fuerte calibre sobre ellos, provocados directamente por la víctima y valorados socialmente como aceptables (por todas, las sentencias de 5 de marzo, 8 de julio, 23 de septiembre y 22 de octubre de 1.981, 28 de enero de 1.982, 20 de mayo de 1.983 y 11 de febrero de 1.985, y en relación con la alteración de las facultades anímicas, las sentencias de 10 de febrero de 1.982, 18 de mayo de 1.983, 21 de mayo de 1.984 y 16 de febrero de 1.985), los cuales pueden tener una manifestación súbita o presentarse como consecuencia de período más o menos dilatado de gestación, siendo éste el caso de autos, pero siempre han de ser una reacción debida a un estado emocional provocado por estímulos potencialmente suficientes para que así se produzca (sentencia de 24 de enero de 1.984), y éste es sin duda el caso ahora examinado que, en una valoración de todas cuantas circunstancias lo definen, permite reputarlo lo suficientemente intenso como para apreciarlo como muy cualificado, capaz de rebajar la penalidad imponible en dos grados.

6º.- CONSIDERANDO que es de apreciar también la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9.9 del Código Penal, en tanto el acusado procedió, tan pronto como ejecutó la muerte de su padre, a confesar lo hecho de un modo espontáneo, facilitando la labor policial y judicial, de donde se presume su dolor, pese a todo, por lo realizado, circunstancia que permite rebajar al mínimo la penalidad de prisión mayor.

7º.- CONSIDERANDO que los responsables criminalmente de un delito lo son también civilmente, y viene obligados también al pago de las costas causadas por imperativo legal.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12--14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

FALLAMOS: que debemos condenar y condenamos a J.A.G.R. como autor responsable de un delito de parricidio, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de estado pasional, como muy cualificada, y de arrepentimiento espontáneo, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, a que por vía de responsabilidad civil indemnice a los herederos legales

de J. G. P. en la suma de tres millones de pesetas, y al pago de las costas causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Carlos Climent Durán).

284

284. FALSIFICACION DE DOCUMENTOS PRIVADOS. Perjuicio de tercero o ánimo de causárselo. *Sentencia de 3 de Junio de 1.985 (2ª).*

1^{er}.- RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que los procesados hermanos G. y M. G. M., mayores de edad y sin antecedentes penales son propietarios, en virtud de donación realizada por sus padres y respectivamente, del apartamento 2º A y 4º C de la finca sita en el nº 25 de la calle B. de «El A.» si bien era su madre, M. M. S. quien con autorización y consentimiento de aquéllos concertaba sus arrendamientos y percibía las rentas correspondientes así a través de su conocida la también procesada L. P. A., mayor de edad y sin antecedentes penales, y quien se dedicaba, en el A., a poner en contacto a propietarios de viviendas con personas interesadas en su alquiler, con el conocimiento y pleno consentimiento de aquéllos, actuando L. como mandataria verbal de la misma, alquiló a principios de 1976 y de modo verbal, el apartamento 4º C del citado edificio a F. M. O. quien desde tal momento, lo ocupó como auténtico inquilino pagando, al inicio del contrato, 5.500 pesetas mensuales de renta y 100 pesetas mensuales por consumo de agua, hasta que en Diciembre de 1.977 el alquiler subió a 6.500 pesetas mensuales, en uno de Junio de 1.979 a 8.000 pesetas por mes y en uno de Enero de 1.981 a 9.500 pesetas mensuales cobrando la renta, cada mes, L. quien extendía los correspondientes recibos, por sí o por persona que actuaba a sus órdenes, recibos que obran en los folios 30 al 86 del sumario y apareciendo en los de los folios 50, 52, 53 y 72 como propietaria del inmueble M. M. y quedándose L. con 500 pesetas mensuales a cambio de cobrar el alquiler, extender los recibos y entregar las rentas a la madre de la propietaria del referido apartamento; del mismo modo con conocimiento y consentimiento de las personas indicadas e igualmente a través de L. P. A., que actuaba como mandataria verbal, de M. M. S., madre del propietario del apartamento 2º A del edificio de constante referencia se alquiló, el 3 de Noviembre de 1.978, el referido apartamento, y de modo verbal, a L. G. G. quien en dicha fecha, dejó 2.000 pesetas a depósito, ocupó el apartamento y empezó a pagar el alquiler mensual a razón de 8.000 pesetas más gastos de agua y comunidad, y siguió con la misma renta en 1.978 y 1979, aumentándose a 9.000 pesetas el 1º de Enero de 1.980 y a 9.500 en la última época, cobrando la renta, cada mes, L. quien extendía los correspondientes recibos, por sí o por persona que actuaba a sus órdenes, recibos que obran en los folios 3 al 37 del

sumario y apareciendo en los de los folios 16 y 17 como propietaria del inmueble M. M. y quedándose L. con 500 pesetas mensuales a cambio de cobrar el alquiler, extender los recibos y entregar las rentas al propietario del apartamento. Así las cosas y continuando subsistentes los aludidos contratos de arrendamiento verbales a fines de 1.980 y principios de 1.981 M. M. S., en alguna ocasión acompañada de su hijo, el procesado G. B. M., visitó a F. M. G. pretendiendo subirle el alquiler de 9.500 a 25.000 pesetas y realizó similar visita a L. G. G. con la pretensión de subirle el alquiler de 9.500 pesetas a 20.000 pretensiones a las que ambos inquilinos se negaron por encontrar que los aumentos eran excesivos. Ante tales negativas y con el ánimo de obtener el desalojo judicial de los inquilinos F. M. O y L. G. G. los procesados M. y G. B. M. firmaron, respectivamente, con la procesada L. P. A. y en la misma fecha los documentos fechados el 1 de Octubre de 1.973 —obranse al folio 161— y el 1 de Septiembre de 1.974 —folio 111— en los que pese a conocer todos ellos las realidades ya expuestas, pese a no haber residido jamás en los apartamentos L. P. A. y con el ánimo indicado hicieron constar en los mismos, plenamente de acuerdo, que los repetidos apartamentos se alquilaban a L. P. A. con muebles por 11 meses, por el precio de 66.000 pesetas por temporada pagaderas por mensualidades adelantadas a razón de 6.000 pesetas cada mes y con la prohibición expresa de ceder o subarrendar en todo o en parte la vivienda o sus muebles y de introducir modificación alguna en la misma, estipulando que el consumo de agua, electricidad y demás serían a cuenta del arrendatario y comprometiéndose éste a dejar un depósito de 2.000 pesetas. Una vez obtenidos los indicados documentos M. y G. B. M. los pusieron en poder de su letrado J. R. V., que es pariente de los mismos, y comparecieron, el día 6 de Mayo de 1.981, ante notario con el fin de otorgar poder para pleitos, haciéndolo M. en la notaría del Sr. C. S. y otorgado poder en favor de diversos Procuradores y del Letrado citado y efectuando G. en la Notaría del Sr. A. C. S.; en uso de tal documentación el referido letrado redactó dos demandas similares dirigidas contra L. P. A. las cuales fueron presentadas a reparto por el Procurador Sr. B. R. correspondiendo, la presentada por M., al Juzgado de Distrito nº 3 de esta ciudad y tramitándose con el nº 404 de 1.981 y la presentada por G. al Juzgado de Distrito nº 4, en las cuales y fundándolas en tales documentos se solicitaba el desahucio de L. P. A. en su calidad de inquilina de los apartamentos de constante referencia en base a un imaginario subarriendo por ella efectuado pese a la prohibición expresa existente en los documentos citados creados en el modo y forma y con la finalidad ya descrita; L. P. A. compareció en ambos expedientes, asistida por su abogado F. LL. P., y transigió ambos pleitos reconociendo haberlos subarrendado sin autorización de los autores, dándose por resuelto el contrato de arrendamiento y dándose por apercibida de lanzamiento estipulándose que el pago de las costas y de los gastos de ejecución, si se tuvieran que realizar, correrían a cargo de la parte actora; realizando tales afirmaciones pese a constarle que la realidad de las cosas era que jamás ella había sido inquilina de los actores; de este modo los hermanos M. y G. B. M. obtuvieron de los respectivos Juzgados de Distrito sendos apercibimientos de lanzamiento a los ocupantes, siéndole notificado a D. L. G. G. el día 12 de Febrero de 1.982 y a Doña F. S. el 22 de Enero del mismo año siendo éstos los precisos momentos en que L. G. G. y F. M. O. se enteraron de la existencia de los referidos juicios de desahucio sin haber tenido, hasta tales instantes, posibilidades legales de defensa y no habiéndose ejecutado las órdenes acordadas en virtud de la interposición, por aquéllos, de la querrela origen del presente sumario.

2º.- RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de falsedad en documentos privados de los artículos 306 en relación con el 302 nº 4 del Código Penal del que conceptuó autores a los procesados G. y M. B. M. y L. P. A. sin la concurrencia

de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquéllos las penas, respectivas, de 5 meses y un día de prisión menor, accesorias del artículo 47 e indemnización de 150.000 pesetas a los perjudicados con declaración de la nulidad de los contratos ficticios de 1 de Septiembre de 1.974 y 1 de Octubre de 1.973 y costas.

3^{ra}.- RESULTANDO: Que la acusación particular en igual trámite concordó las conclusiones del Ministerio Fiscal, entendiendo que deben incluirse en las costas las correspondientes a la acusación particular y solicitando, por otro, la declaración de la nulidad de los contratos ficticios de 1 de Septiembre de 1.974, y 1 de Octubre de 1.973, fijando como cantidad a abonar en concepto de responsabilidad civil la de 150.000 pesetas.

4^a RESULTANDO: Que la defensa de los procesados G. y M. B. M. luego de narrar, a su modo, los hechos negó las conclusiones del Ministerio Fiscal y acusación particular solicitando la libre absolución de los hermanos G. y M. B. M. y que se declare la autenticidad de los documentos tratados de falsos, al margen de su efectividad o no frente a terceros, con todos los pronunciamientos favorables.

5^o.- RESULTANDO: Que la defensa de la procesada L. P. A. luego de negar las conclusiones 1^a, 2^a, 3^a y 5^a del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular y de concordar la 4^a, solicitó la libre absolución de su patrocinada.

1^{er}.- CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados-determinados por la apreciación en conciencia, según el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con independencia, artículo 117 de la Constitución Española, de la prueba practicada en el acto del juicio oral a la que ha de unirse la totalidad de los folios sumariales al haber sido aportados, tanto por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular cuanto por las defensas, como prueba documental en el acto del juicio oral en técnica no sólo autorizada sino también utilizada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo entre las que pueden citarse las de 18 de Noviembre de 1.984 y 16 de Febrero, 26 de Mayo, 11 de Octubre y 15 de Diciembre de 1.984 —son legalmente constitutivos— dejando aparte otra posible calificación más grave subsumible en el artículo 303 del Código Penal en virtud de reiterada jurisprudencia según la que son documentos «oficiales» los «privados» en cuanto se incorporan a un expediente oficial donde hará el surtir efecto, vide S.T.S. de 25 de Enero de 1.984, por vedar aquella calificación el principio acusatorio que rige, incuestionable, en el ordenamiento procesal penal—constituyen, decíamos, un delito de falsificación de documento privado del artículo 306 del Código Penal en relación con el artículo 302-4^o del mismo cuerpo legal ya que los procesados en los documentos de fecha 1 de Septiembre de 1.974 y 1 de Octubre de 1.973 no sólo, como hemos dicho, «faltaron a la verdad en la narración de los hechos» al desconocer el carácter de inquilinos que, en la realidad de las cosas, tenían L. G. G. y F. M. O. sino que hicieron constar en los mismos hechos totalmente contrarios a aquella realidad y todo ello realizado en el ánimo de, por medio de aquéllos, causarles perjuicio con lo que se da en el presente caso no sólo el elemento «objetivo» del delito —ha de destacarse, además, que son trascendentales los extremos irreales contenidos en los documentos de constante referencia— sino también el elemento «intencional» y «subjetivo» siendo unánime la doctrina jurisprudencial —recogida en la S.T.S. de 24 de Noviembre de 1.984 y en las en ellas citadas— según la que no es preciso, para la perfección del delito, la acusación de un perjuicio «determinado y real que puede o no darse, bastando la actividad dinámica tendencial y finalista del animus laedendi».

2º CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados G. y M. B. M. y L. P. A. por haber tomado parte directa en la ejecución del hecho —artículo 14-1º del Código Penal—.

3º.- CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que a la vista de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal y de todos los matices del caso se estiman sanciones adecuadas al castigo de las infracciones de las que se dirán en la parte dispositiva de esta resolución, sin que, por otra parte, existan motivos para hacer uso de la facultad concedida a los tribunales por el artículo 318 del Código Penal.

4º.- CONSIDERANDO: Que habiéndose solicitado, por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Particular, la declaración de nulidad de los contratos de constante referencia, procede hacer tal declaración en aplicación de la doctrina contenida en las S.S.T.S. de 25 de Mayo de 1.983 y 2 de Noviembre de 1.981 ya que, en nuestro caso, es falso el contenido de los mismos teniendo los Tribunales de lo penal ineludible obligación de hacerlo con el fin, como dice la primera sentencia mencionada, de «restablecer el orden jurídico lícitamente alterado».

5º.- CONSIDERANDO: Que no procede acceder a la petición realizada por las acusaciones, relativa a 150.000 pesetas de responsabilidad civil al no haberse especificado debidamente el concepto en que se solicita tan concreta cifra.

6º.- CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito vienen además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley en las que se incluirán las de la Acusación Particular en virtud de la doctrina establecida en la S.T.S. de 2 de Enero de 1.984 debiendo satisfacer, cada uno de los procesados, el 33,33 por ciento de las costas causadas.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados G. B. M., M. B. M. y L. P. A. en concepto de autores responsables de un delito de falsificación de documentos privados de los artículos 306 y 302 nº 4 del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena, para cada uno de ellos, de seis meses y un día de prisión menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas satisfaciendo, cada uno de ellos, el 33'33 por ciento de las causadas. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultando en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Declaramos la nulidad de los contratos fechados el 1 de Octubre de 1.973 y 1 de Septiembre de 1.974 obrantes, respectivamente, en los folios 161 y 111 del sumario. (Ponente: A. F. Capó Delgado).

295

295. **HOMICIDIO.** Frustración. *Sentencia de 13 de Junio de 1.985.*

1º.- RESULTANDO probado y así se declara expresamente que a eso de las 2'00 horas del día 8 de Agosto de 1.980 y cuando se encontraban en las proximidades del restaurante S. T., de esta ciudad de Ibiza, el procesado J. Mº G. N. y H. M. P. S., se entabló una discusión entre los mismos, tras la cual, J. Mº, esgrimiendo una navaja que llevaba, le dio una puñalada, con ánimo de causarle la muerte, en el décimo espacio intercorsal izquierdo que llegó a interesarle el pulmón y el hígado, cayendo el lesionado al suelo y huyendo el agresor y, como pasase por dicho sitio un taxi, se subió al mismo el lesionado y siendo trasladado a la Residencia de la Seguridad Social que diagnosticó la naturaleza de la lesión como «Herida penetrante por arma blanca en parrilla costal izquierda y de pronóstico grave, salvo complicaciones» y, según dictamen médico forense, las heridas fueron producidas clavando la navaja con «bastante energía como para interesar tan vitales partes del cuerpo, haciéndose precisas intervenciones cruentas en aquellos órganos», antes referidos, sin las cuales la vida del herido habría corrido extremo peligro, de no haberse producido, además, con urgencia tal intervención. Entre procesado y perjudicado había habido con alguna anterioridad diferencias a propósito de una embarcación del perjudicado y de la presencia de J. Mº en un bar de H..

El lesionado curó a los 48 días necesitando de asistencia facultativa constante y estando impedido para sus ocupaciones habituales durante dicho tiempo, sin que le quedase defecto ni deformidad alguna.

El procesado estuvo privado de libertad por razón de esta causa desde el día 17 de noviembre al 4 de diciembre de 1.982, en que fue puesto en libertad bajo fianza de 50.000 ptas.

2º.- RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos del delito de homicidio en grado de frustración del art. 407 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. Mº G. N. sin la concurrencia de circunstancias modificativas por lo que solicitó contra aquél la pena de seis años y un día de prisión mayor accesoria del artº. 47 e indemnización de 96.000 ptas. al perjudicado H. M. P. y costas.

3º.- RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite solicita la libre absolución de su defendido por estimar que el mismo no había cometido ninguna agresión al denunciante-perjudicado.

1º.- CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados, integran un delito de homicidio en grado de frustración, previsto y penado en los arts. 407 y 3, párrafo segundo y 51 del Código Penal; ya que el propósito o ánimo homicida del agresor se deduce, de acuerdo con el constante criterio de la doctrina legal que aborda

la discutida diferencia de dicha figura penal del delito consumado de lesiones, del arma empleada y, en relación directísima con ello, de la parte del cuerpo vulnerada, según sean las partes u órganos más o menos vitales, a estos particulares efectos y no cabe la menor duda que el pulmón y el hígado, atravesados por una navaja, con indudable energía, como revela el dictamen forense, representan cualificadamente el *animus necandi* descrito y no un mero *animus laedendi*, a cuyos datos de evidencia, han de acumularse las diferencias entre ellos ya surgidas con anterioridad a los hechos de autos, puestas bien de manifiesto incluso en el juicio oral, en el que el perjudicado dio amplia referencia a vejatorias situaciones protagonizadas por este procesado al que aquí se enjuicia, quien, aparte de inquietarle en el bar de H. en fecha distinta, a presencia de testigos, de todo lo cual nunca quiso dar cuenta, mostró, todavía en la actualidad, cierta inquietud por amenazas que dijo estar recibiendo por las posibles consecuencias de este proceso y sobre las cuales se deducirá el oportuno testimonio a los efectos que pudieran corresponder y sin que puedan aceptarse las argumentaciones de la defensa construidas sobre la base de absoluta negación de los hechos por parte del acusado y que pretender soportarse sobre la base de la imposible identificación del agresor por la oscuridad de la noche y lejanía del sitio de autos de toda zona con la suficiente luz que pudiera permitirlo, cuando ha sido el agredido quien dando toda clase de referencias a los antecedentes de estos hechos y a la circunstancia de lo ocurrido, facilitó, desde el primer momento, los datos del culpable.

2º.- **CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. Mº G. N. por la participación voluntaria y directa del mismo en tal conducta homicida imperfecta -art. 14-1º- en la que aparecen todos los actos ejecutivos del respectivo delito, sin que el resultado final típico llegase a producirse -elemento objetivo- por causas independientes de la voluntad resuelta del agente y que comporta la aplicación de la pena inferior en grado a la aplicable al delito consumado.

3º.- **CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal, por lo que este Tribunal, con base en el art. 61-4º del Código Penal aplicará la pena en el grado y extensión que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución.

4º.- **CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61-4º-101-102-103-104-109 y además 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. M. G. N. en concepto de autor responsable de un delito de homicidio frustrado sin la concurrencia de circunstancia modificativa alguna de la responsabilidad criminal a una pena de seis años y un día de prisión mayor a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante la condena y a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido H. P. S. la suma de 96.000 ptas. por los días que estuvo incapacitado para sus ocupaciones 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 insolventes a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Dedúzcase testimonio de la presente resolución y del acta del juicio para remitir al Decano por delito de amenazas. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

307

307. FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL. Creación de letras de cambio simulando su autenticidad. **ESTAFA.** Elementos. *Sentencia de 15 de Junio de 1.985 (2ª).*

1º RESULTANDO: probado y así se declara expresamente que el procesado J. F. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con sus padres J. F. C. y M. S. O. abrió, el 27 de Junio de 1977 la cuenta corriente, indistinta nº 1321001 en el Banco C., sucursal de Palma de Mallorca, y desde entonces tuvo relaciones comerciales con dicha entidad entre las que se encontraba el descuento de letras ocurriendo que, en Enero de 1.985, y con el fin de obtener dinero para sí del Banco C. entregó al mismo para sus descuento 9 letras de cambio —que no estaban respaldadas por operación comercial alguna— confeccionadas por el procesado y firmadas por su padre como librador —el cual ignoraba el origen de las mismas y su finalidad y quién firmaba lo que le presentaba su hijo— en las que aparecían, en calidad de librador, personas que nada debían al procesado o a su padre, obteniendo así del Banco C. la suma de 982.793 pesetas que fueron ingresadas por éste en la indicada cuenta y que el procesado se quedó con ánimo de propio beneficio económico y efectuando el Banco mencionado la operación en razón de la normalidad con que, hasta entonces, se había desarrollado las relaciones mutuas. Las letras, que contenían todas la cláusula «sin gastos», y pagaderas a la orden del Banco C. S.A. y con valor recibido, son las siguientes: 1ª) OD 7229376 expedida en C. el 27 de Enero de 1.981, por un importe de 122.656 pesetas, con vencimiento a 30 de Marzo de 1.981 en la que figura como librado D. F. R. C., con domicilio en la calle R. nº 18-3º A de Son F.; 2ª) nº OD 7229367 expedida en el mismo lugar y día y con idéntico vencimiento y librado siendo su importe de 125.000 pesetas; 3ª) nº OD 7229366 expedida en C. el día 9 de Enero de 1.981, por importe de 125.000 pesetas y siendo idéntica a las anteriores los restantes datos; 4ª) nº OG 8829774, expedida en C. el 9 de Enero de 1.981, con vencimiento el 30 de Marzo de 1.981, por un importe de 57.663 pesetas y apareciendo como librado «Tienda C.» con domicilio en Galerías P. M., local 17, de Palma; 5ª) nº OD 7229365 expedida en C. el 27 de Enero de 1.981 con vencimiento el 30 de Marzo de 1.981 y por importe de 125.000 pesetas con idéntico librado que la anterior; 6ª) nº OD 7229364 con idénticos datos, importe y librado que la anterior; 7ª) nº OG 8829773 expedida en C. de 9 de Enero de 1.981, con vencimiento el 30 de Marzo de 1.981, por importe de 52.474 pesetas y apareciendo como librado «Calzados R.» con domicilio en Avenida M. s.n. de M. 8ª) nº OD 7229369 con idénticos

datos que la anterior salvo el importe, que es de 125.000 pesetas; 9^o) n^o OD 7229368, con idénticos datos que la anterior. Ninguno de los librados aceptó las letras y desconocían su existencia hasta que el Banco C. S.A. intentó que se las pagaran, a lo que se negaron por lo dicho y no satisfaciéndolas, tampoco, el procesado pese haber recibido su importe del Banco. El Banco C. S.A. descuenta letras, según sus usos, en atención a la garantía y confianza que le merecen los libradores de las mismas sin tener en consideración la personalidad de los librados.

2^o RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 303 en relación con el 302-9 del Código Penal y un delito de estafa, del artículo 528 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. F. S. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de un año y un día de prisión menor y 100.000 de multa con 100 días de arresto sustitutorio en caso de impago por el primer delito y cuatro meses de arresto mayor por el segundo accesorias del artículo 47 e indemnización de 982.793 pesetas al perjudicado Banco C. S.A., cantidad a la que se añadirá a partir de la fecha de la sentencia los intereses establecidos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y costas.

3^o RESULTANDO: Que la acusación particular en igual trámite concordó íntegramente la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal.

4^o RESULTANDO: Que la defensa del procesado en su conclusión 1^o dijo «Negado en la forma que se relacionan los hechos. D. J. F. S., mayor de edad y sin antecedentes penales, obtuvo en Enero de 1.981 del Banco C. S.A. —con el cual ya trabajaba desde el año 1.977— el descuento de nueve cambiales; tres a librados todos ellos conocidos por la entidad bancaria por anteriores operaciones. Llegados los vencimientos de dichas cambiales no fueron satisfechas por aquéllos; por lo que Banco C. procedió a incluir dichas sumas en la lista de acreedores de la suspensión de Pagos y posterior quiebra del ahora procesado», negando las restantes del Ministerio Fiscal por lo que solicitó la libre absolución de su patrocinado.

1^o CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de: A) un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 303 en relación con el artículo 302-9 del Código Penal ya que: 1^o) las letras de cambio están consideradas expresamente como «documentos mercantiles» en el artículo 303 del Código Penal. 2^o) el procesado al crear las letras hizo constar en ellas datos necesarios y suficientes para hacer creer que eran auténticas por lo que «simuló un documento» en el sentido tipificado con el n^o 9 del artículo 302 del Código Penal; 3^o) los datos consignados en las mismas fueron suficientes para que la entidad querellante las descontara ya que ha quedado acreditado que tales operaciones las realiza el Banco C. atendiendo a la garantía y confianza que le merecen los libradores y con total independencia de quienes sean los librados, lo que explica que en un caso como el presente —en el que las letras no estaban siquiera aceptadas por los librados— las descontara; B) Un delito de estafa del artículo 528 del Código Penal por cuanto: 1^o) El procesado organizó la «maquinación insidiosa» descrita en el primer resultando de esta resolución consistente en «crear», sin respaldo efectivo alguno, las 9 letras de cambio, mencionadas las cuales unidas a la larga relación comercial entre el procesado y el Banco C. S.A. hicieron ver a aquél que sería un medio totalmente idóneo para «engañar» al Banco y obtener el fin perseguido: dinero para utilizar en propio beneficio; 2^o) Se produjo un traspaso patrimonial de

982.793 pesetas del Banco al procesado, resultando perjudicado aquél en dicha concreta suma; 3º) Es inequívoca la relación de casualidad entre el descrito engaño y el traspaso patrimonial realizado: basta pensar que si el procesado no hubiera gozado de la confianza del Banco y no hubiesen mediado las cambiales de constante referencia el traspaso no se hubiera producido; 4º) Es igualmente evidente la «repudiación que el ente social hace de la conducta llevada a cabo por el agente de la infracción criminal» —en palabras de la S.T.S. de 16 de Enero de 1.984— debiéndose destacar, por último, que en el caso de autos ha de pensarse por separado ambos delitos en aplicación de la técnica usada, entre otras muchas, por la S.T.S. del 14-11-1.980.

2º CONSIDERANDO: Que es responsable J.F.S. criminalmente en concepto de autos por haber tomado parte directa en la ejecución de los hechos —artículo 14-1º del Código Penal—.

3º CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por la que vistos los preceptos penales infringidos, lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal y todos los matices del caso se estiman sanciones suficientes al castigo de las infracciones las que se dirán en la parte dispositiva de esta resolución, entendiéndose que no ha lugar a utilizar la facultad concedida al Tribunal por el artículo 318 del Código Penal en relación al delito de falsedad al no darse, en el presente caso, los presupuestos para su utilización.

4º 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 incluyéndose en el presente caso —en aplicación de la doctrina contenida en la S.T.S. de 2 de Enero de 1.984— las del acusador particular.

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. F. S. en concepto de autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 303 en relación con el 302-9 del Código Penal y de un delito de estafa del artículo 528 del mismo cuerpo legal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a las penas, por el primer delito mencionado de un año de prisión menor y multa de 100.000 pesetas con la responsabilidad personal subsidiaria a razón de un día por cada 1.000 pesetas o fracción dejada de abonar y a la pena, por el delito de estafa, de cuatro meses de arresto mayor y a las accesorias —de ambas penas privativas de libertad— de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena ya que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido BANCO C. S.A., la suma de 982.793 pesetas, cantidad que devengará los intereses del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al pago de costas incluidas las del acusador particular. 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.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: A. F. Capó Delgado).

INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. Art. 364-2º. Elementos **HURTO**. Requisitos. Agravante de prevalimiento del carácter público de su función. *Sentencia de 18 de Julio de 1.985 (2ª).*

1ª.- RESULTANDO probado y así se declara expresamente que el procesado P. S. M. mayor de edad y sin antecedentes penales funcionario de correos con la categoría de Auxiliar de Clasificación y Reparto A-13-T.C.-28.220- adscrito a la Unidad de Reparto de Palma de Mallorca tenía asignada la clasificación y el reparto del Distrito 10, sector, de esta ciudad en el que se encuentran las calles A. J. M. M., A. O. G. del 1/2 al 11/10, A. L. L. E., A. O. F., B. del 59/56 al final, D. A. del 33/24 al final, F. R. C., G. R. del 21/46 al 61/74, G. S. M., J. A. V., M. J. J., R. F. S., S. J. del 21/16 al final, S. A. C., S. B. R., S. S. A. del 1/2 al 11/6, T. O. B., T. de J., V. de M., V. de J. hasta C. M. y en lugar de, como tenía obligación, repartir y entregar las cartas a sus destinatarios, salvo no poder hacerlo por no encontrar al destinatario o por falta de tiempo y en vez de, en este último caso, devolver la correspondencia a la Central de Correos para proceder a su reparto al día siguiente, desde 1.983 y hasta su detención -acacida el 30 de enero de 1.985- realizó los hechos siguientes: A) Abrió cartas no sólo correspondientes a los distritos que tenía asignados sino de otros S. P., I., C. M. y la B. consiguiendo estas últimas al cogerlas, mientras realizaba su tarea de clasificación, de la mesa de distribución y con ánimo de propio beneficio económico se apoderó de dinero y efectos que se encontraban en el interior de las mismas obteniendo, así, hasta la suma de 50.000 pesetas apoderándose, entre otros objetos de: 1º) 100 marcos finlandeses, 2.700 pesetas al cambio, pertenecientes al ciudadano Finlandés E. M.; 2º) 10.000 pesetas en sellos, usados y nuevos, del Reino de Noruega, pertenecientes al ciudadano de dicho país P. K. W.; 3º) 4.000 pesetas al ciudadano británico S. A. O.; 4º) un billete de avión a los Estados Unidos de América con un valor de 700 dólares, del ciudadano británico L. G., ignorándose si éste pudo canjearlo por otro al no constar que se hubiera utilizado; 5º) cinco billetes de la Lotería Nacional de distintos números y sorteos; 6º) dos billetes de 20 libras cada uno; 7º) un billete de 10 coronas suecas; 8º) 1975 pesetas en sellos de correos, españoles, nuevos; 9º) gran cantidad de sellos recortados de cartas; 10º) fotografías de distintas personas y de todo tipo; 11º) cuatro tarjetas de crédito de distintas entidades bancarias y a nombre de distintas personas; siendo recuperados los objetos detallados en los números 5º) y 8º) en poder del procesado en el momento de ser detenido y los relacionados en los números 9º) y 11º) en las guanteras del coche del procesado, marca Ford, modelo Fiesta, matrícula PM-8557-I; B) Hizo desaparecer la correspondencia que había abierto arrojándola a contenedores de basura y así: 1º) el día 18 de enero de 1.985 el empleado de E. L. G. G., descubrió parte de la misma en el contenedor de basura sito en la Plaza de P., esquina G. S. M., entregándolo a miembros de la Policía Judicial; 2º) En el mismo lugar y por la misma persona fue descubierto, el día 22 de enero de 1.985, otro lote de correspondencia abierta; 3º) El día 30 de enero de 1.985, instantes antes de su detención por los inspectores de Policía nº 11.827 y 11.843 y viendo éstos la operación arrojó en el contenedor de basura sito en la calle S. J. esquina calle V. V. un paquete conteniendo unas 200 cartas abiertas, algunas de ellas rotas por la mitad; C) Dejó de repartir y guardó en los lugares que se dirán los objetos que, a continuación se detallan: a) En el interior del vehículo marca Ford, modelo Fiesta, propiedad del

procesado y en sus guanteras: 1º) 5 cartas certificadas cerradas, 2º) un envío postal de libros a la dirección c/ G. R. 50; b) en el maletero del vehículo y dentro de una saca de correos de España: 1º) un paquete conteniendo un número indeterminado de cartas abiertas correspondientes al mes de noviembre de 1.984; 2º) 3 paquetes de envíos postales cerrados, del mes de noviembre de 1.984; 3º) 3 paquetes de envíos postales, cerrados, del mes de diciembre de 1.984; 4º) un paquete envíos postales, cerrados, en los meses de diciembre de 1.984 y enero de 1.985; 5º) 2 paquetes de envíos postales, cerrados, del mes de enero de 1.985; c) en el doble fondo del portaequipajes del vehículo de constante referencia lugar destiando normalmente a habitáculo de la rueda de repuesto: 1º) un paquete de envíos postales, cerrados, del mes de mayo de 1.984; 2º) 5 paquetes de envíos postales, cerrados, del mes de junio de 1.984; 3º) 2 paquetes de envío postales, abiertos, de los meses de julio y Agosto de 1.984; 4º) 8 paquetes de envíos postales, abiertos, del mes de agosto de 1.984; 5º) un paquete postal, cerrado, del mes de agosto de 1.984 con un contenido indeterminado de cartas; 6º) un paquete de cartas certificadas, cerradas, del mes de diciembre de 1.984; 7º) 2 paquetes de envíos postales, cerrados, del mes de enero de 1.985; 8º) un paquete de envío de libros a la dirección calle F. A. V., 4-A-5º-E; 9º) un paquete de envío de libros, abierto, a la dirección Travesía de J., 4º-2º; 10) un paquete de envío de libros cerrado a la dirección A. F., 28-4º C; 11) un paquete, sin franquicia ni scillo, remitido a Francia desde la dirección c/ C. F. R.; d) en el domicilio del procesado, sito en la calle G. nº 76-1º, en donde se efectuó registro por la Policía con autorización expresa del procesado: 1º) 2 paquetes de envíos postales cerrados del mes de diciembre de 1.983; 2º) un paquete de envíos postales, cerrado, de los meses de diciembre de 1.983 y enero de 1.984; 3º) un paquete de envíos postales, cerrado, del mes de enero de 1.984; 4º) 2 paquetes de envíos postales, cerrados del mes de octubre de 1.984; 5º) un paquete de envíos postales, abierto, del mes de octubre de 1.984; 6º) 7 paquetes de envíos postales, cerrados, del mes de noviembre de 1.984; 7º) 2 paquetes de envíos postales, cerrados, de diciembre de 1.983; 8º) una caja de cartón, envío certificado, de Octubre de 1.984, conteniendo bisutería diversa y dirigido al establecimiento I. 9º) Una caja de cartón, sin sellos, conteniendo efectos para maquillaje; 10) una caja de cartón conteniendo relojes, pendientes y pulsera de bisutería, con sellos montados en fecha de abril de 1.983; 11º) una caja de cartón conteniendo ceniceros y portaretratos de bisutería; 12º) un sobre conteniendo 118 participaciones de la Lotería del sorteo Extraordinario de Navidad del año 1.984, de distintos puntos de España; 13º) un sobre conteniendo 18 participaciones de Lotería del sorteo extraordinario del Niño de 1.985 procedentes de distintos puntos del país; 14º) dos sacas del servicio de Correos de España. El volumen total intervenido alcanza los 5.200 envíos entre los que hay una cantidad no inferior a las 2.500 cartas de éstos fueron presentados en el Juzgado Instructor, por la Policía, 39 cartas certificadas y 12.800 kilogramos de impresos que, el día 11 de febrero de 1.985, fueron entregados por el Juzgado a Don M. M. S. Subdirector de reparto del Servicio de Correos y asimismo presentaron 1808 cartas cerradas que fueron entregadas el mismo día a idéntico funcionario hallándose, dichas entregas, relacionadas en los folios 32 y 109 del sumario. El juzgado instructor devolvió 369 cartas a otros tantos destinatarios y entregó, el día 27 de marzo de 1.985, a Don F. M. V., Subdirector de Seguridad y de servicios de correos, 304 cartas abiertas-detalladas en los folios 617 al 641- con el fin de que por dicho servicio se hagan llegar a su destinatario o, en su caso, al remitente. La Administración de Correos ha incoado diligencia administrativa al procesado y le ha suspendido provisionalmente en sus funciones.

2º.- RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de infidelidad en la custodia de documentos, del artículo 364-1º del Código Penal y un delito de hurto

del artículo 514 y 515-1º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado P. S. M. con la concurrencia de la agravante n° 10 del artículo 10 en relación con el segundo delito por lo que solicitó contra aquél la pena de 6 años y un día de prisión mayor, 50.000 pesetas de multa y 7 años de inhabilitación especial para el primer delito y 4 meses de arresto mayor para el segundo accesorias del artículo 47 e indemnización de 2.700 pesetas al perjudicado E. M.; 10.000 pesetas a K. N.; 4.000 pesetas a S. A. O. y 100.000 pesetas a L. G. y costas.

3º.- RESULTANDO: Que la Abogacía del Estado en igual trámite se adhirió íntegramente al escrito de calificación del Ministerio Fiscal.

4º.- RESULTANDO Que la defensa del procesado en sus conclusiones definitivas estimó que el procesado es autor responsable de un delito del artículo 366 del Código Penal por tratarse de funcionario público que abriese sin la autorización competente papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviese confiada.

1º.- CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados -como sostiene el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado son legalmente constitutivos de un delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 364 del Código Penal y no del delito del artículo 366 del mismo cuerpo legal -como sostiene la defensa del procesado- ya que: 1º) se halla fuera de discusión la cualidad de funcionario público del procesado al serle de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal; 2º) el procesado no sólo sustrajo los envíos cartas referidos en el primer resultando sino que destruyó parte de los mismos arrojándolos a contenedores de basuras; 3º) P. S. M. también «ocultó», en los lugares indicados, objetos del mismo tipo enseñando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ocultar significa «...colocar al documento en el ámbito de custodia distinto al que fue confiado, impidiendo su utilización» y también «guardar, no entregar sensiblemente la presencia de los documentos o papeles, en el lugar a que estuvieren destinados, obstaculizando los efectos que le fueran propios» -S. T. S. 9 de diciembre de 1.970-; 4º) ante esta triple actividad -«sustracción», «destrucción», y «ocultación» de documentos- unos encontramos, en palabras de la S. T. S. de 6 de octubre de 1.965, ante el delito de infidelidad propiamente dicha, del artículo 364 del Código Penal; y no ante la infidelidad que se «desarrolla abriendo documentos cerrados sin la autorización competente-infidelidad impropia o delito de apertura-, sancionada en el artículo 366» y si bien es cierto que, precisamente, en tal sentencia condena a un cartero por el delito del artículo 366 ello se explica por ser los hechos totalmente distintos a los de autor ya que se dice, literalmente, que comete el delito del artículo 366» ...el cartero que abre las cartas a él confiadas para sustraer el dinero que contienen y luego las cierra y les da curso, según viene declarando esta Sala, porque el documento carta no es sustraído, ocultando ni distraído, sino simplemente quebrantado o abierto para apropiarse del dinero que contiene, delito fin que no puede embeber al otro ni variar su tipicidad para incluirla en el artículo 364, en cuanto el documento en su integridad siguió su destino, después de haber sido abierto, apertura que al ser sancionada expresamente en el citado artículo 366 no puede ser llevada al otro precepto».

2º.- CONSIDERANDO: Que es evidente que el delito del artículo 364 del Código Penal requiere, además de lo dicho hasta ahora, que de los hechos realizados resultase daño de tercero o de la causa pública distinguiéndose entre que se causare «grave daño de tercero o de la causa pública» -párrafo 1º- y que «no fuera grave el daño de tercero de

la casua pública» debiendo destacarse, en nuestro caso, lo siguiente: 1º) El Ministerio Fiscal, en su informe, dejó a la discreción de la Sala el determinar si el daño fuere o no grave en el presente caso, sin manifestar los motivos concretos que le habían incluido a calificar el hecho como incluido en el párrafo 1º del artículo 364 del Código Penal; 2º) El abogado del Estado, al informar, se limitó a destacar la gravedad, abstracta, que representa la conducta de todo funcionario infiel; 3º) El perjuicio causado a los terceros no puede calificarse de particularmente grave, si bien es indudable la presencia de un daño para todos aquéllos que habían depositado su confianza en el servicio de correos, que luego se vio defraudada, causándose los escasos perjuicios materiales descritos y los más importantes de índole moral consistentes en la destrucción y consiguiente no recepción de cartas enviadas, apertura de cartas o dilación en su recepción, e inconvenientes y molestias, de toda índole, inherentes a los hechos descritos; 4º) es evidente el daño causado al servicio de Correos «causa pública», en el sentido del artículo de constante referencia por «el desprestigio que supone y el escándalo que produce» en palabras de la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1.967- la realización de hechos como el descrito que dañan la fama del servicio frente a los ciudadanos pero, inmediatamente, ha de tenerse en cuenta que el servicio de Correos, como tal, jamás consintió la actuación aislada del procesado y que no tenía medios para descubrirlas por sí mismo ya que P. S. M., conocedor perfecto de los sistemas de control, sabía que era prácticamente imposible que se descubriera la sustracción y ocultación de la correspondencia no certificada; a todo lo que debe añadirse que no se produjo perjuicio para el erario público por lo que tanto el perjuicio económico y el moral causado a los terceros como el perjuicio moral causado al servicio de Correos han de estimarse como de los subsumibles en el párrafo 2º del artículo 364 del Código Penal.

3º.- CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados son, además, legalmente constitutivos de un delito de hurto del artículo 514 y 515-1º ya que hubo apoderamiento, por parte del procesado, de las cosas muebles ajenas indicadas sin emplear fuerza y contra la voluntad de sus dueños.

4º.- CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor de los indicados delitos el procesado por haber tomado parte directa en la ejecución de los hechos.

5º.- CONSIDERANDO: Que no es de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en relación con el delito del artículo 364-2º del Código Penal si bien teniendo en cuenta la gran cantidad de envíos postales sustraídos, destruidos y ocultados por el procesado, todos los matices del caso y lo dispuesto en el artículo 61-4º del Código Penal se estima adecuada la imposición de la pena en su grado medio; concurriendo, en el delito de hurto del artículo 514 y 515-1º la circunstancia agravante nº 10 del artículo ya que la función pública que desempeñaba el procesado fue puesta al servicio de su propósito criminal, facilitándole la realización de los hechos -S. T. S. 14 de febrero de 1.978- lo que determina, visto el artículo 61 del Código Penal, la imposición de la pena que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución.

6º.- CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente concediéndose las indemnizaciones solicitadas por el Ministerio Fiscal salvo la referente a L. G. al no saberse si el billete de avión para los Estados Unidos de Norteamérica fue o no utilizado por alguien y, por consiguiente, si pudo o no canjearlo por otro, viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-101-102-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal los 14 regla 3ª-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado P. S. M. del delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 364-1º del Código Penal, declarando de oficio las costas causadas y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 364-2º del Código Penal y de un delito de hurto del artículo 514 y 515-1º del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias en el primero y con la concurrencia de la circunstancia modificativa nº 10 del artículo 10 en el segundo a la pena por el primer delito de cuatro años, dos meses de prisión menor, 50.000 pesetas de multa, con responsabilidad personal subsidiaria a razón de un día por cada 1.000 pesetas o fracción dejada de abonar y 6 años y un día de inhabilitación especial para el cargo de cartero -auxiliar de clasificación y reparto- y otros análogos del servicio de correos y a la pena de cuatro meses de arresto mayor, por el segundo delito, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena a que por vía de indemnización abone al ofendido E. M. en 2.700 pesetas: P. K. W. en 10.000 pesetas y a S. A. O. en la suma de 4.000 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. Reclámese del instructor la pieza civil terminada conforme a derecho. (Ponente: A. F. Capó Delgado).

380

380. ESTUPRO DE PREVALIMIENTO.- CORRUPCION DE MENORES. Atenuante de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 18 de Julio de 1.985.**

1º.- RESULTANDO probado y así se declara expresamente: que el procesado, nacido el 21 de junio de 1.931, separado de su esposa, vivía solo en su domicilio I.C. nº 4, bajos de esta ciudad, trabó conocimiento y más tarde contrató los servicios como jornalera de la también procesada María G., de 30 años de edad, separada, con dos hijos, con un coeficiente intelectual bajo, que reduce a un límite inferior al normal sus facultades volitivas, teniendo un comportamiento sexual libre que le permite tener relaciones carnales en presencia de sus hijos menores sin el menor reparo y llegado el mes de junio de 1.984, su relación laboral con el otro procesado pasó al nivel de familiarización, permitiendo que éste hiciera a su hija, M.R.A., nacida el día 4 de marzo de 1.972, ----- objeto de tocamientos por partes íntimas de su cuerpo, en

diferentes ocasiones, durante las visitas que por su trabajo realizaba en el domicilio de B.P., quien aprovechó la ocasión que le ofreció su madre la procesada de mandar a la niña sola a su casa para tener acceso carnal con la misma, hecho que ocurrió un día no determinado del mes de agosto de 1.984 y de cuyo suceso tuvo conocimiento el otro hijo de la procesada que les sorprendió juntos desnudos en una misma cama, sin que ello motivara la natural reacción de la madre de impedir estuvieran solos el procesado y la menor.

2º. RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de estupro del art. 434 y otro de corrupción de menores del art. 452 bis b) 1º en relación con el 452 bis g) del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados B.P.C. del primero y M.G.A.C. del 2º sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por lo que solicita contra aquél la pena de cuatro años de prisión menor a B.P.C. y a la pena de seis años de prisión menor y multa de 100.000 ptas. e inhabilitación especial durante ocho años para M.G.A.C. accesorias del artículo correspondiente y costas.

3º.- RESULTANDO: Que la defensa de los procesados en igual trámite conforme a sus respectivas tesis que no hubo acceso carnal del procesado B.P. con la menor y que la madre M.G.A. no conocía aunque sospechaba de la conducta de aquél respecto a su hija solicitaron su libre absolución.

1º.- CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados son legalmente constitutivos para el procesado B.P.C. de un delito de estupro de prevalimiento del art. 434 del actual Código Penal, que resulta de sus propias manifestaciones prestadas ante el Juzgado de Instrucción, concordantes con el parte médico de 30 de agosto de 1.984, expresivo también con el informe forense de 30 de agosto que M.R.F. a la sazón con doce años y pocos meses había sido penetrada en vagina y de cuya autoría no ofrece duda, dadas las manifestaciones rotundas y reiteradas a la menor y de haber sido sorprendidos en la cama desnudos por el hermano menor de la víctima, cuya prevalimiento o abuso queda patente por la diferencia de edad 54 años el procesado por los dichos de la víctima, que por su situación económica mísera tenía que acudir en ocasiones sola, con el consentimiento o avenencia de su madre al domicilio de aquél, situación que aprovechó para llevar a cabo el acceso carnal que debe ser sancionado; igualmente para la procesada M.G.A.C. los hechos son legalmente constitutivos de un delito del art. 452 bis b) 1º del Código Penal que queda manifiesto por un comportamiento de una madre contrario a las reglas éticas mínimas, ya que en su vida viciosa recibiendo hombres en su casa para ejercicio de su prostitución no se recata de practicarlo en presencia de sus hijos y con su lenidad en su comportamiento pese a que decía tenía «dudas» y «sombras» sobre las intenciones del procesado sobre su hija de poseerla, la llevaba a su casa permitiéndole tocamientos lascivos, iban todos juntos a la playa con idénticas expansiones reprobables y por último la mandaba sola a su domicilio para que fuera presa fácil a los designios perversos de aquél, siguiendo por tanto un camino tendente a lograr la corrupción de su propia hija, conducta que encaja en el precepto antedicho.

2º.- CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados B.P.C. de un delito de estupro con prevalimiento y la procesada en concepto de autora de un delito de corrupción de menores.

3°.- CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante eximente incompleta de trastorno mental transitorio del art. 9°-1° en relación con el 8° 1° preceptos del Código Penal en la procesada M.G.A.C., que sin base patológica manifiesta, su informe psicológico revela aparte su analfabetismo un test de inteligencia de un coeficiente inferior al normal y una capacidad inferior al término medio en los límites de la debilidad mental (informe forense, folio 34 vto.) ello reglejado en su capacidad en cuanto concierne al comportamiento humano disminuye todo sentido crítico y le reduce su comportamiento volitivo a un nivel más bajo del normal y por ende también su responsabilidad criminal, al no sentir reproche, a su proceder en los actos como el que es objeto del presente juicio.

4°.- 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 3°-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados B.P.C. y M.G.A.C. en concepto de autores responsables de un delito de estupro de prevalimiento sin circunstancias modificativas de responsabilidad el primero de ellos y la segunda autora de un delito de corrupción de menores ésta con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de trastorno mental transitorio, a las siguientes penas: a B.P.C. la de cuatro años de prisión menor y a M.G.A.C. a la pena de ocho meses de prisión menor, multa de cincuenta mil pesetas y ocho años de inhabilitación especial para ambos procesados a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo y al pago de costas por mitad. 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 insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

C. INDICE ANALITICO

- Abandono de familia, 274.
 Abusos deshonestos, 339.
 Administración de Justicia, 239.
 Allanamiento de morada, 314.
 Apropiación indebida, 255, 266, 308, 321, 379.
 Atentado contra los agentes de la autoridad, 340, 384, 385.
- Cheque en descubierto, 251.
- Desacato a la Autoridad, 273.
- Encubrimiento, 236, 306.
 Escándalo público, 285.
 Estafa, 234, 270, 283, 325, 335, 370.
 Esturpo de prevalimiento, 380.
- Falsificación
 De Documento mercantil, 307, 345, 391.
 De Documentos privados, 284.
- Homicidio, 295, 364.
 Hurto, 268, 382, 393, 394.
- Imprudencia
 Con resultado de muerte, 354.
 Simple, 342.
 Temeraria con resultado de muerte, 290.
- Incendio, 249, 303, 355.
 Infidelidad en la custodia de documentos, 312.
- Injurias graves, 254.
- Lesiones, 247.
- Parricidio, 278.
- Quebrantamiento de condena, 317.
- Receptación, 242, 243, 252, 260, 269, 271, 281, 332, 350, 361, 369, 389, 392.
- Resistencia a los agentes de la Autoridad, 334, 346.
- Robo, 298, 304, 320.
 Con fuerza en las cosas, 230, 238, 240, 245, 246, 248, 253, 261, 262, 264, 275, 276, 277, 287, 289, 292, 293, 294, 296, 299, 300, 302, 305, 316, 318, 323, 324, 326, 328, 329, 333, 338, 341, 348, 349, 351, 352, 353, 360, 367, 368, 371, 374, 376, 388.
 Con intimidación, 258, 288, 297, 311, 313, 319, 322, 336, 356, 373, 377, 378, 383, 387.
 Con intimidación con resultado de homicidio frustrado, 381.
 Con intimidación y violencia, 286, 344, 362.
 Con violencia en las personas, 231, 233, 237, 244, 250, 265, 267, 279, 280, 282, 301, 331, 337, 347, 357, 358, 363, 365, 366, 372, 375, 390.

Salud Pública, 232, 235, 257, 272,
310, 315, 327, 343, 359.

Tenencia ilícita de armas, 309.

Usurpación de funciones, 241.

Utilización ilegítima de vehículo
de motor ajeno, 256, 263.

Violación, 259, 291, 330, 386.

**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.
- 2.- Oliver Araujo, J.,
El recurso de amparo,
Palma de Mallorca 1986.

SERIE ENSAYOS

- 1.- Losano, M.G.,
Introducción a la Informática jurídica,
Palma de Mallorca 1982.
- 2.- García Fernández, M.,
*La terminación del contrato de trabajo por
voluntad del trabajador,*
Palma de Mallorca 1983.
- 3.- Tapia Fernández, I.,
*Las condenas no pecuniarias (Sentencias de dar,
hacer o no hacer),*
Palma de Mallorca 1984.
- 4.- Urbina Tortella, S.,
Ética y Política en Luis Jiménez de Asua,
Palma de Mallorca 1984.
- 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 Lull
(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"