

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

13-1986



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

13-1986



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
Juan Mulet Perera
Bartolomé Sitjar Burguera

Secretarios

Joan Oliver Araujo
Francisco López Simó

Colaboran en este número

José Luis Alemany Pou
Departamento de Derecho público
Universidad de las Islas Baleares

Francisco Astarloa Villena
Departamento de Derecho público
Universidad de las Islas Baleares

Joan Oliver Araujo
Departamento de Derecho público
Universidad de las Islas Baleares

Antonio Pérez Ramos
Departamento de Derecho privado
Universidad de las Islas Baleares

Joan J. Queralt
Departamento de Derecho penal
Universidad autónoma de Barcelona

Isabel Tapia Fernández
Departamento de Derecho privado
Universidad de las Islas Baleares

Sebastián Urbina Tortella
Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de las Islas Baleares

Guillermo Vidal Andreu
Presidente de la Audiencia Provincial de Baleares



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

SUMARIO

ESTUDIOS	Págs.
José Luís Alemany Pou <i>La carrera administrativa en la nueva legislación sobre la función pública</i>	9
Joan Oliver Araujo <i>Las elecciones del Frente Popular en Baleares</i>	23
Antonio Pérez Ramos <i>Iglesia y Pueblo de Mallorca ante la supresión del Santo Oficio (1813-1814)</i>	61
Joan J. Queralt <i>Algunas consideraciones en torno al delito de detenciones ilegales (arts. 184, 186 y 194 CP)</i>	85
Sebastián Urbina <i>Consideraciones sobre la ética jurídica</i>	105
Guillermo Vidal <i>Lengua y Administración de justicia</i>	123
 NOTAS	
Francisco Astarloa Villena <i>Puntualizaciones en torno al Senado</i>	143
Isabel Tapia <i>Sobre el origen etimológico del término "IUS"</i>	149

BIBLIOGRAFIA

José M ^o González del Valle - Andrés C. Álvarez Cortina - Martín Camarero Suárez - María José Villa Robledo, <i>Compilación de Derecho Eclesiástico Español (1816-1986)</i> (Iván C. Ibán)	159
Antonio García Cuadrado, <i>El Gobierno por orden ministerial</i> (Joan Oliver Araujo)	164
Joan Oliver Araujo, <i>El recurso de amparo</i> (Andrés Ribas Maura)	166

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo contencioso administrativo	171
II. Sala de lo civil	217
III. Salas 1 ^a y 2 ^a de lo criminal	285

ESTUDIOS

*LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA NUEVA LEGISLACION SOBRE LA FUNCION PUBLICA **

JOSE LUIS ALEMANY POU

SUMARIO: I. Introducción. II. El acceso a la Función Pública. III. La carrera administrativa en el Derecho español: 1. Provisión de puestos de trabajo. 2. El grado personal. 3. Garantías del nivel de puestos de trabajo. 4. Fomento de la promoción. 5. Movilidad del funcionario entre las distintas administraciones. IV. Legislación autonómica y local. V. El conocimiento de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma por parte del funcionario.

I. INTRODUCCION

En un ciclo en el que como el presente se pretende abordar en profundidad toda la temática de la función pública, será obligado iniciarlo tratando de definir lo que es un funcionario público, o mejor dicho por qué ha de existir una diferencia de marco legal entre quienes, a cambio de un salario aportan su esfuerzo físico o intelectual a una Empresa, a aquellas personas que lo hacen a la Administración Pública. Han sido numerosas las doctrinas que han intentado justificar la coexistencia de la doble normativa, la del trabajador por cuenta ajena y la del funcionario, y sin que sea posible una intercomunicación entre las mismas, ni siquiera en la vía del derecho supletorio; muy esquemáticamente dichas posiciones doctrinales pueden sintetizarse así:

1. Teoría de la voluntad pública y de la voluntad privada: Que ha establecido que mientras el contrato de trabajo es fruto de la libre concurrencia de dos voluntades privadas en el objeto del pacto, en la rela-

(*) Conferencia pronunciada en Palma de Mallorca, el 22 de Septiembre de 1986 dentro de las Primeras Jornadas sobre la Función Pública.

ción administración-funcionario concurrirán una voluntad pública y una privada entre las cuales no se dará la situación de igualdad de nivel necesaria par cualquier tipo de convenio.

2. Teoría de la incoercibilidad del objeto de contrato. Que se mueve en la misma órbita que la anterior, al decir que la Administración no puede comercializar ni negociar el modo de dotar humanamente la prestación de los servicios públicos.

3. Teoría de la regulación por Ley de las condiciones de la función pública: Conocida también como la de la posición estatutaria del funcionario, quien al ingresar en la función pública simplemente se adhiere a un marco legal existente; de ahí la escasa trascendencia, por ejemplo, del tema de los derechos adquiridos en materia de funcionarios.

4. Teorías de los distintos regímenes jurídicos: o de carácter formal, que vienen a establecer que en materia de funcionarios no tiene porque haber diferencias respecto del régimen jurídico general de las administraciones públicas, (constituido esencialmente por los recursos administrativos, y en su caso, las impugnaciones de actos administrativos ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa), lo cual siempre sería diferenciable del régimen procesal de las relaciones de trabajo ante la Jurisdicción Laboral.

No obstante la línea ideológica expuesta, -claro reflejo de una concepción autoritaria del Estado-, está hoy en crisis, hecho al que han contribuido diversos factores; de un lado la entrada masiva de personal contratado laboralmente por la administración y en abierta cohabitación con el funcionario de carrera, ello junto a la existencia de "funcionarios contratados, interinos o de empleo" que vienen a romper el clásico esquema diferenciador de la función Pública; de otro lado se ha producido un evidente acercamiento entre la situación del funcionario, al que se le han reconocido derechos de marcado carácter laboral como son los de sindicación y huelga, y la de los trabajadores por cuenta ajena, (piénsese por ejemplo en las "oposiciones" para ingresar en una entidad bancaria). Otros autores han acudido incluso al campo ideológico y han expuesto sus críticas al doble sistema aludido indicando que el Estado no siempre ha protegido un interés público químicamente puro, sino que en numerosas ocasiones protege intereses claramente sectoriales (es el caso, por ejemplo, de las restricciones impuestas administrativamente a la importación) y por lo tanto no hay una justificación para negarse a la protección de los intereses del funcionariado, abogándose, incluso, por una abierta "laboralización de la Función Pública".

Llegado este momento cabrá preguntarnos cuál es el marco legal español regulador de la función pública, para lo cual obviamente el punto de arranque habrá de ser nuestra Constitución; (antes de entrar en su examen podremos establecer que en nuestro derecho positivo se conservará la línea diferenciadora entre el régimen legal del funcionario y el del trabajador por cuenta ajena, si bien quedará patente una clara aproximación entre ambos regímenes).

Respecto de nuestra Carta Magna llama la atención que pese a la importancia del tema de la función pública en nuestro país tan sólo se dedique abiertamente (el resto se trata de la distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales), al mismo un párrafo de un artículo, el 103.3, en el que se limite a trazar unas líneas maestras para la función pública: "La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones". Así pues será mandato constitucional:

1. El acceso a la función pública lo será en base a los principios de méritos y capacidad.
2. Se permite la sindicación "con peculiaridades" de los funcionarios públicos.
3. El desempeño de labores como funcionario puede ser declarado incompatible con la realización por el mismo sujeto de otro tipo de actividades.
4. La ley deberá garantizar la imparcialidad del funcionario en el desempeño de su cometido.

Quedaba claro que entre los preceptos que debía desarrollar la Constitución, se hacía necesaria una Ley sobre la Función Pública, necesidad que se agravaba por el hecho de que las Comunidades Autónomas iban asumiendo importantes competencias en la materia, hecho posibilitado por el art. 149.1.18 de la Constitución que reserva como competencia estatal exclusiva, únicamente "las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos".

El objetivo expresado ha quedado cubierto con la Ley de Bases de 2 de Agosto de 1984, Ley 30/84 de medidas para la reforma de la Función

Pública. Habrá que destacar que, como indica su nombre no es la Ley que por sí reforma la Función Pública, sino una Ley que la posibilita: "para la reforma".

La nueva Ley es muy breve, pues consta de treinta y tres artículos, y en una primera ojeada lo que más llama la atención son sus disposiciones adicionales en las que se efectúa una criba en profundidad, muy necesaria en la marañada de los Cuerpos de funcionarios del Estado. Tal espíritu se pone ya de manifiesto en su exposición de motivos: Se afronta, de otra parte, de una manera realista, el problema de la carrera administrativa, autorizando al Gobierno para reformar profundamente nuestra Función Pública, sus Cuerpos y Escalas, permitiendo su supresión, unificación o modificación y ordenando la realización de los estudios precisos par la clasificación de los puestos de trabajo, base sobre la que ha de articularse la auténtica carrera administrativa.

El ámbito de aplicación de la Ley 30/84 es el de los funcionarios del Estado; no obstante habrá que destacar, de un lado que numerosos preceptos de la misma tengan el carácter de bases del régimen estatutario de la función pública, (las enumera su art. 1º), y por lo tanto sean de aplicación a la totalidad de los funcionarios públicos, incluidos los de las Comunidades Autónomas y los de la Administración Local, y de otro que la Ley tenga el carácter de supletoria en ausencia de normas autonómicas reguladoras de la materia.

Sus normas, y con ello entramos en el núcleo de esta conferencia, pueden dividirse en aquellas que hacen referencia al ingreso en la función pública y aquellas otras relativas a la promoción profesional de quienes ya son funcionarios.

II. EL ACCESO A LA FUNCION PUBLICA

La Ley 30/84 establece, dentro de lo que denomina normas para objetivar la selección del personal, dos instituciones que merece la pena examinar: la confección de la Relación de Puestos de Trabajo y la Oferta Pública de Empleo.

A) El Presupuesto del Estado y los Presupuestos de las Comunidades Autónomas y los de las Administraciones Locales, se convierten en piezas clave en relación con la función pública, puesto que serán las dotaciones presupuestarias de personal las guías en cuya base se crearán, -superando el concepto de plantilla-, la relación de puestos de trabajo de la Administración del Estado (art. 15) y la de las restantes administraciones (art. 16).

La Relación obliga a incluir para cada puesto de trabajo, y en todo caso: su denominación; sus características esenciales; las retribuciones complementarias que el mismo tenga asignado y los requisitos exigidos para su desempeño.

B) No obstante será la Oferta de Empleo Público la institución más novedosa e importante de la nueva Ley.

Podemos definir la Oferta de Empleo Público como aquel acto de la Administración, que acomodado a su presupuesto, contiene la relación de plazas que no pueden ser cubiertas con el personal existente, publicidad que obliga a la Administración a la inmediata convocatoria de las pruebas selectivas para el acceso de las mismas, (art. 18 de la Ley).

Así pues la inmediata consecuencia de la aprobación de la Oferta de Empleo Público es la obligación de la Administración de realizar lo preciso para cubrir las plazas en ella contenidas.

Las disposiciones de la Ley 30/84 han sido desarrolladas por el Real Decreto 2223/84 de 19 de Diciembre de 1984, conocido como Reglamento de Oposiciones y Concursos.

Establece el mencionado Reglamento que la selección y acceso del personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, se hará mediante convocatoria pública y por los sistemas de oposición, concurso o concurso oposición.

En cuanto al primer punto, -la convocatoria pública- obliga el Reglamento a una minuciosa descripción de sus características (número de plazas, lugar al que deben dirigirse las instancias, requisitos que deben reunir los aspirantes, designación del Tribunal, sistema de calificación, programa, calendario de las pruebas, etc.). Será obligatoria la publicación de las convocatorias en el Boletín Oficial del Estado, además de los otros periódicos oficiales en los que pueda aparecer.

En cuanto a los sistemas, y en lo que a la selección se refiere, se establece como el sistema habitual el de oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición y, excepcionalmente, el de concurso. En cualquier caso las convocatorias se acomodarán a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Regula el referido Real Decreto con minuciosidad el "examen", o contenido de las pruebas de la oposición, estableciendo que en los mismos habrá pruebas que comprendan conocimientos genéricos, junto con otros específicos de la plaza funcional a la que se aspira. Además de los clásicos "temas de examen" se posibilitan otro tipo de pruebas como los tests psicotécnicos o las entrevistas con el aspirante. Será obligatoria la realización de ejercicios de índole práctica.

Muy exigente se muestra la nueva legislación sobre la composición y funcionamiento de los Tribunales de oposición. En ningún caso los mismos podrán estar mayoritariamente compuestos por miembros de los Cuerpos al que pertenece la plaza o plazas a cubrir. Prohíbe a sus miembros haberse dedicado a preparar a aspirantes dentro de los cinco años anteriores. El número de miembros del Tribunal será siempre impar.

Por el contrario en cuanto a la selección del personal laboral al servicio de la administración pública, se establece como criterio el del concurso.

Como conclusión en cuanto al ingreso en la función pública se puede establecer:

Se mantiene el criterio de examen u oposición para el ingreso.

Se intenta flexibilizar el contenido de las pruebas, superando el carácter meramente memorístico de las mismas.

III. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN DERECHO ESPAÑOL

Entenderemos por carrera administrativa las posibilidades de promoción que la Ley ofrece a quienes ya son funcionarios para el acceso a otros puestos de trabajo en la administración, y ello en preferencia sobre quienes no gozan de la expresada condición de funcionarios públicos.

Lo anterior conllevará la definición de las garantías que el funcionario goza en relación con su puesto de trabajo.

La Ley 30/84 que examinamos, no es en sí una ley que regule los términos de la carrera administrativa. Como Ley de Bases que es, se limita a señalar los cauces para ello, requiriendo de un ulterior desarrollo legal, bien por la propia legislación del Estado, bien por la de las Comunidades Autónomas.

Merecen destacar, a nuestro entender, cinco instituciones de la Ley en el campo que examinamos: la provisión de puestos de trabajo, la promoción profesional, las garantías del nivel de puestos de trabajo, el fomento de la promoción interna, y la movilidad del funcionario público entre las distintas administraciones. Pasemos a examinar estas instituciones en la nueva Ley y en la normativa que, hasta ahora, la ha desarrollado, constituida esencialmente por el Real Decreto 2617 de 9 de Diciembre de 1985, denominado Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del estado, norma supletoria para las restantes administraciones públicas.

1. La provisión de puestos de trabajo

Establece la nueva normativa (art. 2 del R.D. 2617) que la provisión de puestos de trabajo desempeñados por funcionarios al servicio de la Administración del Estado se llevará a cabo mediante la convocatoria respectiva, a la que se habrá de dar publicidad a través de los Boletines Oficiales correspondientes y, si se estima necesario, en los medios de comunicación públicos o privados. Contiene la citada normativa una serie de disposiciones en relación con el reingreso de funcionarios no en activo, (suspensos, excedentes, etc...), siendo el cauce adecuado para ello precisamente las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo. Dos son los sistemas de provisión: el concurso de méritos y el de libre designación. En cualquier caso el sistema deberá de estar previsto en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo.

A) *El concurso de méritos*, es el sistema que la Ley considera normal para la provisión de puestos de trabajo. Se considerarán méritos a tener en cuenta necesariamente con el carácter de preferentes (art. 14 del citado Real Decreto 2617):

El trabajo desarrollado en anteriores puestos ocupados por el funcionario.

Los cursos de formación y perfeccionamiento superados en el Instituto Nacional de Administración Pública y demás centros de formación y perfeccionamiento de funcionarios.

Las titulaciones académicas.

La antigüedad.

Prevé la normativa la valoración de otros tipos de méritos, siempre y cuando hayan sido tendidos en cuenta en la respectiva convocatoria.

Corresponde a la Administración convocante el definir el ámbito (regional, provincial o local, e incluso nacional) de la convocatoria, -art. 8 del R.D. 2617- definiendo el mismo que no podrán existir limitaciones por razón del Ministerio o localidad en que esté destinado el funcionario.

Regula la nueva normativa que examinamos el modo de formular las instancias para tomar parte en el concurso (Art. 11 del citado R.D.).

Muy minucioso se muestra el Reglamento (arts. 15 y siguientes) en cuanto a la confección de los baremos de los méritos a tener en cuenta, según los criterios expuestos, así:

El total de la escala será de 25 puntos, que se distribuirán en 15 puntos para los méritos preferentes y 10 puntos para los no preferentes.

En determinados casos se podrán otorgar 3 puntos adicionales a los 25 mencionados en atención a residencia previa, por motivos laborales del cónyuge en la localidad a la que se pretende ir destinado, y si la solicitud se refiere a puesto de trabajo del mismo o inferior nivel al que se ha ocupado.

Dentro del baremo de los 25 puntos citados:

1) El trabajo desarrollado anteriormente no podrá superar los 8 puntos.

2) Los cursos a los que se ha hecho referencia, y que guarden relación directa con el puesto a cubrir, y que así se haya especificado en la convocatoria, no podrán superar los 2 puntos.

3) Las titulaciones académicas se valorarán asimismo con un máximo de 2 puntos, siempre y cuando se hayan previsto en la convocatoria. Obviamente se excluyen los títulos imprescindibles para ocupar el puesto en cuestión.

4) La antigüedad se valorará a razón de 0,10 puntos por año, hasta un máximo de 3 puntos.

Como méritos no preferentes, y con el expresado límite de 10 puntos, se podrán tener en cuenta aquellos que "se estimen adecuados para de-

terminar una mayor idoneidad de los aspirantes y, en especial, la experiencia en áreas de trabajo similares”.

Cabe finalmente decir que el art. 13 del R.D. 2617 establece que los destinos adjudicados son irrenunciables; no pudiendo participar los funcionarios que hayan obtenido así un destino, en nuevo concurso, hasta que hayan transcurrido dos años desde la toma de posesión en el adjudicado.

A) *El sistema de libre designación con convocatoria pública.* Consiste el mismo en dotar de discrecionalidad a una autoridad para determinar que algunos puestos de trabajo sean cubiertos libremente por la misma de entre los aspirantes a ello. Serán requisitos para utilizar dicho sistema de provisión de puestos de trabajo, el que dicho puesto tenga determinado tal carácter en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, y el que se de publicidad a la correspondiente convocatoria en los Boletines y Diarios Oficiales.

Contiene el art. 20 de la Ley 30/84, además de lo expuesto, unas reglas sobre las plazas a cubrir con personal eventual.

El art. 23.6 del Reglamento de Provisión de puestos de trabajo prevé que los de libre designación, lo son también de libre cese.

2. *El grado personal*

Con la finalidad de objetivizar el contenido de la función pública, en lo que a sus servidores se refiere se crea el grado personal. A tal objeto los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles. Es competencia del Gobierno Central, o en su caso de las Comunidades Autónomas, el fijar los intervalos para cada Cuerpo o Escala.

La Administración del Estado las ha fijado entre los siguientes máximos y mínimos (art. 25 del R.D. 2617):

- Grupo A de 11 a 30
- Grupo B de 9 a 26
- Grupo C de 8 a 22
- Grupo D de 6 a 18
- Grupo E de 1 a 14

El grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de trabajo del nivel correspondiente durante dos años ininterrumpidos o durante tres con interrupción.

3. *Garantías de nivel de puestos de trabajo*

Una vez establecidos los grados personales, los mismos van a servir para garantizar el nivel del puesto de trabajo, en los siguientes términos (art. 21.2. de la Ley 30/84):

Ningún funcionario podrá ser destinado para desempeñar un puesto de trabajo superior en dos niveles al que ocupa.

Ningún funcionario podrá ser destinado para desempeñar un puesto de trabajo inferior en dos niveles al que ocupa.

4. *Fomento de la promoción*

Dentro de dicho concepto habrá que examinar separadamente, de un lado la promoción o ascenso del funcionario dentro de su Cuerpo o Escala, y del otro el "salto" del funcionario de un Cuerpo o Escala a otro superior.

Dentro de un Cuerpo o Escala, ya la Ley 30/84 permite el acceso a los grados superiores de los mismos, mediante la superación por el funcionario de cursos de formación u "otros requisitos objetivos, que determine el Gobierno Central, el Autonómico o el Pleno de las Corporaciones Locales," (art. 21).

El Reglamento 2617 concreta lo expuesto, en el sentido de que los funcionarios podrán acceder al cuarto superior del intervalo de niveles asignado a su Cuerpo o Escala, sin necesidad de poseer el grado personal, previa la oportuna habilitación, al superarse cursos u "otros requisitos objetivos", (Art. 27). Se regula a continuación (arts. 28 y 29) el contenido de los referidos cursos.

Respecto al mencionado "salto" la nueva legislación (arts. 22 de la Ley 30/84 y 31 del R.D. 2617) denomina promoción interna al ascenso de los funcionarios de los Cuerpos o Escalas a puestos correspondientes al Cuerpo o Escala superior.

Al partir la legislación que examinamos del principio de que el "salto" será posible siempre que el funcionario "posea la titulación exigida,

reuna los requisitos y supere las pruebas establecidas”, veamos en qué consisten las ventajas que al respecto se pueden ofrecer al funcionario público:

a) Reserva en las convocatorias de hasta un 50% de las vacantes para ese tipo de promoción, (art. 22 de la Ley 30/84).

b) Los funcionarios que accedan a un Cuerpo o Escala por el expresado sistema tendrán preferencia al momento de cubrir los puestos vacantes frente a quienes no procedan de este turno, (Art. 31 del Reglamento).

c) El funcionario que pretenda utilizar este sistema, deberá tener, aparte de los requisitos de titulación y demás generales, una antigüedad mínima de tres años en el Cuerpo o Escala al que pertenezca.

d) Para el acceso del Grupo B al Grupo A las pruebas serán “semejantes” a las que se establezcan con carácter general, (art. 33 del Reglamento).

e) El acceso por este sistema a los Grupos B, C y D se efectuará por concurso-oposición. Señala el art. 34 del Reglamento que examinamos, los criterios por los que se ha de regir el citado concurso-oposición, y que en líneas generales responden al esquema de valorar en un 60% la oposición, en un 20% el historial y los cursos académicos, y en el restante 20% la antigüedad.

5. Movilidad del funcionario entre las distintas administraciones

Además de la movilidad vertical, -ascensos-, prevé la nueva Ley sobre la Función Pública la movilidad horizontal consistente en que el funcionariado de una determinada Administración Pública pueda pasar a prestar sus servicios en otra distinta, “con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos”, expresa el art. 17 de la Ley de la Función Pública; así:

Los puestos de trabajo de la Administración del Estado y los de las Comunidades Autónomas podrán ser cubiertas por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de dichas administraciones, siempre y cuando ello se establezca en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

Los funcionarios de la Administración Local podrán desempeñar

puestos de trabajo en otras Corporaciones Locales, y en la Administración de su Comunidad Autónoma.

IV. *LEGISLACION AUTONOMICA Y LOCAL*

Como venimos indicando la Ley 30/84 contiene de un lado unas normas específicas por la Administración del Estado y otras normas que tienen el carácter de Bases de la Función Pública, y como tales aplicables a todas las Administraciones. A su vez las normas no básicas tienen respecto de dichas otras administraciones el carácter de supletorias. De ahí que, de acuerdo con nuestra Constitución, el marco legal del funcionariado se haya de completar inexcusablemente con las Leyes y disposiciones reglamentarias emanadas de la Comunidad Autónoma, así como por los reglamentos elaborados por la Administración Local.

Refiriéndonos a la Comunitat Autónoma de les Illes Balears, no se ha desarrollado aún lo establecido en el Estatuto de Autonomía sobre competencias del ejecutivo autonómico en materia de función pública. Al estar en fase de elaboración la Ley de la Función Pública de esta Comunidad Autónoma, sin que ningún texto haya aún sido aprobado por el Parlament Balear, no se considera oportuno exponer el contenido de los borradores que sobre la misma están circulando.

La necesidad de una legislación autonómica se hace sentir tanto para el funcionariado de la propia Comunidad Autónoma, como respecto del funcionariado de la Administración Local, sobre el que aquélla ha de ejercer sus competencias, respetando no obstante el principio de autonomía local.

Por el contrario sí existe una amplia normativa aplicable a los funcionarios de la Administración Local, constituida esencialmente por la Ley 7/85 reguladora de las Bases del Régimen Local, y por el Real Decreto legislativo 781/86 de 18 de Abril que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Habrá que remarcar que como legislación local que es, será aplicable a los funcionarios de los Ayuntamientos (y municipios con régimen especial) y al de las Diputaciones Provinciales. En nuestra Comunidad Autónoma, se aplicará a los Consells Insulares de Mallorca, Menorca e Ibiza-Formentera, organismos insulares que han sustituido a la Diputación Provincial.

No podemos exponer ahora el extenso contenido de la normativa local; no obstante a grandes rasgos se puede decir:

Se siguen y reiteran los criterios que se han establecido en la Ley 30/84.

Se modifica en profundidad la estructura y contenido de los "Cuerpos Nacionales" (Secretarios, Interventores, etc...), que pasan a denominarse "funcionarios de habilitación nacional".

Salvo los funcionarios de habilitación nacional, cada Corporación seleccionará los suyos propios.

El Estado se reserva la competencia para fijar la titulación y los programas mínimos a exigir para el ingreso en la función pública local.

A los concursos de méritos podrán acceder los funcionarios que pertenezcan a cualquier administración.

Se mantienen las clásicas Escalas de Administración General (subdividiéndose en Técnica, Administrativa, Auxiliar y Subalterna) y la de Administración Especial (subdividida en Técnica y de Servicios Especiales).

V. *EL CONOCIMIENTO DE LAS LENGUAS OFICIALES DE LA COMUNIDAD AUTONOMA POR PARTE DEL FUNCIONARIO*

Habrà que hacer, finalmente, referencia al hecho recogido en el artículo 3º de nuestro Estatuto de Autonomía, de gozar la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, del carácter, junto al castellano, de idioma oficial en la Comunidad Autónoma. El derecho que se reconoce al ciudadano de utilizar el catalán, obviamente será el anverso de moneda que obligará a las administraciones públicas a disponer de los medios precisos para atender tal servicio público.

De ahí pues, que la Ley 30/84, (art. 19), ya prevea en cuanto a selección de personal que "en las convocatorias para el acceso a la función pública, las administraciones públicas, en el respectivo ámbito de sus competencias deberán prever la selección de funcionarios debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales."

El Parlament Balear aprobó el 19 de Abril de 1986, la Ley 3/86 de Normalización Lingüística, que regula el tema en los siguientes términos, (art. 16):

1. A fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en el articulado de la presente Ley, los poderes públicos han de promover las medidas correspondientes, medidas de cara a la progresiva captación del personal de la Administración Pública y de las Empresas de carácter Público en las Islas Baleares, en el uso de la lengua catalana.

2. En las pruebas selectivas que se realicen para el acceso a las plazas de la Administración en el ámbito territorial de las Islas Baleares ha de tenerse en cuenta, entre otros méritos, el nivel de conocimiento de las dos lenguas oficiales, cuya ponderación determinará la Administración para cada nivel profesional.

Cabrá concluir, por todo ello, que el conocimiento de la lengua catalana tendrá un peso específico para quien aspire, en esta Comunidad Autónoma, a ser funcionario público, o para quienes, gozando ya de tal condición aspiren a una promoción profesional.

LAS ELECCIONES DEL FRENTE POPULAR EN BALEARES

JOAN OLIVER ARAUJO

SUMARIO: 1. SOMERA APROXIMACION AL BIENIO CONSERVADOR (1934-1936) EN LAS ISLAS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS "HECHOS" DE OCTUBRE DE 1934. 2. CANDIDATURAS Y CAMPAÑA ELECTORAL: 2.1. La Coalición de Derechas. 2.2. El Frente Popular. 2.3. La posición de la Falange y de la CNT ante las elecciones. 3. LOS RESULTADOS ELECTORALES: 3.1. En el conjunto de Baleares. 3.2. En Palma. 3.3. En los pueblos de Mallorca. 3.4. En las Islas menores. 4. APENDICE: BIBLIOGRAFIA BASICA SOBRE LA REALIDAD POLITICA DE LA SEGUNDA REPUBLICA (1931-1936) EN BALEARES.

1. *SOMERA APROXIMACION AL BIENIO CONSERVADOR (1934-1936) EN LAS ISLAS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS "HECHOS" DE OCTUBRE DE 1934*

Para poder entender correctamente el significado de las elecciones generales del 16 de febrero de 1936 hay que contemplar la realidad política, social y económica que se había estado viviendo los dos años anteriores. A raíz de las elecciones de noviembre de 1933 estaban gobernando en España la derecha (la CEDA) y el centro-derecha (los radicales de Lerroux), cuyo programa de gobierno se centraba, en buena medida, en suspender o derogar las tenues reformas iniciadas en el bienio azañista (1931-1933) y, en algunos sectores del poder, en dinamitar el propio régimen republicano (1). Tampoco deben perderse de vista —para poder comprender las motivaciones del "frentepopulismo"— las causas y, so-

(1) Para el estudio de estas elecciones en el marco de todo el Estado español, cfr., entre muchos otros, Tussell Gómez, Javier: *Las elecciones del Frente Popular*, Edicusa, Madrid, 1971, 2 vol; Bécarud, Jean: *La Segunda República española*, Taurus, Madrid, 1966, págs. 151-188; Juliá, Santos: *Los orígenes del Frente Popular en España (1934-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

bre todo, las consecuencias de los “hechos” de octubre de 1934 (2).

En los primeros meses del “bienio negro”, el Gobierno estuvo integrado exclusivamente por radicales, aunque con el apoyo parlamentario de la formación política de Gil Robles. Tras varios Gobiernos radicales de extraordinaria brevedad —el último de Ricardo Samper—, la CEDA (la minoría más numerosa del Parlamento) pretendió participar en el Gobierno y manifestó su voluntad de derogar “la legislación progresista de las Cortes Constituyentes” (cuya aplicación ya había sido “minimizada por los Gobiernos anteriores”). Ante tal perspectiva, todos los grupos de izquierda, incluidos los republicanos conservadores, “lanzaron su anatema contra la CEDA” y pidieron al Presidente de la República que disolviera el Parlamento. Niceto Alcalá Zamora prefirió adoptar una solución transitoria, aceptando “un nuevo Gabinete Lerroux en el que entraron tres cedistas y un agrario”. Las protestas fueron extraordinariamente duras, en particular entre los socialistas. “Impulsado por los dirigentes de la Unión General de Trabajadores y de las Juventudes, e influido por el contexto internacional” (consolidación del fascismo en Italia, victoria del nacionalsocialismo en Alemania y eliminación de los socialistas austriacos por el canciller Dollfuss —próximo ideológicamente a los jerarcas de la CEDA—), el PSOE “adoptó finalmente la gravísima decisión de pasar a la acción directa” (3).

En los primeros días de octubre de 1934, el Partido Socialista desencadenó la huelga general y, seguidamente —el día 6—, el *President Lluís Companys* proclamó en Barcelona “el Estado Catalán de la República Federal Española”. El Gobierno logró con facilidad restablecer el orden en toda España menos en Asturias, en donde la ancestral miseria de los mineros dio a la sublevación un cariz dramático y, en no pocos momentos, heroico. Todas las organizaciones de izquierdas participaron en el movimiento revolucionario, y rápidamente 70.000 obreros, en su mayor parte mineros afiliados a la UGT, aunque también había “anarquistas y comunistas, se adueñaron de la capital de la provincia, Oviedo”. El Go-

(2) Para una aproximación a la sublevación de octubre pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: Aguado Sánchez, F.: *La revolución de octubre de 1934*, San Martín, Madrid, 1972; Bizcarrondo, Marta: *Octubre del 34: Reflexiones sobre una revolución*, Ayuso, Madrid, 1977; Ruiz, David: *Asturias contemporánea (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1974; Idem: “Aproximación a octubre de 1934” en *III Coloquio de Pau*, Edicusa, Madrid, 1973, págs. 293-302; Díaz Nosty, Bernardo: *La comuna asturiana*, Zero, Madrid, 1974; Frago del Toro, V.: *Revolución en octubre*, Doncel, Madrid, 1973; Grossi, Manuel: *L'insurrección des Asturies. Quinze jours de révolution socialiste*, Etudes et Documents Internationales, París, 1972; Balcells, Albert: *El sis d'octubre de 1934*, Edicions 62, Barcelona, 1977; Cruells, Manuel: *El 6 d'octubre a Catalunya*, Pòrtic, Barcelona, 1970.

(3) Cfr. Bécarud, Jean: *La Segunda...*, *op. cit.*, págs. 144-45.

bierno apeló el Ejército, y una "terrible represión fue aplicada tras la victoria de las fuerzas del orden" (4).

Los "hechos" de octubre de 1934 tuvieron escasa incidencia en el archipiélago balear (5). En Mallorca, la Ejecutiva del PSOE nombró un Comité Regional socialista director, las Juventudes Socialistas insistieron en salir a la calle, y los comunistas intentaron, sin éxito, la huelga general (6). En Alaró, Lloseta, Capdepera, Lluçmajor, Andratx, Felanitx, Manacor, Búger, Sóller, Esporles, Senselles, Cala Ratjada y Artà, así como también en Menorca e Ibiza, hubo repercusiones —siempre de alcance muy limitado— del movimiento revolucionario (7). De hecho, como escribió certeramente Alexandre Jaume, "en Baleares, salvo pequeños incidentes aislados, el movimiento revolucionario de octubre no prendió en ninguno de sus pueblos. La revolución vivió, solamente, en la espantada imaginación de las autoridades, que perdieron, desde el primer momento, la serenidad y tacto necesarios para el desempeño acertado de las funciones a ellas encomendadas".

A pesar de la actitud pacífica y correcta observada por la clase obrera balear, los hechos de octubre de 1934 fueron utilizados de excusa por las

(4) *Ibidem*, pág. 145.

(5) La mejor obra para conocer lo ocurrido en las Islas en el otoño de 1934 es la escrita por Alexandre Jaume, diputado balear en las Constituyentes de 1931, titulada: *La insurrección de octubre. Cataluña. Asturias. Baleares*, Tip. Felanigense, Felanitx, 1935. También es interesante consultar el trabajo de Bel Peñarrubia: "Els fets d'octubre a Mallorca" en *L'Avenc*, núm. 30, septiembre de 1980, págs. 37-40.

(6) Cfr. Oliver Araujo, Joan: *La II República en Baleares: elecciones y partidos políticos. (Ensayo de sociología electoral balear)*, Institut d'Estudis Balearics, Palma de Mallorca, 1983, pág. 94; Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment obrer a Mallorca*, Curial-Lavinia, Barcelona, 1973, pág. 242.

(7) Los hechos acaecidos fueron, como ya hemos repetido, de poca importancia. Desataquemos, no obstante, algunos de los más relevantes. En Sóller aparecieron pasquines con el siguiente texto: "¡Viva la Rusia soviética! ¡Formad los comités de fábrica! ¡Vivan los soviets!". Como supuesto autor fue detenido y condenado a dos años y dos meses de prisión el comunista Antonio Fullana, que apenas sabía escribir. En el café de Búger, "con visibles muestras de emoción y simpatía, fue escuchado el señor Companys al proclamar desde la Generalitat l'Estat Català en Radio Barcelona" (Cfr. Jaume, Alexandre: *La insurrección...*, op. cit., pág. 207). En *Cala Ratjada*, P. A. Massanet dijo en la barbería que, según "El Liberal" de Madrid, tres cuartas partes de lo publicado por los periódicos de derechas se podía poner en cuarentena, pues "en una provincia como Asturias en la cual había fuerzas de la Legión, Regulares, aviación y tropas peninsulares, no era posible que todo fuese hecho por los revoltosos". Por estos comentarios fue detenido acusado de "portador de noticias falsas", pasando tres meses en prisión. En *Lluçmajor*, los días 6 y 7 de octubre, hubo paro general y absoluto en todos los sectores laborales, sin alteraciones del orden público. En *Artà*, Juan Alzamora, menor de edad, estuvo preso 48 días, sin que se le acusara de delito alguno y sin estar procesado por ninguna causa. En *Felanitx*, las Juventudes de Esquerri Republicana Balear fueron acusadas de haber intentado felicitar a Lluís Companys.

fuerzas conservadoras para iniciar una durísima represión contra los sectores progresistas de las Islas, preludio de la que tendría lugar dos años después (8). Numerosos militantes de izquierda fueron encarcelados —la mayoría de las veces violando todas las garantías procesales—, sus periódicos suspendidos y sus locales clausurados. Desde el primer momento se pudo apreciar claramente la táctica adoptada por las autoridades: concentrar en la capital la represión contra el Partido Comunista (9) y atacar en los pueblos a los socialistas y a los republicanos de izquierda.

Otro efecto de esta represión fue la suspensión de la mayoría de los Ayuntamientos de tendencia izquierdista (entre otros, los de Palma, Alaró, Andratx, Lluçmajor, Marratxí, Manacor, Pollença y Sóller) (10). Dicha suspensión perduró hasta después de las elecciones generales de febrero de 1936. Durante este intervalo de tiempo, Comisiones Gestoras formadas por los concejales conservadores de cada Ayuntamiento se pusieron al frente de los mismos (11). El Gobernador Civil de Baleares adoptó esta grave decisión como si se tratara de una futesa cualquiera, argumentando que decretada dicha suspensión en virtud de “las facultades que le había conferido la autoridad militar”. En Palma se destituyó al legítimo alcalde, Doctor Emili Darder Cànaves, y se nombró como sustituto a Luis Ferrer Arbona. La Comisión Gestora de esta ciudad estaba integrada por regionalistas, “marchistas” (republicanos de centro) y cedistas, es decir, por todos aquellos que “eran monárquicos el 14 de abril de 1931” (A. Jaume).

Ahora es importante retener, aunque luego insistiremos en ello, que esta represión, en sus diversas manifestaciones, fue —por reacción— una de las causas más importantes de la gestación del Frente Popular.

(8) Cfr. Massot Muntaner, Josep: *La guerra civil a Mallorca*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 1976, pág. 30.

(9) Tan solo en Palma, en donde se produjeron más de cincuenta detenciones, fueron encarcelados unos veinticinco comunistas, entre ellos: Heriberto Quiñones, Juan Mas, Gabriel Campomar, Pedro Canals, Miguel Llabrés, Arnaldo Obrador, Antonia Pascual y Gabriel Galiana. Cfr. “Cuadro de honor del P.C.” en *Nuestra Palabra*, núm. 125, 5 de marzo de 1936. También puede consultarse el trabajo de Pere Gabriel Sirvent: *El moviment...*, *op. cit.*, pág. 242.

(10) Cfr. Gabriel, Pere, Massot Muntaner, Josep y Ferrà-Ponç, Damià: “Cronologia de Mallorca (1930-1939)” en *Randa*, núm. 4, 1976, pág. 256.

(11) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan y Serra Busquets, Sebastià: “La Segona República a les Illes (II)” en *Elements*, núm. 2, 1981, pág. 7; Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions del 16 de febrer de 1936 a Mallorca” en *Trabajos de Geografía*, núm. 37, 1980-1981, pág. 92; Oliver Araujo, Joan: *La II República...*, *op. cit.*, pág. 95.

2. CANDIDATURAS Y CAMPAÑA ELECTORAL

“El proceso electoral que culminó el 16 de febrero de 1936 se inició el día 7” del mes anterior, cuando Portela Valladares, Presidente del Gobierno, hizo público el decreto de disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones generales. Desde el primer momento, todas las fuerzas políticas de Baleares vieron la necesidad de formar coaliciones electorales lo más amplias posible (12), pues la *legislación electoral*, lejos de ser proporcional, tenía un marcado carácter mayoritario (13).

Por vez primera se asiste a una reagrupación de las fuerzas antagónicas en dos bloques sin franjas intermedias, uno de derechas y otro de izquierdas. La unidad fue en los dos bandos la consigna prioritaria. En este contexto, los partidos situados en el centro del espectro político, al quedar cogidos entre los dos bloques, “cedieron a la atracción de las derechas” (14). La trágica realidad de las dos Españas enfrentadas se volvía a contemplar nítidamente, pues, como ha afirmado Gregori Mir, las elecciones generales de febrero de 1936 “*demostraren la fonda divisió política i espiritual entre els espanyols*” (15).

(12) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 92.

(13) Los temas electorales se encontraban regulados, básicamente, en la Ley de 8 de agosto de 1907, en el Decreto-Ley de 8 de mayo de 1931, en la Ley de 27 de julio de 1933 y en algún artículo de la propia Constitución republicana. La circunscripción electoral, salvo en el caso de las grandes ciudades que formaban circunscripción propia, era provincial. Se seguía, para la adjudicación de los escaños, un sistema mayoritario, pero dando entrada a la minoría más numerosa. Así, cada elector tenía derecho a votar a un número de candidatos equivalente al 70-80 por ciento de los puestos a cubrir (Baleares elegía siete diputados, pudiendo cada elector votar a cinco candidatos —71,4 por ciento—). Este sistema —que guarda grandes analogías con el que se sigue en la actualidad para elegir a los senadores— no era proporcional, pero tampoco era mayoritario puro.

De acuerdo con la Ley de 27 de julio de 1933, para que los candidatos fueran proclamados diputados en la primera vuelta, tenían que darse dos condiciones: 1ª) que el candidato en cabeza de la lista triunfante obtuviera, al menos, el 40 por ciento de los sufragios válidos escrutados; y 2ª) que los restantes candidatos obtuvieran un número de votos superior al 20 por ciento. Si entre aquél y éstos se cubrían todos los escaños correspondientes a la circunscripción, se producía la proclamación. En caso contrario, y para los puestos vacantes, se celebraría, el segundo domingo después de la primera, una elección complementaria. En esta segunda vuelta, en la que podían producirse acoplamientos en las candidaturas, sólo tenían derecho a participar aquellos candidatos que en la primera hubieran obtenido, al menos, el 8 por ciento de los votos válidos escrutados.

Una breve síntesis de la normativa electoral vigente durante el segundo período republicano puede consultarse en el primer capítulo (págs. 15-34) de mi libro *La II República...*, *op. cit.*

(14) Cfr. Bécarud, Jean: *La Segunda...*, *op. cit.*, págs. 151-52.

(15) Cfr. Mir, Gregori: “1933-1936: la dreta a l’ofensiva” en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 4, 26 de enero de 1986, pág. 5.

2.1. *La Coalición de Derechas*

La Segunda República acabó con los partidos dinásticos tradicionales, pero dio paso a unas nuevas derechas que, si bien al principio del nuevo régimen aparecían desunidas y enfrentadas, rápidamente olvidaron viejas rencillas y se coaligaron para defender unos mismos intereses económicos (16).

La formación de la candidatura de la Coalición de Derechas fue realmente dificultosa, a causa principalmente de las diferencias entre los republicanos de centro o “marchistas” y Acción Popular Agraria, partido integrado en la CEDA de José María Gil Robles (17). El motivo de estos enfrentamientos estaba en la distribución de los candidatos que habían de componer la lista del bloque conservador. Desde el principio, los tres partidos integrantes de esta Coalición acordaron —como explicaremos más adelante con detalle— ir al “copo”, es decir, intentar llevarse el total de los escaños (los cinco de la mayoría y los dos de la minoría) correspondientes a la circunscripción electoral balear. De estas siete plazas, tres correspondían al Partido Republicano de Centro, tres a Acción Popular Agraria y una al Partido Regionalista. “El problema radicaba en que los marchistas exigían que uno de los candidatos de APA fuera designado directamente por Gil Robles, Presidente de la CEDA”, y no por la dirección regional del Partido (18). Después de muchas discusiones, incluso de la amenaza de APA de retirarse de la candidatura (19), los populares terminaron cediendo a las pretensiones de Juan March Ordinas (20).

La candidatura de la Coalición de Derechas quedó integrada por tres republicanos de centro bajo la etiqueta de “independientes” (Juan March Servera, hijo del poderoso financiero mallorquín, Pedro Matutes Noguera y Jaime Suau Pons), un regionalista (Bartomeu Fons Jofre de Villegas) y tres miembros de APA-CEDA (Tomás de Salort Olives, César Puget Riquer y Juan Pujol Martínez). Este último era el candidato cunero designado por Gil Robles, pero —lo que demuestra una vez más el poder de March sobre *toda* la derecha española— estaba directamente

(16) Con criterio análogo puede verse el artículo de Neus Escandell titulado: “Reorganització de les dretes a Eivissa i Formentera durant la Segona República” en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares* núm. 2, 12 de enero de 1986, págs. 4-5.

(17) Un detallado estudio del complejo proceso de gestación de esta candidatura puede verse en la meritoria Tesis de Licenciatura (inédita) de Joan Ensenyat Quintana titulada: *Les eleccions del 16 de febrer de 1936 a Mallorca. (Assaig de geografia social)*, Facultat de Letras de la Universitat de les Illes Balears, 1981.

(18) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 93.

(19) Cfr. *Ultima Hora*, 23 de enero de 1936, pág. 5.

(20) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 93.

vinculado a los intereses del magnate balear (concretamente era director del diario "Informaciones" de Madrid, que era propiedad de Juan March).

A continuación, a los efectos de poder entender mejor el significado político y económico de esta candidatura, destacaremos algunos aspectos de los tres partidos que integraban la Coalición de Derechas:

A) Partido Republicano de Centro

Antes de la República este Partido recibía el nombre de "Liberal", y en ambos casos no era otra cosa que la expresión política de los intereses económicos de Juan March Ordinas (21). Es imposible entender algo de la realidad política y económica mallorquina de esta época sin tener presente la figura de March (22), quien dominaba toda la vida del Archipiélago. El "fenómeno March" supuso la demolición del caciquismo tradicional y su sustitución por estructuras capitalistas modernas.

Durante los dos primeros años de la República, el Partido Republicano de Centro, en parte influido por las vinculaciones de March con Alejandro Lerroux, se negó a ser identificado como una opción de derechas, y quiso aparecer como una alternativa de centro y posibilista ante el nuevo régimen (23). Sin embargo, a partir de 1933, la persecución del Gobierno contra March y la defensa de unos concretos intereses económicos, le hizo girar hacia posiciones más conservadoras y más ambiguas sobre la viabilidad de la República (24). Otros líderes de este Partido – cuyo principal órgano de expresión era el diario "El Día" propiedad de March (25) – eran Pedro Matutes (Ibiza), Luis Alemany, Jaime Solivellas y Jaime Suau.

(21) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan y Serra Busquets, Sebastià: "La Segona...", *op. cit.*, pág. 6.

(22) Para una aproximación a la figura de Juan March Ordinas, pueden verse, entre otros, Díaz Nosty, Bernardo: *La irresistible ascensión de Juan March*, Sedmay, Madrid, 1977; Garriga, Ramón: *Juan March y su tiempo*, Planeta, Barcelona, 1976; Dixon, Arturo: *Señor monopolio. La asombrosa vida de Juan March*, Planeta, Barcelona, 1985; Gabriel, Pere: "A l'entorn de Joan March, en Verga" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 49, 7 de diciembre de 1986, págs. 2-10; Capellà, Llorenç: "Visió anecdòtica de Joan March" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 49, 7 de diciembre de 1986, págs. 6-7.

(23) Cfr. Mir, Gregori: "1931-1933: una dreta atrinxerada i dividida" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 4, 26 de enero de 1986, pág. 4.

(24) Cfr. Oliver Araujo, Joan: *La II República...*, *op. cit.*, esp. págs. 86 y 110; Mir, Gregori: "1931-1933: una dreta atrinxerada...", *op. cit.*, pág. 4.

(25) Cfr. Pons Pons, Damià: "El Día (1921-1939). Una trajectòria ideològica i cultural" en *Mayurqa*, núm. 17, 1977-1978, págs. 235-239.

B) *Acción Popular Agraria-CEDA*

“Ya en el mes de julio de 1931 una gran parte de las fuerzas conservadoras se agruparon en la denominada Unión de Derechas; continuadora, en buena medida, del Partido Conservador de la época de la Restauración. En marzo de 1933 se incorporó a la Confederación Española de Derechas Autónomas (CEDA), tomando el nombre de “Acción Popular Agraria” (26). Luis Zaforteza Villalonga, Tomás de Salort, Jerónimo Massanet y Francisco Juan de Sentmenat, todos ellos de familias aristocráticas, fueron los principales promotores y dirigentes de esta nueva formación política.

Acción Popular, que actuó con notable dinamismo y utilizando métodos organizativos modernos, rápidamente estableció comités en casi todas las poblaciones de las cuatro Islas (concretamente en 39), logrando un número de militantes muy superior al de los otros partidos. La Agrupación de Palma contaba con unos 4.000 afiliados, y en toda la provincia éstos no bajaban de 20.000. Además de ello, contaban con el apoyo de la Sección Femenina y de las Juventudes de Acción Popular (27). La Sección Femenina, dirigida por Francisca Roca de Unzué y Pilar Solanas-Cazaña, tenía unas 16.000 adheridas, y encaminaba su actuación —con notable éxito— a la conquista del recién estrenado voto femenino. Las Juventudes de Acción Popular (JAP), que tenían en Francisco Juan de Sentmenat “a la persona más representativa en las Islas” (28), era una organización “de regusto fascistizante” (Tuñón de Lara), que gustaba de ademanos, indumentaria, simbología, actitudes y lenguaje muy cercanos al fascismo.

Para profundizar en el conocimiento de Acción Popular Agraria es indispensable el estudio del semanario “Acción”, su portavoz desde el 6 de junio de 1935 hasta el 18 de julio de 1936 (salieron 58 números). Esta publicación —dirigida por Gabriel Cortés y Jorge Andreu Alcover— cumplía un doble cometido: por una parte, transmitía la ideología de la CEDA y, por la otra, adoptaba postura ante los específicos problemas isleños (29). Es de destacar en este semanario una marcada actitud anticatalanista, lo que explica fácilmente que en 1935 Luis Zaforteza, diputado y Presidente de APA, presentase ante las Cortes una proposición

(26) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan y Serra Busquets, Sebastià: “La Segona...”, *op. cit.*, pág. 6.

(27) Cfr. Mir, Gregori: “1933-1936: la dreta...”, *op. cit.*, págs. 4-5.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*.

de ley para separar a Baleares del distrito universitario de Cataluña (30).

C) Partido Regionalista

De la fusión entre el Centro Regionalista y el Centro Autonomista surgió, a principios de 1931, el Partido Regionalista, cuyos líderes más destacados fueron Bartomeu Fons Jofre de Villegas, ex alcalde de Palma, Ignasi Forteza-Rei, Josep Quint Zaforteza, Manuel Salas, Faust Morell y Josep Sampol. Procedentes en su mayoría del maurismo, los regionalistas –que controlaban el diario “La Almudaina”– se inspiraban en la ideología y la práctica del nacionalismo moderado de la Lliga Catalana, y aceptaban el liderazgo de Francesc Cambó (31). Aunque se trataba de una fuerza política claramente derechista y originariamente monárquica, tras el 14 de abril de 1931 se adhirió al nuevo régimen republicano.

Por otra parte, también hay que constatar que mantuvo, especialmente en los primeros momentos de la República, una laudable preocupación por la defensa de la identidad propia –concretada principalmente en la lengua y la cultura– de la comunidad balear. Así, junto con otras fuerzas políticas, sociales y culturales, impulsó el primer intento de Estatuto de Autonomía para nuestras Islas (32). No obstante lo anterior, el Partido Regionalista, ligado por razones políticas y electorales a las poderosas organizaciones isleñas de la derecha española, terminó perdiendo, casi totalmente, sus señas de identidad, engullido por la creciente ascensión de una derecha totalmente insensible a las reivindicaciones nacionales (33).

(30) Debemos precisar que no todos los grupos de la derecha compartían esta actitud anticatalanista. Así, el regionalista Felix Pons presentó, en la Comisión Gestora municipal de Palma, una enérgica protesta contra la iniciativa del diputado Zaforteza. Cfr. “La nostra Universitat” en *República*, núm. 75, 13 de julio de 1935, pág. 1.

(31) Cfr. Mir, Gregori: “1931-1933: una dreta atrinxerada...”, *op. cit.*, pág. 4; Gabriel, Pere, Massot Muntaner, Josep y Ferrà-Ponç, Damià: “Cronologia...”, *op. cit.*, pág. 245.

(32) Para un estudio del Anteproyecto de Estatuto de Autonomía Balear de 1931, cfr. Simó, Guillem: “Notes per a una història del projecte d'Estatut d'Autonomia de les Illes de 1931” en *Randa*, núm. 3, 1976, págs. 5-70; Idem: “El debat autonòmic a les Illes durant la República” en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 6, 9 de febrero de 1986, págs. 4-5; Doménech, Conrad: “Per la consecució d'un Estatut Balear” en *Tribuna Libre*, núm. 61, 14 de septiembre de 1932; Durán Pastor, Miguel: “La autonomía insular durante la IIª República” en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 6, 9 de febrero de 1986, pág. 2.

(33) Con análogo criterio, cfr. Morro Mercer, Mateu y Serra Busquets, Sebastià: *L'esquerra nacionalista a Mallorca (1900-1936)*, Edicions de la Magrana-Diputació de Barcelona, Barcelona, 1986, pág. XXV.

Lo más sobresaliente de la Coalición de Derechas es que presentase siete candidatos para cubrir los siete escaños en litigio, en vez de conformarse con presentar a cinco para ocupar los cinco puestos reservados a la mayoría. Este intento de ir al "copo" es, sin ninguna duda, la prueba más evidente de la conciencia de su propia fuerza y de la confianza total en el triunfo, pues cualquier grupo político que intentara este acaparamiento (como ocurriría hoy si un partido presentase tantos candidatos a senadores como puestos en la Cámara Alta hay que cubrir por la provincia en cuestión) corría el grave riesgo de quedarse con menos escaños de los que hubiera conseguido si sólo hubiera ido a obtener los correspondientes a la mayoría. Como ya hemos explicado (34), cada elector sólo podía votar a cinco candidatos. En consecuencia, lo que hizo la Coalición de Derechas fue indicar taxativamente a sus electores de todos los pueblos de las cuatro Islas a qué cinco candidatos de los siete de derechas de debía votar (es decir, en un pueblo se dio la orden de votar a A, B, C, D y E, en otro a C, D, E, F y G, en otro a A, C, D, E y F, etc.), de tal manera que al final cada uno de los siete candidatos conservadores hubiera obtenido más votos que el más votado de las izquierdas, y por tanto hubiera logrado el escaño. El procedimiento era, sin duda, hábil, pero exigía para producir los resultados deseados contar con una mayoría abrumadora y un férreo control sobre el propio electorado. La Coalición de Derechas en ningún momento dudó que reunía estas dos condiciones.

Consciente, a tenor de lo anterior, de que buena parte del éxito de la campaña dependía de la disciplina de voto de sus electores, las fuerzas conservadoras dedicaron una porción considerable de sus esfuerzos propagandísticos a resaltar la importancia de que siguieran las consignas que se les daban. Los periódicos de los días previos a estos comicios estaban llenos de avisos que les recordaban que en cada pueblo se debía votar a los cinco nombres que se les había indicado, y no a otros aunque fueran de la misma candidatura: "... para satisfacer una mísera antipatía o un pueril y vanidoso criterio de perfección. Va en ello el peligro de desorganizar la campaña y de frustrar o disminuir la victoria..." (35).

Por lo que se refiere al *programa electoral*, llama poderosamente la atención el hecho de que la Coalición de Derechas no presentó en estas elecciones un programa "claro y definido" (36). Su proyecto político era muy impreciso y más bien negativo, proclamaban su voluntad de reformar la Constitución en "tres puntos: laicismo, separatismo y marxismo"

(34) Cfr. *supra* nota (13).

(35) *El Día*, 9 de enero de 1936.

(36) En el mismo sentido, cfr. Ensenyat Quintana, Joan: "Les eleccions...", *op. cit.*, pág. 95; Bécarud, Jean: *La Segunda...*, *op. cit.*, pág. 153.

(36A), y añadían su oposición radical al régimen soviético y a la revolución de octubre de 1934. Si unimos a ello la defensa de la “religión, la familia, la propiedad y el orden social”, tendremos lo que generosamente podríamos denominar “programa electoral” de la Coalición de Derechas (37).

La *campana electoral* del bloque conservador fue en esta ocasión muy intensa y eficaz, lo que pone de relieve, una vez más, el alto grado de organización y la saneada economía de los partidos de derechas. Sólo en Mallorca se celebraron un total de 51 mitines, todos ellos en los pueblos y en su mayor parte por militantes de APA-CEDA y de sus Juventudes, las JAP. Joan Ensenyat (38) ha reflexionado sobre el hecho de que la Coalición de Derechas no realizara ningún mitin en Palma y sobre la circunstancia de que los oradores casi siempre fueran de APA y nunca fueran “marchistas”. A su juicio, lo primero, se explica por la inseguridad de las derechas en Palma y, lo segundo, por la distribución de actividades entre los distintos partidos de derechas: APA realizaba el trabajo propagandístico y los republicanos de centro o “marchistas” aportaban el dinero necesario para el desarrollo de la campaña.

En cuanto a la *propaganda escrita*, debemos destacar que las derechas isleñas, como las del resto del Estado, la utilizaron masivamente y, en más de una ocasión, abusivamente (39). A diferencia de los carteles y las octavillas, que eran una propaganda centralizada proveniente de la Península, la publicidad aparecida en la prensa isleña estaba preparada en Mallorca, lo que le da, para nosotros, un particular interés. En dicha publicidad podemos distinguir cuatro bloques temáticos que, aunque están relacionados entre sí, poseen unas características propias perfectamente diferenciadas (40). Un primer bloque, al cual ya hemos aludido, estaba dirigido a luchar contra el abstencionismo y a lograr la disciplina de voto necesaria para obtener el “copo”. Un segundo bloque, en el que se pone de relieve una curiosa e interesada mezcla de temas materiales y espirituales, estaba constituido por las llamadas en defensa de los “valores permanentes”, es decir, el patrimonio familiar, el orden, la autoridad, la justicia, la religión y la patria (41). Un tercer bloque estaba com-

(36A) Cfr. “Designios y programa del Frente...” en *Correo de Mallorca*, 28 de enero de 1936, pág. 1.

(37) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 95.

(38) *Ibidem*.

(39) Los redactores del diario progresista *Antorxa* (27 de enero de 1936, pág. 6) se quejaron de este abuso, y utilizaron el término “enlodado” para definir las pegadas de carteles electorales.

(40) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, págs. 95-96.

(41) Cfr. “A votar” en *Correo de Mallorca*, 12 de febrero de 1936, pág. 2.

puesto por aquella propaganda dirigida a sectores sociales concretos: las mujeres (ante las cuales adoptaron un tono paternalista y sensiblero), los pequeños propietarios, los comerciantes, el Ejército, las fuerzas del orden, etc. El último bloque ofrecía un marcado carácter contrarrevolucionario y alarmista. Tendenciosamente identificaban el término “revolución” con caos y muerte, posteriormente el de “izquierda” con “revolución”, y obtenían de esta manera el resultado deseado: izquierda igual a caos y muerte (42). Un elocuente ejemplo de este razonamiento se encuentra en la siguiente gacetilla aparecida en el semanario “Acción”:

“Mallorca no pot esser una sucursal de Sibèria.
Si vols esser esclau vota als socialistes.
Vota quantre la Revolució!
Vota a España!” (43).

2.2. *El Frente Popular*

A raíz de los acontecimientos ocurridos en octubre de 1934, las fuerzas conservadoras iniciaron, como ya hemos explicado, una durísima y totalmente desproporcionada represión contra los grupos progresistas de Baleares (encarcelaron a muchos de sus militantes, cerraron sus periódicos, clausuraron sus locales, suspendieron los Ayuntamientos de tendencia izquierdista, etc.). Esta situación, que provocó un amplio sentimiento de solidaridad hacia las víctimas de la represión, aceleró el proceso de acercamiento entre los partidos obreros y los grupos republicanos progresistas, contribuyendo de esta manera a la preparación psicológica de lo que poco tiempo después habría de ser el Frente Popular. Este buen entendimiento entre todos los grupos de izquierdas, desde los burgueses avanzados hasta los comunistas, posibilitó —ya en el mes de abril de 1935— que celebraran varios mítines conjuntamente, demandando la amnistía para los presos políticos y el acuerdo electoral que permitiera derribar cuanto antes el Gobierno radical-cedista (44). En todos estos actos, los oradores socialistas reivindicaron el movimiento de octubre y se mostraron partidarios, por una parte, de la unidad de las izquierdas y, por la otra, del frente único de la clase trabajadora (45).

(42) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 96.

(43) Cfr. “Obrer, ciutadà” en *Acción*, 8 de febrero de 1936, pág. 4.

(44) Concretamente en el mes de abril de 1935 se celebraron tres mítines en Palma (los días 13, 14 y 28), con intervención de militantes del Partido Socialista, de Esquerra Republicana Balear, de Unión Republicana, del Partido Comunista y del Partit Republicà Democràtic Federal. Cfr. “Dos grandes mítines en la Casa del Pueblo” en *El Obrero Balear*, núm. 1.739, 19 de abril de 1935; y “Un mitin. Un paso decisivo hacia el Frente Único” en *Nuestra Palabra*, núm. 82, 1 de mayo de 1935.

(45) Cfr. Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, *op. cit.*, págs. 242-43.

Este ambiente "frentepopulista" se mantuvo durante todo el año 1935, y se fue acrecentando a medida que se iba haciendo más evidente que Alcalá Zamora iba a disolver las Cortes y a convocar elecciones generales anticipadas. "El 15 de enero de 1936 diversos partidos de izquierdas firmaron a nivel de todo el Estado español un pacto electoral que definía la táctica electoral y sus objetivos de acción política en el supuesto de que ganasen las próximas elecciones generales", ya convocadas para el día 16 de febrero (46). Una vez producido el acuerdo a nivel estatal, los partidos izquierdistas de Baleares activaron sus reuniones para lograr una candidatura conjunta. El día 20 de enero se reunió por vez primera el Comité de Enlace, asistieron representaciones del Partido y las Juventudes Socialistas, de Esquerra Republicana Balear, de Unión Republicana, del Partido y las Juventudes Comunistas y del Partit Republicà Democràtic Federal, a los cuales se agregó poco después el Partido Obrero de Unificación Marxista.

Las discusiones se centraron en la determinación de los cinco nombres que debían integrar la candidatura de la Coalición de Izquierdas o Frente Popular (obsérvese, lo cual es muy significativo, que, a diferencia de la Coalición de Derechas, sólo presentó cinco candidatos, es decir, sólo aspiraba a cubrir los cinco escaños reservados a la mayoría). Los comunistas, a través de "Nuestra Palabra", pidieron que en la lista electoral del Frente Popular figurase un candidato comunista, Esquerra Republicana Balear solicitaba tres puestos, Unión Republicana uno y, finalmente, el Partido Socialista proponía dos nombres. La noche del día 27 se reunió por segunda vez el Comité de Enlace y se llegó, tras superar algunas dificultades, a concretar la candidatura del Frente Popular. No se admitió la pretensión comunista y se limitó a dos el número de candidatos de Esquerra Republicana. En consecuencia, la composición de la candidatura fue la siguiente: dos socialistas (Alexandre Jaume Rosselló y Antoni Gomila Pons), dos militantes de Esquerra Republicana Balear (Bernat Jofre Roca y Francesc Carreras Reura) y uno de Unión Republicana (Antoni Amer Llodrà). Los demás partidos de izquierdas, incluidos los comunistas que protestaron duramente por haber sido excluidos de la candidatura, y la Unión General de Trabajadores apoyaron sin reservas al Frente Popular.

Igual que hicimos con los grupos coaligados en el bloque conservador, vamos ahora a detenernos brevemente en el análisis de los diversos

(46) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: "El Front Popular" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 7, 16 de febrero de 1986, págs. 4-5.

partidos integrados en el Frente Popular, lo que ofrece un particular interés dada la heterogeneidad ideológica y táctica de los mismos.

A) *Partido Socialista Obrero Español*

Cuando en la primavera de 1931 se proclamó, pacífica y festivamente, la Segunda República, la Federación Balear del Partido Socialista Obrero Español ya contaba con una dilatada historia de lucha política y sindical. En 1890 se había constituido en Manacor la primera agrupación socialista mallorquina, y dos años más tarde se organizó la Agrupación de Palma. Durante estas cuatro primeras décadas, el Partido Socialista estuvo muy ligado a las sociedades obreras existentes, y una de sus principales preocupaciones fue potenciar el asociacionismo de resistencia, organizando, educando y defendiendo a la clase trabajadora.

Tras el 14 de abril, los socialistas de Baleares adquirieron un cierto poder político que, si bien era bastante limitado, era inmensamente mayor que el que habían tenido hasta entonces. No obstante esta conquista y a pesar de sus reiterados ideales revolucionarios, lo cierto es que el Partido Socialista, perfectamente consciente de los límites de su fuerza, hizo gala de un espíritu pragmático, aceptando con criterio realista soluciones de compromiso. Las reivindicaciones socialistas de esta época estuvieron orientadas a mejorar las condiciones de vida de los trabajadores (establecimiento de un salario digno que permitiera cubrir las necesidades personales y familiares, disminución de la jornada laboral, aumento de los días de descanso retribuidos, creación de escuelas, construcción de viviendas, obtención de servicios médicos y farmacéuticos gratuitos, creación de asilos y guarderías, mejora de las condiciones higiénicas en los centros de trabajo, subsidio económico en caso de desempleo, etc.), pero al mismo tiempo dichas propuestas no estuvieron exentas de algunas notas "moralizadoras" (campañas contra el alcoholismo, contra el "bárbaro espectáculo" de las corridas de toros, contra la falta de higiene personal y sus consecuencias, etc.).

A partir de 1933, la determinación de la política obrera y sindical que debía seguirse provocó la aparición de dos tendencias en el seno del Partido Socialista: la *prietista*, que insistía en la necesidad de llegar a un acuerdo estable con los diferentes grupos republicanos, y la *caballerista*, partidaria en buena medida de romper el compromiso socialista con el régimen y de iniciar una política obrera de signo revolucionario. En Mallorca existió, a pesar de los ataques mutuos, una manifiesta voluntad de evitar cualquier escisión, y, en este sentido, los militantes más antiguos

insistían reiteradamente en que había acuerdo en lo esencial (47).

En otro orden de cosas, debe señalarse que junto a destacados líderes obreristas como Llorenç Bisbal, Ignasi Ferretjans, Rafael Rigo o Joan Montserrat, no faltaron en la Federación Socialista Balear intelectuales de indiscutible talla. Gabriel Alomar, Andreu Crespí y Alexandre Jaume son algunos de los socialistas mallorquines brillantemente unidos a las ciencias o a las letras. Desde su sobresaliente magisterio optaron por la defensa de los valores nacionales de nuestra comunidad y del progresismo político. Y en este punto tal vez sea conveniente insistir, corrigiendo lo que en alguna ocasión se ha afirmado erróneamente, que durante la Segunda República los intelectuales socialistas estaban totalmente convencidos de la importancia de las cuestiones autonómicas. En este sentido, Alexandre Jaume (fusilado en 1937 acusado de “propagandista peligroso”), no obstante escribir en castellano, era consciente de que “la lengua, la sangre y la historia” ligaban a los mallorquines con el *Principat*, y no tenía ningún inconveniente en denominarse “catalán de Mallorca” (48). En idéntico sentido, Andreu Crespí, que había presidido la *Associació Catalana d'Estudiants* y ocupado cargos de responsabilidad en la *Associació per la Cultura de Mallorca*, fue uno de los intelectuales mallorquines que —igual que Alomar— firmó la “Resposta” al “Manifest dels Catalans”. En dicha “Resposta”, entre otras cosas, se afirmaba la “*fidelitat a una pàtria natural que és, per damunt de tota política, la terra on és parlada la mateixa llengua nostra*” (49).

B) *Esquerra Republicana Balear*

Para comprender el origen y el significado preciso de Esquerra Republicana Balear (ERB) es necesario hacer una breve historia de las vicisitudes por las que atravesó el republicanismo isleño desde el final del reinado de Alfonso XIII (50). En julio de 1930, siguiendo la misma dinámica que en el resto del Estado, se creó una formación política que reunía la práctica totalidad de los republicanos de la Isla: el *Partit Republicà Federal de Mallorca* (PRFM), que reconocía el liderazgo de Alejandro Lerroux y Manuel Azaña. Los militantes de este Partido ofrecían, no obs-

(47) Cfr. Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, *op. cit.*, págs. 237-38.

(48) Cfr. Massot i Muntaner, Josep: *Cultura i vida a Mallorca entre la guerra i la postguerra*, Publicacions de l'Abadía de Montserrat, Barcelona, 1978, págs. 15 y 129.

(49) Cfr. Oliver Araujo, Joan: “Los socialistas mallorquines durante la Segunda República. (Obreros e intelectuales para un proyecto de progreso)” en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 15, 13 de abril de 1986, pág. 2.

(50) Cfr. Morro Mercer, Mateu y Serra Busquets, Sebastià: *L'esquerra nacionalista...*, *op. cit.*, págs. XVII-XXVI.

tante la referida unión, diferencias ideológicas muy notorias. Así, junto a los antiguos republicanos, con actitudes muy ambiguas frente al hecho nacional, como Francesc Julià o Francesc Villalonga, encontramos destacados nacionalistas de izquierda como Emili Darder, Francesc de Sales Aguiló o Pere Oliver.

Esta heterogénea unión de todos los republicanos duró, como era previsible, poco tiempo. Cuando en enero de 1932 el PRFM se adhirió al Partido Radical de Lerroux, un sector muy importante, cualitativa y cuantitativamente, del PRFM (Emili Darder, Bernat Jofre, Francesc de Sales Aguiló, Josep Serra, Francesc Carreras, etc.) se separó del mismo y constituyó *Acció Republicana de Mallorca*, aceptando el caudillaje moral de Azaña. De esta manera el republicanismo balear quedaba escindido en cuatro partidos (dos relativamente importantes y dos estrictamente testimoniales): el Partit Republicà Federal de Mallorca (Radical) encabezado por Francesc Julià, *Acció Republicana de Mallorca*, el Partit Republicà Radical-Socialista Independent dirigido por el médico Jaume Comas, y el Partit Republicà Democràtic Federal de Josep Girbent (51). Volviendo a *Acció Republicana*, que era la única escisión realmente significativa, podemos recordar las dos razones que, según Emili Darder (52), hicieron necesaria la separación: por una parte, su intención de estructurar un partido autónomo mallorquín y federal, desde donde pactar con partidos estatales afines; por otra, su propósito de llevar a cabo una política izquierdista, lo que les impedía alinearse junto con los lerrouxistas (53).

El 8 de abril de 1934, fruto de la fusión entre *Acció Republicana* y el Partit Republicà Radical-Socialista Independent, se constituyó *Esquerra Republicana Balear*. El artículo primero de los Estatutos del nuevo Partido decía que su objetivo era "*la llibertat de les Illes Balears, organitzades políticament en règim autonòmic, liberal, democràtic, republicà i de justícia social*". Y añadía: "*Esquerra Republicana Balear proclama el deure d'afirmació i desenvolupament de la nostra personalitat, singularment per l'ús i l'enaltiment de la nostra llengua i de la nostra cultura*". ERB, que tuvo un fuerte crecimiento organizativo en las cuatro Islas al coincidir su implantación con el derrumbamiento del Partido Radical, se definía como un partido autónomo. Joan Sanxo, posiblemente el mejor teórico de ERB a pesar de su extraordinaria juventud, lo decía clara-

(51) *Ibidem*, págs. XXIII-XXIV.

(52) Cfr. Darder, Emili: "Del senyor Emili Darder" en *Tribuna Libre*, núm. 1, 3º de enero de 1932.

(53) Cfr. Morro Mercer, Mateu y Serra Busquets, Sebastià: *L'esquerra...*, op. cit., pág. XXIV.

mente: “*Res no tenim a dir contra les adhesions que assegurin una eficàcia, però la veritable direcció d’Esquerra Republicana de Balears no pot radicar fora de la nostra terra*” (54).

Muy cercanos a los planteamientos ideológicos de Esquerra Republicana de Catalunya y en general a los del catalanismo de izquierdas, alejados tanto de propuestas demagógicas como de actitudes folklóricas, los hombres de ERB habían comprendido que la verdadera autonomía y el progreso social no se podían alcanzar sino era desde la izquierda (55). Sus militantes, mayoritariamente profesionales liberales (farmacéuticos, médicos, abogados, etc.) y pequeños burgueses (comerciantes, industriales, payeses acomodados, etc.), estaban muy lejos de posiciones revolucionarias, pero veían la necesidad de convergencia con las fuerzas obreras y socialistas para consolidar la República y el sistema democrático (56). Su programa político —que se iba divulgando a través del semanario “República” (57)— reflejaba una honda preocupación por los temas autonómicos e insistía en la necesidad de una normalización lingüística y cultural (58). En el campo de las realizaciones concretas, merece destacarse que sus militantes llevaron a cabo, especialmente a través de los Ayuntamientos, una labor sanitaria, urbanística y educativa muy importante (59).

C) Partido Comunista de España

Desde 1919 estaban existiendo, en el seno del Partido Socialista, tensiones entre los reformistas —encabezados en Baleares por Llorenç Bisbal— y los partidarios de adherirse a la Tercera Internacional, terceris-

(54) Cfr. Sanxo, Joan: “Esquerra Republicana de Balears” en *República*, núm. 8, 17 de marzo de 1934, pág. 1.

(55) Cfr. Morro Mercer, Mateu: “Joan Sanxo i Tous: esquerra i nacionalisme durant la II República” en *Lluc*, núm. 719, 1985, pág. 10; Morro Mercer, Mateu y Serra Busquets, Sebastià: *L’esquerra...*, *op. cit.*, pág. XXIV.

(56) Cfr. Morro Mercer, Mateu: “Joan Sanxo...”, *op. cit.*, pág. 10.

(57) Se publicó desde el 27 de enero de 1934 hasta el 28 de enero de 1936, fecha en la que desapareció para posibilitar la aparición del diario del Frente Popular “Antorxa”. Fue dirigido por Joan Sanxo Tous y, más tarde, por Francesc Gaita.

(58) La influencia del movimiento nacionalista sobre la sociedad balear durante la Segunda República fue más bien escasa. Esto se debió, en parte, a las características propias de la economía isleña, carente de una burguesía autóctona fuerte y con intereses diferenciados de la del resto del Estado. Cfr. Ensenyat Quintana, Joan y Serra Busquets, Sebastià: “La Segona...”, *op. cit.*, pág. 7.

(59) Cfr., a modo de ejemplo, el trabajo del profesor Gabriel Janer Manila titulado: *Emili Darder i la política sanitariu-escolar de l’Ajuntament de Ciutat en temps de la Segona República*, Ajuntament de Palma, Palma de Mallorca, 1983.

tas, que contaban con el respaldo de las Juventudes Socialistas, y cuyos líderes más destacados en Mallorca eran Antonio M. Alzina, Antonio Bauzá, José Riera, Gabriel Campomar y José Pérez. En los meses de marzo y abril de 1921 la discusión estalló de forma violenta, y en el Congreso Nacional del PSOE celebrado en abril de este mismo año se produjo definitivamente la escisión. En Palma, el 24 de mayo, los terceristas abandonaron el Partido Socialista y pocos días después, el 30, presentaron ante el Gobierno Civil el reglamento de una nueva Agrupación Comunista, adherida al Partido Comunista de España (60).

El minúsculo grupo comunista, que conoció reiteradas disensiones internas, mantuvo una vida totalmente lánguida hasta la proclamación de la Segunda República. El 17 de enero de 1931 inició la publicación del periódico "Nuestra Palabra", dirigido y financiado originariamente por Ateo Martí (61). Este periódico, que tuvo un marcado tono anticlerical y revolucionario, estaba lleno de expresiones metafísicas: por el levantamiento de los obreros contra la burguesía, por una humanidad libre, por un mañana feliz, por la emancipación proletaria, etc. A pesar de ello, en sus páginas también aparecieron referencias a problemas obreros concretos, producto, sin duda, de la inserción de algunos de sus militantes en el movimiento sindical balear (62).

A principios de mayo de 1931, aprovechando el viaje a Mallorca de los dirigentes nacionales Silva y Figueras, el "Comité Provincial de las Baleares del P.C.E." inició una intensa campaña de propaganda y afiliación (63). Los resultados obtenidos fueron, sin embargo, muy limitados. Llegaron a contar con un grupo marxista en Génova, y ejercían cierta influencia en los barrios de Son Sardina, Soletat, Santa Caterina y los Hostalets, así como en los sindicatos de la construcción y de la metalurgia (64). También llama la atención el hecho de que, a pesar de los mutuos "ataques ideológicos", mantuvieran buenas relaciones con los anarcosindicalistas de la CNT, especialmente en el terreno de las actuaciones concretas. Por último, queremos subrayar que las Juventudes Comunistas, que centraron su lucha en la conquista de los derechos políticos y ci-

(60) Cfr. Oliver Araujo, Joan: "Semblanza biográfica de Ignasi Ferrerjans" en *UGT Mallorca*, núm. 6, abril 1986, pág. 8; Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, *op. cit.*, págs. 134-37.

(61) El nombre de pila de este extravagante comunista (brutalmente asesinado en agosto de 1936) era "Mateo", aunque —como Presidente de la Liga Laica de Mallorca y ateo militante— consideró oportuno suprimir la "M" inicial.

(62) Cfr. Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, *op. cit.*, págs. 220-221.

(63) Cfr. "Actos de afirmación comunista en Mallorca" en *Nuestra Palabra*, núm. 9, 13 de mayo de 1931.

(64) Cfr. Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, *op. cit.*, pág. 223.

viles a partir de los 18 años, consiguieron un cierto apoyo popular, especialmente en el barrio de El Molinar (65).

D) *Los otros partidos integrados en el Frente Popular*

Además del PSOE, de ERB y del PCE, había otros tres partidos —de incidencia social muy limitada— que también habían firmado dicho acuerdo electoral: la Unión Republicana, el Partit Republicà Democràtic Federal y el Partido Obrero de Unificación Marxista. La *Unión Republicana* —capitaneada a nivel nacional por Diego Martínez Barrio— se formó a principios de 1934 a raíz de la escisión del ala izquierda del Partido Radical de Lerroux. En Baleares llegó a tener una cierta organización gracias a la labor de sus dos principales dirigentes: Antoni Amer Llodrà (que formó parte de la candidatura del Frente Popular) y Docmael López Palop. El *Partit Republicà Democràtic Federal*, “vieja supervivencia del republicanismo federal histórico” (66), tenía en Josep Girbent a su hombre más significativo, el cual participó en el mitin conjunto que se celebró en Palma en conmemoración del cuarto aniversario de la proclamación de la República. Este Partido, que había intentado infructuosamente fusionarse con Esquerra Republicana Balear, apenas tenía ninguna incidencia en el complejo mundo político mallorquín. Finalmente, debemos referirnos al *Partido Obrero de Unificación Marxista*, de tendencia trotskysta, integrado básicamente por disidentes del PCE y que, precisamente por ello, contó con una cierta benevolencia por parte del PSOE (así, por ejemplo, a menudo contestaban a los comunistas desde las páginas del semanario socialista “El Obrero Balear”). Aparte de la organización de un activo comité de socorro rojo, el acto público más importante que realizaron fue el mitin celebrado por Joaquín Maurín y Julián Gorkin en la Casa del Pueblo de Palma en el mes de mayo de 1935 (67).

El Frente Popular, con muchas ganas y escasas posibilidades económicas (68), desarrolló una *campana electoral* muy distinta de la que llevó a cabo la Coalición de Derechas. En primer lugar, debemos repetir que

(65) Cfr. Sureda, Antonio: “Porqué luchamos” en *Nuestra Palabra*, núm. 14, 20 de julio de 1931; Idem: “Los jóvenes comunistas y las Cortes” en *Nuestra Palabra*, núm. 17, 21 de agosto de 1931.

(66) Cfr. Morro Mercer, Mateu y Serra Busquets, Sebastià: *L'esquerra...*, op. cit., pág. XXV.

(67) Cfr. Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, op. cit., págs. 251-52.

(68) Una de las muchas consecuencias de esta carencia de recursos fue la necesidad de suspender la publicación del semanario de ERB “República” para poder sacar a la luz el diario “Antorxa”, de tan solo cuatro páginas.

las izquierdas sólo presentaron cinco candidatos (es decir, sólo intentaron conseguir los escaños reservados a la mayoría), lo que evidencia que eran conscientes de que su fuerza era inferior a la de las derechas (69).

A diferencia del bloque conservador, las izquierdas sí que contaban con un *programa político* concreto, tanto a nivel estatal como a nivel de las Islas. El pacto firmado a nivel *estatal* recogía los catorce puntos que iban a orientar la actuación del Frente Popular en el caso de ganar las elecciones (70): amnistía para los presos políticos (cifrados, según ellos, en 30.000), reposición en sus empleos de los funcionarios públicos despedidos (mayoritariamente republicanos de izquierda), ayuda a las familias de los muertos durante los hechos de octubre, restablecimiento de la Constitución y revisión de la Ley del Tribunal de Garantías, promulgación de leyes que desarrollaran la Constitución, modificación de la Ley de Orden Público para ofrecer mayores garantías a los ciudadanos, reorganización y moralización de la Administración de Justicia, revisión de las responsabilidades de las fuerzas del orden público, no nacionalización de la tierra (a pesar de la postura favorable de los socialistas), política de protección a la industria para superar su crisis, programa de obras públicas, mayor control de la banca y reforma fiscal progresiva, revisión de la legislación laboral y desarrollo de una política educativa análoga a la del primer bienio republicano. Además de este programa común en todo el Estado, el Frente Popular balear elaboró un proyecto político —denominado “programa de honor” — referido específicamente a *las Islas* (71): revisión del expediente de crisis del Banco de Crédito Balear y exigencia de responsabilidades a los causantes de la quiebra, acabar con las irregularidades existentes en la compañía de ferrocarriles, defensa de los transportistas por carretera, prosecución de las obras públicas iniciadas durante el bienio azanista (agua, cloacas, plazas, escuelas, mercado y hospital), protección y respeto a la lengua y a la cultura propias, readmisión de los obreros despedidos y, por último, expulsión de los esquirolles (72).

El programa del Frente Popular era muy concreto y bastante moderado (73). Con razón pudo declarar Francesc Carreras, líder de Esque-

(69) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, págs. 96-97.

(70) Cfr. Tamanes, Ramón: *La República. La Era de Franco*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, págs. 211-12.

(71) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “El Front...”, *op. cit.*, pág. 5; Idem: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 97.

(72) Cfr. “Programa de honor de las izquierdas en Baleares” en *Antorxa*, núm. 1, 25 de enero de 1936, pág. 1.

(73) Recordemos, en este mismo sentido, que se había acordado que, en caso de victo-

rra Republicana Balear, que el pacto era “un documento tan reflexivo, tan justiciero y tan moderado, que muy bien podrían estampar su firma en el mismo políticos burgueses de cualquier partido de derechas europeo”. Y añadía: “En su contenido nada acusa la presencia activa del marxismo. La transigencia obrera no ha podido ser mayor” (74). Tan solo los comunistas defendieron —demagógica e interesadamente— el papel revolucionario del Frente Popular, insistiendo —con planteamientos maximalistas y frecuentemente agresivos— en la necesidad de transformar el frente popular electoral en un “frente popular antifascista” de signo combativo: “Fascismo o antifascismo. Revolución o contrarrevolución. Libertad y justicia social y bienestar, es decir, amplio campo para el desarrollo del movimiento de las masas populares, aniquilamiento de los opresores, o terror, barbarie, despotismo, salarios de 1,50 pesetas, cárceles llenas de trabajadores... estrangulamiento del movimiento emancipador” (75).

- Respecto a los mítines del Frente Popular indiquemos que, tan solo en Mallorca, se llevaron a cabo 47, entre ellos el que se celebró el día 9 de febrero en el Teatro Balear de Palma, en el que intervinieron los principales líderes de los partidos coaligados: Alexandre Jaume y Jaime García del Partido Socialista, Luis Montero del PCE, García Hernández del POUM, Ignasi Ferretjans —que intervino en nombre del candidato Antoni Gomila— del PSOE-UGT, Antoni Amer de Unión Republicana, y Bernat Jofre y Francesc Carreras de ERB. Una característica que diferenciaba los mítines de la izquierda de los de la derecha era que aquéllos fueron realizados, en su mayor parte, como coalición electoral, en consecuencia, en cada uno de ellos hablaban representantes de los diversos partidos integrados en el Frente Popular (76).

Por lo que se refiere a la *propaganda impresa*, constatamos que se hizo básicamente a través de cinco periódicos: “El Obrero Balear” del PSOE y la UGT (que se publicó ininterrumpidamente desde 1900 a 1936), “Nuestra Palabra” del Partido Comunista, “Foch i Fum”, “El Fe-

ria de la Coalición de Izquierdas, “el futuro Gobierno estaría simplemente apoyado por los socialistas, sin que participasen en él”. Cfr. Bécarud, Jean: *La Segunda...*, *op. cit.*, pág. 153.

(74) Cfr. “Entrevista a Francesc Carreras, d'E.R.B. i del Consell Nacional d'I.R.” en *Antorxa*, núm. 4, 29 de enero de 1936.

(75) Para la interpretación comunista del Frente Popular en Baleares, cfr. Quiñones, Heriberto: “A la campaña de la CEDA hay que oponer el bloque popular antifascista” en *Nuestra Palabra*, núm. 116, 2 de enero de 1936; Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, *op. cit.*, págs. 266-67.

(76) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 97.

lanitxer" y el *diario* "Antorxa". Este último, que apareció precisamente para favorecer la candidatura del Frente Popular, inició su singladura —dirigida por el socialista Jaume Rabassa— el 25 de enero de 1936, aunque sólo pudo mantenerse hasta el 22 de febrero del mismo año (aparecieron un total de veinticinco números). Al desaparecer, sobre todo por falta de medios económicos, afirmó que se trataba de un simple paréntesis para preparar una segunda salida, que, en realidad, no llegó a producirse.

Analizando estos cinco periódicos podemos ver las líneas maestras de la propaganda izquierdista, la cual se puede sistematizar en cuatro bloques claramente diferenciados (77). En primer lugar, estaba la propaganda dedicada a contraponer la política social del "bienio blanco" (1931-1933) con la del "bienio negro" (1934-1936), al objeto de demostrar que sólo el voto de izquierdas podría remediar las enormes injusticias sociales de que adolecía el país (78). Otro bloque de la propaganda del Frente Popular era de tipo negativo y trataba de desmitificar tanto las consignas de la derecha como las de la Iglesia. Un tercer bloque intentaba conquistar el voto de grupos sociales concretos: los parados, las clases medias, las mujeres, etc. Finalmente, destaca la utilización propagandística de la sublevación de Asturias. Se acusaba a "las derechas de haber cometido asesinatos durante la represión del movimiento revolucionario (79), pero sobre todo de haber favorecido con su actuación política la aparición de la revolución". En esta línea interpretativa, resulta sumamente elocuente la siguiente afirmación de un editorial de "El Felanitxer": "Los mayores culpables: José M^a Gil Robles y Rafael Salazar Alonso, según propia declaración, fueron quienes fría y conscientemente provocaron el movimiento revolucionario de octubre de 1934" (80).

2.3. La posición de la Falange y de la CNT ante las elecciones

La práctica totalidad de las fuerzas políticas de Baleares se habían integrado en uno de los dos bloques en contienda: la Coalición de Derechas y el Frente Popular. Sólo la central sindical CNT y el minúsculo grupo de Falange Española optaron, por razones muy distintas, por autoexcluirse, no presentando tampoco candidatura propia. Veamos, a con-

(77) En este punto seguimos la sistematización de Joan Ensenyat Quintana ("Les eleccions...", *op. cit.*, pág. 97), posiblemente el mejor conocedor del Frente Popular en Mallorca.

(78) Cfr. "Parangón elocuente" en *Antorxa*, 7 de febrero de 1936, pág. 2.

(79) Cfr. *El Obrero Balear*, 7 de febrero de 1936, pág. 1.

(80) Cfr. *El Felanitxer*, 15 de febrero de 1936, pág. 1.

tinuación, su interpretación de estas elecciones y la postura que adoptaron ante las mismas.

A) *Falange Española de las JONS*

En enero de 1934, pocos meses después del discurso de José Antonio Primo de Rivera en el Teatro de la Comedia de Madrid, se constituyó oficialmente en Baleares la delegación de Falange Española (81). Como dirigentes en los momentos fundacionales encontramos a Alfonso de Zayas —marqués de Zayas—, que sería el Jefe Provincial (82), a Antonio Nicolau, Secretario Provincial, a Francisco Borrás, a Fernando Cotoner y al sacerdote Juan Crespi. Durante los dos años siguientes a su constitución, el grupo falangista balear llevó una existencia anémica, y el mismo Zayas explica que más de una vez no pudo pagar cantidades insignificantes de dinero e incluso tuvo que prescindir del local que tenía alquilado (83).

Convocadas las elecciones para el 16 de febrero de 1936, los dirigentes nacionales de Falange entraron en contacto con los líderes conservadores para estudiar las posibilidades de llegar a un acuerdo electoral. Fue en vano, pues las pretensiones falangistas, en lo referente al reparto de eventuales escaños, fueron consideradas desorbitadas por los partidos integrados en la Coalición de Derechas, especialmente a tenor de la escasa fuerza que cabía atribuir al grupo nacionalsindicalista. Decidió entonces concurrir en solitario en dieciocho provincias. En Baleares, demostración evidente de su debilidad organizativa, no intentaron siquiera presentar candidatura, aunque desarrollaron una mínima campaña electoral pidiendo el voto para su Jefe Nacional José Antonio Primo de Rivera. Aprovechando el mayor margen de libertad preelectoral, hicieron un primer acto público en el Teatro Principal de Manacor (84). Este mitin estaba anunciado, en principio, para el día 19 de enero, pero los acontecimientos violentos que precedieron a su celebración obligaron al Alcal-

(81) Para una aproximación al estudio de la Falange, cfr., entre otros, Jiménez Campo, Javier: *El fascismo en la crisis de la II República española*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1979; Pastor, Manuel: *Los orígenes del fascismo en España*, Túcar, Madrid, 1975; Payne, Stanley: *Falange. Historia del fascismo español*, Ruedo Ibérico, París, 1965; Alvarez Puga, Eduardo: *Historia de la Falange*, Dopesa, Barcelona, 1969; Martínez Val, José María: *¿Por qué no fue posible la Falange?*, Dopesa, Barcelona, 1975; Gibson, Ian: *En busca de José Antonio*, Planeta, Barcelona, 1980.

(82) Alfonso de Zayas escribió un libro de lectura preceptiva para conocer los orígenes de la Falange en las Islas: *Historia de la Vieja Guardia en Baleares*, Imprenta Záez, Madrid, 1955.

(83) Cfr. Zayas, Alfonso de: *Historia...*, *op. cit.*, págs. 52-53.

(84) *Ibidem*, págs. 61-65.

de de Manacor a suspenderlo. Finalmente, con gran tensión dada la hostilidad de la población hacia los falangistas y la actitud provocadora de éstos, pudo celebrarse dicho acto el 2 de febrero (intervinieron Antonio Nicolau, Juan Riera, Néstor Gallego y Alfonso de Zayas) (85). Pocos días después —el 9 de febrero— se celebró en el pequeño pueblo de Campanet el segundo y último mitin de propaganda electoral. A pesar de esta “campana”, los votos contabilizados a favor del candidato falangista —algo más de docientos en toda la provincia— son lo suficientemente escasos como para suponer que su incidencia política en la población isleña era, en aquellos momentos, prácticamente nula.

Sin embargo, la realidad era que al grupo falangista ya no le interesaba la lucha electoral, pues había apostado por la insurrección violenta. El marqués de Zayas nos describe con meridiana claridad lo que significaba para ellos esta contienda electoral: “Empezamos a actuar. Con empeño. No porque... creyéramos los camisas azules en el absurdo de un feliz resultado de tales elecciones, sino *para adiestrarnos, como gimnasia de nuestra propia decisión y recuento de fuerzas*” (86). En coherencia con ello, no es de extrañar que, desde principios de 1936, los falangistas, con cierta tolerancia de la Guardia Civil, hicieran prácticas de tiro y ejercicios paramilitares.

B) *Confederación Nacional del Trabajo*

La posición electoral de los anarquistas de Baleares fue la tradicional abstención. Ya desde el mismo comienzo de la campaña electoral, su semanario “Cultura Obrera” precisó la línea de actuación anarcosindicalista, al afirmar que la CNT “ni presentará candidatos, ni votará a ninguna candidatura. Todas, absolutamente todas, desde la de Gil Robles hasta la de Pestaña, le producen asco” (87).

Por otra parte, llama la atención el hecho de que los cenetistas de Baleares defendieran la postura abstencionista incluso después de la celebración del “Pleno Nacional de Regionales” (reunión de todas las confederaciones regionales de la CNT) que, ante la promesa del Frente Popular de amnistiar a los presos políticos, dio una cierta libertad de actuación a sus afiliados en el tema de ir o no a votar (88). Julio Quintero se

(85) El texto de los discursos puede consultarse en *Arriba*, núm. 32, 13 de febrero de 1936, pág. 3.

(86) Cfr. Zayas, Alfonso de: *Historia...*, *op. cit.*, pág. 61.

(87) Cfr. “Las elecciones” en *Cultura Obrera*, 15 de enero de 1936, pág. 1.

(88) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “El Front Popular” en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 7, 16 de febrero de 1986, pág. 5; Idém: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 93.

esforzó en explicar las razones de la abstención: “ni los estatutos ni la historia de la CNT le permitían la presentación de una candidatura propia; las izquierdas y las derechas habían intentado ahogar la voz libertaria y por tanto había que luchar contra todas las tendencias políticas, sin hacer ninguna distinción y sin secundar una candidatura de izquierdas; para la CNT la intervención del proletariado en la lucha política era un error perjudicial y no podía dejar actuar a sus militantes según su conciencia”, sino que era necesario emprender una intensa campaña abstencionista (89). “De todas maneras —concluía Quintero—, la acción revolucionaria será inevitable, porque aunque las elecciones las ganen las izquierdas, para tomar posesión del triunfo tendrán que vencer en lucha violenta a las derechas insurreccionadas” (90).

3. LOS RESULTADOS ELECTORALES

3.1. En el conjunto de Baleares

De los 240.302 habitantes de Baleares que, por ser mayores de 23 años, tenían derecho al voto, un total de 172.473 (es decir, un 71,77 por ciento) se acercaron a las urnas el 16 de febrero de 1936. Sus preferencias electorales, como se refleja en este primer cuadro, fueron claramente conservadoras, pues la Coalición de Derechas obtuvo en la primera vuelta los siete escaños en litigio, es decir, consiguió el “copo” deseado (91):

	Palma Capital	Mallorca Pueblos	Mallorca Total	Menorca Total	Ibiza Total	Formentera Total	Total Provincia
FONS	23.321	57.780	81.101	934	8.063	417	90.515 - (E)
MARCH	23.161	56.691	79.852	3.519	8.020	418	91.809 - (E)
SUAU	22.982	51.830	74.812	12.263	57	0	87.132 - (E)
SALORT	23.138	45.770	68.908	16.783	347	0	86.038 - (E)
PUJOL	23.086	41.979	65.065	16.678	8.024	418	90.190 - (E)
MATUTES	169	63.610	63.779	17.888	8.246	428	90.341 - (E)
PUGET	147	60.782	60.929	16.660	8.089	418	86.096 - (E)
CARRERAS	18.207	26.123	44.330	11.246	2.065	509	58.150
IOFRE	18.457	25.636	44.093	11.509	2.036	494	58.132
AMER	18.223	25.324	43.547	12.307	1.912	503	58.269
GOMILA	18.155	25.332	43.487	11.062	1.922	494	56.965
JAUME	18.296	25.086	43.382	11.149	1.966	497	56.994

(89) Cfr. Gabriel Sirvent, Pere: *El moviment...*, op. cit., pág. 263.

(90) Cfr. Quintero, Julio: “En el momento actual. Una posición clara” en *Cultura Obrera*, núm. 69, 6 de febrero de 1936.

(91) Para la elaboración del apartado de resultados hemos utilizado las siguientes fuentes: “Boletín Oficial de la Provincia” (núms. 10.798-10.799, 18-20 de febrero de 1936), “La Almudaina” (18-II-1936 y 25-II-1936), “Ultima Hora” (17-II-1936), “El Día” (18-II-1936) y “Nuestra Palabra” (núm. 123, 20-II-1936).

Este clamoroso triunfo de las derechas en Baleares es todavía más llamativo si tenemos en cuenta que el Frente Popular ganó estas elecciones en el conjunto del Estado español (los resultados globales aproximados fueron: 260 diputados de izquierdas, 150 de derechas y 50 de centro). Lo que evidencia, una vez más, que Baleares era —junto a Navarra, Guadalajara y Palencia en donde también se produjo el “copo” conservador— una de las regiones de España en donde la red caciquil era más perfecta y la influencia reaccionaria más consolidada. A juicio de Ensenyat Quintana, el hecho de que las derechas consiguieran mantener en las Islas su predominio ancestral no puede valorarse como un demérito para los hombres del Frente Popular que, con mucho optimismo y escasas disponibilidades económicas, intentaron llevar adelante una alternativa de progreso para nuestra tierra (92).

A continuación, analizaremos con cierto detenimiento estos resultados, estructurándolos en tres bloques: los que se produjeron en Palma capital, los que se dieron en los pueblos de Mallorca y, finalmente, los que se computaron en las tres Islas menores (Menorca, Eivissa y Formentera).

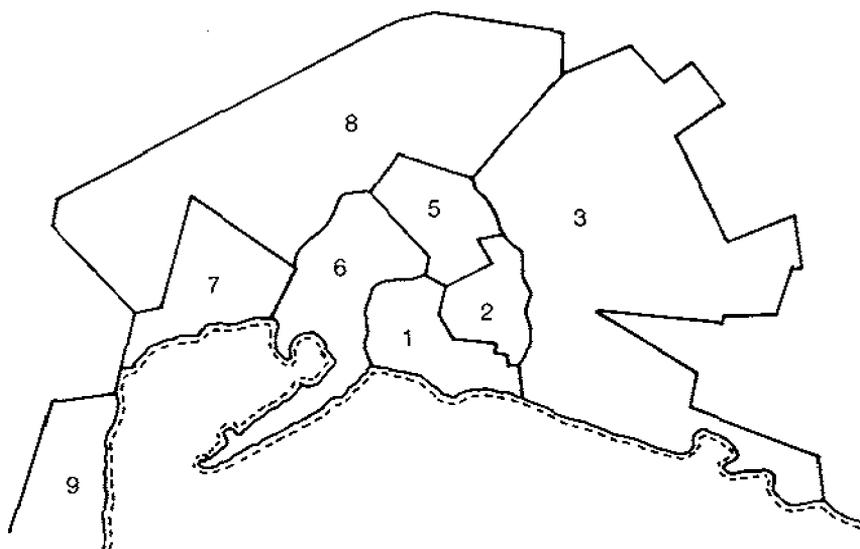
3.2. *En Palma*

El municipio de Palma de Mallorca (93) estaba “compuesto en 1936 de nueve distritos electorales con un total de 106 secciones, que tenían 58.692 electores según el censo de 1933” que, a pesar de su antigüedad, fue el que se utilizó en estos comicios, pues el del año 1936 no estaba todavía terminado cuando se hizo la convocatoria de elecciones (94). Debemos añadir, además, que no todos los distritos y secciones del municipio de Palma entraban dentro de lo que podríamos denominar espacio urbano. Así, el distrito cuarto en su integridad y algunas secciones de los distritos tercero, octavo y noveno eran de tipo rural.

(92) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “El Front...”, *op. cit.*, pág. 5.

(93) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...” *op. cit.*, págs. 99-104.

(94) La distribución de electores por distritos era la siguiente: el distrito primero tenía 7.013 electores; el segundo 6.770; el tercero 9.582; el cuarto 4.721; el quinto 5.241; el sexto 6.298; el séptimo 6.701; el octavo 6.568; y el noveno 5.798.



Distritos electorales de Palma

En Palma, al igual que en el resto del Archipiélago, la victoria fue para la Coalición de Derechas, aunque no de una manera tan amplia como en el campo mallorquín (en efecto, en tanto que en la Capital la diferencia de votos no llegó a 5.000, en los pueblos superó los 25.000). Veamos, a continuación, cómo se distribuyeron los votos en cada uno de los nueve distritos de Palma (95):

DISTRITOS	VOTOS DERECHA	VOTOS IZQUIERDA
PRIMERO	3.988-3.899	1.319-1.255
SEGUNDO	2.641-2.587	2.305-2.288
TERCERO	2.341-2.283	4.725-4.672
CUARTO	2.186-2.165	1.186-1.169
QUINTO	2.698-2.655	1.158-1.114
SEXTO	3.053-2.975	1.449-1.382
SEPTIMO	1.680-1.655	2.635-2.606
OCTAVO	2.609-2.581	1.946-1.899
NOVENO	2.158-2.059	1.725-1.696

(95) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: "Les eleccions...", *op. cit.*, pág. 99.

Respecto a los resultados en el municipio de Palma, hemos de decir que de los 58.692 electores votaron 41.715, es decir, un 71,07 por ciento. Cifra bastante elevada y casi idéntica a la media provincial. La Coalición de Derechas obtuvo 23.321-22.982 votos, mientras que el Frente Popular consiguió 18.457-18.155, lo que da aproximadamente los 5.000 votos de diferencia que ya hemos señalado. Las derechas ganaron en siete de los nueve distritos, en tanto que las izquierdas sólo consiguieron alzarse con la victoria en los distritos tercero y séptimo, ambos del cinturón de Palma y habitados básicamente por ciudadanos de nivel socio-económico bajo. Por el contrario, la Coalición de Derechas consiguió su victoria más abrumadora (75,14%) en el distrito primero, correspondiente al casco antiguo de la ciudad y habitado en gran medida por la nobleza y la alta burguesía.

Otros datos relevantes, que se extraen del análisis del cuadro anterior en relación con el mapa de los distritos electorales de Palma, son los siguientes (96): 1º) Que en el “centro” de Palma, esto es de las Avenidas hacia el mar, la tendencia conservadora es muy acentuada, y que la misma se va difuminando a medida que nos vamos alejando de dicho “centro”, o sea del distrito primero. 2º) Que los barrios situados en el extrarradio de la Ciudad, especialmente en la zona de Levante, ofrecen –aunque no de forma total– una cierta tendencia izquierdista (distritos tercero y séptimo, así como bastantes secciones del distrito octavo). A pesar de estas dos observaciones, creemos que hablar de un “cinturón rojo” para referirnos a la propensión izquierdista de algunas de las zonas que envolvían el “centro” de Palma está bastante fuera de lugar. Desde el punto de vista de la actividad profesional, como gráficamente ha puesto de relieve Joan Ensenyat utilizando las pirámides de Gaston Bardet, las derechas fueron “más votadas por el sector terciario y por aquellos grupos del sector secundario con un nivel socio-profesional que podríamos denominar directivo”. Por el contrario, las izquierdas sumaron sus votos entre ciudadanos cuyo trabajo se enmarcaba dentro del sector secundario o dentro “del sector terciario con una actividad profesional escasamente especializada”.

3.3. *En los pueblos de Mallorca*

En el campo mallorquín (97) la absoluta hegemonía de las derechas no ofrecía la más mínima duda, como lo demuestra su victoria en 50 de los 51 municipios en que, además de Palma, se dividía la Isla. En muchos

(96) *Ibidem*, págs. 100-101.

(97) *Ibidem*, pág. 98.

de estos pueblos el triunfo conservador fue muy amplio. Concretamente, en 35 lo fue por más del 70 por ciento de los votos emitidos, llegando en el caso de Escorca a un 98,03 por ciento. La otra cara de la moneda la ofrecía la candidatura del Frente Popular, que sólo consiguió ganar en un pueblo, Calvià, en donde obtuvo una media de 682 votos, lo que equivalía a un discreto 53,75 por ciento. Debemos añadir, ponderando en alguna medida lo anterior, que los partidos de izquierdas, a pesar de su derrota, tenían en algunos municipios (Andratx, Esporles, Lluçmajor, Maria, Montuiri y Puigpunyent) una cierta fuerza, si bien era insuficiente para darles la victoria.

Por otra parte, hay que destacar la existencia de una clara relación entre la actividad económica y la tendencia de voto. Así, resulta evidente que los municipios en donde el Frente Popular no sufrió una derrota tan estrepitosa fueron aquellos que tenían un cierto desarrollo industrial, tal era el caso de Manacor, Felanitx, Lluçmajor, Marratxí y Esporles. A la inversa, las derechas “encontraron su máximo soporte en aquellos pueblos con una economía básicamente agraria, como podían ser los del llano de Mallorca y los de la Sierra Norte” (98).

En estas elecciones se observa, comparándolas con las generales de noviembre de 1933 (99), un notable progreso de las derechas en los pueblos de Mallorca, que hemos de considerar muy importante en la medida que fue decisivo para conseguir el “copo” sin necesidad de acudir a la segunda vuelta (100).

Con los resultados que se dieron en los pueblos, al objeto de obtener una visión lo más amplia posible, podemos elaborar el siguiente cuadro:

	FONS	SALORT	PUJOI.	PUGET	YARCH	SUAU	MATUTES	JOFRE	CARRERAS	AMER	IAUME	GOMILA
Alaró	1371	1365	7	1362	5	1350	1356	783	887	864	932	886
Alicúdia	1045	1045	1043	1	1046	1044	1	454	454	453	453	453
Algaida	1301	1308	1311	1302	4	1	1306	650	654	631	632	631
Andratx	1698	13	1690	1	1698	1690	1637	1346	1239	1218	1225	1217
Artá	2	2215	2222	2212	2219	1	2220	910	905	909	905	902
Banyalbufar	392	0	395	394	0	393	395	25	25	25	25	25
Binissalem	1544	1534	1531	0	10	1602	1578	399	407	366	374	358

(98) *Ibidem*.

(99) Cfr. Oliver Araujo, Joan: *La II República...*, *op. cit.*, págs. 83-89.

(100) Cfr. Ensenyat Quintana, Joan: “Les eleccions...”, *op. cit.*, pág. 104.

Búger	420	420	3	420	416	0	420	109	109	109	109	109
Bunyola	1084	1080	3	1080	1082	3	1080	184	181	180	181	181
Calvià	592	591	3	587	4	595	598	685	683	682	683	679
Campanel	1149	1149	0	1148	3	1143	284	283	286	283	283	
Càmpus	2883	2877	2824	2827	64	63	2889	400	397	390	392	390
Capdepera	1118	11	1122	1121	1125	1115	7	588	599	595	599	593
Cosatax	520	520	0	520	0	531	531	75	74	75	64	65
Còssel	648	4	4	646	675	673	676	200	203	199	204	201
Deià	221	13	0	210	209	221	209	56	63	54	61	52
Escorca	100	0	100	100	100	0	100	2	2	2	2	2
Esperles	3	919	918	916	918	3	915	825	824	821	826	824
Estalencs	199	1	2	199	200	201	200	68	68	66	66	65
Felanix	4	3	4049	4037	4078	4070	4072	1734	1971	1729	1926	1720
Fornatutx	292	291	0	291	295	4	292	23	23	20	14	16
Inca	3306	3300	63	3295	7	3229	3239	1167	1168	1168	1174	1162
Llóseta	754	750	0	749	742	0	746	245	248	242	245	244
Llubi	1414	1414	684	1410	739	11	1403	39	45	36	36	35
Llorenç del V.	3343	18	3340	3323	3342	3343	3	2265	2272	2252	2260	2254
Moret de V.	0	503	503	503	503	0	503	30	30	30	30	30
Mónaco	0	5296	0	5288	5277	5321	5277	3295	3293	3382	3287	3282
Móra de la S.	21	697	696	3	692	706	689	598	710	597	599	585
Marratxí	1268	1267	29	1223	1266	1264	1	819	813	819	816	817
Mancor	368	365	0	368	379	0	371	222	220	215	215	228
Montuïri	931	8	926	924	928	8	925	650	650	646	649	644
Muro	2680	6	2671	7	2673	2676	2675	310	309	308	310	304
Petra	4	12	2080	2080	2083	2090	2083	103	116	121	114	107
Pollença	0	3402	0	3398	3413	3407	3397	920	1002	926	964	956
Porreres	2606	2612	1	2611	2611	3	2611	259	259	259	259	259
Sa Pobla	3390	2655	3399	2750	785	866	3389	312	457	316	475	314
Puigpunyent	448	451	4	446	458	4	445	329	329	324	325	324
Sant Joan	988	0	980	988	0	988	988	165	164	165	164	164
Sant Llorenç	1492	7	1492	10	1496	1494	1498	345	348	346	343	344
Senselles	1226	186	1067	1219	185	1057	1204	150	153	127	142	138
Santa Eugènia	522	0	0	522	525	525	525	124	124	122	122	122
Sra Margalida	98	945	955	850	1136	1932	1960	191	198	154	166	14
Santa Maria	1184	1182	12	1171	1181	11	1183	270	276	268	263	275
Santanyí	2198	15	6	2192	2219	2213	2214	619	636	614	615	602
Selva	1195	2	1198	1192	2	1194	1193	334	335	331	332	325
Ses Salines	693	696	58	57	648	656	689	148	168	141	131	127
Sineu	8	4	1354	1352	1355	1351	1355	315	306	308	298	296
Sóller	3243	3237	12	3215	3214	3228	6	1264	1237	1213	1216	1211
Son Servera	2	0	910	910	916	916	919	418	429	432	419	416
Valdemossa	680	685	5	677	695	6	679	60	56	50	53	45
Villafrauca	954	953	954	948	955	4	0	69	72	73	69	69

3.4. En las Islas menores

En *Menorca* (101) también se alzó con el triunfo la candidatura de derechas, aunque de forma menos abrumadora que en la isla de Mallorca, pues los resultados globales fueron muy similares a los que se produjeron en Palma. Concretamente, el Frente Popular obtuvo una media de un 41,63 por ciento de votos favorables, lo que demuestra que, no obstante ser una alternativa minoritaria, tenía un notable respaldo social, especialmente en Villacarlos y Maó. Por otra parte, debemos destacar que en Maó y, todavía más, en Ciutadella los electores de derechas no fueron absolutamente disciplinados. Así, en este último municipio, alrededor de un 14 por ciento de los mismos en vez de votar a Salort, Pujol, Puget, March y Matutes, que era la orden que se les había dado, incluyeron en sus papeletas los nombres de Fons y Suau, en detrimento de Salort, Pujol y Puget.

	FONS	SALORT	PUJOL	PUGET	MARCH	SUAU	MATUTES	JOFRE	CARRERAS	AMER	JAUME	GOMILA
Maó	468	10574	10526	10510	320	8394	11251	7594	7394	8386	7325	7276
Ciutadella	422	2802	2763	2763	3154	450	3194	1653	1632	1665	1621	1592
Ferrières												
Mercadal	24	934	916	919	22	919	934	490	479	487	473	472
Sant Lluís	20	524	523	522	19	544	552	317	306	315	301	298
Villacarlos	0	534	533	534	0	534	534	518	523	518	521	516
Alaior	0	1415	1417	1412	4	1422	1423	937	912	936	908	908
Total Menorca	934	16783	16678	16660	3519	12263	17898	11509	11246	12307	11149	11062

La isla de *Eivissa*, verdadero feudo de la familia Matutes, era el baluarte más conservador de toda la Provincia y muy posiblemente de todo el Estado español. En la mayor de las Pitiusas, la Coalición de Derechas dio la orden de votar exclusivamente a Fons, Pujol, Puget, March y Matutes, y es de destacar que —salvo en el municipio de Santa Eulàlia en donde Salort obtuvo unos trescientos votos— la orden fue cumplida con una precisión casi matemática, lo que evidencia el altísimo control —casi personal— que se tenía sobre todos los electores de derechas. En los cinco municipios ibicencos las derechas arrasaron. En *Eivissa-Vila* fue donde las izquierdas obtuvieron un porcentaje medio de votos más elevado

(101) Debemos indicar que, a pesar de nuestros esfuerzos, nos ha sido totalmente imposible localizar los guarismos electorales que se dieron en el pequeño pueblo de Ferrières.

(31,43 por ciento), por el contrario en Sant Antoni la victoria conservadora superó el 89 por ciento. En Sant Josep, Sant Joan Baptista y Santa Eulàlia los votos logrados por el bloque conservador también sobrepasaron el 80 por ciento. Pedro Matutes Noguera con 8.246 votos ocupó el primer lugar, mientras que Antoni Amer de Unión Republicana fue el menos votado.

	FONS	SALORT	PUJOL	PUGET	MARCH	SUAU	MATUTES	JOFRE	CARRERAS	AMER	JAUME	GOMILA
Eivissa-Vila ...	1768	27	1726	1774	1707	38	1879	811	837	788	828	798
Sant Antoni ...	1758	17	1740	1762	1745	19	1780	212	210	217	212	204
Sant Josep ...	1420	0	1398	1389	1417	0	1425	335	355	327	343	328
S Joan Baptista	1391	0	1394	1394	1391	0	1394	329	324	233	236	234
Santa Eulàlia ...	1726	303	1771	1770	1760	0	1768	349	339	347	347	358
Total Eivissa	8063	347	8029	8089	8020	57	8246	2036	2065	1912	1966	1922

La pequeña isla de *Formentera*, con un solo municipio (San Francisco Javier), fue el núcleo electoral más progresista de todo el Archipiélago balear, dando el triunfo al Frente Popular. A nuestro juicio, en esta tendencia electoral había una buena dosis de reacción, visceral y racional, contra la vecina isla de Ibiza y, más en concreto, contra su clase dirigente. En efecto, en el 54,3 por ciento de votos favorables al Frente Popular en la menor de las Pitiusas había, más que una clara conciencia progresista, una decidida voluntad de rechazar la estructura socio-política que Ibiza aceptaba como buena.

	FONS	SALORT	PUJOL	PUGET	MARCH	SUAU	MATUTES	JOFRE	CARRERAS	AMER	JAUME	GOMILA
Formentera	417	0	418	418	418	0	428	494	509	503	497	494

4. APENDICE: BIBLIOGRAFIA BASICA SOBRE LA REALIDAD POLITICA DE LA SEGUNDA REPUBLICA (1931-1936) EN BALEARES

AGUILO, Francesc de Sales: "XIV^o aniversari de la República catalana. El 14 d'abril a Mallorca" en *Quaderns de l'Exili*, núm. 12, 1945, pág. 15.

BARCELO, Bartomeu: "L'economia de Mallorca durant la II^a República" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 3, 19 de enero de 1986, pág. 5.

BECARUD, Jean: *La Segunda República española*, Taurus, Madrid, 1967.

BENAVIDES, Manuel D.: El último pirata del Mediterráneo, Ed. Roca, México, 1976.

BENET, Josep: "Gabriel Alomar i l'autonomia" en *Nous Horitzons*, núm. 47-48, 1978.

BUADES FERRER, Andrés: *Los problemas obreros vistos desde la derecha*, Imp. La Esperanza, Palma de Mallorca, 1932.

CAPELLA, Llorenç: "José María Conrado" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 5, 2 de febrero de 1986, pág. 7.

- "Francesc Carreras" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 7, 16 de febrero de 1986, pág. 7.

- "Lluís Zaforteza" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 14, 6 de abril de 1986, pág. 3.

- *Ignasi Ferrerjans o la lluita pel socialisme*, FSB-PSOE, Palma de Mallorca, 1986.

CARBONELL, Jordi: "Notes sobre l'ideari de Gabriel Alomar" en *Randa*, núm. 10, 1980, págs. 157-168.

CARBONELL PONS, Llorenç y MANERA ERBINA, Carles: "Los precios en Mallorca durante la Segunda República (1931-1936)" en *Estudis Balearics*, núm. 1, 1981, págs. 55-96.

CELA CONDE, Camilo José: *Capitalismo y campesinado en la isla de Mallorca*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

COLOM FERRA, Guillem: *Entre el caliu i la cendra. Memòries (1890-1970)*, Pòrtic, Barcelona, 1972.

COLOM PASTOR, Bartomeu: *L'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears*, Curial, Barcelona, 1978.

DIAZ NOSTY, Bernardo: *La irresistible ascensión de Juan March*, Sedmay, Madrid, 1977.

DIXON, Arturo: *Señor monopolio. La asombrosa vida de Juan March*, Planeta, Barcelona, 1985.

DOMENECH, Conrad: "Per la consecució d'un Estatut Balear" en *Tribuna Llibre*, núm. 61, 14 de septiembre de 1932.

DURAN PASTOR, Miguel: "La realidad republicana" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 1, 5 de enero de 1986, pág. 4.

- "La autonomía insular durante la IIª República" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 6, 9 de febrero de 1986, pág. 2.

ENSENYAT QUINTANA, Joan: *Les eleccions del 16 de febrer de 1936 a Mallorca. (Assaig de geografia social)*. Tesis de Licenciatura (inédita) leída en la Facultad de Letras de la Universitat de les Illes Balears en octubre de 1981.

- "Les eleccions del 16 de febrer de 1936 a Mallorca" en *Trabajos de Geografía*, núm. 37, 1980-1981, págs. 91-105.

- "El Front Popular" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 7, 16 de febrero de 1986, págs. 4-5.

ENSENYAT QUINTANA, Joan y SERRA BUSQUETS, Sebastià: "La Segona República a les Illes (II)" en *Elements*, núm. 2, 1981, págs. 6-7.

ESCANDELL, Neus: "Reorganització de les dretes a Eivissa i Formentera durant la Segona República" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 2, 12 de enero de 1986, págs. 4-5.

FERRA-PONÇ, Damià: "Cultura i política a Mallorca (I)" en *Randa*, núm. 2, 1976, págs. 123-150.

- *La República i la Guerra Civil a Mallorca*, Curial, Barcelona, 1976.

FORTEZA-REI, Josep: "Semblança biogràfica del Dr. Emili Darder Cànaves" en *Lluc*, octubre 1976, núm. 663, págs. 14-17.

GABRIEL SIRVENT, Pere: *El moviment obrer a Mallorca*, Curial-Lavinia, Barcelona, 1973.

- "Socialisme, sindicalisme i comunisme a Mallorca (1929-1933)" en *Recerques*, núm. 2, 1972, págs. 163-189.

- "Llorenç Bisbal i Barceló: dirigent socialista de Mallorca" en *Lluc*, núm. 664, novembre 1976.

- "Alexandre Jaume, primer intel·lectual socialista mallorquí" en *Randa*, núm. 3, 1976, págs. 167-225.

- "Esquerra Republicana Balear" en *Gran Enciclopèdia Catalana*, Ed. Enciclopèdia Catalana S.A., Barcelona, 1974, vol. VII.

GABRIEL, Pere, MASSOT MUNTANER, Josep y FERRA-PONÇ, Damià: "Cronologia de Mallorca (1930-1939)" en *Randa*, núm. 4, 1976, págs. 244-266.

GARRIGA, Ramón: *Juan March y su tiempo*, Planeta, Barcelona, 1976.

GIRALT, Emili, BALCELLS, Albert y TERMES, Josep: *Los movimientos sociales en Cataluña, Valencia y Baleares. Cronología 1880-1939*, Nova Terra, Barcelona, 1970.

JANER MANILA, Gabriel: *Història de l'illa de Mallorca*, Moll, Palma de Mallorca, 1980.

- *Emili Darder i la política sanitari-escolar de l'Ajuntament de Ciutat en temps de la Segona República*, Ajuntament de Palma, Palma de Mallorca, 1983.

JAUME, Alexandre: *Impresiones de un constituyente, 1931-1933*, Tip. J. Tous, Palma de Mallorca, 1933.

- *La insurrección de octubre. Cataluña. Asturias. Baleares*, Tip. Felanigense, Felanitx, 1935.

JOFRE, Pere: "La consciència nacional a Mallorca i a les Illes durant la Segona República" en *Quaderns d'Alliberament*, núm. 1, 1977.

LLULL, Anselm (seudónimo de Gregori Mir Mayol): *El mallorquinisme polític (1840-1936)*, Edicions Catalanes de París, París, 1975, 2 volumens.

MARTINEZ TABERNER: "La Nostra Terra (1928-1936). Anàlisi ideològica" en *Randa*, núm. 16, 1984, págs. 129-142.

MASCARO PASARIUS, José: "La Segunda República española" en la obra colectiva *Historia de Mallorca* (coordinada por el mismo autor), Palma de Mallorca, 1975, vol. II.

MASSOT MUNTANER, Josep: *La guerra civil a Mallorca*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 1976.

- *Església i societat a la Mallorca del segle XX*, Curial, Barcelona, 1977.

- *Cultura i vida a Mallorca entre la guerra i la postguerra (1930-1950)*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 1978.

- "Andreu Crespí i la repressió nacionalista a Mallorca" en *Randa*, núm. 16, 1984, págs. 143-152.

MERCADAL BAGUR, Deseado: *Datos para la historia del movimiento obrero y político en Menorca*, Ed. Menorca, Mahón, 1979.

- *Los Ayuntamientos de Mahón a través de la historia*, Edició Ajuntament de Maó, Mahón, 1975.
- MIR MAYOL, Gregori: "Gabriel Alomar: nacionalisme i escola mallorquina" en *Randa*, núm. 6, 1977.
- "1931-1933: una dreta atrinxada i dividida" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 4, 26 de enero de 1986, pág. 4.
- "1933-1936: la dreta a l'ofensiva" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 4, 26 de enero de 1986, págs. 4-5.
- MOLL, Francesc de Borja: *Els meus primers trenta anys*, Moll, Palma de Mallorca, 1970.
- *Els altres quaranta anys*, Moll, Palma de Mallorca, 1975.
- *Un home de combat*, Moll, Palma de Mallorca, 1962.
- "Darder Cànaves, Emili" en *Gran Enciclopèdia Catalana*, Ed. Enciclopèdia Catalana S.A., Barcelona, 1974, vol. VI.
- MORRO MERCER, Mateu: "Moviment obrer i partits d'esquerra a Santa Maria del Camí (1931-1936)" en *Estudis Baleàrics*, núm. 11, 1983, págs. 67-90.
- "Josep Serra i Pastor, batle de Sóller" en *Lluc*, núm. 723, 1985, págs. 29-30.
- "Joan Sanxo i Tous: esquerra i nacionalisme durant la II República" en *Lluc* núm. 719, 1985, págs. 6-12.
- MORRO MERCER, Mateu y QUETGLAS, Damià: "Santa Maria, els carrers de la vila i les posades del camí" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 6, 9 de febrero de 1986, pág. 6.
- MORRO MERCER, Mateu y SERRA BUSQUETS, Sebastià: *L'esquerra nacionalista a Mallorca (1900-1936)*, Edicions de la Magrana-Diputació de Barcelona, Barcelona, 1986.
- MURILLO, Andreu: "Antecedents de les eleccions del 12 d'abril del 31 a Menorca" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 2, 12 de enero de 1986, pág. 4.
- "Els intents autonòmics de Menorca" en *Segones Jornades del CIEMEN*, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 1978.
- OLIVER ARAUJO, Joan: *La II República en Baleares: elecciones y partidos políticos. (Ensayo de sociología electoral balear)*, Institut d'Estudis Baleàrics, Palma de Mallorca, 1983.
- "Semblanza biogràfica de Ignasi Ferretjans" en *U. G. T. Mallorca*, núm. 6, abril 1986, págs. 8-9.
- "Los socialistas mallorquines durante la Segunda República. (Obreros e intelectuales para un proyecto de progreso)" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 15, 13 de abril de 1986, pág. 2.
- "Los orígenes de la Falange balear" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 28, 13 de julio de 1986, pág. 2.
- PEÑARRUBIA, Bel: "Els fets d'octubre a Mallorca" en *L'Avenc*, núm. 30, septiembre de 1980, págs. 37-40.
- PIÑA HOMS, Román: *La Diputación Provincial de las Baleares (1812-1979). Un ensayo de descentralización en un Estado centralista*, Ed. Luis Ripoll, Palma de Mallorca, 1979.
- POMAR, Jaume: "Entrevista a Joan Matas" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 4, 26 de enero de 1986, pág. 3.

- "Entrevista a Joan Oliver Araujo" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 7, 16 de febrero de 1986, pág. 3.
- "Entrevista a Joan Nadal Bujosa" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 13, 30 de marzo de 1986, págs. 4-5.
- PONS PONS, Damià: "El Día (1921-1939). Una trajectòria ideològica i cultural" en *Mayurqa*, núm. 17, 1977-1978, págs. 235-239.
- QUETGLAS, Damià: "Alaró, amb el martell i l'alena" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 3, 19 de enero de 1986, pág. 6.
- "Pollença, un fogar de ciudanía" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 5, 2 de febrero de 1986, pág. 6.
- "Sa Pobla, gent de gestos" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares* núm. 8, 23 de febrero de 1986, pág. 6.
- QUETGLAS GAYA, Bartomeu: *El salario familiar. Teoría y práctica*, Imp. La Esperanza, Palma de Mallorca, 1935.
- QUINTANA, Antoni: "Paper de les publicacions per aconseguir el bilingüisme a Mallorca (1917-1936)" en *Lluc*, núm. 692, julio-agosto de 1980.
- QUINTANA, Josep Maria: *Menorca, segle XX: de la Monarquia a la República*, Moll, Palma de Mallorca, 1976.
- *Els menorquins i l'autonomia*, Moll, Palma de Mallorca, 1977.
- SANXO TOUS, Joan: "Esquerra Republicana de Balears" en *República*, núm. 8, 17 de marzo de 1934, pág. 1.
- SCHALEKAMP, Jean: *Mallorca any 1936. D'una illa hom no en pot fugir*, Prensa Universitaria, Barcelona, 1981.
- SERRA, Antoni: *Biografia de Gabriel Alomar*, Ajuntament de Palma de Mallorca, Palma, 1984.
- "El meu catalanisme: Articles de Gabriel Alomar..." en *Randa*, núm. 1, 1975.
- "Punt crític" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 13, 30 de marzo de 1986, pág. 2.
- SERRA BUSQUETS, Sebastià: "La Veu de Mallorca. Una publicació nacionalista entre el 1900 i 1931" en *Mayurqa*, núm. 20, págs. 293-318.
- "Alguns aspectes polítics d'Eivissa durant la Segona República" en *Randa*, núm. 7, 1978, págs. 51-70.
- *Les Illes Balears de la Dictadura a la Segona República*. Tesis Doctoral (inédita) leída en la Facultad de Letras de la Universitat de les Illes Balears en mayo de 1981.
- "Les Illes Balears de la Dictadura a la Segona República" en *Estudis Balearics*, núm. 2, 1981, págs. 65-86.
- "Notes per a la història del socialisme a Mallorca: l'associacionisme a començament de segle" en *Mayurqa*, núm. 17, 1977-1978, págs. 73-75.
- "Fonts per a l'estudi de la Segona República a les Illes Balears" en *Mayurqa*, núm. 19, 1979-1980, págs. 245-249.
- "L'adveniment de la IIª República" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleres*, núm. 1, 5 de enero de 1986, pág. 5.
- "Pere Oliver Domenge" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 6, 9 de febrero de 1986, pág. 7.
- "Emili Darder Cànaves" en la *Memoria Civil* publicada por el diario *Baleares*, núm. 13, 30 de marzo de 1986, pág. 3.

- "Unión de Derechas. Perspectives de la dreta mallorquina a l'any 1931" en la *Memoria Civil* publicada por el diari *Baleares*, núm. 14, 6 de abril de 1986, pág. 2.

SERRA BUSQUETS, Sebastià y SITJES DAVIU, Aina M.: "El període republicà a Eivissa i Formentera durant la guerra civil" en *Randa*, núm. 12, 1981, págs. 185-221.

SIMO, Guillem: "Notes per a una història del projecte d'Estatut d'Autonomia de les Illes de 1931" en *Randa*, núm. 3, 1976, págs. 5-70.

- "El debat autonòmic a les Illes durant la República" en la *Memoria Civil* publicada por el diari *Baleares*, núm. 6, 9 de febrero de 1986, págs. 4-5.

TUSSELL GOMEZ, Javier: *Las elecciones del Frente Popular*, Edicusa, Madrid, 1971, 2 volúmenes.

VALRIU LLINAS, Caterina: "Algunes gloses socio-polítiques, de 1932 a 1936" en *Randa*, núm. 10, 1980, págs. 197-216.

XAMENA, Pere: *Història de Mallorca*, Moll, Palma de Mallorca, 1978.

ZAYAS, Marqués de: *Historia de la Vieja Guardia de Baleares*, Imp. Záez, Madrid, 1955.

IGLESIA Y PUEBLO DE MALLORCA ANTE LA SUPRESION DEL SANTO OFICIO (1813 - 1814)

ANTONIO PEREZ RAMOS

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA ACTITUD DE LA IGLESIA JERARQUICA: 1. EL OBISPO NADAL: a) En su faceta de Diputado a Cortes (etapa de 1811 a 1812); b) En su intervención dentro y fuera de la Cámara (1813); c) En el ejercicio de su función pastoral en Mallorca (1813). 2. EL GOBERNADOR ECLESIASTICO, DR. MUNTANER. III. EL PAPEL DEL CABILDO CATEDRALICIO. IV. EL PUEBLO FIEL, EN LIZA: 1. LOS LAICOS EN GENERAL. 2. LOS CHUETAS. V. EL CLERO REGULAR. VI. LA COYUNTURA DE UNOS OBISPOS EMIGRADOS. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

Dentro de la temática *Inquisición y Derecho* hemos abordado el estudio puntual de *Iglesia y pueblo de Mallorca ante la supresión del Santo Oficio*, ceñido a su edición primera, ordenada por el conocido Decreto de las Cortes de Cádiz de 22 de febrero de 1813.

Esta elección obedece a razones que consideramos obvias, cuales son el hondo significado del hecho en sí en el ámbito eclesial y en el de las relaciones Iglesia y Estado; el fuerte impacto popular que desestabilizó, al menos pasajeramente, la convivencia ciudadana; el haberse constituido, de cara al futuro, en obligado punto de referencia.

Modernamente ésta y otras connotaciones inherentes al mentado fenómeno histórico han sido objeto de serios y documentados trabajos de

investigación, sumamente clarificadores (1). Mas, a nivel sectorial, creemos que no se ha profundizado bastante. En concreto, respecto a Mallorca, con haber sido tan desusada la conmoción (2), está por desvelarse cumplidamente la reacción de los dos bandos opuestos -conservadores y liberales- protagonistas, en última instancia, de aquel acontecimiento (3), y creadores, desde la base, del mito de las dos Españas (4); están por ser vistos a plena luz los entresijos de aquella revolución de ideas y pasiones; faltan constatar, con una crítica serena y desde la perspectiva que proporciona más de siglo y medio de distancia, los aciertos y los errores que se cometieron en nombre de la fe y del patriotismo. Por eso no sólo es útil, sino hasta de justicia, que se preste la debida atención al tema y se reflexione con lucidez sobre su origen y su trascendencia.

Será, pues, nuestro objetivo, el marco geográfico de la Isla; y su dimensión temporal, la coincidente con el morir y restablecerse de la Inquisición (años de 1813 y 1814). Y esto en una primera aproximación a una monografía que abarcará la primera abolición del Tribunal en Mallorca, como un todo unitario. Es decir, ahora nos ocuparemos del sector mayoritario, compuesto de un pueblo fiel, apegado a la religión de sus mayores y adicto al orden establecido, con una jerarquía, la del obispo, unas instituciones religiosas y unos estamentos eclesiales. Luego, en su día, nos asomaremos al grupo minoritario, al margen, si no opuesto, a lo religioso, con sus personas, sus estructuras, y las ideologías que les sirvieron de soporte y aliento.

Añadimos a esta introducción tres advertencias: Una, de intereses, adelantando que lo que más nos importa, por encima del dato o de la anécdota, es tomar el pulso a la Iglesia y al pueblo que historiamos, o si se prefiere, las constantes vitales alteradas por la convulsión a que fueron sometidos; otra de estilo, que será a guisa de sencillo apunte, de sobrias pinceladas, guarnecidas de escuetas observaciones o comentarios

(1) Cfr. F. Martí Gilibert *La abolición de la Inquisición en España* (Pamplona 1975); M. Jiménez, *La abolición del Tribunal* (1808-1834), en "Historia de la Inquisición en España y América" I, bajo la dirección de L. Pérez Villanueva y A. Escandell (Madrid 1984) 1424-1486.

(2) M. Santos Oliver, *Mallorca durante la primera revolución*, II (Palma 1982) 438, 2ª edic.

(3) Sobre la proyección territorial sólo conocemos el libro de F. Pons, *La inquisición en Mallorca* (Palma 1965), y la Tesis inédita de M. Colom, *El Tribunal de la Inquisición de Mallorca* (Universidad de Palma 1982).

(4) L. M. García Escudero, *A vueltas con las dos Españas*; M. Menendez y Pelayo, *Historia de los Heterodoxos Españoles*, II (Madrid 1978) 732; V. Cacho Viu, *La imagen de las dos Españas*, en "Revista de Occidente" nº 60 (mayo 1986) nº 49-73; C. Valverde, *Los católicos y la cultura española*, en "Historia de la Iglesia en España", V, cit., p. 496.

que rematarán unas conclusiones, al final; y la tercera, metodológica, para significar que la problemática suscitada -léase conflicto Altar y Trono, liberalismo y tradición, imperativos de la religión versus la autodeterminación de la conciencia individual y de grupos- la trataremos preferentemente desde las coordenadas del Derecho eclesiástico, en su más genuino sentido actual, o sea en clave del derecho de la libertad religiosa, la primera de las libertades (5).

II. LA ACTITUD DE LA IGLESIA JERARQUICA

Empezaremos por el Obispo de la Diócesis, Dr. Don Bernardo Nadal y Crespi.

1. EL OBISPO NADAL (1745-1818)

A) En su faceta de Diputado a Cortes (etapa de 1811-1812)

La intervención de este relevante hombre de Iglesia, de la Ilustración mallorquina y de la política nacional (6), cabalmente en momentos críticos para la supervivencia del Santo Oficio, se operó desde su condición de Diputado por la Ciudad de Palma (7). Véase: 1º) El 23 de agosto de 1811, abierta ya la cuestión parlamentaria, abogó para que, como "conveniente, necesario, urgentísimo", se convocara por las Cortes un *concilio nacional*, que "seguramente influiría mucho en su reforma (de costumbres) y en la disciplina; todo lo cual redundaría en bien de la nación y del estado" (8). Para él, según opinaban sus partidarios, no se vendría

(5) A. C. Jemolo, *I problemi pratici della libertà* (Milano 1961) 131.

(6) Destacan estos aspectos cuantos se han ocupado de Nadal o de su época. Así: *Adición al elogio histórico del Ilmo. Sr. D. Bernardo Nadal y Crespi* (Palma, Impr. B. Villalonga, 1819) 2-6; Furió, *Episcopologio de la Santa Iglesia de Mallorca* (Palma 1852) 555; G. Puigserver, *Biografía del Ilmo. y Rvdmo. Sr. D. Bernardo Nadal y Crespi* (Mallorca 1864) 7-14; A. Pons, *Dels dies terribles 1793-1799*, en "La nostra terra" (Palma 1932) 312; Idem (1933) 107; M. Ferrer, *Historia política contemporánea de Mallorca*, en "Historia de Mallorca" II (Palma 1975) nº 2, 407; R. Piña, *Del Decreto de Nueva Planta a las Cortes de Cádiz*, en "Historia de Mallorca" cit., pp. 340, 359, 371, 381, ; B. Sureda *Reformisme i. Lustrat i educació elemental a Mallorca*, en "L'educació a Mallorca" (Palma 1977) 31; G. Mateu, *Obispos de Mallorca* (Palma 1985) 479-480; LL. Roura, *L'Antic Règim a Mallorca* (Barcelona 1985) 18, 288, 300; S. Trias, *Història del pensament a Mallorca* (Palma 1985) 272-283; J. Nicolau, *Un antic col. legial de la Sapiència: El bisbe de Mallorca, D. Bernat Nadal*, en "Comunicació", nº 40-41, pp. 47-65.

(7) ACM, Act. Cap. 1811-1813, fol. 8.

(8) *Diario de las Cortes*, Tom. VII, pp. 478-479.

obligado a pedir la confirmación del Papa y sí contaría con la asistencia de un comisario para velar por los derechos de la soberanía (9). Es cierto que el concilio no llegó a celebrarse, bien por encontrarse el Congreso desbordado por el asunto más urgente que era redactar la constitución (10), bien -quién sabe- si, como algunos coetáneos criticaban irónicamente, porque aquél no tenía ya razón de ser, puesto que el propio Congreso se había convertido en un concilio por el volumen de puntos de disciplina eclesiástica que en él se ventilaban (11); y una tercera razón, igualmente válida, por temor a la intervención de Roma, recelosa de que se fortaleciese y homogeneizase el cuerpo eclesiástico (12). Fuere de ello lo que fuere, lo incuestionable es que su eje argumental, trenzado de componentes episcopalistas y conciliaristas, amén de ingredientes de jansenismo, más que teológico, jurídico, vino a ser el precedente que a poco se instrumentalizaría para minar en su raíz a la Inquisición, con la devolución de la plenitud de los derechos episcopales hasta entonces sometidos a la autoridad y al control pontificios en la conservación de la pureza de la fe (13). 2º Ante semejante postura no es de extrañar que los enemigos del Santo Tribunal designaran por aquellas fechas al intrépido diputado como miembro de la Comisión que debía entender sobre la conveniencia de restablecerlo o no (14), "contándose como de seguro -comentaba el Conde de Toreno- con el obispo de Mallorca, quien... había manifestado celo por la conservación de los derechos del episcopado, usurpados por la Inquisición" (15). Nadal, coherente con su tesis conciliarista, opinó que "fuese restablecida por ahora y hasta tanto que el concilio nacional, de acuerdo con la autoridad soberana, determine lo más conveniente acerca de los tribunales del Santo Oficio" (16); y en una re-

(9) J.M. Sánchez de Muniain, *Antología general de Menéndez y Pelayo*, I (Madrid 1956) 887.

(10) M. Revuelta, *La Iglesia española y el Antiguo Régimen (1808-33)*, en "Historia de la Iglesia en España", V (Madrid 1979) 57.

(11) *Diario de las Cortes*, Tom X, p. 15.

(12) J.M. Cuenca, *Iglesia y Estado en la España contemporánea (1789-1914)*, en "Jus Canonium", X (1970) 413.

(13) J.M. Sánchez de Muniain, o.c., p. 887; A. Mestre, *Religión y cultura en el siglo XVIII español*, en "Historia de la Iglesia en España", cit., IV, pp. 643-646; J.M. Cuenca, *Iglesia y Estado (1789-1914)*, cit., 406; M. Revuelta, o.c., pp. 51, 57-58; LL. Roura, o.c., pp. 254, tomándolo de Tomsich, presenta a los jansenistas en España como los portadores del ideal satánico de la libertad al seno mismo de la Iglesia para disminuir, a través de reformas, el poder absoluto del monarca romano; M. Santos Oliver creemos que es en este sentido que atribuye a Nadal "sus antecedentes algo jansenistas" (O.c., p. 553); S. Trias refiere de un tío de Nadal, rector de Sóller, del que "se susurra que es jansenista" (O.c., p. 272).

(14) F. Martí, O.c., p. 94.

(15) *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España*, IV, (Madrid 1848) 411-412; L. Sanchez Agesta, *El pensamiento político del depositismo ilustrado* (Sevilla 1979) 183.

(16) F. Martí, O.c., p. 95.

consideración del asunto, recién promulgada la Constitución de 1812, convino en que "reducidas las funciones de la Inquisición a su privativo instituto, sin intervención alguna en las materias políticas... en nada se opone a la constitución política del Estado" (17).

Al tener que valorar la actuación del obispo-diputado, miembro de tan importante Comisión, lo hacemos con una calificación salida de su rival político, el absolutista D. Antonio Llaneras, párroco de San Nicolás de esta Capital, y por ende nada sospechoso de parcialidad: "Lo desempeñó con exactitud y sabiduría" (18).

B) En su intervención dentro y fuera de la Cámara (1813)

El obispo mallorquín no participó en una segunda Comisión, la de Constitución, que se ocuparía posteriormente de la cosa; es más, ni siquiera estuvo presente en el Congreso en la recta final que acabaría con el decreto de abolición susodicho, pues de junio de 1812 a marzo de 1813 permaneció en la Isla, con licencia por enfermedad (19). Tampoco consta que se pronunciara privada o públicamente, al conocerse el decreto (20); ni que se oyera su voz ante el intento desesperado del Nuncio Gravina de cara a dilatar o resistir en todo el país el cumplimiento del mandato de las Cortes (21). A este respecto, las fuentes consultadas guardan silencio (22). No obstante lo cual, creemos que, en el mejor de los casos

(17) F. Martí, O.c., p. 96.

(18) Cfr. *Dictamen en el Soberano Congreso Nacional sobre el asunto del Santo Tribunal del Santo Oficio... en la sesión de 25 de enero de 1813*, Impr. de la Concordia, 1813.

(19) ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 377-378; J. Nicolau, O.c., p. 62.

(20) La noticia llegó a Mallorca el 16 de Abril (Cfr. F. Pons, o.c., 49). Lo confirma M. Ferrer, o.c.p. 407. Es perfectamente verosímil por las referencias de las Actas capitulares de donde se desprende que los viajes del Obispo Nadal a Cádiz solían durar unos cincuenta días (ACM, Act. Cap. 1811-1813, fols 377v 378, 402v 412).

(21) F. Martí, o.c., p. 266; M. Jiménez, o.c., p. 1474.

(22) El Archivo Diocesano no hace mención. El Archivo Capitular se limita a consignar: 1º En sesión de 15 de Mayo de 1813: "Se tuvo presente una carta del Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia con fecha 23 de abril último dirigida a S.S. de orden de la Regencia del Reyno con un adjunto Manifiesto relativo a la conducta observada por el M.R. Arzobispo de Nicea Don Pedro Gravina en el negocio sobre abolición de la Inquisición". (ACM, Act. cap. 1811-1813, fol. 413). Como advierte F. Martí, la circular fue "en tonos crudos e irrespetuosos" (O.c., p. 279). 2º Y en sesión de 6 de Agosto del mismo año: "Se tuvo presente una carta del Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia incluso un ejemplar del Manifiesto de la Regencia del Reyno había mandado publicar en que se expresan las grandes y poderosas razones que había tenido para extrañar del Reyno y ocupar sus temporalidades al M.R. Nuncio de S. Santidad Don Pedro Gravina, Arzobispo de Nicea (Ib., fol. 165v).

mantuvo el Prelado un talante de pasividad. Nos fundamos en los siguientes motivos: 1º) Su tibia adhesión a la Santa Sede (23); 2º) Si hemos de dar crédito a la acusación fiscal contra D. Bartolomé Soler, deán de Tarragona, exiliado entonces en Mallorca, era con este clérigo cualificado con quien Gravina contactaba en esta diócesis, en la conjuración tramada desde Cádiz para sublevar a los cabildos eclesiásticos (24) y no con el Ordinario del lugar; y 3º) A su vez, el Cabildo mayoricense, dejando de lado la vía que habría parecido normal del valimiento de su obispo-diputado, se había valido siete meses antes de la abolición inquisitorial, del citado párroco-diputado, Llaneras, en un alegato a favor de la vieja institución (25). Pero es más: En algún momento Nadal dejó su moderación en este campo, como cuando inexplicablemente se frustraron unas gestiones a favor de la Inquisición, procedentes del cabildo de Mallorca cabe la Suprema Magistratura de la Nación (26); y cuando en la sesión de 14 de mayo de 1813 -ya reintegrado al Congreso- defendió al Gobierno por las medidas tomadas contra el Vicario Capitular de Cádiz, opuesto a la publicación del Decreto de abolición del Santo Tribunal, "abortando entonces la conspiración fraguada contra las Cortes" (27).

(23) S. Trias, o.c., p. 273.

(24) *Acusación fiscal a los reos de los alborotos del 30 de abril último* (Palma, Impr. de Miguel Domingo, 1813) 24. El defensor de Soler lo rebatió, negando que su patrocinado intentara en modo alguno "introducir la anarquía y romper la guerra teologal" (Cfr. *La verdad sometida por las leyes...* Palma, Impr. de Agustín Roca, 1814, p. 11).

(25) Cfr. el *Dictamen*, ya cit. de A. Llaneras, en la sesión de 25-1-1813, s/n. También, ACM, Act. cap. 1811-1813. ses. de 9 noviembre 1812, fol. 353; Act. cap. 1814-1816, ses. de 1 junio 1815, fol. 28v.

(26) Lo deducimos del tenor de la queja de A. Llaneras en el indicado *Dictamen*: "El ilustrísimo Cabildo de aquella Santa Iglesia, considerando la importancia y utilidad de que continúe este sagrado establecimiento, tuvo a bien dirigirme una representación para V.M., la que llegó a mis manos a principios de diciembre de este año, avisándome al mismo tiempo de haber con algunos meses de anticipación remitido otro a V.M. por otro conducto. De esta no puedo responder, no se lo que se haya hecho de ella: de la que yo recibí debo decir a V.M. (y lo digo públicamente para dar del mejor modo que puedo satisfacción al Cabildo, aunque con bastante dolor y rubor mio) que se me quitó de la vista sin haberla podido presentar a V.M. ni haber podido saber, ni la mano que me dió el golpe, ni la intención que tuvo, ni el fin que se propuso". El juego evidentemente estaba entre Diputados. No tenemos ninguna razón para pensar que fuera el causante, al menos de propia iniciativa, el Sr. Moragues, ya que normalmente le vemos interesado, en su actuación en las Cortes, por temas políticos o de derecho penal o administrativo (*Diario de las Cortes*, Tom. X, pp.

201-202, 218-219, 321-322, 436, 440, 444, 452-453; Tom. XIII, p. 386). Por el contrario, hay fundamento para creer que Nadal, desde Mallorca, donde se reponía de sus dolencias entonces, se valiera de Moragues o de algún otro liberal moderado del Congreso, para bloquear la petición del Cabildo y la procura de Llaneras, no sólo por diferencias ideológicas, sino de antipatía y rivalidad personales (Cfr. Roura, o.c., p. 288; M. Santos Oliver, o.c., III, pp. 514-515; T. Piña, o.c., p. 382; J. Llabrés, *Noticias y relaciones históricas de Mallorca, siglo XIX*, Tom. I, 1801-1820 (Palma 1958) 384.

(27) F. Pons, o.c., p. 75; F. Martí, o.c., pp. 288-289.

C) *En el ejercicio de su función pastoral en Mallorca (1813).*

Más nítida y lineal, aunque comedida siempre, a fuer de hombre prudente y de liberal moderado, fue su actitud cuando llegó el Decreto a su propia diócesis, se despertaron contra tal medida los discrepantes serviles, y se acudió a él, cual Pastor de la diócesis, en demanda de mediación. Entonces no dudó éste en dictar instrucciones a su gobernador eclesiástico, desde Cádiz, para que el puñado de religiosos exaltados cesasen en sus despiadadas invectivas contra los liberales (28). Igualmente se vió precisado a manifestar abiertamente sus criterios de política religiosa, al agravarse, casi de inmediato, la tensión del momento con el alboroto callejero de 30 de abril de 1813. El incidente, harto conocido en los anales de nuestra crónica interna, era en sí de poca monta -los insultos de unos muchachos a la autoridad constitucional hasta obligarla a refugiarse en un portal, y unas frases achacadas a algún fraile, pronunciadas en su convento-; pero, magnificado en virtud de las tensiones ya existentes, sirvió de pretexto para que los furibundos de uno y otro bando ahondaran su visceral oposición (29). Los frailes tomados por cabecillas en el desmán fueron mandados a la cárcel por la autoridad civil, previa anuencia del vicario-gobernador, Dr. Muntaner (30). Disconformes, los presuntos reos de sedición imploraron clemencia al Cabildo (31) y al obispo diocesano (32). Aquél medió con toda diligencia, a favor (33). Mas el obispo, en

(28) M. Ferrer, o.c., p. 407; P. Xamena, *Història de Mallorca* (Palma 1978) 328-329. El gobernador eclesiástico, obrando en consecuencia, publicó la *Carta circular* de 28 de abril, dirigida a los Superiores de las Ordenes Regulares (Palma, Impr. de Miguel Domingo, 1813). La ocasión próxima fueron las quejas del Ayuntamiento contra los predicadores, de 23 de Abril (Ib). Cfr. También *Reflexiones sobre una carta...* cit., pp. 6-7.

(29) AA. VV., *Iglesia, sociedad y política en la España contemporánea* (El Escorial 1983) 66-67; *Cartas que el Ilmo. Cabildo.. y los RR. Prelados de las Ordenes Regulares de esta Isla escribieron al Ilmo. Sr. Obispo... y contestación de éste...* (Palma. Impr. de F. Guasp, 1813, p. 5).

(30) P. Xamena, o.c., p. 294; ACM, Act. Cap., fols. 404v, 405, 406.

(31) En nombre propio y de todos los Religiosos de la Ciudad, el 13 de mayo de 1813, mandaron una carta al Deán y Cabildo ocho Prelados Regulares (de Dominicos, Carmelitas, Trinitarios, Mínimos, Franciscanos, Agustinos, Mercedarios y Capuchinos) implorando protección. Se sienten "ofendidos, atemorizados y consternados por la carta circular que el 28 del pasado abril nos pasó y después imprimió el Sr. Gobernador de este Obispado". (ACM., Act. cap. 1811-1813, fol 407).

(32) Los referidos, el 7 anterior, habían escrito al Obispo recurriendo a su piedad: "Ante la persecución que padecemos... Hágase V. S.I. cargo de la circular que nos pasó el Sr. Gobernador... Quedamos atónitos y consternados..." (ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 408-409).

(33) El 14 de mayo, el Cabildo intercedió ante el Obispo por "el estado infeliz de los Regulares de esta Diócesis, algunos de ellos poseídos de un celo ardiente (no imprudente, indiscreto y muy punible, como pretende pintar un impreso que ha afligido muy amargamen-

una célebre y discutida carta, de 13 de julio de 1813, dirigida “A los muy Rdos. Padres y Ven. superiores de su respectiva Orden” salió en defensa de su Vicario, comprometiéndose solamente a hacer “gestiones privadas para ocurrir a tanto y tan sensible ocurrencia y procurar a mi regreso a ésa, obrar de modo que VV.RR. queden consolados y satisfechos” (34).

te el corazón del Cabildo)... (ACM Act. cap. 1811-1813, fol. 412). Esta carta se publicó juntamente con la que remitieron los RR. prelados (Cfr. *Cartas que el Ilustrísimo Cabildo de esta Santa Iglesia Catedral y los RR. Prelados de las Ordenes Regulares de esta Isla escribieron al Ilmo. Rdo. Sr. Obispo...*, cit. Pues bien, la del Cabildo atacaba frontalmente al autor de semejantes calificaciones a los Religiosos, vertidas en la circular de 28 de abril. Nótese que ya la Corporación en un oficio del 12 de Mayo o sea un día antes de recibir la carta de los Prelados Regulares- había acudido al Gobernador eclesiástico compadeciéndose “de la suerte de los ministros del altar, aprehendidos de orden del juez de primera instancia..., en defensa y conservación del privilegio del fuero” (ACM, Act. cap. 1811-1813, fol 410). El Gobernador contestó al Cabildo, al día siguiente, muy cortésmente, excusándose de la forma sorprendente como se produjeron los hechos.: “Su primera noticia que a los tres cuartos para las once de la noche del mismo día ocho, en que hallándome en mi quarto con el breviario en la mano entró el escribano actual del proceso con el oficio del dicho Juez de primera instancia pidiéndome la auxiliaria; a que no puede negarme, atendida la naturaleza de la causa y lo que para semejantes casos establecen los cánones y las leyes, especialmente la pragmática de 17 de Abril de 1714... Por cuanto la defensa de la tranquilidad pública es un interés y obligación natural común a todos... En tales circunstancias no puede valer fuero... Por tanto, mientras permanezca la referida causa en el estado de secreta, hasta que se haga público el proceso conforme a lo prevenido en el artículo 302 de la Constitución... nada concibo que pueda adelantarse por nuestra parte...” (Ib., fols. 410-411). Advertimos que, en cuanto a la contestación del Obispo, al cabildo, autor de la carta de 14 de mayo, se hizo desde Cádiz a 18 de Junio de 1813; y en ella se mostró Nadal firme en el respeto a la división de poderes, al Rey y a la Constitución; no quiso por tanto entrometerse en lo sometido a la potestad judicial; y trató de consolar a los frailes, invitándoles a soportar “uno de los efectos desagradables que produce toda revolución” (*Cartas del Cabildo y Prelados al Obispo*, cit., pp. 5-6).

(34) En su día se puso en tela de juicio la autenticidad de esta carta, empezando por el propio Gobernador eclesiástico, seguramente como una réplica, inspirada en el amor propio herido, y haciendo alarde de argucia dialéctica, ante frases del obispo vertidas en aquélla, en contestación a los Superiores: “Sólo faltaba ver, por mis ojos, estampada una circular tan inesperada como la que, en carta del 8 de Mayo último, me han dirigido VV.RR. O es supuesta o ha sido con violencia arrancada a mi Gobernador”. (ACM, Sec. cartas varias siglo XIX, cajón 29, n.2) El Dr. Muntaner se defendió tajantemente: “Mi circular de 28 de Abril ni es supuesta ni se me arrancó con violencia. Es cierta y espontánea. Jamás lo he negado ni me he arrepentido de haberla hecho... Siendo yo, pues, el autor de la circular de 28 de Abril, soy en su concepto el que denigro, esto es, infamo a las comunidades religiosas: y siendo esto un delito, soy el autor de este mismo delito. Mas ni yo soy el autor de tal delito, ni el Sr. Obispo es el autor de la carta de 13 de Julio que se le atribuye...” (*Reflexiones sobre una carta que se atribuye al Señor Obispo de Mallorca D. Bernardo Nadal, su fecha en Cádiz a 13 de Julio de 1813, y justificación de la circular de su Gobernador...*, Palma Impr. de Villalonga, 1813). El P. Manzaneda, uno de los frailes implicados, contestó a estas “Reflexiones” de Muntaner, asegurando, en términos de defensa, entre otras cosas: “El Sr. Obispo en carta de 13 de Julio último parece que duda de que la enunciada circular sea de su Gobernador. Este, que firma las dichas reflexiones, quiere también poner en duda que la carta de 13 de julio sea del Sr. Obispo; y yo con igual licencia pongo en duda

Ahí quedó todo: Ni abogó ante el juez Sandino para que levantara las penas a los encausados; ni al Cabildo, patrocinador de éstos, le dió otra respuesta que la contenida en carta de 15 de julio inmediato, a saber, que ya está el asunto "sometido a la autoridad judiciaria, esto es, a un estado en que, atendida la división de poderes, ni el Rey ni las Cortes pueden entrometerse" (35).

2. EL GOBERNADOR ECLESIASTICO, DR. MUNTANER (1766-1847)

De este personaje, merecedor, como Nadal, de una buena biografía, por sus cualidades humanas, religiosas y cívicas, sólo diremos, por de pronto, que fue "modelo de todas las virtudes morales" (36) un "finísimo poeta latino y gran orador" (37), y un "docto humanista" (38), sirvió de brazo derecho de un prelado con el que estaba del todo compenetrado (39) y al que ayudaría fielmente, con el convencimiento de haber asumi-

que el Sr. Gobernador sea el autor de las Reflexiones..." (*El desengaño. Respuesta a las reflexiones sobre una carta que se atribuye al Ilmo. Sr. Obispo de Mallorca...* (Palma, Impr. de F. Guasp, 1813, pp. 3-4).

Nosotros creemos que la carta del Obispo es auténtica, basándonos, de entrada, en que la copia que se guarda en el Archivo Capitular, cuya referencia va al principio de esta nota, hace presumir que es fiel a su original. De lo contrario, estaríamos culpando de falsificador o cómplice de falsificación al Secretario-Archivero del Cabildo que en su día hizo tal copia, la que sería supuesta, y que como tal aquél habría guardado y registrado. Además, se ve la genuinidad del documento por el tono del texto y el tenor del contexto, que están dentro de los cauces de prudencia y equilibrio usuales del Dr. Nadal. Añádase que la carta en cuestión se publicó el mismo año 1813 (Cfr. *Cartas que el Ilmo. Cabildo... y los R.R. Prelados... escribieron al Ilmo y Rdmo. Obispo... y contestaciones de este Ilmo. Prelado a los mismos*, cit., p. 8) y que, cotejada con la copia de la conservada en el Archivo Capitular, resultan ambas conformes, salvo que al final de la copia manuscrita se pone "adicto Capellán", mientras que en la impresa se dice "humilde Capellán"; y que aquella lleva destinatario: "M. R. P. Fr. Vicente Lleonart Provinc. de Sto. Domingo" y la otra carece de pie. En las dos, a su vez, notamos una misma fecha en que dice el Obispo se le cursó la carta de los Superiores, o sea la de 8 de Mayo, que si hemos de dar crédito a la copia de la misma, obrante en el Archivo Capitular, fue el 7 de Mayo (Act. cap. 1811-1813, fol. 409). Cfr., asimismo, la *Contestación del Ilmo. y Rdmo. Sr. Obispo al Cabildo*, en "Cartas que el Ilmo. Cabildo... y R.R. Prelados... escribieron al Ilmo. y Rdmo. Sr. Obispo", cit., p. 5, donde se refleja el mismo talante del Dr. Nadal de no inmiscuirse en asunto "sometido a la autoridad judiciaria", si bien puntualiza: "acabo de practicar algunas gestiones privadas..."

(35) Cfr. Notas 33 in fine y 34 in fine.

(36) *Acusación fiscal a los reos de los alborotos del 30 Abril último*, cit., p. 51.

(37) *Anales judiciales de Mallorca*, Edic. Introduc. y Notas de L. Pérez (Palma 1974) 103-104.

(38) M. Santos Oliver, o. c., II, p. 445.

(39) Cfr. *Reflexiones sobre una carta que se atribuye al Sr. Obispo de Mallorca... y justificación...*, por el Dr. Muntaner, cit., p., 5.

do el oficio como cruz (40), de que la época que le había tocado vivir era "muy crítica y nuestro ministerio muy tremendo (41), siendo portador, por pura obediencia, del gobierno de la Mitra (42) en las obligadas, largas y por muchos criticadas ausencias de su titular (43). Para secundar la labor magisterial de éste produjo varios edictos generales (44), algunos de los cuales se imprimieron (45).

En relación directa con la contestación de los absolutistas frente a la Constitución liberal, significamos anteriormente las intrucciones que recibió de parte de su superior inmediato, las que cumplimentó con la mayor diligencia (46). Suprimida la Inquisición y exacerbados aún más los reaccionarios, el Vicario mostróse enérgico y consecuente con sus principios y con las consignas recibidas, por lo que su conducta lo constituyó en el blanco de las iras de los frailes integristas, que interpretaron mal,

(40) ACM. Act. cap. 1811-1813; fol. 10.

(41) *Edicto del Vicario General, de 2 de Marzo de 1811*, cit. en nuestra obra "El Obispo Salvá". (Palma 1948) 24.

(42) ACM. Act. cap. 1811-1813, fol. 391.

(43) Fue A. Llaneras quien, en sesión de 2 noviembre 1811, sostuvo que en el Consejo de Estado no debían figurar obispos, porque "sus respectivas iglesias tendrían que verse con muy graves perjuicios separadas de sus propios pastores", alusión bien clara a Nadal (*Diario de Cortes, Tom X, p. 14*). El P. Manzaneda enfatizaba, refiriéndose al Prelado que "ya que éste no predica por sus ocupaciones, u otros motivos, nos envía a nosotros para que suplamos sus veces, y satisfagamos por él la obligación primera de un obispo..." (Cfr. *La verdad o la conducta de los predicadores de esta Ciudad... Respuesta a la Carta circular del Sr. Gobernador de este Obispado, fecha en 28 de abril de 1813*, Palma, Impr. de Brusi, 1813, p. 3). Sin negar el hecho de su poca dedicación al trabajo pastoral en su diócesis, Nadal, en la mentada carta de 13 de Julio de 1813, se justifica alegando "los insoportables trabajos que sufro, más de dos años hace, a beneficio de la Patria" (ADM, Sec. cartas varias, cit.)

(44) Escribió sendos *Edictos Generales* con motivo de la Cuaresma, 2 de marzo de 1811, 15 de febrero de 1812 y 6 de marzo de 1813 (ADM, Diario Pontificado Obispo Nadal, 1806-1818, fols. 151-163; 162 bisv 164; 174v-176v). Con fecha 25 de abril de 1813 dio un *Edicto Pastoral* en que se prohibía la lectura de Rousseau (ADM, *Diario* cit., fols. 177-179), seguido de un *oficio a algunas Autoridades para recoger los escritos perversos* (Ib., fol. 179).

(45) Los *Edictos* de 5 de marzo y 28 de abril 1813, encaminados a suavizar las predicaciones de los frailes, fueron publicadas en la Imprenta de Brusi, en 1813, según señala M. Santos Oliver, o.c., III, p. 607. También publicó el *Decreto* de abolición de la Inquisición, con fecha 23 de abril de 1813, y lo mandó al Cabildo. Le sustituirían "los Tribunales designados en la ley de Partida y... el decreto de los Tribunales protectores de la Religión". Mandó su lectura en la Catedral y parroquias del Reyno por tres domingos consecutivos (ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 397-398).

(46) El suelto *Política eclesiástica*, comentando la circular de 28 de abril de 1813, escribió: "No podemos elogiar bastantemente la conducta firme, decidida y evangélica de este dignísimo Sacerdote, que se ha hecho acreedor a la gratitud nacional con ella. Mientras viven los Rvdos. Obispos de Jaén, de Mallorca, de Canarias, de Barbastro, de Arequipa y otros tan piadosos e ilustrados como estos, no prevalecerán los errores contra las luces" (Palma, Impr. de Miguel Domingo, 1813, p. 6).

tanto su carta de 29 de abril, llamándoles al orden en la predicación, como la autorización o "auxiliatoria" otorgada al Juez civil para que encarcelara a los presuntos reos de sedición, encartados cuando el mentado alboroto (47).

Por el contrario, Muntaner se granjeó la consideración, el respeto y los elogios más encendidos de parte de la autoridad constitucional con la que colaboró lealmente (48).

III. EL PAPEL DEL CABILDO CATEDRALICIO

De arraigo (49) y gloriosa historia (50), nutrido en número (51) con

(47) A modo de ejemplo, se mencionan en la *Acusación fiscal...* cit., que el Capuchino Manzaneda lo trataba "como el mayor enemigo de nuestra religión" (p. 51); "no un verdadero pastor" (Ib., p. 53). Dicho fraile titulaba de "disparatada la circular a los prelados" y de "ilegal la auxiliatoria" (*Defensa del P. Daniel de Manzaneda del Orden de Capuchinos... contra la Acusación que hace el Promotor Fiscal Don Juan Ferrá*, Impr. de F. Guasp, 1814, pp. 58, 63. Igualmente, el P. Strauch arremetió duramente y con sarcasmo poniendo en ridículo la susodicha autorización de Muntaner, autor de la "auxiliatoria", para su procesamiento (Cfr. *El fiscal fiscalizado, contestación extrajudicial a la Acusación Fiscal a los reos de los alborotos del 30 de abril último...*, Palma, Impr. de F. Guasp, 1813, pp. 18-19). Especialmente agria fue la respuesta de Manzaneda "por sí y por todos cuantos predicán el Santo Evangelio como Dios manda" a la mentada Circular de 28 de abril de 1813, en "La verdad o la conducta de los predicadores..." cit. F. Pons toma del cronista que, entre los actos de exaltación de los frailes, el 22 de mayo de 1814, por el restablecimiento del S. Tribunal, "en la portería o portassa de Sto. Domingo han quemado ciertos papeles que les había enviado D. Juan Muntaner, cuando fue Gobernador de la Mitra" (O.c., p. 94); y más adelante apostilla: "seguramente la Circular y el Edicto acerca de la predicación (Ib., p. 110).

(48) Nos remitimos a cómo secundó las instancias del Ayuntamiento contra los predicadores, de 23 de Abril (Nota 28); a la cooperación con el Gobierno de la Nación cuando la publicación del Decreto de abolición del Santo Oficio (Nota 45); a la connivencia con el Juez de primera instancia, Sr. Sandino, cuando los sucesos de 30 de abril, dándole la "auxiliatoria" (Nota 47). Asimismo, colaboró en cuantas ocasiones se le pidió ejecutara órdenes civiles, como la de la Regencia del Reino, de 10 de Junio de 1813, de cara a que se observase el Decreto de Carlos III "para que los eclesiásticos seculares o regulares no profieran palabras contra el Rey ni el Gobierno" (ACM, Act. cap. 1811-1813, fol 437 v); y accedió en la contribución de la plata de la Catedral a subvenir a las vigentes necesidades del Estado (Ib., fols. 230v-231).

(49) Su fundación aparece ya el año 1230, con un tal Jaime de Santa Eugenia como canónigo y procurador de la Iglesia de Mallorca. En 1240 Gregorio IX concedió al primer obispo facultad para instituir un colegio de doce canónigos (L. PEREZ, *Mallorca*, en "Diccionario de Historia Eclesiástica de España", II (Madrid 1972) 1402).

(50) Su historia está por escribir. Sólo por citar nombres ilustres del siglo XVIII y anteriores, partiendo del Renacimiento, recuérdese a Juan Borja y César de Borja (S. XV); a Gregorio y Jerónimo Zaforteza, Curiales, a Juan Abrines, Inquisidor y confesor de la Beata Catalina Thomás (S. XVI); a los poetas Antonio Gual y Diego Desclapers, a Marco An-

un fuerte componente de apellidos procedentes de la nobleza (52), dotado de gran predicamento intra y extraeclesial y con peso específico canónico, social y hasta político (53), este cuerpo eclesiástico era en su mayoría, sin lugar a dudas, netamente tradicional, a excepción de unos pocos simpatizantes o militantes en el liberalismo o en la Ilustración (54).

Pues bien, fueron tales condicionantes los que, a nuestro juicio, marcaron y predeterminaron el papel integrista que jugó el Cabildo en aque-

tonio Cotoner, Inquisidor de Palermo, a Antonio Figuera, que mandó hacer los célebres candelabros de la Seo, a Bartolomé Llull, fundador de la Sapiencia (S. XVII); al paborde Guillermo Terrassa (S. XVIII); a Bernardo Nadal y Juan Muntaner (S. XVIII-XIX). Obispos del s. XVI, lulistas Arnau Albertí y Joan Jubi, de Potti y Constantina, respectivamente; del s. XVIII, Bernardo Cotoner y Lorenzo Despuig; y entre los cardenales más célebres, también del S. XVIII, Don Antonio Despuig.

(51) Nunca su número fue el mismo. En los años que historiamos, que se ha llamado de gíngatismo de las catedrales, oscilaban los capitulares, sobre los dieciocho o diecinueve. (Cfr. ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 229 v.-230 v., 378-379; Act. cap. 1814-1816, fol. 48 v.) A los que se añadían dos señores Inquisidores (Cfr. ACM, Libro de Sacristía, 1814, fol. 78). L. Pérez indica que el número inicial de doce se elevó en 1313, a dieciocho, y en 1338, a veintidós, número que se mantuvo hasta el Concordato de 1851 (O.c., p. 1402). Actualmente puede oscilar entre diez y dieciseis (Estatutos capit. de 1986, art. 1.3).

(52) Tales, los de Juan Truyols, Juan Dameto, Marcos Truyols, Jorge Puigdorfila, Joaquín Cotoner, Gabriel Salas. (ACM, Libro de Sacristía, cit., p. 78).

(53) Sobre su prestigio ante el pueblo de Mallorca cfr. M. Santos Oliver, o.c., I, p. 39, y respecto al Ayuntamiento, es significativo el escrito de esta Corporación al Cabildo, de 11 de Enero 1811, donde en plan de reparación por unas "expresiones denigrantes del honor del mismo cuerpo", del Síndico Personero, le pide perdón. "supuesto que V.S.I. ha merecido siempre la mayor consideración de la Ciudad" (ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 4-6).

Como poder fáctico intra eclesial, el P. Strauch traía a colocación la facultad del cabildo, muy importante entonces, como el de prohibir libros y escritos (Cfr. *El Fiscal fiscalizado...* cit., p. 25). Otro exponente de sus atribuciones fue de disponer una misión general, cuando el levantamiento de 1808 (M. Santos Oliver, o.c., p. 222). Celoso de su honor, vindicó algunas expresiones denigrativas vertidas en la Acusación Fiscal contra los reos de los alborotos del 30 de Abril (ACM, Act. cap. 1814-1816, fol. 1v). Fue esta Institución víctima del nepotismo, según se aprecia con sólo hojear el "Libro de Posesorios" del Archivo capitular. A veces aquél procedía de presiones políticas, como el nombramiento de Lorenzo Monserrat, sobrino de Miguel Cayetano Soler, ilustrado, Ministro de Hacienda de Carlos IV (M. Santos Oliver, o.c., p. 171).

(54) Entre ellos, Marcos Truyols, según se desprende de las Actas Capitulares (ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 353, 424v., 433, 476v., 477). En el grupo de los Beneficiados se contaba Josep Barberí (Cfr. Ib., fols. 242, 433) y F. Guasp, un gran mallorquín desconocido (Palma 1926). Cfr. también G. E. C., IV (Barcelona 1971) 184; G. Alomar, *Contribució a una biografia de l'orguener Jordi Bosch i noticies sobre una familia de mercaders provençals-mallorquins*, en "Estudis Baleàrics" n° 10, p. 118; M. Santos Oliver, o.c., p. 163. Este mismo autor nos sorprende cuando, tratando de la abolición aquí del S. Oficio, asegura que "el mismo Barberí, sacerdote, canónigo, declaradamente absolutista..." (O.c., III, p. 662).

Illa histórica situación, y que nos explican: 1º) Que se pronunciara, con fecha de 31 de julio de 1812, por el mantenimiento del Santo Tribunal (55), pronunciamiento que reiteró el 9 de noviembre del mismo año (56), y que llegó a manos del diputado Llaneras, su valedor ante el Congreso, a principios de diciembre (57); 2º) Que el 29 de marzo de 1813 la corporación escribiera al Gobernador eclesiástico "para que contuviera con su autoridad de esta semilla (papeles impíos e irreligiosos que corrían y podían causar un daño gravísimo a los fieles), subrayando que "hemos retrocedido en aquestos tiempos calamitosos en que se depravaba la desgraciada de la Francia, en que el desenfrenado Voltaire, Diderot y sus aliados esparcían libremente sus infernales escritos..." (58); 3º) Que se prodigara en atenciones para con los obispos emigrados a esta isla, evidentemente como testimonio de simpatía con sus ideas antiliberales (59); 4º) Que simpatizara con los más genuinos representantes de la intransigencia, como el capuchino P. Manzaneda y el franciscano P. Strauch, brindándoles el púlpito de la Catedral, preferentemente en cuaresma (60); 5º) Que contactara con Llaneras, al que escogió por su intermediario en las Cortes, según dejamos anteriormente expuesto; y(61) Que en la dialéctica igualdad-discriminación, nervio de la cuestión chue-ta, se alineara por el mantenimiento de este reducto del racismo, de tiempo atrás (62), criterio al que seguía aferrado aún a fines de 1811,

(55) ACM, Act. cap. 1811-1813, fol. 302.

(56) ACM, Act. cap. 1811-1813, fol. 353.

(57) Cfr. nota 26.

(58) ACM, Act. cap. 1811-1813, fol. 386. Señala M. Ferrer que precisamente por estas fechas, tras la comunicación de la Autoridad de Mallorca al Gobierno central, el 12 de Abril de 1813, y la contestación por las Cortes y por la Regencia ordenando se celebrara el 19 de Mayo el aniversario de la Constitución "se consuma el largo proceso de institucionalización del Régimen liberal en Mallorca". (o.c., p. 405).

(59) ACM., Act. cap. 1811-1813, fol. 16v, 52v, 57, 58, 82v, 155, 194v, 233, 242v, 268v, 286.

(60) A Manzaneda le ofreció la predicación cuaresmal de 1813 (ACM, Act. cap. 1811-1813, fol. 242); a Strauch, la de 1814 (Ib., fols. 424v, 433); sin embargo, a final de 1813 escribió éste el Cabildo "temiendo que el arresto en su convento hasta o más allá de aquella época, que S.S. nombrara otro para este encargo para que al Pueblo no le faltase el pasto de la divina palabra" (Ib., fol. 498v). De hecho, no predicó Strauch, sino otros clérigos de la Catedral (Ib., Act. cap. 1814-1816, fols. 1, 2v), a los que se gratificó proporcionalmente. "acordando igualmente S.S. por la mayor parte de votos que se gratificase en nombre del Cabildo al P. Fr. Ramón Strauch" (Ib., fol. 20). Nos preguntamos a título de qué. El acuerdo capitular se tomó el 16 de abril de 1814. Según Roura, la reclusión del fraile predicador duró hasta fines de mayo de ese año, y desde ella continuó dirigiendo la cruzada de la reacción (O.c., p. 256).

(61) Cfr. Nota 25.

(62) Sobre este punto Cfr. F. Ricra, *Algunes noticies inèdites sobre la qüestió xueta en el segle XVIII*, en BSAL 39 (1982) 188-189; J. Melia, *Historia de Baleares* (Madrid 1979) 52; IDEM, *Los mallorquines* (Madrid 1968) 91; G. Cortes *Historia de los judíos mallorquines y de sus descendientes cristianos*, II (Palma 1985) 302-316.

pues nos consta que exigía, como requisito para admitir a alguien al canonicato, o al menos lo consideraba un mérito, la limpieza de sangre o la prueba de hidalguía (63).

Finalmente, pruebas aun más ostensibles de un talante conservador fueron su satisfacción en la quema de la Constitución y sus Decretos, el 21 de mayo de 1814 (64); su regocijo, el 1 de agosto, al llegar el Decreto del restablecimiento del Santo Oficio (65); y "su representación al Rey", en septiembre, en favor del retorno de la compañía de Jesús (66).

Esto no obstante -sea dicho en su descargo- el Cabildo siempre se mostró sumiso con la autoridad local o nacional, incluso cuando el partido gobernante fue de corte liberal, secundando sus mandatos de celebraciones religiosas o patrióticas, u órdenes de otro tipo, como las que imponían ayudas económicas al mermado erario público (67). No se opuso a jurar la Constitución ni en la catedral del 17 de agosto de 1812 (68), ni a asistir a su publicación, el 22, en el Borne (69). No colaboró, que sepamos, en la campaña promovida por el Nuncio para impedir la ejecución del decreto abolicionista meritado, pese a coincidir con la tesis de aquél (70). Y por lo demás, con su obispo fue siempre correcto y obsequioso, al margen de las manifiestas diferencias en el entender la política y en puntos relevantes relacionados con la moral social y con el derecho público eclesiástico (71).

IV. EL PUEBLO FIEL EN LIZA

1. *Los laicos en general*

Nos ceñimos a los habitantes de Palma (72) y, de entrada, decimos

(63) ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 156v, 159v, 59, 158v.

(64) ACM, Act. cap. 1814-1816, fol. 27.

(65) ACM, Act. cap. 1814-1816, fol. 35.

(66) ACM, Act. cap. 1814-1816, fol. 45, 45 bis.

(67) ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 37v, 42, 53, 57v, 58v, 119v, 192v, 256, 268, 300, 353v, 403, 437, 474; Act. cap. 1814-1816, fols. 16, 28v-29, 30. En la ayuda económica a la guerra contra Francia "L'Església jugà un paper important" (AA. VV., *Història de Mallorca*, II, Palma, 1982, p. 187).

(68) ACM, Act. cap. 1811-1813, fols. 302v, 312, 312v.

(69) ACM, Act. cap. 1811-1813, fol. 313.

(70) Vide nota 22.

(71) ACM, Act. cap. 1793-1795, fol. 215; Act. cap. 1811-1813, fols. 9, 9v, 377v-378, 404.

(72) Existen algunos estudios sobre la Inquisición y sus vicisitudes en pueblos de Mallorca, a saber, sobre Porreres, Andraitx, Manacor, Campos, Felanitx, realizados por R.

que mayoritariamente se mostraron favorables a la permanencia del Tribunal. A tal sentimiento, más que convencimiento, se veían abocados por su misma forma de ser, o sea, de apego irreflexivo al pasado y a la tradición de sus mayores, los cuales identificaban patria y religión (73). A este propósito son muy elocuentes los apelativos que mereció este pueblo en la prensa de la época, de una y otra tendencia. Espigamos: “el pueblo más dócil y religioso del mundo” (74), “un pueblo tan católico y tan dócil a la divina palabra” (75), “un pueblo dócil y pío” (76), “pueblo religioso y pacífico” (77). A la distancia de casi un siglo Santos Oliver matizó que más que un pueblo sólidamente religioso, era “crédulo y espantadizo” (78). Por lo que toca particularmente a nuestro objetivo, historiadores posteriores y la investigación que hemos realizado nos llevan a la conclusión de que el mallorquín, al igual que la mayoría del pueblo español, ni quería ni deseaba la abolición de la Inquisición (79). Basta traer a colocación que las autoridades liberales, temerosas de la simpatía de que gozaba el Tribunal ante la gente, mantuvieron acuarteladas las tropas los días de la lectura del Decreto y durante la ceremonia de supresión, acaeciéndose esta última el 24 de abril. La medida resultó muy impopular (80). Además, en vísperas del famoso alboroto se publicó un *Memorial de los gremios al Cabildo y Jefe político*, donde se reflejó que el pueblo no estaba conforme con el tono de la polémica ni con la desaparición de la vieja institución inquisitorial (81). Y confirmóse su adhesión

Rosselló Vaquer recientemente, pero o no tocan la temática de la abolición o sólo muy de pasada.

(73) Un buen exponente es esta frase de un autor anónimo de entonces: “Apreneu lo, pues, de memoria, y graveu lo en lo cor de vostres fills, procurant sian, com vosaltres, un fiels defensors del Rey y de la Religió, que son las columnas en que descansa la pública tranquilitat de aquesta vida, y comensament de l’altre”. (*Constitució sens mascara o verdadera idea de la constitució abortada en Cádiz lo any 1812; morta en 1814; resucitada per medi de puñals en 1820; y enterrada en 1823, per mai més tornar sobre la terra...* (Solsona, Impr. del Govern; reimprés en Palma, Impr. de B. Villalonga, p. 3); Cfr. P. Xamena, O.c., p. 290.

(74) M. Santos Oliver, O.c., III, p. 607; *Circular del Governador Eclesiástico*, cit., p. 3.

(75) *El Desengaño. Respuesta a las Reflexiones sobre una carta que se atribuye al Sr. Obispo*, cit., p. 9.

(76) *Circular del Governador eclesiástico*, cit., p. 4.

(77) *La verdad sostenida por las leyes. Impugnación y defensa de D. Bartolomé Soler* (Palma, Impr. de A. Roca, 1814, p. 11).

(78) O.c., III, p. 491.

(79) M. Ferrer, O.c., p. 407; J.M. Sánchez Muniain, O.c., p. 884-885; *Dictamen...* de A. Llaneras, cit.: ACM, Act. cap. 1814-1816, fol. 30v; R. Piña, O.c., p. 382.

(80) O.c., p. 294.

(81) M. Ferrer, O.c., p. 407; M. Santos Oliver, O.c., III, p. 618; *Defensa que en el Tribunal de primera instancia... presentó el Padre F. Miguel Abrán...* (Palma, 1813) 25-26.

a ésta, el 20 de mayo de 1814, en los festejos y júbilo generales cuando aquélla restableció (82).

2. *Los chuetas*

Muy distinta fue la reacción de este sector discriminado ante el hecho histórico que nos ocupa. Los chuetas, víctimas en tantas ocasiones de la represión, habían abrigado una esperanza, en su lucha por la igualdad de derechos, a fines del último cuarto del siglo XVIII, pero quedó fallida ante la oposición, por no decir hostilidad, del Ayuntamiento, la Universidad, el Cabildo, los gremios, el ejército y el pueblo no descendiente de judíos (83). De ahí que cuando se proclamó la Constitución de 1812 vieran “los de la calle” un iris de paz y de liberación (84); y que fuera indescriptible su satisfacción cuando se decretó la supresión del Santo Oficio, considerado incompatible con la Carta constitucional (85). Unos pocos se vieron, excepcionalmente, involucrados en la causa absolutista, con ocasión de los acontecimientos del 30 de abril (86). De todos modos, siempre que pudieron levantar cabeza, los chuetas demostraron su apoyo masivo a la política liberal (87).

V. EL CLERO REGULAR

Dejamos aparte a los sacerdotes diocesanos que como colectivo no protagonizaron nada especial en el terreno político-religioso de esos años, salvo el Cabildo de la Catedral ya contemplado; y pasamos a su vez por alto los centros de formación clerical, como la Universidad literaria y el Seminario que, trasladados al Convento de San Francisco, de esta Ciudad, se colocaron en una situación que el cronista etiquetó de “Dios nos asista” (88). Por lo que nos fijaremos tan sólo en los miembros, numerosos (89) y de muy variadas órdenes religiosas radicadas aquí (90).

(82) P. Xamena, O.c., p. 295.

(83) Cfr. Nota 62.

(84) *Anales judaicos...*, cit., p. 161.

(85) *Anales judaicos...*, cit., p. 193; M. Ferrer, O.c., p. 403; P. Xamena, O.c., p. 292.

(86) En la *Acusación Fiscal...*, cit., figuran Fr. Miguel Abrán y Pablo María Miró y de Miró (pp. 10-12 y 30-32, respectivamente), si bien se discute por algunos el calificativo de chuetas al primer apellido.

(87) R. Piña, *Del Decreto de Nueva Planta...*, cit., p. 351.

(88) Cfr. nuestra obra *El Obispo Salvá...*, cit., pp. 24-25; Roura, o.c., pp. 256-257.

(89) Cfr. M. Revuelta, o.c., p. 52; J. M. Cuenca, *Iglesia y burguesía en la España liberal* (Madrid 1979) 49-50; AA.VV., *Nueva historia de España*, 14, *La España de Fernando VII* (Madrid 1982) 99. M. Santos Oliver relata que había entonces tres mil profesos en la Isla (O.c., II, p. 438).

Inmerso como el que más este clero en la vorágine de ideologías e intereses encontrados político-religiosos que se agitaban, se constituyó en promotor, en buena medida, de un confusionismo y malestar generalizados. A tal fin manejó la prensa periódica fundada en aquel hervidero de ideas y, bien colaborando en ella o incluso dirigiéndola, alentó eficazmente el mito reaccionario y el fanatismo retrógado, haciendo pública confesión de conservadurismo frente a los aires liberales y progresistas (91). Al mismo tiempo algunos predicadores hacían oír sus voces apocalípticas desde los púlpitos (92) y, llegada la hora de la retirada forzosa de tales tribunas por orden gubernativa, sus defensas se escribieron por sus abogados y algunas por los propios condenados, desde la cárcel. (93).

Convertidos en principales creadores de la opinión pública (94), su papel fue de enorme importancia y su responsabilidad máxima, sobre todo en ciertos conflictos que protagonizaron, como el tan repetido alboroto de abril y su contestación a la autoridad eclesiástica antes reseñada, hechos que pasaron a los textos de historia.

VI. LA COYUNTURA DE UNOS OBISPOS EMIGRADOS

Con esto cerramos el arco de personas, instituciones y factores circunstanciales en que cobijóse un pueblo creyente, o si se prefiere, crédu-

(90) Cfr. Nota 31. También el libro del P. G. Munar, *Les ordes religiosos a Mallorca*, I (Palma 1935). De las Religiosas, de clausura, por supuesto, en aquella época, consta que, asimismo, se manifestaron "fuera de sí de contento", al reimplantarse, en 1814, el Santo Oficio (F. Pons, O.c., pp. 107, 121 122, 125)

(91) AA.VV., *Los orígenes de la prensa política en Mallorca, 1812-1814*, en "Mayurca", 16 (1976) 309-345; M. Santos Oliver, O.c., III, pp. 549-550, 562, 568-573; M. Revuelta, O.c., p. 63.

(92) J. M. Cuenca, *Iglesia y Estado (1789-1914)*, cit., p. 414. Según M. Santos Oliver, O.c., III, p. 607: "Afirmaron algunos de los predicadores tener cuatro mil puñales próximos a obedecer la menor insinuación para exterminar a los enemigos de la fe católica. Todo hizo temer una conjuración tenebrosa y exajerar el peligro hasta el punto de dar por trama una nueva noche de San Bartolomé".

(93) Cfr. *Iglesia, sociedad y política en la España contemporánea*, cit., donde F. Suárez hace la relación de estas defensas, en la p. 67. A través de nuestra investigación hemos acudido con frecuencia a las mismas para reproducir textos elocuentes de sus autores.

(94) M. Santos Oliver, O.c., III, p. 492; AA.VV., *Los orígenes de la prensa política en Mallorca*, cit. p. 309. A nivel nacional, fue notable la influencia clerical sobre el pueblo: cfr. *Nueva historia de España*, 14, *La España de Fernando VII*, cit., p. 99; J. A. Telló, *La Iglesia en el proceso constitucional Español del siglo XIX, Las Constituciones progresistas*, en "Revista de Estudios Políticos", n. 37, enero-febrero 1984, pp. 177-178; J. M. Cuenca, *Las últimas hogueras*, en "Historia 16", especial 10 aniversario sobre Inquisición, p. 97.

lo, un tanto desasistido de sus legítimos pastores, y a merced de otros guías espirituales. Tal fue el caso de los ocho obispos emigrados, entre los incontables forasteros que inundaron entonces la Isla (95). Sus nombres y su obra son conocidos (96). Por lo cual vamos simplemente a consignar su decisiva lucha, primeramente contra la Constitución y, a renglón seguido, contra la abolición del Tribunal de la Inquisición; a recordar que su presencia prolongada de varios años y su apoyo a la reacción fue inoportuna, incordiante y -qué duda cabe- incómoda para el Obispo titular, ausente, por razones de su cargo de diputado a Cortes; y que si bien fueron tolerados en un principio por las autoridades civiles, por respeto a su rango, luego se les sancionó echándolos de la Isla (97).

Cabalmente lo que mereció esta pena fue el escrito más conocido y difundido, o sea, la "Instrucción pastoral", redactada por seis de ellos y datada el 12 de diciembre de 1812 (98). Se la ha calificado -y eso en sí es un mérito, lástima que no para mejor causa- del primer documento co-

(95) Cfr. Roura. O. c., pp. 123-175, que hace un detallado estudio al respecto.

(96) No hay autor español que historíe estos años que no señale dicho protagonismo. Por eso nos limitamos a dar nombres y diócesis: Gerónimo María Torres, de Lérida; Fr. Antonio José Salinas, de Tortosa; Pablo Sitjar, de Barcelona; Francisco Dueña Cisneros, de Urgel; Blas Joaquín Álvarez, de Teruel; Veremundo Arias, de Pamplona; José Ximénez, de Cartagena; y Romualdo Mon y Velarde, Arzobispo de Tarragona; amén del Obispo de Menorca, Pedro Antonio Juano.

(97) Sólo se exceptuó al de Tortosa, por razón de su edad (F. Pons, O. c., pp. 72-73). Este autor recuerda que la Pastoral de los seis obispos, que se verá en la nota siguiente, sometida a las Cortes, a la Regencia y a la Junta censoria de Cádiz, se consideró en parte "un escrito de religión y según la ley de libertad de imprenta está sujeto a la previa censura del Ordinario, en nuestro caso a la del Obispo de Mallorca". (O. c., 74). De haberse sometido a éste, de seguro que la "pastoral" no se aprueba (Cfr. Piña, o. c., p. 381). Añádase que aquéllos recelaban del Concilio Nacional -tan querido por Nadal- por temor a que, entre otras cosas, suprimiría la disciplina del celibato (Cfr. "Instrucción Pastoral", de referencia, pp. 192-193; y F. Martí, O. c., p. 293).

(98) Iba dirigida por los Obispos de Lérida, Tortosa, Barcelona, Urgel, Teruel y Pamplona, "al venerable clero secular y regular y a todos los fieles de nuestras diócesis". Constaba de una introducción o exposición de los motivos del escrito, cuatro "artículos" (sobre la Iglesia ultrajada en sus ministros, combatida en su disciplina y su gobierno, atropellada en su inmunidad, atacada en su doctrina, respectivamente), y un epígrafe titulado "resultado de las máximas perniciosas esparcidas por el libertinaje de la imprenta contra la Religión y la patria", y una "conclusión". Por el tono doctrinal y elevado en que está escrita causó enorme impacto en toda España" (M. Revuelta, O. c., p. 64). Aunque la firman los seis mentados, aseguran que "son los sentimientos de los ocho obispos que nos hallamos reunidos en esta Isla" (p. 162). Con anterioridad, 15 de marzo de 1812, dichos obispos habían remitido una "representación" al Monarca "sobre la necesidad de restablecer quanto antes el Santo Tribunal de la Inquisición en su ejercicio, como el más poderoso y eficaz medio de contener en sus justos límites el libertinaje de la imprenta". Quedó inédita, según se hizo notar en la introducción de la "Representación sobre el Tribunal de la Inquisición", a que aludiremos en la Nota 102.

lectivo de una porción del episcopado español (99). Dado su alto significado en favor del absolutismo, cuando los partidarios de este movimiento subieron al poder en 1814, lo reimprimieron (100). En efecto, tenían sobrados motivos los reaccionarios para entusiasmarse con lo que representaba un alegato de primer orden en favor de la Inquisición y un ataque frontal a la Constitución y a las ideas liberales que ésta encarnaba (101).

Un postrer intento en apoyo de sus tesis integristas se evidenció, el 16 de mayo de 1813, cuando dos de los obispos meritados, el de Lérida y el de Pamplona, se sintieron con ánimos para dirigir al Monarca una expresa defensa o "Representación sobre el Tribunal de la Inquisición", protestando del Decreto de su abolición, de la que dicen haberse enterado "primero anunciado en los periódicos, y recibimos luego en 17 del próximo pasado" (102).

(99) Cfr. M. Cuenca, *La Iglesia española en la crisis del Antiguo Régimen (1789-1833)*, en "Historia de la Iglesia", dirigida por Fliche-Martín, vol. XXIII (Valencia 1975) 558.

(100) La reimpresión se hizo en la Imprenta de F. Guasp, en 1814. Dedicada a Fernando VII, se dice que la "circulación (de la "Pastoral") se paralizó por orden de la Junta Suprema de censura; hemos creído ser una obra muy análoga a la de los primeros apologistas de la fe en los siglos de persecución, y la más útil en la crisis de efervescencia de la inmoralidad, y de las opiniones anti-dogmáticas, que los filósofos anarquistas habían propagado en el Continente, y las Islas sujetas al imperio de V.M. para contener las oscilaciones progresivas de la irreligión". La suscribieron Josep Montes, Deán y Canónigo de la Sta. Iglesia de Mallorca y Antonio Ignacio de Pueyo, Capitán retirado. El P. Strauch había sido colaborador anónimo de dicho documento episcopal (Cfr. Roura, O.c., p. 256).

(101) A. Elorza compara las lamentaciones de estos obispos con las de los antiliberales Vélez y Alvarado, coincidentes en el fondo del esquema argumental que las sostiene y en el protagonismo casi exclusivo de los aspectos represivos que acompañaban a la fe católica, llevados a término por la Inquisición en la etapa agónica del Antiguo régimen. Era evidente su condición de brazo armado frente a la libertad del pensamiento, amenaza principal contra la alianza Trono-Altar (*La Inquisición y el pensamiento ilustrado*, en "Historia 16", especial 10º aniversario, cit., p. 89). M. Cuenca estima que "tal medio de presión (la Pastoral colectiva) transparentaba indudablemente cierta disminución de la vigencia social de la autoridad eclesiástica; pero al practicarse, en especial en diócesis de elevada temperatura en su termómetro religioso y en las que el enfrentamiento ideológico alcanzó cotas de elevada virulencia, puede también considerarse como una tentativa de parte del episcopado de actualizar su bagaje y métodos pastorales" (*La Iglesia española en la crisis del Antiguo régimen...*, cit., p. 558). Más severo, entrando en el mérito del asunto, se muestra R. Piña: "La defensa a ultranza que hicieron aquellos Prelados, de las inmunidades eclesiásticas y de la unión indisoluble del Trono y del Altar, poniendo en manos de la Monarquía y la Nobleza la exclusiva defensa de la Fe y la Moral Católica (p. 240), les desautorizó ante el futuro, comprometiendo a la Iglesia en intereses e ideología que, buenas o malas, estaban por debajo de su sagrada misión" (O.c., p. 382). Por contra, Strauch los conceptuaba "santos y sabios" (Cfr. *El fiscal fiscalizado...*, cit., p. 9, nota K). Y en la *Acusación fiscal...*, cit. p. 52, se habla del "buen ejemplo" que se había visto en ellos.

(102) Impresa en 1814, juntamente con la reimpresión de la Instrucción Pastoral de 12

VII. CONCLUSIONES

1ª) Las intervenciones de Bernardo Nadal en el tema inquisitorial que hemos investigado nos han parecido discretas, casi siempre de puntillas y entre bastidores, tanto en su vertiente de representante del pueblo, en aquel ensayo de democracia de las Cortes gaditanas, como en la de jefe espiritual de una Iglesia dividida: reaccionario el más amplio sector; abierto el otro a legítimos aires renovadores y a la búsqueda de auténticos valores humanos y cristianos, por entonces conculcados o ensombrecidos.

2ª) En concreto, atribuimos su apuesta por un *concilio nacional* a su mentalidad liberal católica moderada, de inspiración jansenista y con connotaciones conciliaristas y episcopalistas. Con ello -permítasenos un juicio de intenciones- pretendió “desenganchar” o al menos aflojar la función pastoral de los obispos del excesivo control pontificio en áreas tan vitales como la defensa de la fe y costumbres.

3ª) Al mismo tiempo, desde la óptica de su *política cristiana*, teñida de un agustinismo residual, no pudo menos de abogar por la dimensión moralizante del Estado convirtiéndolo en instrumento de la Iglesia -la española, necesitada de reforma- para mejor servir así a quienes gozaban de la condición de ciudadanos y de católicos. Para cubrir tal misión los poderes públicos deberían por su lado proteger a la Religión.

4ª) Ahora bien, semejante ideología condicionaba forzosamente al hombre de Iglesia y diputado de la Nación al tener que pronunciarse en el delicado asunto de la *permanencia o no del Santo Oficio*. La primera ocasión la tuvo como miembro de la *Comisión “ad hoc”*, en 1811. Su tesis, fue la de supeditar la institución a lo que dispusieran el concilio nacional y el Soberano. La sumisión a estas dos instancias la estimamos francamente desmedida e insostenible aún desde los parámetros con que hoy más generosamente se plantean, desde la teología, las relaciones Iglesia universal -Iglesia particular; y desde el derecho, las de Iglesia y Estado. Hacer depender la existencia del tribunal de la resolución de un concilio de obispos, podía entenderse benévolamente como una medida meramente disciplinar en la que cupiera negociar con Roma, sin romper

de Diciembre de 1812, el prologista la valora como “una disertación apologética en favor del Santo Tribunal, en que se persuade con un razonamiento victorioso hasta la evidencia, y sostenido por una erudición amenísima, que el Papa sólo exclusivamente tiene autoridad para eregirlo, conservarlo, abolirlo o modificarlo; y que toda otra proscripción emanada de autoridad secular es nula, como que es solamente dependiente de S. Santidad” (O.c., p. 256).

la comunión; sin embargo, la dependencia a la vez del Soberano rezumaba un regalismo que en modo alguno puede admitirse, ni siquiera en régimen de confesionalidad.

5ª) Su dictamen, en el seno de la misma *Comisión* parlamentaria, en 1812, sobre *no incompatibilidad del Tribunal*, una vez desentendido de implicaciones políticas, con la *Constitución*, es perfectamente válido en un régimen de separación de Iglesia y Estado, con libertad religiosa como principio inspirador de sus relaciones.

6ª) La *pasividad* en las tensiones de 1813, publicado el *Decreto de abolición*, lo vemos como una elemental medida de prudencia de quien, abrigando para sí unas teorías políticas propias, prefería quedarse al margen de polémicas en que podría jugarse su reputación de hombre público y pastor de una Iglesia.

7ª) La hipotética maniobra de *interceptar peticiones* de su Cabildo adicto a la Inquisición, y *la defensa del Gobierno* en el incidente de los capitulares de Cádiz, sencillamente -digámoslo con toda claridad- constituyó la excepción a la regla de la serenidad habitual del Dr. Nadal, traicionado sin duda por los nervios de aquellos momentos confusos y tensos.

8ª) *Su rogada intervención como obispo* en la problemática suscitaba en su *propia diócesis* por los reaccionarios al Decreto, la juzgamos como inteligente y ceñida a salvar lo imprescindible, o sea, la autoridad contestada de su Vicario y el honor del estado clerical en general; pero con independencia de que los frailes culpables de delitos civiles fueran juzgados por las autoridades competentes. ¡Hermosa primicia de la proclamación del principio de igualdad, donde no cabe el privilegio del fuero; y de la independencia de poderes eclesiástico y civil, en hora de fuerte dosis de sacralidad y por boca de un obispo pionero en el ideal de un Estado de derecho y de una Iglesia libre en un Estado libre!

9ª) En torno al Dr. Muntaner nuestra convicción es que fue un eclesiástico fiel a un liberalismo compaginable con la ortodoxia doctrinal; un enérgico cumplidor de las consignas de su obispo, y un buen conciliador, pese a que no lo entendieron o no lo quisieron entender los frailes exaltados, enemigos de la Constitución y fanáticos defensores de la Inquisición.

10ª) Del *Cabildo* catedralicio mallorquín destacó su talante conservador a ultranza, inveterado, que le llevó, en aspectos sociales, a ponerse del lado de la discriminación racista chueta; en la política renovadora

de las Cortes de Cádiz, al integrismo más radicalizado; y ante la supresión del Santo Oficio a hacer cuanto estuvo a su alcance para evitarla y, producida la medida, a conseguir que quedara en letra muerta. Aparentó, no obstante, en todos sus cabildeos -nunca mejor apropiado este vocablo- un porte hecho de buenas formas, cortesía y compostura.

11ª) Sobre el *pueblo* mallorquín, o quizá mejor, palmesano, en general baste decir que no estaba en condiciones de asimilar unas doctrinas de procedencia extranjera, enseñadas por clérigos ilustrados, y que chocaban con su fe tradicional; y que por ende interpretó la supresión del S. Tribunal como un paso más, como un golpe de los más duros, en la escalada contra la Iglesia católica, que siguiera a la libertad de imprenta, a la intromisión estatal en la disciplina eclesiástica, etc. En semejante tesitura no podía hacerse cargo de que la institución inquisitorial se suprimía más por razones políticas que religiosas, es decir, por tomarse más como un instrumento policial al servicio de la Corona que al de la Iglesia. Los fieles vivían alienados en una cristiandad cerrada, reprimida en su conciencia, predispuesta a tener por pecado o por herejía manifestaciones del pensamiento que entrañaran visos de progreso y de modernidad.

12ª) La actuación de los *Religiosos* -no todos, por fortuna autoconstituídos en conductores de la masa popular, de la opinión pública en buena medida, fue desmadrada, incontenida, desdeñosa de la autoridad episcopal en un principio y luego positivamente en contra de las instrucciones recibidas de la misma. En definitiva, desempeñaron una labor negativa, desdibujadora del verdadero rostro de la Iglesia a la que entonces prestaron un flaco servicio.

13ª) La coyuntural presencia y acción de los *obispos emigrados* no merecen mejor calificación. Nos huele a labor de zapa, de oportunismo, en ausencia del legítimo titular. Es cierto que el documento más significativo tenía por destinatarios sus feligreses, peninsulares, pero los primeros, que sepamos, en percibir los efectos de unos pastores desbordados fueron los insulares, que les arrojaron con su afecto por más de tres largos años y, a cambio recibieron una mentalización integrista, que reforzaba la de los predicadores de referecia.

14ª) En una *visión de conjunto*, personas, instituciones, estructuras, incidencias coyunturales, sufrieron una fuerte sacudida ideológica, psicológica, vivencial, sin precedentes, al hilo del hecho de la abolición de la Inquisición, exponente del triunfo, siquiera efímero, del liberalismo sobre el Antiguo Régimen. Años de 1813-1814: hora de transición; en un espacio, la Mallorca comparada a la sazón con Cádiz por afinidad con su

fachada externa (de bullicio callejero, contingente de militares, refugiados, actividad pública, publicística, despertar económico), pero su antítesis en lo político, pues mientras aquélla venía a ser la capital del liberalismo, ésta lo era de la reacción. Una reacción, por cierto, no suficientemente fustigada por los liberales mientras manejaron de 1808 al 1814, las riendas del poder, quizá por ser minoría y no gozar del respaldo popular ni de la Iglesia, la no jerárquica. Los ilustrados, y en general aquellos primeros liberales católicos como Nadal y Muntaner, no pudieron con un pueblo mayoritariamente apegado al pasado y, por añadidura, analfabeto. De ahí que, a la vuelta de la esquina renació de sus cenizas la vieja institución, apoyada por ese sustrato masivo y siguiendo desde el primer momento el impulso del sector eclesiástico absolutista. Nadal desapareció por el foro y con él su Vicario, corriéndose un tupido velo sobre su historial político-religioso.

15ª) Como *balance final* del conjunto de luces y sombras que hemos expuesto y analizado, el historiador de hoy -al menos está en nuestra postura- tiende a destacar y valorar la figura y obra de Nadal y de su Vicario, por su apoyo decidido a la causa de la libertad religiosa, de los derechos humanos, de la separación de Iglesia-Estado; disculpándoles sus resabios jansenistas, sus regalismos y su residual agustinismo que afearon un tanto aquellos méritos: No pudieron sustraerse del todo a las tendencias de la época en que vivieron.

Del pueblo, subrayamos que no le es imputable el no haber conectado con el espíritu de la Constitución, a la vez que tampoco cabe pensar que fuera por dejadez de sus legítimos pastores que no saliera de su cerrazón y anquilosamiento tradicionales. Fue un pueblo que se dejó llevar del viento que aquí más sopló, sencillamente. Y eso fue para su desgracia, desaprovechándose para aquellas gentes y para la posteridad una ocasión magnífica, la de la supresión de la Inquisición en su primera experiencia, para romper con siglos de represión y para abrirse, con la antelación de siglo y medio, a la etapa que inaugurarían la Declaración "Dignitatis humanae" del Vaticano II y, a poco, la Constitución española de 1978.

Mas, por encima de todo, del hecho historiado nos quedó -lo decimos antes de poner punto final a estas reflexiones- una *lección de historia* que no debemos olvidar: Ante las sospechas y reticencias de la sociedad en que vivimos por las pasadas connivencias con la Dictadura -y ahí cabe también el reaccionarismo que desplegó la abolición de la Inquisición en 1813- pensamos que la respuesta actual del ciudadano y del creyente ha de ser trabajar para que páginas negras como esas no vuelvan a escribir-

se. El reto es comprometerse a respetar al hombre y a sus valores y derechos fundamentales de los que es portador, a la vez que rechazar de plano todas las actitudes, dictatoriales y opresoras, máxime si se toman o se acometen, so capa de fe religiosa.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE DETENCIONES ILEGALES (arts. 184, 186 y 194 CP) (*)

JOAN J. QUERALT

SUMARIO: I. *Concepto de detención preventiva*. II. *La imposibilidad constitucional de la detención gubernativa*. III. *Justificación del planteamiento constitucional*: 1. La letra del art. 17.2 CE. 2. Confirmación sistemática: a. La gravedad de la infracción penal y de la administrativa. b. El abono de la detención preventiva (artº 33 CP). c. El orden público como argumento retórico. d. La no detención, como regla general, por faltas criminales. e. La perspectiva material. 3. Consecuencia. IV. *Formas y requisitos de la detención preventiva*: 1. Oportunidad: a. Procedencia/dañosidad mínima. b. La preparación del agente. 2. Formalidades: a. Derecho a ser informado del hecho motivador de la detención. b. Lectura de derechos del detenido y respeto de los mismos. c. Compensación de facultades particulares/acusador. d. El límite de las 72 horas. e. El artº 496 LECr. V. *La retención*: 1. Su reconocimiento. 2. Su valoración legal: su delictuosidad. 3. Su dañosidad para los derechos del detenido. VI. *Las redadas; su ilegalidad*. VII. *Consecuencias jurídico-penales*: 1. Planteamiento. 2. Responsabilidades: a. Disciplinaria. b. "habeas corpus". c. Responsabilidad penal: detenciones ilegales e impedimento del ejercicio de los derechos cívicos. d. La detención inicialmente lícita que deviene ilícita. VIII. *Corolario*: Inexistencia de un deber de dejarse detener.

Cada vez cobra mayor interés el estudio de las figuras delictivas en que pueden incurrir -y de hecho incurren- los funcionarios públicos. Tanto en la esfera de la corrupción administrativa como en la de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos se centra una buena parte de la óptica de la doctrina y de la

(*) Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante el 20.5.1986. Dado el carácter del trabajo, que se refiere aquí con el mismo formato, el lector interesado podrá encontrar las oportunas referencias bibliográficas, de este y temas en él emparejados, en mi *El policía y la Ley*, Barcelona, 1986.

práctica. Ello es consecuencia de la entrada tanto sociológica como jurídicamente en el Estado democrático de Derecho; es decir, en un Estado que pretende, con mayor o menor acierto, hacer de sus planteamientos normativos realidades aceptablemente visibles para todos.

En este contexto cobran nuevas dimensiones los análisis de los tipos penales. Y muy especialmente aquellos que contienen los llamados elementos normativos, es decir, aquellos preceptos, que, como sabemos, remiten a otro horizonte legislativo alguno de sus elementos constitutivos. Para lo que a nosotros nos interesa aquí, y durante los próximos minutos, la nota de 'ilegalidad' de la detención.

El que un elemento del tipo deba ser establecido en cuanto a su contenido acudiendo a otros sectores del ordenamiento jurídico es, como sabemos, algo frecuente y es un tributo necesario e imperioso que impone una técnica legislativa depurada. Y al ser este elemento típico uno normativo-jurídico, su estudio impondrá el de otros sectores de nuestro Derecho que, además, han experimentado una positiva evolución en los últimos tiempos, pero que aún no han sido definitivamente perfilados por las doctrinas de sus ámbitos de procedencia. Este hecho reviste para el jurista tanta incertidumbre como apasionamiento, pues puede conformar con bastante libertad el tipo de que se trata. Por ello vamos a introducirnos en las regulaciones constitucionales y procesal-penales y administrativas, a fin y efecto de establecer el núcleo íntimo de la nota de ilegalidad en la detención practicada por funcionario público.

I. Toca aquí analizar la *detención como práctica policial básica*. Por detención ha de entenderse cualquier privación de libertad que sufre un sujeto, cualquiera que sea la causa, privándole de su libertad de movimientos, ya sea encerrándolo en un lugar o no dejándole salir de él o inmovilizándolo. Desde el punto de vista policial y procesal la detención es una medida cautelar y provisional. *Cautelar* porque se adopta por creer que el detenido tiene implicaciones en la realización de un hecho delictivo y que, debido a que puede imputársele, cabe la posibilidad de que huya o no se presente ante las autoridades correspondientes cuando sea emplazado en el curso de la investigación policial o judicial o para presentarse al correspondiente juicio. Es *provisional* porque, basada la detención por regla general en la *sospecha*, ésta puede desvanecerse en cualquier momento, ya desapareciendo en su totalidad o por revestir el hecho o la participación del detenido en el mismo menor gravedad de la que permite, e incluso obliga, la detención; también se entiende que es provisional en el sentido de que ha de ser confirmada dentro de los plazos legales por la autoridad judicial: o lo que es lo mismo *no es una medida definitiva*, pues este carácter sólo lo tiene la pena privativa de libertad, es decir, la pena de cárcel.

Conviene tener claro ya desde este momento que la detención objeto de nuestro estudio es la que lleva a cabo la policía antes de poner a disposición de la autoridad judicial la persona o personas de los detenidos. No se trata, pues, de la detención ordenada por el juez o el fiscal con ocasión de unas actuaciones propiamente procesales. Hablamos, en suma de la *detención preventiva*, por oposición a la detención provisional ordenada por la autoridad judicial. En ésta, la ini-

ciativa de la actuación está en la esfera del ordenante judicial, corriendo únicamente por cuenta de la policía la realización material de la detención sin, por regla general, entrar a ponderar más que cuestiones atinentes a la competencia propia y del ordenante y la observancia de las formas en la emisión del mandamiento y en la ejecución material misma de la detención.

II. En este terreno, como en otros muchos de los que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, la Constitución ha venido a resituar los planteamientos tradicionales, mejor dicho, a corregir severamente las prácticas de la dictadura, que en algunos casos pudieran haberse tenido por políticamente neutras y a confirmar lo mejor de nuestra tradición legislativa liberal.

Así, el artº 17 CE estatuye:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”

2. La detención preventiva no podrá durar más tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Del tenor literal de la última línea del primer párrafo de este precepto cabría derivar lo siguiente: como en otras muchas áreas, la Constitución asume los contenidos y planteamientos legales, pues no otra cosa cabría deducir de la expresión “en las cosas y en la forma previstos en la Ley”; únicamente cabría considerar que la Magna Carta se limita a innovar, de la mano de la frase “con la observancia de lo dispuesto en este artículo”, las *formalidades* de la detención, es decir, añadir a la detención lo que pudieramos llamar la “lectura de sus derechos al detenido”. Esto ya sería un adelanto significativo con respecto a la práctica anterior, profundamente antidemocrática y atentatoria contra los más elementales derechos de la persona.

Según este planteamiento, mantendría perfectamente su vigor el sistema de detenciones que existía antes del 29.12.1978, es decir, detenciones en sede gubernativa y detenciones en sede criminal: se detenía por haberse cometido pre-

suntamente infracciones administrativas (desde infracciones al Código de Circulación a infracciones de contrabando o contra el orden público) y se detenía por haberse cometido presuntamente hechos criminales (faltas y delitos contenidos en el Código penal y en otras leyes penales).

Tras la vigencia de nuestra Constitución el sistema ha cambiado, según mi criterio, radicalmente. *Sólo se puede detener por razón de la comisión de un hecho criminal*, es decir, en tanto que policía judicial. Por meras infracciones administrativas y aunque se prevea en una ley formal, la Administración ha quedado desposeída de su anterior potestad de detener para preservar su esfera jurídica. Este cambio, que se intenta justificar a continuación, no es de extrañar. Por una parte, no ha de olvidarse que la Constitución incidió directamente sobre una situación fáctica y jurídicamente pervertida: el ordenamiento jurídico de una dictadura. Por otra parte, existe un factor innovador: el artº 25.3 CE prohíbe taxativamente las sanciones administrativas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Es lógico suponer que si se ha prohibido lo más (el castigo) esté también prohibido lo menos (la detención). Sobre este argumento habrá que volver más tarde.

III. ¿Cómo justificar, pues, la supresión de la posibilidad de detención a los estrictos fines gubernativos, es decir, aquella detención que por la naturaleza administrativa de los hechos que la suscitan está destinada a no acabar en un proceso criminal? Veamos:

1. La libertad ambulatoria, que es la protegida en el artº 17 CE, es un todo. Su privación constituye una vulneración injustificada de dicho derecho si no se efectúa de acuerdo a la Constitución y las leyes. ¿Y qué dice la Constitución? En la expresión final del párrafo segundo del citado precepto encontramos la clave de la nueva construcción: “el detenido (preventivamente) deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. Es decir, que se detiene a un sujeto por considerarlo incurso en alguno de los supuestos previstos por las leyes; ¿para qué se le detiene?, pues “para la realización de las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”; o lo que es lo mismo para comprobar la relevancia jurídica de la presunta infracción y/o para determinar la relación del detenido, que sólo sospechamos, con los hechos. Dicho de otro modo: la investigación parte de una sospecha que la investigación ha de corroborar y en la que la detención puede jugar en algún momento un papel importante. Si la sospecha no se confirma, procede el archivo de las diligencias y la puesta en libertad del detenido, si ha habido alguno. Si la sospecha se confirma, procede la inmediata puesta a disposición judicial de las personas detenidas, de los eventuales efectos adjuntándose el correspondiente atestado (arts. 292-294, LECr, 11 g,) LOFCS. De todo ello, ¿qué se desprende? Se desprende que *el destinatario final de las investigaciones, si son positivas, es el juez penal* (e incluso, si no lo son: artº 295 LECr). ¿De qué causas entiende el juez penal? Entiende del enjuiciamiento de delitos y faltas, es decir de infracciones del ordenamiento jurídico que están sancionadas con penas, es decir, con castigos que merecen, de acuerdo a las leyes, tal nombre. Y las infracciones administrativas no están sancionadas con penas, el

procedimiento para su imposición es diverso al criminal y no interviene juez o tribunal alguno en su tramitación.

Conclusión: la detención preventiva que regula la Constitución en su artº 17 CE es la detención de que deriva de la sospecha o certeza de la perpetración de un hecho punible: en cambio, ni en este precepto, ni en ningún otro pasaje del texto constitucional se contempla alguna otra privación preventiva de la libertad que pueda llevar a cabo la policía para la investigación de infracciones administrativas.

2. Estas consecuencias se ratifican plenamente en atención a una consideración global de lo que supone la irrupción de la Constitución en el ordenamiento jurídico español y de las necesidades y planteamientos políticos y sociales que la alumbraron. Así:

a. es lógico que la Administración no pueda detener a particulares para la investigación de infracciones administrativas, aunque la infracción y la posibilidad de detención estén contempladas en leyes formales, que por lo que alcanzo a ver sólo son preconstitucionales. En efecto, si las conductas infractoras de normas se agrupan en administrativas y criminales, comportando ello diversidad de procedimientos, diversidad de órganos sancionadores y diversidad en la naturaleza de las sanciones en juego, y teniéndose, por norma general, de mayor gravedad la sanción criminal, es decir, la que impone el juez penal, es lógico reservar únicamente para aquella un inicio del procedimiento -la detención- más grave que el que corresponda iniciar por una infracción gubernativa.

b. en esta línea de razonamiento, es perfectamente coherente el sistema sancionador, coherencia que se perdería -no olvidemos que hablamos del Derecho de un Estado social y democrático de Derecho- si se permitiera la detención preventiva administrativa. ¿Por qué se perdería la coherencia? Pues bien sencillo: de acuerdo al artº 33 CP el tiempo de prisión preventiva (incluido desde el momento de la detención o cualquier otra privación de libertad) *se abona en su totalidad para el cumplimiento de la condena*. Así lo ha entendido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia; y, además, este criterio ha sido ratificado por el reciente artº 27 CPM. La eventual detención por causa gubernativa no puede, ahora, abonarse a ninguna condena o sanción, puesto que el artº 25.3 CE, como vimos, impide a la administración civil la imposición directa o subsidiaria de sanciones que impliquen privación de libertad. De permitirse lo que aquí se niega en atención a la cabal redacción constitucional resultaría que:

-estaría más robustecida la actuación de la administración, pues en ningún caso, procedería el abono de las hasta 72 horas de detención,

-así, se vulneraría la prohibición constitucional y, de hecho, la Administración civil impondría *sanciones privativas de libertad sin control alguno*.

c. El interés tradicional de la Administración ha sido, aquí y fuera de aquí,

reservarse la actuación sobre la conservación del orden público; para ello, la detención de los infractores (artº 12 LOP) hasta 72 horas es un medio idóneo, desde una perspectiva autoritaria. Perspectiva autoritaria que, además, justifica la pérdida de libertad individual -pues el detenido puede ser puesto en libertad sin cargos y sin explicaciones- por el mantenimiento de un concepto que, como el orden público, reviste múltiples acepciones, según el sector en que se aplique, no gozando ni de unanimidad sobre su alcance ni de justificación alguna de sus manifestaciones.

d. Desde una *perspectiva material*, tal como sostiene la mayoría de la doctrina y puede inferirse de la posición del Tribunal Constitucional, no existe una diferencia cualitativa, sino cuantitativa entre las faltas criminales (las contenidas en el CP) y las infracciones administrativas. Corrobora este hecho la intercambiabilidad de algunas de ellas. Y también el que no tendría sentido la división de poderes si a la Administración se le reservara la posibilidad de sancionar las conductas que quisiera, salvo aquellas faltas de 'policía y buen gobierno'. En este contexto tiene sentido el que el artº 495 LECr prohíba, como regla general, la detención por la comisión de una falta; excepcionalmente puede practicarse, si el presunto infractor no se identifica, no tiene domicilio conocido y no presta caución bastante a juicio del detenedor. Pues bien, si la regla general es la no detención por la comisión de faltas criminales, no parece lógico que sí proceda por la comisión de infracciones administrativas que, como queda dicho, se sitúan por debajo de los delitos y al mismo o más bajo nivel que las faltas penales. Si la Administración se ha reservado el castigo de conductas que merezcan ser tratadas como delitos es algo, en un Estado de Derecho, ilícito y con tal desahogado deberá pechar quien así reguló tal tema.

e. Ello no supone dejar desprovista de protección a la Administración, o no más que al resto de los entes públicos o privados. Porque, o una de dos: o los atentados contra el orden público son tan graves que ya revisten caracteres delictivos de acuerdo a las leyes penales y deben seguir su mismo procedimiento o se trata de infracciones gubernativas de poca monta que, en tal caso, no justifica la adopción de una medida cautelar, pero tan efectiva, como la de la detención preventiva. Si comparamos los arts. 1 y 2 LOP veremos que son una reiteración de preceptos penales, lo cual ha sido siempre criticado. Este no es momento de recordar las críticas ni de recordar las razones institucionales -la desconfianza del franquismo respecto de amplios sectores del Poder Judicial-, pero sí es momento de hacer esta precisión.

3. De acuerdo con este planteamiento que se estima correcto, por derivarse del ordenamiento constitucional y por casar plenamente con el Derecho policial de un Estado Social y democrático de Derecho, se impone una consecuencia: la detención meramente administrativa ha dejado de existir en nuestro Derecho positivo; y, además, cualquier intento de revivirla por vía de ley formal sería *inconstitucional*. Y la realización de tal práctica sería *punible* a tema del primer supuesto del artº 184 CP.

IV. Establecido que sólo procede la detención preventiva por causa de delito o falta, debe ahora pasarse al estudio de las formas que la detención debe revestir y de los efectos jurídicos que dicha práctica tiene aparejados, según se desarrolle la actividad policial. Este examen indicará cuándo la inobservancia de tales requisitos comporta una infracción penal.

1. Si la detención preventiva sirve a los fines de la investigación, es decir, del esclarecimiento del delito o falta, la detención debe producirse en el *momento oportuno*, del modo menos lesivo para el sujeto y revestida de serie de imprescriptibles formalidades legales (artº 520.1 LECr).

a. En cuanto a la oportunidad, en tanto que facultad de arbitrio de los funcionarios nada puede decirse aquí, salvo que, en muchas ocasiones, la detención, al igual que la confesión, no son los medios de averiguación más idóneos. Ha de recordarse que, junto a esos fines, la detención preventiva sirve también de *aseguramiento* de las personas implicadas y mientras no se sientan implicadas, su no detención no ha de perjudicar necesariamente la investigación. Todo estará en función de las características que el hecho revista y la policía, por su preparación profesional, es quien está en mejores condiciones para apreciar el momento y la procedencia de llevar a efecto de práctica de tal actividad. En todo caso, la diligencia, atendidas las circunstancias del detenido y del hecho, han de serle al sujeto lo menos gravosa posible (artº 520.1.1 LECr). Este principio de dañosidad *mínima* incluye los nocivos efectos que la detención puede tener en su reputación que, también en la medida de lo posible, deberá ser resguardada.

b. En frase feliz, la doctrina alemana, considera que la detención óptima es aquella que consigue hacer que el sujeto a detener le sea imposible el ataque y la huida; en castellano se ha traducido por dejar al sujeto a detener 'fuera de combate'. Si a ellos añadimos que, por imperativo legal, al detenido se le ha de poner a disposición judicial o dejarlo en libertad, veamos que tal 'fuera de combate' no puede ser ni duradero ni mucho menos radical.

De nuevo, aquí también, la preparación física y humanística de los funcionarios policiales resulta primordial. Un agente medroso -al que no se le ha enseñado a dominar el miedo, lógico por otra parte- o mal preparado físicamente tenderá a utilizar su arma de fuego con mayor prontitud y menos precisión que un policía mentalmente equilibrado y en estado físico adecuado a la realización de sus funciones: podrá emprender una carrera tras el delincuente o evitar una reacción violenta de éste.

Por ello, cuando para proceder a la detención debe recurrirse a la utilización de la fuerza, ésta ha de ser verificada de acuerdo a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad del modo más estricto. Sobre este particular no podemos extendernos aquí; pero ha de ponerse de relieve. Digamos, aquí, que la *dignidad de la persona* ha de quedar a salvo en todo momento: los tratos inhumanos o degradantes, sea cual fuere o hubiere sido el comportamiento del detenido, no justifican ni las sevicias ni violencias innecesarias cuando ya está inmovi-

lizado. Ha de recordarse que, por su diversidad de funciones, la actuación policial no es ni en cantidad ni en calidad un adelanto de la eventual pena que pueda imponer el juez al presunto delincuente. El policía no debe infligir maltrato alguno (el maltrato empieza cuando deja de ajustarse a los parámetros aludidos) al detenido.

No es infrecuente, el que el detenido, ya desde el momento en que va a ser o es aprehendido por los funcionarios, profiera toda clase de insultos y se resista a ser detenido. Ni esos insultos ni esa resistencia es constitutiva de infracción mientras no se dañe la integridad física de los agentes o se la ponga en peligro. Es más, incluso en los hechos más graves (abrirse el delincuente paso a tiros para romper el cerco policial), no es juzgado por tantos intentos de asesinato o de lesiones como disparos, sino sólo por los hechos por los que fue cercado y posteriormente detenido. Ello significa que, hasta cierto punto, el legislador y el juez comprenden el deseo de permanecer en libertad inherente a todo ser humano; a la misma conclusión debe llegar el policía. Así, si por regla general, aplicable a los Derechos civilizados, sólo se contabilizan penalmente las agresiones efectivas y no los intentos -intentos que en otros contextos se castigaría-, es algo que nos debe hacer reflexionar sobre la procedencia de enjuiciar y punir los excesos verbales contra los funcionarios.

2. La detención tiene que ir acompañada de unas mínimas formalidades jurídicas, cuya ausencia engendraría el delito de detención ilegal (artº 184 CP), o el de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos (artº 194 CP).

a. En primer lugar, en el acto de la detención se informará al detenido “de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención” (arts. 17.3 y 520.2 CE).

Desde una perspectiva lógica el detenido debe ser informado primero, en el momento de proceder a la detención, del hecho de que se le imputa y de los derechos que le asisten; ésta es la regulación positivada en el artº 520. 1 LECr. El hecho debe ser concreto y no genérico; tiene que señalarse también el grado de participación en que se le considera incurso. Como sabemos, si la sospecha es razonablemente sustentable en el momento de la detención por la información de que dispone la policía, poco importa que las investigaciones posteriores, policiales o judiciales, demuestren lo contrario o descubran algo distinto, incluso si se llega al convencimiento de la inocencia del sujeto en cuestión.

La obligatoriedad de tal información se apoya en una razón importante: en un Estado no autoritario se considera necesario que todo sujeto pueda preparar su defensa ante una acusación de los poderes públicos, que son siempre más fuertes que él; y se le otorga esa posibilidad aún sabiendo que el detenido puede urdir una brillante mentira; para deshacerla están la Policía, el Ministerio Fiscal y los Tribunales.

b. Debe procederse, acto seguido, a lo que se denomina "lectura de derechos". ¿Cuáles son éstos? El texto constitucional calla o, más exactamente, no ofrece una relación precisa de tales derechos; pero tanto de la Constitución como de las leyes procesales (artº 520.2 LECr) cabe extraer un listado efectivo, es decir, de obligado cumplimiento. El primer derecho es el de permanecer callado, como disponen los arts. 17.3 CE y 520.2 a) y b) LECr. Este derecho a no declarar supone, también, el de no declarar contra sí mismo ni declararse culpable (arts. 24.2 CE y 520.2, b) LECr). No se olvide que la confesión del presunto culpable no exime al juez de investigar los hechos (artº 406 LECr); el proceso penal pretende la obtención de la verdad material y, como demuestra la experiencia, la confesión puede ser mentira; de ahí la poca fiabilidad de la declaración del detenido. No se olvide, por otro lado, que todas las diligencias policiales se plasman en el atestado y éste tiene legalmente el valor de una denuncia (artº 297.1 LECr); y así ha sido reconocido por el TC (s. 29-7-1981).

El derecho a permanecer callado impone a la Policía el deber de no obligar a declarar; pero se puede invitar a declarar al detenido, dados unos requisitos legales a los que más abajo pasaremos revista. El derecho a permanecer callado y a no ser compelido a declarar, era ya reconocido por la LECr. desde su promulgación, pero sólo ante el juez (artº 392). El detenido tiene derecho, declare o no declare, a comunicarse personalmente con su abogado, una vez finalizado el (infructuoso) interrogatorio (artº 520.6 c) y tantas veces como desee. Las entrevistas son a solas (1).

La asistencia letrada en la práctica de las diligencias policiales (arts. 17.3 CE y 520.2 c), a 4.5 y 6.6 LECr) es el segundo derecho. Tras la detención, que constituye la primera diligencia policial, y en la que, por razones lógicas, no se da asistencia letrada, el detenido tiene derecho a nombrar un abogado de su confianza

(1) La circular de la Dirección General de la Seguridad del Estado, sin fecha, reproducida en MON JURIDIC (28) IX-1985, p. 4 dice:

1. Información al detenido sobre sus derechos.

Sin perjuicio de la información de derechos a que se refiere el artículo 520.2, se reflejará la información de derechos al detenido en el encabezamiento de la diligencia de la declaración que se practique ante Letrado.

Entrevista Letrado-detenido.

Una vez que el detenido haya prestado declaración o, en uso de su derecho, se hubiese negado a efectuarla, podrá entrevistarse con el Letrado asistente. Esta entrevista habrá de efectuarse respetando el secreto profesional que ha de presidir las relaciones entre los mismos, sin perjuicio de la adopción de las medidas de seguridad necesarias en cada caso.

Lo dispuesto anteriormente, no será de aplicación para los detenidos respecto de los que se hubiese decretado la incomunicación, según establece el artículo 527.c/.

3. Otras privaciones de libertad.

Ha de tenerse presente que toda privación de libertad supone detención, en sentido estricto, cualquiera que sea la terminología que se utilice y en consecuencia, el detenido goza de los derechos que la legislación le otorga, siendo indiferente que pase a "presencia judicial" o a "disposición judicial", sin que existan estados intermedios que, bajo la acepción de "retenciones" u otras, pudieran utilizarse en la práctica, para eludir el cumplimiento de las previsiones dictadas.

o a que se le nombre uno de oficio para que le asista en toda diligencia policial (arts. 17.3 CE y 520.4 LECr).

La asistencia del abogado se requiere en la práctica de todas las diligencias policiales (art. 520.5 LECr) aunque, en principio, no pueda intervenir si no se conculcan derechos fundamentales del detenido, lo cual no es presumible en presencia del letrado; esta asistencia ha de ser la de un letrado de confianza del detenido o la de uno nombrado de oficio. El responsable policial del interrogatorio se pondrá en contacto con el Colegio de Abogados al que corresponda la circunscripción policial y comunicará la designación efectuada por el interesado o solicitará la asignación de un letrado de oficio (artº 520.4 LECr). Esta última previsión legal puede ser origen de bastantes irregularidades. En efecto, como es sabido y como pone de manifiesto la inequívoca jurisprudencia del TC, los *derechos fundamentales son irrenunciables*; y ello en beneficio y como garantía del propio derecho. El hecho de que, por no haberse presentado el abogado, el detenido pueda aceptar que lo interroguen o que se practiquen ciertas diligencias que la Policía califica de urgentes, dada su situación de inferioridad, se presta a todo tipo de especulaciones. Siguiendo el ideario constitucional, lo lógico hubiera sido reiterar la comunicación y acompañarla de un apercibimiento legal del delito de denegación de auxilio, y comunicarlo al juez instructor para que proveyera lo necesario. La eventual responsabilidad del abogado queda muy diluida. Salvo casos de fuerza mayor, el retraso -más de ocho horas- o la pura inasistencia constituye un hecho sumamente reprobable; para evitar la previsible obstrucción, la comunicación al juez instructor supone que éste puede reclamar para sí la dirección de las investigaciones y decretar lo que estime oportuno, liberando de responsabilidad a la Policía. Con todo, el interrogatorio no puede empezar hasta que se persone el letrado; sólo podrá iniciarse sin su presencia en caso de que el retraso sea injustificado (artº 520.4 LECr). Pero este extremo sólo podrá conocerse, por lo general, después y no durante esas 8 horas de plazo.

Enlazando con la cuestión de la irrenunciabilidad de este derecho a la asistencia letrada está la posibilidad de que, si el delito imputado es de tráfico, el detenido acceda a la no presencia del letrado (artº 520.5 LECr). Esta previsión va más allá de la normativa constitucional y de la doctrina científica y jurisprudencial más firme y coherente.

Otro aspecto más que discutible de la vigente regulación -mucho más satisfactoria, con todo, que la del franquismo- es la restricción de asistencia letrada al detenido cuando ha sido declarada la incomunicación (artº 527 LECr). En primer lugar, tal limitación no está contenida en la Constitución ni se desprende de la sistemática del precepto de referencia (artº 17 CE). Esta prohibición posibilita que la Policía tenga, sobre el detenido, mayor potestad que el propio juez; en efecto, no toda incomunicación judicial supone la inasistencia del letrado y, en cualquier caso, puede ser recurrida. En cambio, la incomunicación en sede policial -que podrá durar un máximo de tres días, o diez si se aplica la Ley antiterrorista- lo es a todos los efectos, incluida la asistencia letrada, ya que no existe contacto entre detenido y abogado, y no es materialmente recurrible aunque sólo sea por la pre-

cariedad del tiempo. Sólo permanece abierta la posibilidad de solicitar el "habeas corpus" del detenido al juez competente (artº 1 d) LO 6/1984); lo cual resulta difícil al denegarse también al detenido el derecho a la comunicación con un familiar (artº 527 b) LECr). La justificación del precepto criticado se basa en una *pretendida* mayor eficacia de la lucha antiterrorista puesto que en aplicación de su normativa específica, la detención y la incomunicación puede llegar -en tales supuestos- a los 10 días.

El artº 520.2 d) prevé, además, el derecho a comunicar a un familiar u otra persona el hecho de la detención. Calla la Ley respecto a si tal comunicación puede efectuarla el propio detenido o corresponde a los agentes tal función y; en la medida de lo posible sería de desear que fuera el propio detenido que, como sabemos ya, si se produce la incomunicación, pierde este derecho.

Cuando la persona detenida sea menor o incapaz, la autoridad de Policía judicial deberá comunicar el hecho a los familiares o responsables y, en caso de no localizarlos, al Ministerio Fiscal (artº 520.3 LECr).

El detenido y/o su letrado pueden requerir que el interesado sea reconocido por el médico forense u otro facultativo dependiente de una Administración pública, para que garantice su correcto estado físico y mental (artº 520.2 f) LECr). En todo caso el detenido extranjero tiene derecho a intérprete, si no entiende el castellano (artº 520.2 c) LECr).

Estos son los *derechos que deben ser observados* en una situación de normalidad constitucional. Adviértase, de todos modos, la sibilina redacción del artº 15.1 de la Ley antiterrorista cuando estatuye que la incomunicación del detenido tiene lugar "sin perjuicio del derecho de defensa". Nos parece, en verdad, un extraño modo de garantizar tal derecho.

c. Todos estos derechos, reconocidos constitucional y legalmente a los detenidos, pretenden garantizarles el derecho a su defensa desde el mismo instante de su detención. Ello implica un contrapeso normativo a los poderes que se otorga a la policía y a los jueces para el esclarecimiento y eventual castigo de los responsables criminales de delitos y faltas. Si se tiene en cuenta que a la hora de legalizar los medios de que disponen tales autoridades no se crearon los deberes que incumbían al ciudadano, sino que se parte de la presunción de su inocencia y no se le obliga a colaborar, no es de extrañar que, en justa contrapartida ante el despliegue de medios se dote al detenido de una serie de mecanismos que le hagan lo menos gravosa posible su situación, sea o no sea realmente culpable del hecho que se le imputa.

d. Al mismo tiempo que se observan estas formalidades imprescriptibles, ha de tenerse presente que la detención, como toda medida cautelar y provisional, es limitada en el tiempo. Así, la detención preventiva sólo puede durar, en período de normalidad institucional, *hasta 72 horas* (arts. 17.2 CE y 184 CP).

Como se desprende literalmente del texto constitucional “la detención preventiva no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”. Ello no implica, como vulgarmente se considera, que la detención preventiva dure 72 horas. Antes al contrario, *dura como máximo 72 horas*, siempre y cuando sea necesario para las investigaciones en sede policial. Ello supone que, si las *investigaciones pueden concluirse antes* o *debieron haberse iniciado antes* o, sea como fuere, *se dilatan injustificadamente*, estaremos en presencia de una *detención ilegal* y, por lo tanto, *punible*. Detener a un sujeto, interrogarle someramente, prácticamente para verificar su identidad, y a las 72 horas ponerlo en libertad no se ajusta, ni con mucho, con el planteamiento de nuestro vigente ordenamiento. Una vez más ha de recordarse que la detención es una situación cautelar y no es siempre la pieza más importante en una investigación. Obrar de otro modo es una corruptela que lesiona un derecho fundamental y desacredita inútilmente los poderes del Estado.

Historicamente el lapso de la prisión preventiva era de 24 horas. Pero el autoritarismo franquista lo extendió a 72 horas, lo cual produjo una serie de contratiempos procesales y penales, resueltos, como no, en detrimento de los ciudadanos. Lamentablemente la Constitución ha venido a consagrar tan exagerada dilatación; dilatación a todas luces excesiva dados los medios técnicos de que hoy se dispone. Además, no se olvide que el juez puede decretar la prisión del detenido, e incluso incomunicarle; pero para ello, lógicamente, el juez debe contar con material tangible en el que basarse; si tal materia no existe, ello no se debe a la brevedad pretendida de la detención preventiva, sino a la inoportunidad de la detención misma (excesivamente pronta) y a la impericia de los investigadores policiales.

e. Hoy el período de 24 horas para poner al detenido a disposición del juez o dejarlo en libertad que estatuye el artº 496 LECr queda convertido, en virtud del artº 17.2 CE, en otro de 72 horas. Ahora bien, ello no deja sin efecto la primera previsión del artº 184 CP (detención ilegal por hasta 3 días), si la detención preventiva o carece de fundamento desde el principio o lo pierde posteriormente y se agota injustificadamente el tiempo de detención.

Sin embargo, lo que no queda derogado por ninguna norma es la obligación, tan imprescriptible como ampliamente incumplida, de manifestar al juez por parte de la policía judicial de inmediato o, como máximo, cada 24 horas las diligencias practicadas en ese período (artº 295 LECr). Evidentemente, entre esas diligencias se hallan las detenciones. De obrar así, se posibilitaría, tal como pretende la Ley, un control pleno de la Judicatura sobre la policía, que está a su servicio en cuanto a las actividades desplegadas y el modo de hacerlo. La obligación de comunicar, al menos cada 24 horas, cuando no inmediatamente (artº 284 LECr), todas las detenciones preventivas permite evitar las prácticas que se escapan materialmente de las previsiones legales. Es más, incluso en períodos de anormalidad institucional, con las garantías suspendidas, las detenciones deben ser igualmente comunicadas al juez cada 24 horas (artº 16.2 LOAES).

El incumplimiento de estas comunicaciones al juez competente supone, como mínimo, una grave infracción disciplinaria que el mismo órgano judicial podría corregir directamente (artº 298 LECr).

V. No resulta infrecuente oír hablar de que la policía ha *retenido* a un sujeto. Es más, la corporación policial sin *ninguna base legal* practica ampliamente esta modalidad de privación de la libertad ambulatoria como alternativa a la detención formalmente ejecutada.

1. Nos hallamos ante una nueva figura de hecho sin reconocimiento en las leyes procesales o policiales pero que se ha ido extendiendo en algunas disposiciones de carácter político, como son los Estatutos de Autonomía al elaborar el estatuto político-funcional de los parlamentarios regionales y el del Defensor del Pueblo (artº 6.3. LO 3/1981, de 6 de abril). Respecto de los primeros hay que señalar una curiosidad: todos los parlamentarios autonómicos pueden ser detenidos y retenidos; los de Castilla-La Mancha sólo detenidos y los de Baleares sólo retenidos. Tamañas dislexias legislativas ponen de manifiesto la irregularidad de la figura de la retención.

Dado que ni existe concepto de retención ni sobre los sujetos en que literalmente pudiera aplicarse es previsible que se aplique, todo ello son razones que abundan en el criterio de que la expresión 'retención' en tales disposiciones no es más que una muestra más de imprecisión legislativa, de una redundancia en suma, pero, sin duda entorpecedora por lo que pueda tener de ilegítimo asidero, pero asidero al fin y a la postre, para algunos sectores policiales y doctrinales proclives, estos últimos, a justificar el Poder y a constituirse en sus voceros.

2. Ahora bien, como la práctica formal de las diligencias que la detención implica puede resultar incómoda, sobre todo en la fase de las investigaciones preliminares por la falta de hechos fiables, suele arbitrarse una práctica informal tan retóricamente falaz como fuera del marco legal vigente desde 1882, es decir, desde la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento criminal; esta práctica es la que recibe el nombre de *retención*.

La retención supone el ingreso en una dependencia policial sin que al retenido se le efectue imputación alguna y sin que se ponga en marcha ni el mecanismo de comparecencia del abogado que le asista en las declaraciones preliminares ni la comunicación al juez de las detenciones efectuadas en las últimas 24 horas. La filosofía de nuestro legislador liberal, Alonso Martínez, era -y sigue siendo hasta que legislativamente se le enmienda la plana- la de que sólo se podía privar cautelarmente de libertad a aquellas personas de quienes cabe presumir, en base a "motivos racionalmente bastantes", su intervención en un hecho punible; desde esta perspectiva, no cabe investigar a todos los ciudadanos por saber cuáles de entre ellos pueden haber cometido un delito o falta. Planteamiento este que casa a las mil maravillas con el de la presunción de inocencia.

Pero la retención invierte este entramado; en efecto, se retiene a alguien para saber si está implicado y no por presumir que esté implicado; se retiene a alguien

por ir indocumentado, cuando ello, ni aún no ofreciendo explicaciones no constituye delito alguno, aunque sí falta; pero, en tal caso procede la detención si la policía no conoce el domicilio del infractor. Pero estos supuestos y otros más, que nutren la casuística de la retención, implican que el funcionamiento actuante se está situando más allá del círculo de las atribuciones, que mediante el mecanismo técnico-jurídico de la obligación la *ley* le ha conferido.

No vale aducir que un sujeto ha sido invitado a un encuentro con funcionarios policiales, puesto que la libertad, como derecho fundamental que es, es del todo irrenunciable y, desde el momento en que cesa la "invitación" empieza con todas sus consecuencias la detención. Y tampoco entra en la cabeza de la ley que se pueda detener, ni siquiera bajo el subterfugio semántico de la detención, para que facilite información sobre hechos, personas o situaciones con las que no tiene relación o participación alguna. Porque -y aunque a alguien le pueda parecer extraño- *sólo cabe detener a aquellas personas de quien se sospecha que han tomado parte en un hecho criminal*. Cualquier otra relación con el hecho que no sea la prescrita por el Código penal queda al margen de la detención en cualquiera de sus especies lingüísticas. Así las cosas, la retención es una *detención ilegal* y, por tanto, *punible*.

3. Pero, como siempre, no son únicamente cuestiones de pulcritud terminológica las que mueven, a la crítica. Con la retención se vulnera doblemente la esfera jurídica fundamental del ciudadano. Por un lado, se le priva de libertad de modo ilegítimo, y de otro se tarda, pese a su pérdida de libertad, en poner en marcha el mecanismo de su defensa. Es práctica habitual que algunas policías autonómicas y locales, en virtud de no se sabe qué normas, 'retengan' a los detenidos y, posteriormente, 'los pongan a disposición de la policía gubernativa'. Ni contra lo que pretenden algunos, tales policías son subordinadas de las dependientes del Estado ni, en ningún caso, fueren dependientes o no, puede el particular ver retrasada la entrada en juego de sus derechos. Como se trata de un 'retenido' ni se le leen sus derechos ni se convoca a letrado alguno ni se computa plazo de ninguna clase. Y la policía gubernativa puede entender que dicho plazo ya ha empezado a correr -¿cuándo?- y que no le corresponde a ella reiterar (?) los requisitos. Del desbarajuste competencial surge el desamparo del ciudadano. Evidentemente este podrá proceder contra todos los funcionarios implicados, si no le han respetado en los modos y formas legalmente previstos sus derechos desde el mismo instante en que se le puso la primera mano encima, fuera ésta de quien fuera.

IV. Otro aspecto de la práctica policial que en nuestro Derecho no encuentra asidero legal es el de las *redadas o razzias*. Y no encuentra asidero legal porque son *contrarias a la presunción de inocencia*. Aunque resulte reiterativo ha de volver a repetirse: la detención de un sujeto responde a la sospecha racional bastante de que se ha cometido un delito y de que dicho sujeto está, en alguna de las condiciones que la ley penal establece, vinculado a ese hecho delictivo. Es decir, se *detiene para confirmar la sospecha y no para saber quiénes han podido cometer un delito*. La redada constituye una inversión de este inculcable principio y derecho público fundamental.

Partiendo de una concepción autoritaria de la sociedad y de una amplísima concepción del orden público como legitimante de toda la actuación policial, no es raro hallar justificaciones a las redadas. Con estas actuaciones se producen detenciones masivas, tanto de culpables como de inocentes, pero sin que, a priori, la policía pueda decir cuáles de los que suben a los coches celulares son presuntamente culpables de los delitos que se han propuesto averiguar. En la redada, cuyo efecto intimidatorio no es nada desdeñable y en ocasiones es la única pretensión de la operación, caen personas de todos tipos. Y en la mayoría de casos, van a ser fichadas policialmente. Pero, por regla general no se persigue ni un delito concreto ni a sus presuntos responsables: es una operación de muestreo. Los muestreos son sólo una técnica de análisis sociológico, pero no de actuación policial dentro del amplio marco que crea la vigente Constitución.

Falla radicalmente y por su base el hecho habilitador de la detención: la sospecha más o menos cabal de que un sujeto determinando es responsable de un delito concreto. La detención significa, valga la expresión, ir a tiro hecho; la razzia ir a ver qué sale. En un Estado de Derecho la libertad de sus ciudadanos es pilar sobre el que se asienta la vida pública democrática; por ello, para cercenar la libertad personal aunque sea temporalmente y aunque sea asegurar la paz social, se requiere de todo punto un *hecho concreto que provoque la sospecha concreta sobre un individuo concreto*. Más allá, queda socabada la propia paz social que se dice defender.

VII. Toca ahora plantear, las cuestiones derivadas de la valoración jurídica de los efectos de la detención, en su vertiente positiva, es decir, adecuada a Derecho, y en su vertiente negativa o proscrita por éste.

1. Conviene insistir en un aspecto: el centro de gravedad de la detención no radica en que el detenido sea realmente el culpable o no del hecho que provocó su detención; múltiples circunstancias que escapan al control del policía posibilitan o impiden que un sujeto sea declarado culpable.

Dado que, como sabemos, la detención se construye como un tipo de sospecha, lo decisivo es determinar si el policía se comportó a la hora de practicar tal actuación conforme a las reglas que prescribe el ordenamiento jurídico; se trata de saber si tenía 'motivos racionalmente bastantes' para actuar como actuó. Si los tenía con eso cumple. Es suficiente para garantizar al funcionario su propia seguridad personal, jurídica y profesional.

Lo que, en cambio, sí afecta al ciudadano es el hecho de haberse visto privado de libertad cuando no tenía relación punible con el hecho. Aunque el problema es mucho más amplio, pues abarca, por ejemplo, también el problema de la pena privativa de libertad impuesta al inocente ha de apuntarse aquí la necesidad de prever la adecuada indemnización, partiendo del artº 294.1 LOPJ.

2. La cuestión ahora a tratar es de signo opuesto: ¿qué sucede si la detención es ilegal?

a. En primer lugar, si la detención no es comunicada de inmediato al juez, como ordena la Ley (artº 284 I, LECr) o más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes (artº 295 LECr), procederá una sanción disciplinaria contra el funcionario, a imponer la mayoría de las veces, directamente por el propio Juez o Fiscal de quien dependa la investigación o sea competente para conocer de la causa que ha motivado la detención (artº 298 LECr).

b. En segundo lugar, alternativa o sustitutivamente puede instarse un procedimiento de "habeas corpus", previsto en el artº 17.4 CE y regulado por la LO 6/1984, de 24 de mayo.

Con este procedimiento, de poderosa eficacia, se pretende poner a disposición inmediata de la autoridad judicial a toda persona detenida ilegalmente. A los efectos de esta Ley (artº 1º) se entiende por personas detenidas ilegalmente:

a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.

b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.

c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención.

d) Las privadas de libertad a quienes no se sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida.

Salvo el apartado b) que parece referirse más bien a los encerrados o retenidos contra su voluntad en establecimientos de custodia o presuntamente curativos, el resto de los incisos legales son posibilidades, incluso reiterativas, que afectan a las detenciones efectuadas por la policía. Y ello con independencia de la buena o mala finalidad de la acción policial. Imagínese el caso de que funcionarios proceden a 'liberar' de una secta a ciudadanos mayores de edad y los entregan a sus familiares para que sean 'curados' en otro centro en el que son internados. En este supuesto, ni siquiera se da la presencia de delito alguno por parte de los 'liberados', factor imprescindible para poder practicar una detención.

Según esta ley, el detener a un sujeto sin leerle y/o aplicarle sus derechos constituye una detención ilegal que posibilita el ejercicio del procedimiento de "habeas corpus". Lamentablemente la premura obliga a sólo no dejar constancia de la referencia.

c. Fundamentalmente, los delitos que pueden cometerse en este contexto por los funcionarios de policía son el de detenciones ilegales (artº 184 CP), si hubieren mantenido al detenido privado materialmente de libertad más allá de lo debi-

do, empezando, eventualmente, por si no procedía la detención -de acuerdo al juicio de sospecha-. Por lo que respecta a no haber sido observados los derechos inherente a todo detenido, cabría apreciar un delito contra los derechos cívicos reconocidos en las leyes (artº 194 CP). Para el primero de los delitos, es decir, lo que tradicionalmente se entiende por detenciones ilegales, serán las detenciones sin motivo material. Ahí reside la ilegalidad del tipo.

Para el segundo caso, y para lo que aquí interesa, el punto central reside el verbo que se utiliza en el tipo: 'impedir'. Aquí ha de entenderse tanto por impedir tanto el negarse el funcionario el que el detenido efectue una llamada o designe abogado de su confianza, como que se le obligue a renunciar a sus derechos aunque sea por escrito, o que tales derechos no le sean comunicados.

Una observación sobre las *penas* por los delitos en juego. Si bien este último delito tiene una pena político-criminalmente convincente (inhabilitación especial), la correspondiente a las detenciones ilegales no es satisfactoria.

En primer lugar, la pena está fragmentada según el tiempo de pérdida injustificada de libertad que se haya sufrido: esto es talionismo llano y liso y un modo retrógado de diseñar las penas; la prueba está en que en el correlato de la detención ilegal cometida por particular la pena es única (aunque con agravaciones y atenuaciones). Afortunadamente, los supuestos de privación de libertad no se encontrarán en la parte alta del tipo; pero para recibir un funcionario policial la misma pena que si se tratara de un particular deberá detener al ciudadano más de un año (!). Este es un grave dislate legislativo que, a lo que se ve, pese a las críticas recibidas, el legislador no está dispuesto a solventar.

d. Existe una tercera fuente específica de responsabilidad criminal que afecta a los funcionarios policiales ligada a la esfera de la detención. Se trata de la detención inicialmente ajustada a Derecho, pero que, por infracción del deber profesional del agente, genera dicha responsabilidad; en efecto, el agente deja 72 horas sin entregar el delito a la autoridad judicial competente (artº 186 CP).

La detención ilegal no nace, como en los supuestos anteriores, por no concurrir un hecho punible, o no ser el detenido un aparente responsable del mismo o no haber observado las prescripciones legales. Nace, en cambio, por superar el lapso de tiempo de que dispone la policía judicial para poner a disposición judicial la persona del detenido. Como se ha señalado, rectamente entendido este precepto penal supone algo en extremo interesante: no significa que la policía pueda disponer de los detenidos durante 72 horas; si, durante este período no hace nada respecto de las averiguaciones del delito que han motivado la detención, ésta es ilegal desde ese instante y su régimen penal reside en el artº 184 CP, como ya sabemos. En cambio, el precepto al que aludimos en este apartado supone una *detención plenamente correcta* en su práctica y en su desarrollo que *se prolonga* más allá del las 72 horas.

La *pena* es aún más leve que la de la detención ilegal desde el principio, pues

no está castigada esta conducta cumulativamente con suspensión y multa, sino exclusivamente con suspensión, es decir, con la prohibición de ejercer el cargo por hasta 6 años, pero sin perder la condición de funcionario.

Por otro lado, aunque muy brevemente, conviene recordar la historia de este precepto. El artº 496 LECr establece que el detenido a prevención ha de ser puesto a disposición judicial dentro de las 24 horas siguientes a su privación de libertad. El Fuero de los Españoles, farsa de declaración de derechos ciudadanos, en su artº 18.2 establecía que la detención preventiva duraba hasta 72 horas, al igual que el derogado artº 263.1 LRL. Ello provocó no pocas fricciones, dado que el CP concordaba con la LECr, es decir, se castigaba la dilatación del plazo original de las 24 horas. Así las cosas, el Decreto 168/1963 de 24 de enero, que desarrollaba la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código penal, introdujo de tapadillo, sin mención ni explicación alguna, la citada ampliación en el artº 186 CP, ampliación corroborada por el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprobaba el texto revisado del CP.

Parte de la doctrina, sin fortuna por razones evidentes, criticó no ya sólo la dilatación y beneficio a la hora de la punición, sino el que dicha ampliación se efectuara sin una apoyatura o apoderamiento específico en la citada Ley de Bases de 1961. Estas cuestiones, calificadas de formales, fueron desdeñadas y se perjudicó muy seriamente el derecho básico del hombre: su libertad de movimientos.

Ahora lo lamentable es que, por un lado la Constitución haya consagrado tan amplio período de detención preventiva y que, por otro, el legislador no haya protegido penalmente como se merece la libertad de los particulares ante eventuales lesiones provenientes de los poderes públicos; las penas, como ya vimos, son comparativamente ridículas en relación con las detenciones ilegales cometidas por particulares. Ello resulta aún más irritante si se tiene en cuenta que el bien jurídico que se daña cuando un agente público lesiona materialmente un bien jurídico es proporcionalmente mayor que si dicha lesión se produce por un particular; *cuando la lesión proviene de un funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas se está quebrando el Estado de Derecho mismo*. Y esto es algo que la legislación ordinaria no puede permitir. De lo contrario, ante el regocijo evidente de algunos, se tiende a convertir la Constitución en papel mojado.

VIII. Aunque colateralmente, ha de ponerse de manifiesto una última cuestión: recordar de nuevo que *nadie tiene el deber de dejarse detener*. Ello enlaza con la presunción de inocencia. Por ello quien no atiende al mandado de 'alto' no incurre en responsabilidad criminal alguna. No es esta una opción compartida por la doctrina tradicional.

Ahora bien: *una cosa es no tener el deber de detener y otra muy distinta arremeter contra los funcionarios que va a practicar la detención*. Así, el salir corriendo, el gritar o insultar a los agentes, el aferrarse a una farola e, incluso, el force-

jean con los funcionarios con intención de desasirse pero no de causar daño, son conductas que en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho *deben quedar impunes por no ponerse en peligro ni lesionarse bien jurídico alguno; o de suceder tal cosa, el ansia de disfrutar de la libertad personal es un bien superior*, que una concepción democrática -es decir, efectiva y realista- del Derecho debe respetar.

CONSIDERACIONES SOBRE LA ETICA JURIDICA *

SEBASTIAN URBINA

SUMARIO: I. Los fundamentos. II. El principio general del respeto recíproco. III. Los principios de la esfera individual. IV. Los principios sobre la responsabilidad civil y penal. V. Los principios de la esfera de la comunidad. VI. Los principios del estado de derecho, en sentido estricto. VII. El modo de vigencia de los principios.

Uno de los juristas alemanes más conocidos en España es, sin duda, Karl Larenz, dada la difusión que ha tenido su libro "Metodología de la Ciencia del Derecho", tanto en su primera traducción de 1966 realizada por el profesor Enrique Gimbernat como en su segunda y actual de 1980 realizada por el profesor Marcelino Rodríguez.

En este libro, Larenz aborda una serie de problemas ético-jurídicos caminando a través de la idea de Derecho justo, de principios jurídicos y de la justicia del caso concreto.

I. LOS FUNDAMENTOS

Karl Larenz se refiere a los principios del derecho positivo diciendo que "si son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos un pensamiento más justo y tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios de Derecho justo". (p. 34)

(*) Karl Larenz, Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica, Monografías Civitas, Madrid, 1985.

Sin embargo, del hecho de justificar una determinada regulación no se deduce que tenga que subyacer algo más justo. Siempre se han dado justificaciones pero no siempre se han considerado justas.

Pero la anterior afirmación de Larenz podría entenderse a partir de un supuesto del que parte: "si pensamos en serio que todo derecho positivo, en la medida en que es "Derecho" está en el camino hacia el Derecho justo, su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios de Derecho justo hayan penetrado en él... (p. 34-35)

Parece claro que si todo derecho positivo está en camino hacia el Derecho justo aquél será una manifestación, más o menos perfecta, de éste, aunque no se ve claramente esta relación necesaria que Larenz establece ni los motivos por los que debemos aceptar esta suposición.

Aunque no se afirme expresamente, parece que la validez de que habla Larenz debe ser material, ya que no es de suponer el condicionamiento de la validez formal a la penetración de unos principios de Derecho justo.

No obstante, aunque se refiera a la validez material, dado que remite a principios como causas de justificación que servirán como indicadores de los principios del Derecho justo, se trata de una validez material con un alto grado de abstracción ya que se presenta como una especie de molde dentro del que, teóricamente, tendrán concreción las regulaciones jurídicas.

El principio, según Larenz, "no se consigue por la generalización de la regla. Es al revés: hay que hacer un viaje de retorno desde la regulación a los pensamientos de regulación que subyacen bajo ella y desde los cuales la regulación aparece como algo dotado de sentido y cuando se trata de principios de Derecho justo, como algo justificado". (p. 35)

Sin embargo, es problemático saber cuáles son los límites y características de lo que subyace. En tal sentido, dice el propio Larenz: "las primeras regulaciones, en las que subyace el principio de responsabilidad por riesgo, se crearon antes de que el principio fuera reconocido..." (p. 36), lo que apoyaría su anterior afirmación. No obstante, es muy probable que en tiempos de normalidad política la fuente más importante de hecho, aunque no reconocida formalmente, sean las decisiones jurisprudenciales. Volviendo a los principios podríamos preguntar qué sucede cuando, en este viaje de retorno a los pensamientos de regulación, tales

pensamientos ya no son del todo útiles porque las circunstancias económico-sociales han cambiado. Lo que probablemente sucede es que los tribunales introducen nuevos pensamientos que renueven la vida del principio o de la regulación. Por ejemplo, a través de los años los tribunales han ido dando nuevas posibilidades a determinados artículos del Código civil, como puede ser el 1902, pasando de la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo.

Además, el que los principios sean posteriores, por lo menos en general, es razonable si los principios se van construyendo o se van llenando a medida que se van resolviendo casos concretos. Si se empieza por los principios éstos sólo podrán ser muy generales y por ello poco útiles. Cuando una regulación ha podido ser interpretada desde diversas perspectivas, reformulada, puesta en conexión con otras regulaciones, confrontada con los efectos sociales que produce, etc., se está en mejor posición para que un principio tan abstracto como "sed buenos", por ejemplo, pueda ser útil para la vida jurídico-política.

El Derecho en su conjunto puede esquematizarse, según Larenz, en tres diferentes niveles: la idea de Derecho, los principios del Derecho (que representan un escalón inferior, más concreto de la idea) y las regulaciones jurídicas concretas. (p. 38-39)

La posición teórica de Larenz no acepta que la idea de Derecho sea válida absolutamente sino que estaría en función de los mundos culturales, de modo que sólo en un determinado mundo cultural tendría sentido una idea de Derecho. (p. 42)

Dentro de la idea de Derecho mencionada por Larenz estarían las tareas o fines últimos como la "consecución y mantenimiento de la paz jurídica y la realización de la justicia. Al lado de estos componentes de la idea de Derecho en ocasiones se menciona un tercero, la oportunidad, pero hay que decir que la oportunidad caracteriza sólo la usual referencia de todas las regulaciones jurídicas a algún fin, pero no un fin último. (p. 42)

Se podría decir que esta validez de determinados valores en determinados mundos culturales, valores últimos que en nuestro caso son, como dice Larenz, el aseguramiento de la paz y la justicia, es cierta en la medida en que no nos dice nada o casi nada. Es decir, tanto la justicia como el aseguramiento de la paz pertenecen a muchos y diversos mundos culturales, por no decir todos, y lo que les diferencia no son estas aspiraciones formales sino el modo en que se materializan tales principios. Dificil-

mente encontraremos mundos culturales en que se propugne la injusticia y la inseguridad.

La paz jurídica incluye la seguridad jurídica que es sólo el nivel en que se trata igual a situaciones iguales aunque el fin último sea la ausencia de fuerza, temor y desconfianza en las relaciones humanas. (p. 46)

El primer componente de la idea del Derecho, que es el aseguramiento de la paz, nos lleva al segundo componente, la justicia. Dice Larenz que "la exigencia de la justicia igualitaria significa que el comportamiento de todos debe ser juzgado con las mismas reglas y que tiene que hacer para todos el mismo rasero". (p. 49)

Pero dado que los ordenamientos jurídicos no son completos se tienen que cubrir las lagunas por medio de la analogía, analogía que también sirve para la realización del segundo componente de la idea del Derecho. "La admisibilidad del principio de analogía como procedimiento metódico de integración de las "lagunas de la ley" se funda también en la exigencia de aplicar el mismo rasero". (p. 49)

Sin embargo, la analogía no es una operación lógico-deductiva de modo que los condicionantes valorativos harán variar la proporcionalidad de las situaciones a considerar, ampliar o restringir el área del significado, etc., por lo que es difícil admitir que la extensión del ordenamiento por medio de la analogía reafirme una igualdad que ya se vendría dando sin la analogía.

Añade Larenz en relación a la analogía: "la exigencia de que se emplee siempre el mismo rasero no puede, sin embargo, entenderse de modo que impida que la regla que constituía hasta ahora el rasero sea modificada". (p. 49)

Parece que es hacer de la necesidad virtud, añadir que: "tiene que ser admisible la modificación que es conveniente desde el punto de vista de la "justicia objetiva" o por otra causa racional". (p. 49-50)

Reconoce Larenz que la regla formal de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales no soluciona el problema material aunque afirma que se puede conocer la falta de justicia mientras que resulta más problemático afirmar la presencia de justicia. (p. 50)

Dadas las insuficiencias provenientes de tales reglas formales añade Larenz: "En este punto entra en juego la exigencia de una justicia obje-

tual, que reclama una regulación adecuada al caso, es decir, apropiada para la regulación vital que se regula. Por ejemplo, es conforme con la realidad de los hechos que un menor huérfano tenga un tutor..." (p. 50)

Es decir, que la regulación de una determinada situación vendría dada por la "naturaleza de las cosas", a la que se podrían dirigir las críticas elaboradas por Garzón Valdés en su *Derecho y Naturaleza de las cosas. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán*.

Larenz se proclama partidario de la fórmula "dar a cada uno lo suyo", que significa contemplar los intereses de cada parte, aunque confiesa que no le termina de convencer. (p. 50)

Pero si los intereses de las partes están regulados jurídicamente no se ve qué es lo que añade la fórmula, y en el supuesto de que no estén específicamente regulados tanto la valoración de los intereses como su armonización se incluirán en la fórmula, si así se desea, pero no se deducirá de ella.

Dice Larenz: "Como los principios no se pueden derivar por vía de deducción de la idea del Derecho, no hay ninguna garantía de su integridad, ni se puede aspirar a ella. No se pueden dar "ejemplos" que sean completos. Sólo se llega a tener constancia de los principios del Derecho positivo, que pueden ser también principios del Derecho justo, cuando ha llegado el tiempo para ello". (p. 53)

Teniendo en cuenta que, en su opinión, tampoco se pueden obtener los principios por vía inductiva a partir del Derecho positivo (p. 52) hubiera sido deseable una mayor explicación acerca del origen de los principios y cómo se consigue saber que les ha llegado su tiempo.

También en relación a los principios precisa Larenz que expresan un sistema abierto y no cerrado y que pueden combinarse entre ellos sin que tengan el mismo alcance. Su función práctica consistiría en que permiten interpretar y desarrollar significativamente la regulación que está determinada por ellos. (p. 53-54)

También se puede entender que interpretar y desarrollar con sentido es adaptar la regulación a lo que se entiende por necesidades o aspiraciones sociales, argumentadas jurídicamente y protegidas por el amplio e indeterminado campo de los principios.

II. EL PRINCIPIO GENERAL DEL RESPETO RECIPROCO

Larenz enuncia una concepción del Derecho que parece alejarse de planteamientos innaturalistas cuando dice que Derecho justo es el que reconoce la dignidad del ser humano y que la institución de la esclavitud, por ejemplo, no puede ser Derecho justo aunque sin negar, al menos expresamente, la consideración de Derecho (p. 58-59)

Para Larenz, hablando en sentido moral, es libre la persona que se dicta a sí mismo su ley pero no lo es el que sigue únicamente sus apetitos e inclinaciones momentáneas (p. 61), por lo que se trata de una autonomía condicionada sin que se desarrolle este condicionamiento heterónomo que justifica la limitación de la propia autonomía. Sin embargo, añade Larenz: "Acertadamente señala N. Hartmann: toda libertad efectiva es al mismo tiempo libertad para el bien y para el mal" (p. 61, nota 15)

Ello parece suponer que el hombre es originalmente libre y por ello tiene libertad de elección. Cuando elige el bien sigue siendo libre pero cuando elige el mal (sumisión a los apetitos, etc.) ya no es libre, en opinión de Larenz. Sin embargo, dice Larenz que la libertad no es algo congénito en el hombre, sino que se tiene que conseguir luchando sin descanso contra las influencias exteriores y las inclinaciones propias (p. 61) lo que supone que el hombre para ser libre tiene que conseguir la libertad, y no será libre si es un juguete de sus estímulos.

Los problemas aparecen no en las formulaciones extremas, en ser o no ser juguete, sino en las formulaciones intermedias dentro de las que caben la generalidad de las personas. En tal supuesto se puede preguntar ¿cuándo y en qué nivel se empieza a ser o no ser libre?. Por otra parte, Larenz no hace referencia a otros condicionamientos que restringen o anulan la libertad como el hambre, el analfabetismo y otros más sofisticados provenientes de las sociedades más ricas.

En relación a los derechos fundamentales dice Larenz que el principio de la dignidad de la persona "considerado en si mismo" es un derecho natural, aunque su concreción sólo es derecho positivo en cuanto se recoge en el derecho vigente como es el caso del derecho alemán que reconoce en su Ley fundamental los derechos humanos o fundamentales. Estos últimos son concreciones mutables del propio principio de respeto, que sería suprapositivo (p. 63-64)

Lo que hace Larenz es negar el carácter de Derecho justo a las concreciones del principio suprapositivo de la dignidad de la persona, concreciones que son mutables por ser de derecho positivo mientras que el principio suprapositivo es inmutable.

Aunque diga Larenz que los principios no son únicamente un tema intelectual sino que influyen en la modernización y perfeccionamiento del derecho (p. 66) la impresión que produce Larenz es la de no destacar la importancia de los condicionamientos materiales a la hora de explicar la aparición de concreciones, manteniéndose más bien en un plano de desarrollo racional de una idea que se va concretando en diferentes niveles, aunque sin alcanzar la plena racionalidad y justicia de lo que es inmutable.

III. *LOS PRINCIPIOS DE LA ESFERA INDIVIDUAL*

En relación al contrato se pregunta Larenz: ¿cómo puede el hombre emitiendo una declaración de voluntad vincularse a ella o, como a veces se dice, crear una vinculación? Que pueda hacerlo, no es algo que se entienda fácilmente. Por el contrario, es algo extraordinario. (p. 70)

Probablemente el fenómeno de la vinculación, en amplio sentido, es una constante de las sociedades humanas ya que, o bien es necesario o bien favorece la supervivencia del grupo. Cuando la simple supervivencia está asegurada la vinculación es un elemento de legitimación del Estado puesto que evita la utilización excesiva de la fuerza física, aunque el problema de la legitimación sea mucho más complejo que esto.

En relación a la libertad de contratación, dice Larenz que las limitaciones que se establecen para ella son excepcionales ya que se refiere a un modelo que se basa en la iniciativa privada, libre juego de las fuerzas económicas, libre competencia, etc. (p. 75). Sin embargo, este modelo no parece corresponderse con lo que sucede en la realidad económico-social. Pero en todo caso, las mencionadas limitaciones excepcionales lo serían más a nivel jurídico que real, dadas las posibilidades de obviar las obligaciones jurídicas, especialmente las grandes compañías, o la no utilización de las vías jurídicas ordinarias, etc. No parece que la normativa jurídica haya pretendido mantener el libre juego de mercado, o si lo ha pretendido ha mostrado su impotencia, ya que las leyes antimonopolistas no han conseguido evitar que los monopolios sean una realidad estructural del capitalismo actual.

En opinión de Larenz, la equivalencia, en los contratos sinalagmáticos, puede desequilibrarse por situaciones de necesidad, de escasez, etc., declarándose nulos los negocios usurarios o en los que haya una extraordinaria desproporción. Salvo casos extraordinarios el contrato es justo porque responde a la recíproca autodeterminación de las partes. (p. 76 a 78)

Pero esta autodeterminación es sólo una forma de autodeterminación. En primer lugar, es autodeterminación pero dentro de normas heterónomas, y en segundo lugar, es la forma de autodeterminación que requiere un modelo de sociedad que necesita seres libres que establecen relaciones jurídicas, libremente, en el mercado.

Larenz concreta más cuando añade: "Se puede suponer que las ofertas de contrato con contenido injusto se rechazan normalmente... el requisito del consentimiento de ambas partes y la posibilidad de rechazo, llevan a defender la justicia del mecanismo contractual, o por decirlo de otro modo, a un alto grado de probabilidad de justicia del contenido contractual". (79)

Dado que no se contrata en abstracto, la defensa y justificación del contrato por parte de Larenz, entiendo que debe interpretarse como una justificación de lo que se contrata y cómo se contrata, es decir, un determinado tipo de relaciones sociales.

En tal sentido, reconoce Larenz que el precio de mercado es un justo precio, a menos que se produzcan importantes perturbaciones, y los bienes vitales se vuelvan escasos. Es decir, el mercado nos da normalmente un precio justo, pero cuando está dominado por una o varias empresas, hay que intentar descubrir el precio que presumiblemente se habría formado en un mercado libre... (83-83)

Si existiese realmente la concepción ideal de mercado libre, este mercado daría el precio justo, pero en función de una serie de variables, capital privado, propiedad privada de medios de producción, inversión en función del beneficio, división entre trabajo manual e intelectual, etc., que no tienen que aceptarse forzosamente. Si Larenz defiende el principio de dignidad del ser humano y su autodeterminación también defiende un determinado modo de alcanzarlo, por medio del mercado con algunos correctivos.

Reconoce Larenz que el problema del salario justo es casi un proble-

ma sin respuesta, por lo que el ordenamiento jurídico hace bien reconociendo el derecho de huelga y los convenios colectivos, ya que con los sindicatos se crean los presupuestos para que una discusión sobre los salarios se realice por partes negociadoras de igual fuerza. (83-85)

En este caso, Larenz no deja al mercado que dicte el salario justo, tal vez porque el ser humano no es una mercancía o porque no debe ser tratado como si lo fuera.

En Alemania, la legislación siguió a la jurisprudencia, promulgando la ley de las Condiciones Generales de Contratación, en la que la limitación de la libertad contractual se justifica por la falta de igualdad de la situación. (88-89)

Larenz parece opinar aquí, que esta jurisprudencia y ley posterior han devuelto el equilibrio a las relaciones contractuales. El libre mercado, sin contaminaciones monopolizadoras o de superioridad de unos sobre otros, devolvería el equilibrio a unas circunstanciales situaciones injustas.

Esta reconducción legal y jurisprudencial al equilibrio, a la proporción mesurada, estas limitaciones a la libertad contractual, que se justificarían por la falta de igualdad de las partes, no son sino muestras de una desigualdad añadida a la desigualdad estructural, que en Larenz es el punto de equilibrio o proporción mesurada.

Si es cierto que el Estado se encuentra en condiciones de velar por los intereses de conjunto de la clase capitalista, aunque no en la misma medida e intensidad a sus diversos grupos, estos límites a la "excesiva" desigualdad podrían ser un ejemplo de la compleja perspectiva con la que el Estado puede valorar la trascendencia social de las categorías económicas, no forzosamente coincidente con los intereses menos globales y plurales de los grandes grupos económicos, o el efecto político de la violación o desvalorización de ciertas categorías jurídicas, o la repercusión deslegitimadora de un excesivo hiato entre discurso político y realidad cotidiana.

Lo que en Larenz es retorno feliz a una situación de proporción mesurada también puede entenderse como una situación de equilibrio inestable apoyada en la desigualdad real, configurada jurídicamente como igualdad de autodeterminación. Por otra parte, estas lacras de "excesiva" desigualdad, como la usura o la *laesio enormis*, mencionadas por Larenz, eficazmente perseguidas pueden servir para realzar la justicia del equilibrio "natural" de mercado.

Opina Larenz que las cláusulas generales no son fórmulas vacías en las que se pueda introducir cualquier cosa. Tienen un contenido aunque no esté precisamente perfilado y no tenga la forma de una definición. Por ejemplo, la concreción de la buena fe se realiza paso a paso, habiendo factores de orientación y valoraciones adicionales que se tienen que mantener dentro del marco previamente establecido. (97)

Larenz parece apostar por el jurista descubridor de contenidos. Se supone que el jurista sabrá cuándo sus decisiones están dentro del marco y cuándo no, sin que el criterio elegido pueda conducir a la creación sino solamente a lo que ya estaba contenido en el propio principio.

IV. *LOS PRINCIPIOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL*

En relación a la sanción penal, se preocupa Larenz por buscar una justificación a la misma ya que supone una limitación a la libertad humana. En tal sentido, una pena será justa cuando afecte a actos u omisiones que, en el sentir de la moral social dominante, merecen una censura moral, y al mismo tiempo son dignos de pena debido a su carácter dañoso para la sociedad o por la inobservancia del Derecho que expresan. (100)

En contra de que el delincuente sea tratado como un medio y no como un fin, dice: "incluso en aquellos casos en que se considere alcanzable el fin de reeducación hay que cuestionarse qué es lo que autoriza a someter al agente mayor de edad a una educación obligatoria que para él, sea como fuere, representa por lo pronto un mal recibirla". (101)

Aunque el respeto para la personalidad moral del delincuente sólo es posible "cuando él mismo, como juzgador moral, considere justa la pena porque la "merecía" a causa de su acción y por ello la acepta internamente" (101) precisa posteriormente que "la diferencia consiste en que la culpa en sentido moral la experimenta el individuo con base en una imputación, mientras que la fijación de la culpa en sentido jurídico se produce por la vía de la heteroimputación" (104).

Claro que esta heteroimputación no sería necesaria si todos los transgresores de la moral dominante participasen también de ésta sintiéndose, por ello, culpables. Se produciría así la asunción de los merecidos castigos, trasladando la culpa al agente, de forma exclusiva, por lo que el modelo queda al margen de consideraciones críticas.

Prosigue Larenz diciendo que: "sería un error construir la reinserción social sobre la idea de que no existe propiamente culpa y que el agente es sólo una víctima de las circunstancias, al que nada se le puede exigir. Más bien se le debería hacer comprender que en la vida a cada hombre se le plantean exigencias y que uno tiene que estar presto hacia ellas" (112-113).

Se trataría de saber que tipo de exigencias, en función de que intereses, etc., para facilitar el convencimiento o no de la presteza en el cumplimiento.

Se interroga Larenz por el problema de la proporcionalidad entre la ofensa y la pena, diciendo: "Mas ¿qué pena es ajustada a la culpa? la dificultad casi insuperable consiste en que son magnitudes básicamente incommensurables... (113).

V. LOS PRINCIPIOS DE LA ESFERA DE LA COMUNIDAD

Cuando hace referencia a las sociedades civiles señala que "el contrato de sociedad puede estipular la regla de unanimidad o mayoría, pero en interés de la sociedad puede transferirse la gestión social a alguno o algunos de los socios (130).

El planteamiento de Larenz que habla de interés de la sociedad, contrasta, por ejemplo, con lo que dice Galgano en *Las instituciones de la economía capitalista*, cuando afirma que "un accionista o un grupo restringido de accionistas de acuerdo entre sí, puede detentar por sí solo una fracción de capital suficiente para formar la mayoría en la junta general; se le contrapone una multitud de pequeños accionistas destinados a permanecer, irremediamente, en minoría".

Cuando Larenz se traslada al ámbito estatal, el principio de participación, el derecho de cooperación y el principio de igualdad adquieren una relevancia especial ya que el Estado liga a la ciudadanía de modo forzoso, tiene el derecho de ejecutar sus propias órdenes, etc., lo que plantea la necesidad de justificación. El poder estatal se justifica porque es necesario para la obtención y conservación de la paz social. Sólo estará adecuadamente fundamentado cuando se organice de acuerdo con el Derecho justo, esto es, según los principios de un Estado de Derecho (133-134).

Sin ningún desprecio por las garantías formales, con sus importantes consecuencias materiales, cabría decir que Larenz sólo se ocupa de la es-

fera jurídico-política e incluso podría decirse que de la jurídica, lo que puede parecer consecuente con el título del libro que se refiere a la ética jurídica. Sin embargo, ello supone una concepción de lo jurídico que deja al margen consideraciones socio-económicas de las que no puede ser ajeno el Estado. Más bien parece que el Estado se contempla como un centro de imputación y del que se supone una exclusiva relación jurídica con los ciudadanos. En tal sentido, dice: El Estado se encuentra con cada uno de sus miembros en una relación jurídica..." (133). Creo que desde determinadas perspectivas junto a la relación jurídica no pueden dejar de mencionarse las relaciones no jurídicas, contrariamente a la perspectiva kelseniana.

En relación al principio de igualdad, dice que en el derecho privado tiene escasa importancia ya que son admisibles las desigualdades que el desfavorecido consiente (138-139). También refiriéndose al derecho privado, dice Larenz: "por tanto, el principio de igualdad se postpone al de autodeterminación, pero precede al de predominio de la mayoría...".

Desde una contemplación jurídica encontramos autodeterminación, igualdad y principio de las mayorías, pero desde una perspectiva socio-económica podemos ver dominio de las minorías, aunque no siempre y en todo lugar, concentración de capital junto a la pobreza, y heterodeterminación junto a escasas posibilidades de autodeterminación.

En la llamada sociedad civil, en la que las desigualdades son más patentes que en la sociedad política, el derecho se expresa como configuración abstracta de principios como la libertad, igualdad, etc., abstrayendo precisamente los aspectos que podrían mostrar la no libertad, la no igualdad. Si las características de generalidad y abstracción han dejado de ser sacralizadas en el siglo veinte como lo fueron en el diecinueve y se ha hecho patente la importancia de las normas acto, ello ha significado especialmente una mayor capacidad de intervención y decisión del Estado, en función de las exigencias y compromisos que el Estado asume frente a los problemas o crisis económicas y sociales.

Aún admitiendo la diferenciación entre prioridad lógica y cronológica, el lenguaje jurídico es, básicamente, configurador y no creador de relaciones sociales ya que las más significativas e importantes vienen ya dadas a partir de determinadas configuraciones de la riqueza de una sociedad, del modelo de producción y distribución, de la división social del trabajo y de múltiples variables subjetivas. La configuración jurídica, entendida como explicación autosuficiente de lo jurídico, supone que dejar a un lado el contexto de descubrimiento es un requisito metodoló-

gico necesario para que pueda hacerse ciencia jurídica.

Por otra parte, una perspectiva exclusivamente sociologista se tiene que enfrentar con problemas como el de la validez jurídica, la diferenciación entre relaciones sociales y jurídicas, etc.

Cuando Larenz se refiere al ámbito del Derecho público dice que el tema de la igualdad adquiere distinta consideración ya que junto al sometimiento al poder del Estado tiene que darse como correlato una participación con iguales derechos (140).

El Estado social de Derecho, dice Larenz, entiende que: "La igualdad en la libertad es igualdad de oportunidades... La libertad no puede ser libertad de unos pocos, pero la igualdad no puede ser igualdad en la no libertad" (149). Pero la igualdad en la oportunidad expresa fundamentalmente que el ordenamiento jurídico no ha previsto exigencias legales especiales para los ciudadanos por el hecho de serlo. Hay, básicamente, condicionantes no jurídicos de la igualdad en la oportunidad, que no serían objetivo específico del Estado social de Derecho, a pesar de que exista por parte del Estado la asunción de una serie de cargas sociales.

VI. *LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO, EN SENTIDO ESTRICTO*

Después de hacer un breve repaso histórico al Estado de Derecho, que surgiría, según Larenz, para hacer frente al constante abuso de los poderes dominantes, pasa a una consideración del Estado de Derecho que no consiste simplemente en un Estado de leyes, ya que la afirmación del dominio de las leyes y no de los hombres es una afirmación formal que dice muy poco. Se sitúa, pues, en un Estado de Derecho que, conservando los aspectos formales más importantes, añade la vinculación del legislador a principios jurídicos fundamentales.

El primero es el de la limitación y control del poder, enfocado por Larenz a partir de la clásica distinción entre legislativo, ejecutivo y judicial (159).

Reconoce Larenz que el control de poder no afecta sólo a los que detentan parcelas de poder estatal sino también a los grandes poderes económicos que tienen un predominio en el mercado. Sin embargo, el control no se puede convertir en dirección estatal ya que el remedio sería peor que la enfermedad (161).

¿Cuándo hay abuso del poder económico? Larenz traduce el interrogante a nivel contingente y no estructural dado que el mercado nos diría, normalmente, el precio justo de las cosas. El abuso sólo existiría cuando se amenazasen de manera insoportable la libertad de los demás o el equilibrio del conjunto de las fuerzas sociales.

Añade Larenz: “sólo donde este equilibrio se ve seriamente perturbado puede y debe intervenir una instancia de control, con el objetivo de restablecerlo” (162).

Parece, pues, que el Estado se nos presenta como una instancia neutral que, en determinadas circunstancias, restablece el equilibrio que se supone justo y racional. Si Larenz entiende por equilibrio el equilibrio existente no admite otro u otros tipos de equilibrio. De ahí vendría el deber del Estado de restablecer un determinado equilibrio cuya descompensación, por un lado u otro, dificulta o impide el desarrollo normal del sistema.

El segundo principio se refiere a la inadmisibilidad de leyes retroactivas. No es admisible, dice Larenz, respecto a las retroactivas genuinas en que la ley onerosa para el ciudadano interviene en unos hechos pertenecientes al pasado y ya liquidados (162).

Sin embargo, una duda se le plantea a Larenz, “¿es efectivamente digna de tutela la confianza de quedar indemne de pena, cuando se trata de un acto indudablemente reprobable e incluso antijurídico, pero en el cual el agente ha descubierto una laguna en el código penal, que le posibilita para deslizarse a través de ella?” (165).

Parece muy peligroso responder afirmativamente a la duda de Larenz. Si no se limita estrictamente la capacidad represiva del Estado, su tendencia es la expansión con los peligros que comporta para la libertad.

El tercer principio es el de la vinculación al Derecho de todos los órganos del Estado. Aquí expone Larenz el sometimiento de la Administración a la ley, aunque con un cierto margen de arbitrio que debe estar en consonancia con la finalidad de la ley y de los principios generales del Derecho (166).

En relación a la vinculación a las leyes por los jueces dice, “que no se limitan a una simple aplicación de la ley... los jueces deben encontrar el Derecho vigente para el caso concreto, que no siempre está previamente dado en la ley” (167). Sin embargo, precisa posteriormente que “no es

cierto, como en ocasiones se afirma, que el intérprete pueda elegir entre los diferentes puntos de vista de interpretación” (168).

Entiende Larenz que la vinculación del juez a la ley y al Derecho permite una decisión jurídicamente fundamentada, que no es propiamente subsunción ni decisión creadora ya que “entre la pura subsunción y el “acto de decisión creador de una norma “existe una serie de etapas intermedias...” (169).

El cuarto principio es el de otorgamiento de una amplia tutela jurídica, en el que hace referencia al control de los actos de la Administración, al papel del Tribunal Constitucional Federal, que tiene la última palabra en lo referente a la interpretación de la Constitución, y la constitucionalidad de las leyes (177-178).

Dentro de este cuarto principio introduce Larenz una apreciación importante que hace referencia al problema de la fuerza y de la autoridad: “la vigencia fáctica de todo ordenamiento jurídico no descansa en última instancia en su poder de coacción exterior, sino en el sentimiento jurídico de los que viven de acuerdo con él y en la autoridad moral y en la integridad de los que lo representan, preferentemente los jueces. A quien no comprenda esto, porque no vea en un ordenamiento jurídico más que el aparato de coacción estatal -añadido a él, sirviéndole-, le resulta siempre incomprensible cómo funciona un Estado de Derecho” (179).

Ciertamente, ver la coacción como única forma de manifestación estatal resulta insuficiente y no permite entender la complejidad y pluralidad de las manifestaciones estatales. Una vigencia fáctica basada solamente en la coacción sólo existe en cortos períodos extraordinarios ya que si no se consigue una cierta base social el poder no puede mantenerse. Parece que La Historia enseña, hasta hoy, que el poder siempre ha pretendido convertirse en autoridad, utilizando aparatos ideológicos de dominación, justificación y organización de consenso, que pueden ser más o menos complejos.

El problema no es el de contemplar la coacción como explicación exclusiva de la actividad estatal sino en aceptar o no que tal vigencia descansa en el sentimiento jurídico de los ciudadanos y en la autoridad moral e integridad de sus representantes. Y en el supuesto de aceptar esta respuesta como explicación última, cabría preguntarse si los sentimientos jurídicos se explican por sí mismos o existen motivaciones que pueden racionalizarse y aparecer como causas no mecánicas que tienden a

que las configuraciones jurídicas no sean básicamente contradictorias con el equilibrio de fuerzas y relaciones sociales de las que en algún momento ha mencionado Larenz. El cambio en el sentimiento jurídico se explicaría por un cambio en la psicología colectiva, sin necesidad de contemplar, con intenciones explicativas o justificativas, la distribución y conformación del capital y la tecnología, entre otras materialidades.

Termina Larenz haciendo referencia a los principios procesales de un Estado de Derecho, la imparcialidad del juez y la audiencia en derecho de cada parte (181-183).

Cuando se refiere a los condicionamientos de clase a la hora de dictar resoluciones judiciales, dice lo siguiente: "el interés de clase determina la conciencia y nadie consigue pasar por encima de ello. Frente a este modo de pensar hay que decir, en primer lugar, que en el Estado liberal-democrático la mayor parte de los jueces no pertenece a la clase "capitalista", como la teoría de la "sociedad de clases" al hablar de la "clase dominante" piensa, sino a una mucho más amplia clase media... este estrato social desarrolla unas especiales valoraciones determinadas por la profesión y del grupo social de procedencia, pero no es una clase en el sentido de la teoría marxista" (185).

Digamos, en primer lugar, que cuando los jueces son objetivos, por utilizar algún vocablo, están interpretando y aplicando los supuestos de un determinado ordenamiento jurídico-político que, con independencia de las comparaciones, traduce más o menos bien una predominancia de intereses que, en cualquier caso, no son, por lo menos en todos los casos, los de la población en general, aunque el discurso político del Estado pretende o cree estar por encima de las clases sociales o de los grupos. Naturalmente, además de intereses materiales hay intereses de otros tipos que el pensamiento occidental, desde Aristóteles, Kant, etc., hasta Habermas, ha puesto de manifiesto.

Parece que la ponderación y el equilibrio de los jueces se debería a que pertenecen sociológicamente a los grupos situados entre la clase alta y baja, sin pertenecer a la clase capitalista ni a la proletaria. Esta preocupación por el "justo medio" parece indicar la creencia o por lo menos la sospecha de que el interés de clase determina la conciencia, aunque específica: "pueden superarse en un largo y fatigoso proceso, aunque dado que los jueces son hombres como los demás, nunca enteramente" (185). Pero si las determinaciones de clase no son insuperables podría darse el caso de que los jueces se decidieran por una perspectiva capitalista o proletaria. Esta posibilidad que se limitaría por la pertenencia sociológica

de los jueces a la clase media parece ser el punto de vista de Larenz. Sin embargo, dada la importancia y funcionalidad de los aparatos ideológicos no parece que la clase capitalista tenga necesidad de realizar personalmente las funciones judiciales. Por el contrario, en ciertas circunstancias históricas como las actuales iría en su propio perjuicio el no mantener un distanciamiento, por lo menos formal de los centros de decisión estatal, ya que los otros centros de decisión están mucho más a mano. Tampoco sería creíble un discurso político que no pasara por un cierto respeto a la división de poderes y a la independencia judicial. Pienso que el problema no está solamente ni en mayor medida en la situación sociológica de los jueces.

La otra manifestación procesal es el principio de contradicción, por el que el juez debe oír a las partes antes de dictar sentencia (186). A pesar de la gran relevancia de este principio, sea cual sea el modelo social, presenta el problema de tratar a las partes en un plano de igualdad, ya que en las pretensiones, consideradas abstractamente, no tienen en cuenta la desigualdad real de los sujetos. De esta manera, el trato igual reproduce la desigualdad real, es decir, el fallo justo reproduce la desigualdad real a través de la igualdad procesal.

VII. *EL MODO DE VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS*

Se pregunta Larenz si solamente podemos predicar la vigencia normativa en referencia a las normas jurídicas o si, por ejemplo, se pueden incluir principios jurídicos. Dice en este sentido: "no sólo el principio de buena fe pertenece al derecho vigente. También pertenecen a él los pasos intermedios que la jurisprudencia ha dado para concretar dicho principio, como ocurre con la inadmisibilidad de venire contra factum proprium o con el abuso del derecho, porque son criterios a seguir en las posteriores concreciones y vinculan al juez toda vez que su inobservancia es motivo del recurso de revisión. Lo mismo se puede decir de todos los demás principios de un Derecho positivo reconocidos como tales" (197).

Si el Derecho vigente no es sólo la norma dada por el poder legislativo sino también la construida y los procesos de concreción correspondientes, la jurisprudencia está arrogándose funciones legislativas, ya que el concreto desarrollo de las normas o los principios dictados por el poder legislativo no son de carácter necesario. Su específica concreción, que no quiere decir arbitrariedad, ha sido puesta por el juez.

Si bien los principios de Derecho positivo pueden ser justos o injustos, afirma Larenz que "los principios del Derecho justo, en cambio, no

pueden ser nunca injustos, porque un principio injusto del Derecho justo es una contradicción” (197-198).

Ciertamente que es una contradicción decir que los principios del Derecho justo pueden ser injustos, pero esta tautología no proporciona gran ayuda a la hora de enfrentarse con el problema de la aplicación concreta para la resolución de conflictos.

Larenz expone las dificultades que se presentan para conocer estos principios del Derecho justo: “su contenido se escapa a la aprehensión directa de nuestro pensamiento y sólo se nos ofrece de manera mediata a través de su concreción en un derecho positivo. Por eso nunca es notorio de un modo completo y cerrado y se escapa a toda definición” (199).

Estos principios del Derecho justo parecen ser una especie de ideas regulativas que se llenan de diversos contenidos según las interpretaciones históricas. De este modo, los principios del Estado de Derecho mencionados por Larenz serían principios de Derecho justo porque son ideales que debemos realizar, aunque esta realización completa sea imposible por nuestro conocimiento limitado y porque no sabemos en qué consisten exactamente.

Termina diciendo: “por lo demás, yo no diría que cambian los criterios sobre lo justo en sí mismo considerado y, por tanto, los principios del Derecho justo, sino que cambia el conocimiento que nosotros tenemos de ellos y el modo y la medida de su realización por su concreción en el Derecho positivo” (202).

Con esta laxitud de los principios del Derecho justo las diferentes concreciones pueden pretender que son correctas y justas. Para poder saber con mayor precisión si nuestras concreciones eran correctas es preciso descender a formulaciones menos abstractas que permitan, por lo menos, una cierta contrastación, ya que los principios del Derecho justo formulados por Larenz nos sitúan en una encrucijada que no aporta datos suficientes para la elección de un determinado camino.

LENGUA Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA

GUILLERMO VIDAL

I. INTRODUCCION

Si se sienta como base que la Constitución, en su artículo 24, imagina un modelo de proceso público y que la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, en su artículo 229, establece que “las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación” se verá de inmediato el excepcional carácter vehicular de la lengua. Rodríguez-Aguilera, en su Ponencia en las Jornadas sobre la Administración de Justicia en Cataluña (Montserrat, junio de 1983), ya destacaba que “En el mundo del Derecho la palabra es indispensable. Como dice Carnelutti, nuestras herramientas no son más que palabras. Todos empleamos palabras para hablar, mas para nosotros los juristas son la materia prima precisamente”.

Está claro que durante el régimen político dictatorial la lengua, como expresión idiomática, no planteó problema alguno al instaurarse un rígido y penoso sistema monolingüístico. Sólo esporádicos artículos de nuestra legislación básica hacían referencia a los idiomas, extranjeros por supuesto, en su forma documentada o en su expresión oral, así los artículos 51 y 52 del Código de comercio, los 601 y 657 de la Ley de enjuiciamiento civil, los 398, 440, 441 de la Ley de enjuiciamiento criminal, etc.

El marco constitucional instaurado a partir de 1987 ha cambiado radicalmente el panorama y, partiendo del fundamental artículo 3 de la

Constitución, que luego se analizará, y de su declaración programática instalada en el párrafo 4º del Preámbulo, "reconoce -como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de junio de 1986- la realidad plurilingüe de la Nación española y, viendo en ella un valor cultural no sólo asumible sino digno de ser promovido, obtiene de dicha realidad una serie de consecuencias jurídicas en orden a la posible atribución de carácter oficial a las diversas lenguas españolas, a la protección efectiva de todas ellas y a la configuración de derechos y deberes individuales en materia lingüística". Es decir, en definitiva, no es sólo que la Constitución haya reconocido el principio de la coexistencia lingüística, recogiendo una realidad social y cultural hondamente reivindicada, sino además y principalmente que impulsa y fomenta el conocimiento, la difusión y el progreso del hecho pluri-idiomático.

II. PANORAMA CONSTITUCIONAL

La Constitución Española de 1978, consciente de su misión supralegislativa, señala sólo los principios básicos de esa convivencia lingüística, remitiendo a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas la específica función de su regulación. Así, partiendo de una declaración amplia de voluntad, en el párrafo 4º de su preámbulo, proclama el deseo de la Nación española de "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de sus derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones", para, en su fundamental artículo 3, enfatizar que: "1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección."

Afirma, a continuación y en general, en su artículo 14, el elemental y básico principio de igualdad entre todos los españoles, sin discriminación posible por razón de "nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Ciertamente que tal artículo no cita la "lengua" como posible objeto de discriminación, mas es también verdad que la misma se ve incluida en la genérica cita de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Por lo demás, siempre cabe interpretar tal artículo de acuerdo con el también 14 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos, Roma 4 de noviembre de 1950 (que prohíbe expresamente la discriminación por razón de la lengua), en virtud del artículo 10.2 del propio texto constitucio-

nal. En el mismo sentido se expresa el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York 19 de diciembre de 1966; ambos textos, como se sabe, ratificados por España (Boletines Oficiales de 10 de octubre de 1979 y 30 de abril de 1977, respectivamente). Es también conocida y repetida la doctrina sentada, en esta propia línea, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 23 de julio de 1968, sobre régimen lingüístico en Bélgica.

Al referirse a los medios de comunicación social, el artículo 20.3 de la C.E. reafirma que "la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España".

A continuación, y según se decía al principio, deja la concreción específica de su regulación a las diversas Comunidades Autónomas, las cuales, dice el artículo 148.1.17ª, podrán asumir competencias en materia de "fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad", reservándose, empero, el Estado la competencia exclusiva -en lo que ahora nos importa a nosotros- en materia de "administración de Justicia" (artículo 148.1.5ª).

Comentando el citado artículo 3 de la C.E, Josep M. Puig Salellas ("La doble oficialitat llingüística com a probleme jurídic" en Revista "Llengua i Dret", junio 1983, vol. 1, pág. 54) escribe en catalán: "Queda claro, pues, que: a) consagra (en definitiva mantiene sin solución de continuidad) la oficialidad del castellano; b) establece además, de una parte, la obligación de conocerlo y, de la otra, el derecho de usarlo; c) prepara la oficialidad de las otras lenguas".

Podrían hacerse unas precisiones más: d) establece de manera firme el deber de todos los españoles de conocer el idioma castellano, no así el correlativo deber de los indígenas de conocer las lenguas vernáculas propias; e) proclama la protección absoluta al pluralismo lingüístico; f) encarga a las Instituciones Autonómicas el fomento, desarrollo y enseñanza de sus propias modalidades idiomáticas.

III. PANORAMA ESTATUTARIO

1. **El Estatuto de Autonomía para el País Vasco** (L.O. 3/1979, de 18 de diciembre) proclama, en su artículo 6º, núm. 1, que “el euskera, lengua propia del Pueblo Vasco, tendrá, como el castellano, carácter de lengua oficial en Euskadi, y todos sus habitantes tienen el derecho a conocer y usar ambas lenguas”.

En su núm. 2, se dice: “Las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma, teniendo en cuenta la diversidad socio-lingüística del País Vasco, garantizarán el uso de ambas lenguas, regulando su carácter oficial, y arbitrarán y regularán las medidas y medios necesarios para asegurar su conocimiento”.

El núm. 3 establece que “nadie podrá ser discriminado por razón de la lengua”.

En lo que a estos apuntes interesa y aunque sea en forma marginal, pues es merecedor de capítulo aparte, es de destacar el artículo 35, en cuanto afirma que “el nombramiento de los Magistrados, Jueces y Secretarios se efectuará en la forma prevista en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial, siendo mérito preferente el conocimiento del Derecho Foral Vasco y el del euskera...”. En parecidos términos se expresa el artículo mismo en su número 3, con referencia al personal al servicio de la Administración de Justicia.

2. **El Estatuto de Autonomía de Cataluña** (L.O. 4/1979, de 18 de diciembre) dedica a la materia su artículo 3º, proclamando que: “1. La lengua propia de Cataluña es el catalán. 2. El idioma catalán es el oficial de Cataluña, así como también lo es el castellano, oficial en todo el Estado español...”. Se ordena también a la Generalidad garantizar el uso normal de ambos idiomas en toda Cataluña (núm. 3) y se dice, en su apartado 4, que “el habla aranesa será objeto de enseñanza y de especial respeto y protección”.

El artículo 23.1 establece que “los concursos, oposiciones y nombramientos para cubrir las plazas vacantes en Cataluña de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales y restante personal al servicio de la Administración de Justicia se efectuarán en la forma prevista en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial y en ellos será mérito preferente la especialización en Derecho catalán”. Nada se dice, pues, del conocimiento de la lengua. Por cierto que, a este respecto, puede dejarse dicho que, en orden a concursos en plazas de en-

señanza, y, concretamente, para profesores de Educación General Básica, en los cuales se exigía el conocimiento del catalán o la necesidad de aprenderlo en período fijo, siguiendo criterios del R.D.229/81, de 5 de febrero, el Tribunal Supremo declaró que la convocatoria no atentaba al derecho de igualdad del artículo 14 de la C.E., en su sentencia de 16 de diciembre de 1985. Con ello si el Tribunal Supremo no modificaba íntegramente su criterio -como cuida de exponer en sus Fundamentos de Derecho- parece contradecir en parte la doctrina que había sentado anteriormente en sus sentencias de 25 de enero, 3 de mayo y 1 de octubre de 1984.

3. En el **Estatuto de Autonomía de Galicia** (L.O. 1/1981, de 6 de abril) se afirma, artículo 5º, que: "1. La lengua propia de Galicia es el gallego. 2. Los idiomas gallego y castellano son oficiales en Galicia y todos tienen el derecho de conocerlos y de usarlos". Se ordena a los poderes públicos velar para garantizar el uso normal de ambos idiomas en la Comunidad y, respecto a la Administración de Justicia, el artº 25 computa como mérito preferente en "concursos y oposiciones" de todos los miembros del Poder Judicial, personal y "Fiscales" el "conocimiento del idioma del país y la especialización en Derecho gallego".

4. El art. 4º del **Estatuto de Autonomía de Asturias** (L.O. 7/1981, de 30 de diciembre) afirma que: "El bable gozará de protección. Se promoverá su uso, su difusión en los medios de comunicación y su enseñanza, respetando, en todo caso, las variantes locales y voluntariedad de su aprendizaje". Por cierto que, respecto al bable -del cual se discute si es o no lengua diferente a la castellana- en el Proyecto de Estatuto, aunque no se reconocía su oficialidad, se le calificaba como "lengua específica de Asturias".

5. El **Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana** (L.O. 5/1982, de 1 de julio) estatuye, en su art. 7º, que: "Los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma son el valenciano y el castellano. Todos tienen derecho de conocerlos y usarlos".

El Capítulo V del Título II, dedicado a la Administración de Justicia, contiene el artículo 23 que dice: "A instancia de la Comunidad Autónoma Valenciana, el órgano competente convocará los concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales y restante personal al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial. En esta resolución se tendrá en cuenta la especialización en Derecho Valenciano".

6. El **Estatuto de Autonomía de Aragón** (L.O. 8/1982, de 10 de agosto) proclama, en su art. 7º, que “las diversas modalidades lingüísticas de Aragón gozarán de protección, como elementos integrantes de su patrimonio cultural e histórico”. Su art. 30 va dedicado al nombramiento del Presidente y Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y se consigna que para ello será “mérito preferente el conocimiento del Derecho propio de Aragón, sin que pueda establecerse excepción alguna por razón de naturaleza o de vecindad”.

7. La **Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra** (L.O. 13/1982, de 10 de agosto) reconoce la convivencia de las lenguas castellana y vasca, diciéndose, en su art. 9º, que: “1. El castellano es la lengua oficial de Navarra. 2. El vascuence tendrá también carácter de lengua oficial en las zonas vascoparlantes de Navarra”. El artículo 63 regula el sistema de provisión de vacantes y, en su número 2, especifica que: “En las referidas pruebas selectivas se valorará específicamente la especialización en Derecho Foral de Navarra, sin que pueda establecerse excepción alguna por razón de naturaleza o vecindad”.

8. Finalmente, el **Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares** (L.O. 2/1983, de 25 de febrero) dedica a la materia el artículo 3º, donde se dice que “la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, tendrá, junto con la castellana, el carácter de idioma oficial; y todos tienen el derecho de conocerla y utilizarla”. El artículo 10.21 atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de “fomento de la cultura, de la investigación y de la enseñanza de la lengua” y la Disposición Transitoria 5ª, apartado 4, establece que “la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares dispondrá de los medios necesarios para que todos los funcionarios destinados a las islas puedan adquirir el conocimiento de la lengua y de la cultura de Baleares”. En el capítulo dedicado a la “Organización Judicial” (artículos 48 a 53) nada se dice sobre normas concursales o méritos preferentes.

En otro orden de ideas, el **Estatuto de Autonomía de Andalucía** (L.O. 6/1981, de 30 de diciembre) en su artículo 12.3.2º, dispone, como objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, “afianzar la conciencia de la identidad andaluza, a través de la investigación, difusión y conocimiento de los valores históricos, culturales y lingüísticos del pueblo andaluz en toda su riqueza y variedad”.

De este marco legislativo autonómico es necesario destacar, ya desde ahora, las siguientes ideas:

a) Se reafirma y garantiza la cooficialidad lingüística con el derecho

al uso de cualquiera de los dos idiomas de la Comunidad Autónoma;

b) Se preven sistemas de enseñanza y conocimiento de la lengua de las distintas Comunidades Autónomas hasta la normalización total de su uso;

c) Salvo, curiosamente, el Estatuto balear y, obviamente, el asturiano, los demás otorgan méritos preferenciales (a decidir si valen en oposiciones o sólo en concursos de turno en provisión) para el acceso a los cargos dentro de la Administración de Justicia; debiendo observarse, sin embargo, que así como en todos ellos tal preferencia se da por el conocimiento del Derecho local, sólo en los Estatutos vasco y gallego se añade también el conocimiento del idioma propio.

IV. LEGISLACION AUTONOMICA DERIVADA

Junto a esta legislación estatutaria, es obligada la referencia a las distintas Leyes llamadas de Normalización lingüística.

A. De la Ley 10/82, de 24 de noviembre, del Parlamento Vasco, Básica de Normalización del Uso del Euskera, interesa destacar, a nuestros efectos, el contenido de los artículos 5, 6 y 9. El artículo 5º, tras reconocer a todos los ciudadanos del País Vasco el derecho a conocer y usar las lenguas oficiales, tanto oralmente como por escrito (núm. 1), otorga a los mismos una serie de "derechos lingüísticos" (núm. 2) entre ellos el de "relacionarse en euskera o en castellano oralmente y/o por escrito con la Administración y con cualquier Organismo o entidad radicado en la Comunidad Autónoma" y dispone que los poderes públicos garantizarán el ejercicio de estos derechos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, a fin de que sean efectivos y reales (núm. 3). Dicho artículo ha sido declarado íntegramente constitucional por la sentencia nº 82 de 26 de junio de 1986 del Tribunal Constitucional.

En el artículo 6, número 1, se reafirma el derecho de los ciudadanos a usar tanto el euskera como el castellano en sus relaciones con la Administración Pública en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, añadiendo el de "ser atendido en la lengua oficial que elijan". Conviene detenerse un momento en este punto, tanto por su intrínseca importancia como también porque el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por su constitucionalidad en la sentencia mentada. Obviamente, no se plantean problemas cuando la lengua elegida por el ciudadano es la castellana, al ser ésta la oficial del Estado y esa oficialidad es definida por el propio TC con estas palabras: "es oficial una lengua cuando, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, es recono-

cida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos". Tampoco, desde luego, como afirma el TC, existiría vicio de incompetencia si por "ser atendidos" se entendiese el derecho a no ver rechazadas los ciudadanos las comunicaciones que dirijan a cualquier ente público en la lengua oficial que elijan "lo que no es otra cosa que una consecuencia directa del derecho a usarla establecido en la Constitución y en el EAPV".

La dificultad surge si por "ser atendido" se entiende el derecho a que la Administración Pública conteste a los ciudadanos en la lengua oficial elegida por ellos, cuando ésta es la propia de una Comunidad Autónoma. El "derecho de elección idiomática" ha sido reconocido por cuantos autores se han ocupado del tema, haciéndolo derivar del principio de cooficialidad. Puig Salellas (op. cit., pág. 55) distingue entre la posición del ciudadano que es quien tiene el derecho a elegir y la de los organismos oficiales y sus integrantes, quienes, dejando aparte situaciones de transitoriedad, no pueden dificultar el ejercicio de aquel derecho; con ello, afirma, que "la posición de las Administraciones ha de ser siempre una posición de servicio, que haga posible, sin entorpecerlo con el pretexto de la mentada obligatoriedad, que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de elegir el vehículo idiomático que prefiera".

Avanzando más en el tema, el Tribunal Constitucional en la ya repetida sentencia nº 82, de 26 de junio de 1986, a la vista del contenido del apartado 2 del artículo 6.1 y de la Disposición Adicional 3ª de la Ley de Normalización del Euskera, afirma la constitucionalidad de dicho artículo y ve en él un "derecho subjetivo a ser respondido en la lengua oficial elegida", si bien matiza que, de conformidad con aquellas normas, "cuando es lengua distinta al castellano, deja un margen a los poderes públicos en cuanto a las condiciones en que tal derecho puede verse efectivamente satisfecho, que se hacen depender de una progresiva adaptación de las respectivas Administraciones".

Finalmente, el art. 9º de la Ley Vasca 10/82, reconoce el derecho de todo ciudadano de Euskadi a usar la lengua oficial de su elección en sus relaciones con la Administración de Justicia, sin que se le pueda exigir traducción alguna (párr. 1º) y afirma la plena validez de los escritos y documentos presentados en euskera, así como de las actuaciones judiciales (núm. 2). El párrafo 3º de dicho artículo encomienda al Gobierno vasco el deber de promover, con los órganos correspondientes, la normalización del uso del euskera en la Administración de Justicia del País Vasco.

Respecto a este precepto, en el voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente, en la sentencia de mérito, puede leerse: "La inconstitucionalidad del precepto, en este caso total, puesto que no existe una Administración de Justicia propia del País Vasco, resulta evidenciada por el hecho de que su contenido es el mismo de una Ley estatal. Resulta claro, en efecto, que si los derechos establecidos por la Ley Vasca en cuanto al uso del euskera ante la Administración de Justicia han sido consagrados en términos generales por una Ley del Estado (en este caso, la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, art. 231), uno de los dos legisladores, el comunitario o el estatal, ha sobrepasado los límites de la competencia propia, y el art. 149.1.5º de la Constitución no deja lugar a dudas sobre la titularidad competencial en lo que toca a esta materia". A la vista de lo anterior cabrá empezar a preguntarse si ha terminado el reconocimiento de derechos en leyes autonómicas, aunque coincidan en su contenido con las estatales.

• B. En sentido convergente a la anterior se expresa la Ley 7/1983, de 18 de abril, del Parlamento Catalán, de Normalización Lingüística en Cataluña, que, en su fundamental art. 2º recuerda que el catalán es el idioma oficial de Cataluña (aunque en el artículo 28 reconozca, de acuerdo con el Estatuto, que el "aranés" es la lengua propia del Valle de Arán) y todos los ciudadanos tienen el derecho de conocerlo y expresarse en él, de palabra y por escrito, en las relaciones y en los actos públicos, oficiales y no oficiales; así como el de dirigirse en catalán a la Administración, a los organismos públicos y a las empresas públicas y privadas.

Respecto a las relaciones con la Administración de Justicia, el art. 9.1. establece que: "en el ámbito territorial de Cataluña los ciudadanos pueden utilizar en las relaciones con la Administración de Justicia la lengua oficial que elijan y no se les puede exigir traducción alguna". El núm. 2 declara la plena validez y eficacia de los documentos presentados en catalán a los Tribunales y Juzgados radicados en Cataluña, así como de las actuaciones judiciales practicadas en catalán en Cataluña. Finalmente, la Disposición Adicional Unica ordena que la Generalidad ha de promover, de acuerdo con los organismos competentes, la normalización del uso del catalán en la Administración periférica del Estado y en la Administración de Justicia, y respecto a ésta dice: "ha de promoverse asimismo el establecimiento de las normas adecuadas en materia lingüística en los procesos que se resuelven fuera de Cataluña".

Aunque no afecten a la organización o administración judicial, dejar consignado, par terminar, que por sentencia núm. 83, de 26 de junio de 1986, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del

núm. 2 del artículo 4 y de un inciso del artículo 6.1.

C. La Ley 3/1983, de 15 de junio, del Parlamento Gallego, de Normalización Lingüística, en su art. 1º, a diferencia de lo visto hasta ahora, afirmaba que "El Gallego es la lengua propia de Galicia. Todos los gallegos tienen el deber de conocerlo y el derecho de usarlo". El precepto ha sido declarado inconstitucional por el TC en su sentencia núm. 84, también de 26 de junio de 1986, en lo que se refiere al inciso "deber de conocerlo", en cuanto tal deber, según el Tribunal, no deriva de la Constitución ni del EAG.

También, como las demás leyes de desarrollo lingüístico, permite el uso indistinto de ambas lenguas oficiales en las relaciones con la Administración de Justicia y afirma que: "en todo caso, la parte o interesado tendrá derecho a que se le entere o notifique en la lengua oficial que elija". Al igual que sucediera con la Ley del Parlamento Vasco, el TC, en la sentencia última meritada, declara la constitucionalidad del precepto, en base a que en el núm. 3 del art. 7 se dice que "la Junta de Galicia promoverá, de acuerdo con los órganos correspondientes, la progresiva normalización del uso del gallego en la Administración de Justicia".

Finalmente, se reitera la disposición estatutaria en orden a que será "mérito preferente el conocimiento del idioma gallego" en las resoluciones de concursos y oposiciones de Magistrados, Jueces, "Fiscales", Secretarios Judiciales y personal restante al servicio de la Administración de Justicia.

D. La Ley 3/1986, de 19 de abril, del Parlamento de las Islas Baleares, de Normalización Lingüística, por cierto recurrida por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, que ha admitido la impugnación por providencia de fecha 29 de agosto último (B.O.E. de 6 de septiembre de 1986), se expresa en parecidos términos a la Ley catalana, en sus artículos 1º y 2º; no en vano, en la Exposición de Motivos, se afirma que: "Las Islas Baleares se incorporan al área lingüística catalana con la conquista de Mallorca por el Rey Jaime I (1229), Ibiza y Formentera por el Arzobispo de Tarragona, Guillem de Montgrí (1235) y Menorca por el Rey Alfonso "El Liberal" (1287). Desde entonces, el catalán es la lengua propia de las Islas Baleares y ha sido siempre el instrumento por el cual los isleños han realizado sus máximas aportaciones a la cultura universal...".

A la Organización Judicial se dedica el artículo 11, para establecer el derecho de los ciudadanos a dirigirse en la lengua oficial que estimen

oportuna a la Administración de Justicia, sin que este hecho pueda “representar retraso en la tramitación de sus pretensiones” (núm. 1), reafirmando la validez de actos y documentos producidos en catalán (núm. 2) y el derecho que tienen los interesados a “ser informados en la lengua que elijan” (núm. 2.2.), estableciendo, por último, que el Gobierno de la Comunidad Autónoma ha de promover, de acuerdo con los órganos correspondientes, la progresiva normalización del uso de la lengua catalana en la Administración de Justicia de las Islas Baleares (núm. 3).

La Disposición Adicional Primera contiene igual mandato que la única catalana y, finalmente, se establecen ciertos períodos fijos de adaptación lingüística: así la Disposición Transitoria Primera establece un período de tres años para la adaptación de los Servicios y Organismos locales y “en cuanto a la Administración del Estado en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, así como en la Administración de Justicia, el Gobierno de la Comunidad Autónoma ha de promover acuerdos con los organismos competentes a fin de fijar períodos de adaptación similares”.

En este marco legislativo de desarrollo idiomático merece, a nuestro juicio, especial relevancia la entrega a los Jueces de la tutela efectiva de los derechos lingüísticos.

La Ley Normalización del Euskera, en sus art^{os}. 4 y 5.3. encarga a los Poderes Públicos la misión de velar para que se adopten las medidas oportunas a fin de que nadie sea discriminado por razón de la lengua en la Comunidad Autónoma.

La Ley catalana, en su artículo 4.1. establece que “los ciudadanos pueden dirigirse a los Juzgados y Tribunales para obtener la protección judicial del derecho a emplear su lengua”.

En parecidos términos se expresa la Ley balear de Normalización lingüística en su art. 5.1. (“Los ciudadanos pueden dirigirse a los Jueces y Tribunales a fin de obtener la protección judicial en relación al derecho de usar cualquiera de las dos lenguas oficiales, de acuerdo con la legislación vigente”).

En igual sentido que la catalana, el artículo 3.2. de la Ley gallega de Normalización.

Estas disposiciones, puestas en relación con el artículo 24.1. de la Constitución, representan el efectivo y real reconocimiento de la expre-

sión idiomática como “derecho legítimo” protegido por Jueces y Tribunales.

V. PANORAMA LEGISLATIVO ESTATAL

Lo primero que habría que preguntarse en el ámbito en que empezamos ahora a movernos, es si el derecho de expresión lingüística, tanto en su faz oral como escrita, pertenece al marco de las Leyes orgánicas o al de las Leyes procesales, aún siendo conscientes de que la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial contiene numerosos preceptos de carácter estrictamente procesal. Por nuestra parte -sin pretender ahondar más en el tema dado lo reducido de estas notas- es claro que, partiendo de la afirmación anterior en orden a que el derecho a la manifestación idiomática propia es un “derecho legítimo” colocado bajo la tutela de Jueces y Tribunales, debe el mismo ser consignado y reconocido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y nos parece claro también que, siendo esta Ley (Orgánica 6/1985, de 1 de junio) posterior a todos los Estatutos de Autonomía y Leyes de Normalización Lingüística salvo la balear, debió recoger toda la doctrina que se refleja en este contorno, pero no ha sido así, y sus preceptos son más bien parcos y escasos como veremos.

Pese a ello habrá que agradecerle el haber superado las restrictivas normativas con anterioridad proyectadas. En efecto, en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 16 de abril de 1980, se decía: “Art. 228. En las actuaciones judiciales se usará el castellano, lengua oficial del Estado. Podrán formularse escritos en las restantes lenguas españolas, en las Comunidades Autónomas en que fueren oficiales, pero deberá acompañarse traducción castellana de los mismos”. Como salta a la vista, aparte de la preeminencia del castellano que se mantiene en el actual art. 231.1. como se verá (criticada por algunos, pero por su carácter general totalmente explicable), dos claras limitaciones se imponían al desarrollo lingüístico autonómico en la Administración de Justicia, de un lado la presencia del idioma vernáculo sólo se admitía en los escritos, cosa que implicaba que el procedimiento, las sentencias y las demás decisiones judiciales debía estar siempre redactado en castellano; por otra parte, habría que acompañar siempre traducción de los escritos en idioma local.

El artículo 261 del Proyecto de 1983 era más amplio y permisivo. En él se decía que “En todas las actuaciones judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales y Secretarios de Juzgados y Tribunales, usarán el castellano, lengua oficial del Estado. Las partes, sus representantes y quienes les

dirijan, así como los testigos y peritos, podrán utilizar también la lengua que sea oficial en la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales tanto en manifestaciones orales como en escritos. En todo caso los escritos deberán ir acompañados de la traducción castellana, gozando ambos textos de la misma validez jurídica y procesal. En estos supuestos, si ninguna de las partes se opusiere alegando desconocimiento de la lengua que pudiera producir indefensión, podrán los Jueces, Magistrados, Fiscales y Secretarios usar también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma”.

Comentando el art.º 254 del Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial (informe de 14 de marzo de 1984), estimaba “esencialmente correcto el tratamiento del tema”, si bien proponía “introducir como colofón de la norma el principio de que en ningún caso podrá producirse indefensión por razones idiomáticas, debiendo la autoridad judicial adoptar las medidas necesarias para evitarlo”.

Evidentemente, había desaparecido la restricción de la expresión oral en lengua autonómica, pero la redacción y colocación del precepto último era defectuosa y perturbadora (“En estos supuestos...” ¿en qué supuestos?). La obligatoriedad de la traducción, sin embargo, no había desaparecido. Como así tampoco aparecía distinción alguna según que las actuaciones judiciales terminaran en la Comunidad Autónoma o, por el contrario, debieran seguir su tramitación o surtir efectos fuera de ella y, por ende, en lugar con expresión idiomática distinta.

Estas precisiones son las ahora contenidas en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El número 1 mantiene la oficialidad de la lengua castellana en la Administración de Justicia, y ello, como se decía al principio, “como vehículo normal de comunicación y relación”. Como base, implica la ordinaria y cotidiana expresión oral y redacción escrita de las actuaciones judiciales en castellano, principio general que, por la propia generalidad de la Ley, no creemos pudiera ser de otro cariz a la vista de los estudiados preceptos constitucionales y estatutarios, siempre que tal base o principio se vea, como se ve luego, matizado para las especialidades o modalidades lingüísticas locales.

El Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, en el Dictamen Previo al Recurso de Inconstitucionalidad a interponer por la misma contra determinados artículos de la LOPJ, fecha 20 de febrero de 1986, estima contrarios a la Constitución y al EAC los números 1 y 2 de

dicho art.º 231 de la LOPI, afirmando que deberían precisar:

a) que los órganos judiciales con sede en Cataluña pueden utilizar, en todas las actuaciones judiciales -orales o escritas- bien el idioma castellano, bien el idioma catalán;

b) que, en ambos casos, si alguno de los intervinientes en el proceso alegase el desconocimiento de la lengua utilizada -y en especial, las partes, si para éstas supusiese indefensión-, se proceda a la traducción de las actuaciones escritas y de los documentos, o a la actuación de un intérprete habilitado por el órgano judicial”.

Y es que, en efecto, el número 2 de dicho artículo introduce la extraordinaria novedad de que “los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y demás funcionarios de Juzgados y Tribunales podrán usar también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella, que pudiese producir indefensión”. Es decir se reconoce el “derecho legítimo” de los funcionarios judiciales de usar la lengua propia de la Comunidad Autónoma en sus actuaciones oficiales y asimismo su documentación como es de ver en el apartado 4. Ello supone que las actuaciones judiciales, en el ámbito de una Comunidad Autónoma de distinta habla que la castellana, pueden válidamente practicarse y redactarse en lengua autóctona sin necesidad de traducción alguna, salvo en los supuestos que estos números 2 y 4 contemplan. O sea, que se alegue por alguna de las partes desconocimiento de esta lengua que pudiese producir indefensión (núm. 2) y que la traducción deberá hacerse cuando las actuaciones deban surtir efectos en Comunidad Autónoma de distinto idioma, cuando el Juez lo ordene o cuando lo solicite una parte alegando indefensión (núm. 4).

La primera traba que se impone, pues, al uso normal de la lengua cooficial exige: 1.º) que se oponga una de las partes; 2.º) que esta alegación se base en el desconocimiento de la lengua; 3.º) que tal desconocimiento pueda producir indefensión. Debe extrañar, en principio, que cualquier parte -y no creemos, además, que la expresión “parte” se utilice en el sentido procesal del término, sino más bien en sentido amplio, así inculpada, testigo, procesados, etc., -esté capacitada para eliminar, sin más, el derecho de expresión en lengua propia, cuando podría procederse, sin dificultad alguna, a la traducción a la lengua oficial del Estado. En tal sentido, recuerda Rodríguez-Aguilera (Op. cit.) que el desconocimiento del castellano por españoles podía darse “y se daba con frecuencia, en el caso especial de ciertos musulmanes españoles de Ceuta y Melilla, y de los territorios del Sahara cuando éstos fueron legalmente considerados como provincia española. En tales casos se utilizaba el sistema de intérprete aplicable a los extranjeros. Actualmente, en Ceuta y Meli-

lla hay funcionarios intérpretes de árabe para las actuaciones con musulmanes que no conocen el castellano, sean o no españoles". Aunque el caso no es el mismo, nada obsta a una solución de transcripción, que en nuestro caso sería automática, antes de destruir toda una unidad idiomática procesal. Pero la L.O.P.J., ha optado por otro criterio. En todo caso, creemos que el precepto, al instaurar un régimen de excepción, merece una interpretación restrictiva, de modo que el Juez siempre deberá valorar si existe ciertamente la causa alegada y si produce efectivamente indefensión según la actuación de que se trate.

Las otras excepciones (núm. 4 del artículo que se comenta) a la no obligatoriedad de la traducción son, por lo demás, lógicas: en cuanto las actuaciones sobrepasen el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma con habla original o en cuanto sea ordenado por el Juez. Respecto a la alegación de parte valen cuantas consideraciones se llevan expuestas.

Ninguna excepción se consigna, en cambio, respecto al derecho de expresión lingüística de "las partes, sus representantes y quienes les dirijan, así como los testigos y peritos" (núm. 3 del art. 231). No se alcanza fácilmente la razón de esta distinción, es decir el porqué las partes, Abogados, Procuradores, testigos y peritos podrán utilizar "siempre" la lengua cooficial de la Comunidad, en tanto que los funcionarios de la Administración de Justicia podrán hacerlo "sólo" si no existe la oposición arriba indicada. Quizás el concepto de "oficialidad" de la lengua castellana, que enfáticamente se expone como regla en el número 1 del art. 231, puede dar explicación a ese diferente trato.

Ya, por último, dejar consignada la amplia permisividad recogida en el número 5 del artículo, para la "habilitación" de intérprete. Solo Fairen Guillen ("Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985", Madrid 1986, pág. 297, nota 187) ha levantado su voz afirmando que el Juez deberá tener pruebas de que "tal persona conoce dicha lengua. Lo contrario, sería admitir su ciencia privada en el proceso en favor de una de las partes inconscientemente; y un traductor ignorante o felón, escogido a la ligera, en aras a la rapidez, puede resultar catastrófico".

Es lo cierto, sin embargo, que la consigna legal se debe a razones lógicas, que las normas estatutarias veíamos consagraban, en sede a que, en modo alguno, la utilización de la lengua vernácula puede significar obstáculo o dilación en el trámite procesal. Por tanto, "cualquier persona conocedora de la lengua" puede actuar válidamente de intérprete.

Las **Leyes de enjuiciamiento** quedan, tras esta regulación, desfasadas en parte. Recordemos que el artículo 601.2. de la Ley de enjuiciamiento civil ya había sido modificado por la Ley de 6 de agosto de 1984 y decía así: "En cuanto a los documentos redactados en el idioma propio de una Comunidad Autónoma, se estará a lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial". La Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley establecía que "hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los documentos redactados en el idioma propio de una Comunidad Autónoma, sólo deberán ser traducidos al castellano si las actuaciones tienen lugar o han de surtir efecto fuera de su territorio, y cuando así lo acuerden el Juez o Tribunal, o cuando lo pida alguna de las partes que alegue indefensión". En cambio dicha Ley no modificó el art.º 657, según el cual "si algún testigo no entendiere o no hablare el idioma español, será examinado por medio de intérprete, cuyo nombramiento se hará en la forma prevenida para el de los Peritos".

Hoy, el Anteproyecto de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1 de junio de 1986, fija la siguiente redacción del artículo: "Los documentos redactados en idioma español distinto del castellano tendrán plena validez y eficacia sin necesidad de traducción, en la Comunidad Autónoma donde sea oficial". Como se ve, plena adecuación a la LOPJ, art. 231.4., pero omitiendo las excepciones que ésta prevé y, muy singularmente, la de que le proceso o actuación deba surtir sus efectos en Comunidad Autónoma de distinta lengua. Es de esperar que, para la plena coincidencia legislativa, la nueva Ley incluya en su texto tales previsiones.

El art.º 657 quedaría redactado así: "Si algún testigo no entendiere o no hablare el castellano o cualquiera de las lenguas españolas en las que se hubiere formulado el interrogatorio será examinado por medio de intérprete, cuyo nombramiento se hará en la forma prevenida para el de los peritos". Recordemos aquí la regla -ya comentada- que contiene el nº 5 del art. 231 de la LOPJ y había de verse entonces la contradicción manifiesta entre ambos preceptos. Optamos decididamente por la fórmula de este último y apostamos para que la futura L.E.C. contenga una norma adaptada a la LOPJ que, salvando la posible indefensión de partes, simplifique -como la Orgánica- el sistema de nombramiento del intérprete, harto complicado y dilatador si se compara con el de lo peritos.

Nada se dice al respecto en futuras modificaciones de la Ley Reguladora del Procedimiento Contencioso-Administrativo y del Texto Refundido del Procedimiento Laboral, ambos Anteproyectos de 1986; nada sabemos respecto a la Ley de enjuiciamiento criminal. La cuestión,

pues, queda relegada al genérico principio de subsidiariedad de la Ley civil y a la adaptación a la LOPJ.

En relación al tema de nombramientos judiciales y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, al que se ha echo una brevísima alusión por su incidencia marginal al que aquí se estudia, los arts. 341 y 471 de la LOPJ valoran como mérito el conocimiento del idioma propio de la Comunidad Autónoma y la especialización en Derecho civil Especial y Foral. Nada decía en cambio al respecto la Disposición Transitoria Segunda, dedicada a la materia, de la Ley 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, hoy derogada por la Ley Orgánica. Aunque en lo del conocimiento de la lengua sea más avanzada la postura de esa Ley que la estatutaria (salvo del País Vasco y Galicia según se veía), el marco se restringe sólo a los "Presidentes de los Tribunales Superiores y de las Audiencias" en esas Comunidades con Derecho Civil propio y el "mérito preferente" se remite a una futura reglamentación de los criterios de valoración.

VI. CONCLUSIONES

A la vista ya de todo este marco legislativo, en el que hemos hecho breve incursión, creemos podemos sentar como principios básicos, a modo de conclusiones:

Primera. La Constitución española de 1978 ha establecido el sistema de cooficialidad lingüística, admitiendo la existencia de una realidad social pluriidiomática.

Segunda. El castellano, sin embargo, se conserva como idioma oficial general en España.

Tercera. En tal sentido, el castellano es el medio normal de comunicación y relación social.

Cuarta. Todos los españoles tienen el "deber" de conocer el idioma castellano.

Quinta. Junto a él son también oficiales, en las respectivas Comunidades Autónomas, los demás idiomas del País.

Sexta. Todos los ciudadanos de las Comunidades Autónomas de habla propia, tienen el "derecho" de usar su lengua en el territorio.

Séptima. Este derecho, como legítimo y fundamental, queda bajo la tutela efectiva de Jueces y Tribunales.

Octava. El derecho afecta también, y es ejercitable, en las relaciones ciudadano-Administración de Justicia y viceversa.

Novena. Correlativamente, los órganos de la Administración de Justicia, radicados en las Comunidades Autónomas, tienen el deber de atender las peticiones y contestarlas en el idioma elegido por el interesado.

Décima. Los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios y restante personal al servicio de la Administración de Justicia usarán normalmente el castellano en su actuación oficial, pero podrán utilizar el idioma también oficial, en la Comunidad Autónoma siempre que ello no produzca indefensión.

Undécima. El uso de idioma oficial singular nunca puede ser entorpecido ni producir dilaciones y retrasos en la tramitación procesal.

Duodécima. Consecuentemente, todas las actuaciones documentadas y los escritos que se presenten en Juzgados y Tribunales en idioma cooficial, son válidos y producen plenos efectos jurídicos sin necesidad de traducción, a menos que deban ampliar su radio de acción a Comunidades Autónomas de distinta habla.

Decimotercera. Para el cumplimiento de todas esas previsiones, las Instituciones de las Comunidades Autónomas desarrollarán un plan progresivo de conocimiento y divulgación de la lengua propia.

Decimocuarta. Los Poderes Públicos estatales y las Instituciones autonómicas deberán velar por la completa normalización del uso de los idiomas cooficiales respetando su riqueza y variedad.

PUNTUALIZACIONES EN TORNO AL SENADO

FRANCISCO ASTARLOA VILLENA

Unas declaraciones del Presidente del Gobierno en el comienzo de lo que se denomina "el año político" han vuelto a poner sobre la mesa un tema que no sólo tiene una importancia grande a nivel teórico -pese a que no ha despertado apasionamiento entre los científicos del Derecho Constitucional-, sino que resulta decisivo en la aplicación práctica de nuestra Constitución. Se trata del papel del Senado en nuestra vida política. El Presidente apuntaba la posibilidad de realizar en dicha Cámara el debate sobre el estado de la Nación.

El tema es largo, complejo, requiere una pausada referencia a nuestra Historia Constitucional, al Derecho comparado, y una reposada profundización en nuestro texto vigente. Todo ello se hará aquí en brevedad, dejando para posterior ocasión la necesaria hondura.

Las reacciones a la intervención del Presidente del Gobierno, ya mencionada, han ido desde la acusación al Ejecutivo de relegar a la Cámara Alta hasta clamar por la reforma de la Constitución en este punto. En esta última postura militaba, por ejemplo, el catalán Trías Fargas en declaraciones radiofónicas desde Hamburgo, en donde a la sazón se encontraba.

Para entender mejor el tema hay que situar, en primer lugar, la referencia a la discusión sobre la oportunidad de la existencia de las dos Cámaras legislativas (1).

(1) Pocos autores han tratado con tanta hondura y nitidez esta cuestión como el maestro Nicolás Pérez Serrano en su "Tratado de Derecho Político", Ed. Civitas, Madrid, 1976, págs. 737 y ss.

El Parlamento moderno -órgano colectivo al que se le atribuye de modo eminente la tarea normativa- inicia su singladura a comienzos del siglo XIX. Pronto se plantea el problema de su composición, y más concretamente, si debe articularse en uno o más cuerpos, y en el último supuesto, la división de competencias entre los mismos.

La Constitución francesa del año VIII establecía la existencia de cuatro Cámaras: Consejo de Estado, Tribunado, Cuerpo legislativo y Senado. Los cuerpos o estados del Parlamento sueco forman cuatro también, desde el Instrumento de Gobierno de 1809. Tan excesivo fraccionamiento de las Cámaras fue corrigiéndose con prontitud, y hoy no pasa de ser un recuerdo histórico. En esta línea sólo puede apuntarse hoy la discutida naturaleza de algunos organismos constitucionales que, sin ser Cámaras legislativas ni mucho menos, operan con dudosa nitidez. Tal sería el caso del Consejo Presidencial húngaro o del Consejo de Estado polaco (2). Pero al margen de estos aislados casos el problema, como fácilmente puede suponerse, se circunscribe a la composición del Parlamento en una o dos Cámaras.

El motivo del bicameralismo no es, a mi juicio, algo funcional solamente. También hay que apuntar dos motivos más: uno mimético y otro de necesidad ineludible. Respecto al primero hay que recordar que el sistema constitucional contemporáneo se basa, en no poca medida, en la observación de un régimen paradigmático -el inglés- que inició de algún modo el bicameralismo más de seis siglos antes. El segundo motivo apuntado tiene una explicación más compleja, pero evidente. El problema de la representación se agudiza en los llamados Estados compuestos, concretamente en los Estados Federales. En ellos hay que compatibilizar criterios de igualdad -los Estados miembros son iguales entre sí- por un lado, y por otro, criterios de proporcionalidad -hay estados miembros mucho más poblados que otros-; hay que representar a los habitantes del Estado Federal como un todo -es decir la representación popular- y hay que representar a los Estados miembros. Este es el motivo por el que las Constituciones de Estados Federales, o fuertemente descentralizados -regional, autonómico- requieren necesariamente el bicameralismo.

Funcionalmente hablando, partidarios y detractores del bicameralismo tienen sus razones. Entre los primeros se aduce, no sin razón, la necesidad de frenar la prepotencia de una Cámara única y la utilidad de que la labor legislativa se produzca con la conveniente ponderación, a la que

(2) El artículo 30.5 de la Constitución húngara establece que cuando la Asamblea no está en periodo de sesiones el Consejo ejerce sus funciones.

lógicamente, ayuda la asistencia de una segunda Cámara. Los detractores del bicameralismo se apoyan en la necesidad de agilizar la tarea parlamentaria -en lo que ven como freno la dualidad de Cámaras- y en la escasa operatividad real de las Cámaras Altas en nuestros días. A ello añaden la forma de reclutamiento -habitualmente con ausencia de la totalidad del cuerpo electoral- de la Cámara Alta. El bicameralismo suele identificarse, de modo simplista, con sistemas de tipo conservador.

La evolución constitucional ha seguido -en la materia que nos ocupa- diversas fases. Con altibajos la línea apuntada se dirige hacia el unicameralismo, reservando en general la Cámara Alta -en los sistemas bicamerales- a la representación territorial.

Dos ejemplos, relativamente recientes, ilustran la tendencia al unicameralismo antes anotada. Se trata de dos monarquías escandinavas: Dinamarca y Suecia. Hasta la reforma de 1953 el Parlamento danés se componía de dos Cámaras: el Landsting (alta) y el Folketing (baja). Desde la mencionada fecha el Folketing constituye la Cámara única, tal como viene expresado en el artículo 28 del texto constitucional danés.

Posterior fue el caso sueco, en donde la reforma constitucional operada en febrero de 1969 convertía a la Dieta del Reino -bicameral- en el actual Rikstag unicameral.

El ejemplo más inmediato lo constituye Turquía, en donde la Constitución de 20 de noviembre de 1982 establece la existencia de un Parlamento unicameral -la Gran Asamblea Nacional- frente al bicameralismo -Asamblea Nacional y Senado de la República- que consagraba el texto de 1961. Se restaura, pues, el unicameralismo de la Constitución Kemalista de 1924.

Una excepción en la tendencia unicameralista reseñada lo constituye nuestro constitucionalismo. Esa es la tradición constitucionalista española. Cinco textos constitucionales -1834, 1837, 1845, 1869, 1876- frente a dos 1812 y 1931- han consagrado un régimen bicameral. Incluso así ha sido en los Proyectos de Constitución más importantes: 1856 y 1873. Por si al capítulo histórico se le puede añadir algo más cabría decir, de paso, que en 1935 se preparó una reforma constitucional al texto de 1931 en la línea de introducir el Senado, reforma que no se llevó a cabo por la situación posterior.

En los sistemas bicamerales el régimen habitual de relaciones de las dos Cámaras, consagrado además en las Constituciones, es el que se de-

nomina "parlamentarismo desequilibrado". Es decir, una de las dos Cámaras está en posesión prevalente sobre la otra. Un sucinto examen del derecho comparado nos ilustra este dato: en Gran Bretaña, cuna del bicameralismo por otra parte, la Cámara Alta, la de los Lores, se ha convertido en un mero instrumento decorativo, si se exceptúa su actividad en el orden judicial. La Parliament Act de 1911 consagra la prevalencia total de la Cámara de los Comunes. Este desequilibrio es menor en la República Federal de Alemania en donde la Ley Fundamental de Bonn, texto constitucional vigente, también atribuye un papel preponderante a la Cámara Baja, el Bundestag. El que la Cámara Alta o Bundesrat tenga atribuido determinado poder de veto sobre algunas decisiones de la otra Cámara que afecten a los Länder -o estados federados- y que juegue un importante papel en el estado de necesidad legislativa -muestra suprema de la racionalización constitucional alemana- no resulta decisivo, ni mucho menos, a la hora de confirmar el predominio del Bundestag.

Pero es que, incluso, en el ejemplo dado por Trias Fargas -el del senado Norteamericano- se aplica también el principio del "parlamentarismo desequilibrado". De hecho, tampoco el Senado tiene igual papel que la Cámara de Representantes, o Cámara Baja. Lo que ocurre es que en el caso norteamericano es el Senado la Cámara preponderante, y quien, además, tempera el enorme poder de liderazgo presidencial.

Ciertamente el derecho comparado ofrece un caso paradigmático de "parlamentarismo equilibrado": el que consagra para Italia la Constitución vigente, de 1947. Esta igualdad de poderes entre Senado y Cámara de Diputados lleva consigo multitud de consecuencias prácticas que, a la larga, sólo han servido para hacer, si cabe, más farragosa la ya de por sí complicada vida política italiana (3).

La Constitución española vigente, al consagrar en su texto el régimen bicameral "desequilibrado" lo hace siguiendo la pauta común. Extrañarse de esto a estas alturas es lo que produce perplejidad. Esa prevalencia del Congreso de los Diputados se manifiesta, por ejemplo, en el ejercicio mismo de las principales funciones de las Cámaras. En la tarea legislativa, basta ver cómo el art. 90 de la Constitución faculta al Congreso para superar un posible veto del Senado. Este artículo, esencial en la materia, es la más clara manifestación de la prevalencia del Congreso -y solo él- convalida, o no, los Decretos -leyes dictados por el Gobierno. O el art.

(3) Otro caso de "parlamentarismo equilibrado" -aunque de características y consecuencias muy diferentes al caso italiano- se apunta en la Constitución de la Confederación Helvética.

81.2 que establece que la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exige mayoría absoluta del Congreso, en votación final sobre la totalidad del texto. Y a estos ejemplos podrían añadirse más.

Si esto ocurre en la tarea legislativa, la preeminencia del Congreso se ve aún más en la función de control del Parlamento sobre el Gobierno, propia del régimen político parlamentarista consagrado en nuestra Constitución. Por no ser farragoso, baste decir que tal función de control la ejerce exclusivamente, por mandato constitucional, el Congreso de los Diputados. Y tal mandato se concreta a lo largo del articulado de nuestro primer texto legal: arts. 99, 102, 108, 112, 113, 114, 116, etc. Que el Senado pueda realizar interpelaciones, nociones... al Gobierno altera poco, en esencia, el monopolio del Congreso. Y así el art. 108 afirma que el Gobierno responde solidariamente de su gestión política frente al Congreso. Y en esa misma Cámara es donde se sustancian las votaciones de investidura, confianza y censura al Gobierno.

Ni en la teoría ni en la práctica constitucional y política es posible, ni deseable, la equiparación de ambas Cámaras. Sin embargo -y aquí está el meollo de la cuestión- el papel actual del Senado español está devaluado. La solución no es, empero, realizar en la Cámara Alta el debate sobre el Estado de la Nación. Ese debate es, esencialmente, una rendición de cuentas al Parlamento de la actividad del Gobierno. Y si esa actividad es controlada esencialmente por el Congreso, es en esa Cámara donde el mencionado debate debe producirse.

Otra cosa es que haya que revalorizar el papel del Senado, que ejerce en esta historia el papel que -incomprensiblemente- la propia Constitución le otorga. Tras señalar por ejemplo en su art. 69.1 que es la Cámara de representación territorial asombrosamente indica en su art. 87.2 que la iniciativa legislativa de los Parlamentos Autonómicos -a nivel estatal, claro está- se tramita ante el Congreso. O en el caso del art. 99, a propósito de la votación de investidura de candidato a la Presidencia del Gobierno del Estado, en donde, aunque tal votación se realiza en el Congreso, caso de que en 2 meses nadie haya sido investido, se disuelven las dos Cámaras preceptivamente. Y como estos, otros ejemplos que hay que obviar por razón de espacio.

Es verdad que hay que revalorizar el papel del Senado. Pero no a costa de crear situaciones confusas. La idea de celebrar el debate, anunciado para comienzos del año próximo, en la Cámara Alta, y en presencia de los líderes que son diputados no solo no revaloriza el papel del Senado, sino que introduce una práctica extraña en detrimento de la funcio-

nalidad de las instituciones. Si el Senado es -como la Constitución señala- la Cámara de representación territorial celébrese allí, y no en el Congreso, otro debate preanunciado: el autonómico. Cada debate en su foro.

Mención final a la idea de reformar la Constitución. Por supuesto, Sr. Trias Fargas, que la Constitución tiene errores que habrá que reformar. El título VIII es un encaje de bolillos. Pero las Constituciones, como todo, son fruto de un momento, obedecen a unas circunstancias históricas. Y las de la España de 1978 no eran precisamente fáciles. Antes de reformarla cúmplase y desarróllese en su totalidad.

SOBRE EL ORIGEN ETIMOLOGICO DEL TERMINO "IUS"

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ

I. "Facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavi, non quia velim verbosos commentarios facere, sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est" (1).

"Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare. Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur" (2).

Así comienza el Título II del primero de los libros del Digesto de Justiniano, que lleva por rúbrica "De origine iuris et omnium magistratum et successione prudentium". Con estas palabras presentan los juristas romanos un plan de trabajo y un método de investigación concreto: antes de entrar en la materia propuesta, es preciso dejarse convencer por esos exordios que llevan a ella con más agrado y facilitan su comprensión. Así pues, parece útil exponer el origen y desarrollo del derecho. Para lo que es necesario, en primer lugar, que el que ha de dedicarse al derecho conozca de dónde deriva el término "ius" (3).

(1) Gai. ad leg. XII Tab. D.1,2,1.

(2) Pomp. enchir. sing. D.1,2,2, pr.

(3) Ulp. 1, inst. D.1,1, pr.: "Iuris operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat".

Esta invitación ulpiana a conocer el origen del término "ius" nos resulta altamente atractiva, por cuanto que, a pesar de encontrarnos inmersos en una sociedad masificada cuya decadencia ha venido a relegar (si no a suprimir) los estudios del latín y su precedente, el indoeuropeo, estamos convencidos de que el estudio de la jurisprudencia romana "será siempre fuente de salvación contra ese vulgarismo jurídico que la confluencia de diversos factores de hoy parece provocar" (4).

La necesidad de acudir al estudio filológico de los términos jurídicos se está sintiendo profundamente entre los romanistas actuales, que no cesan de revisar la etimología de los distintos términos jurídicos. En esta tarea de revisión concuerdan los filólogos en que las explicaciones etimológicas de los antiguos aparecen equivocadas; pero que, a pesar de la equivocación, los juristas romanos las consideraban válidas, no porque fueran ignorantes de los más elementales conocimientos etimológicos, sino porque no se planteaban un problema científico (como los filólogos), sino que querían obtener un fin técnico-jurídico, esto es, pretendían clarificar el concepto mediante una consciente derivación verbal arbitraria. Bajo este punto de vista, es verdad que -como se ha dicho (5)- todas están equivocadas filológicamente, pero son exactas jurídicamente. La etimología no es el fin en sí misma, sino medio para aclarar el concepto contenido en la palabra. La etimología se presenta para evidenciar, mejor que cualquier enunciación, el concepto jurídico. He aquí por qué algunos errores filológicos nos son bastante útiles (6).

En este orden de cosas, pues, Ulpiano, en un ingenuo juego etimológico (7) hace derivar el término "ius" de "iustitia", ya que el derecho es la técnica de lo bueno y de lo justo. Y añade una frase reveladora a los fines de nuestra investigación: "*en razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes*". Para Ulpiano, pues, el hecho de conocer el derecho (esto es, la técnica de lo bueno y de lo justo) es título legitimador de la denominación de *sacerdote*.

Intenta dar una explicación al término "ius" desde el punto de vista filológico: "est autem a iustitia appellatum". La derivación, además de

(4) Prólogo al Digesto de Justiniano. Versión castellana a cargo de D'ORS y otros. Pamplona, 1968, pág. 9.

(5) Biondi, *Vallore delle etimologie dei giuristi romani*, en Synteleia, Arangio-Ruiz, Napoli, 1964, pág. 739.

(6) Biondi, op. cit., pág. 740.

(7) "Est autem (sic. ius) a iustitia appellatum: ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos *sacerdotes* appellet: iustitiam namque columus et boni et aequi notitiam profitemur..." (Ulp., 1, inst. D. 1, 1, 1, y pr.)

errada, aparece invertida; pues no es "ius" que deriva de "iustitia", sino "iustitia" de "ius". No creo que el jurista desconociera los más elementales rudimentos filológicos, sino que más bien invoca aquella etimología para afirmar el concepto técnico, de tal modo que al establecer la procedencia del término "ius" de "iustitia", Ulpiano, con esta querida y consciente inversión, pretende ser no un filólogo, sino un jurista. No afronta ni resuelve el problema filológico, pero, como orientación, quiere informar a quien emprende el estudio del Derecho que "ius" deriva del "iustitia".

II. Los romanistas modernos, por su parte, invocan a los filólogos para la reconstrucción etimológica de las diversas instituciones jurídicas romanas (8), comprendiendo que la etimología no conlleva una rigidez del instituto, sino que, por el contrario, el instituto, enmarcado en sus justos límites, queda así abierto a todo desarrollo.

En esta tarea de reconstrucción etimológica del término "ius" los romanistas no se muestran concordes, llegando a reconocer su desconocido origen (9) y haciendo una llamada a la "colaboración entre filólogos y romanistas", pues "cuántas concepciones antiguas se esclarecerían si el jurista pudiera valerse de resultados filológicos seguros, y cuántas ideas arcaicas se podrían valorar con una acertada etimología" (10).

A) Para unos autores (11), el término "ius" derivaría de "Iovis" (genitivo de "Iupiter", que proviene del griego $\text{Ἰέϋ-πῆρ} = \text{Zeus padre}$), abonando esta teoría una inscripción conservada en la parte antigua del foro que reza "Iovestad", significando "lo justo".

Creo que asimilar la divinidad suprema a la suprema justicia es algo que no ha sido ajeno a la humanidad en general a lo largo de su historia. El concepto de "divinidad" en las diversas lenguas indoeuropeas proviene de una raíz reconstruida *dye J -. El grupo consonántico inicial delta-

(8) Véase, por todos, Biondi, *La terminología romana come prima dommatica giuridica*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, 1952, II, págs. 73 a 103, y en *Arte y Ciencia del Derecho* (Trad. Latorre), Barcelona, 1953, págs. 84 a 118.

(9) Véase, D'Ors, *Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1982, pág. 22. Biondi, *Arte y Ciencia del Derecho*, cit., págs. 91 y 92.

(10) Biondi, op. ult. cit., pág. 108.

(11) Vico, *Scienza nuova*, vol. I, pág. 25, ed. Noccolini, citado por Biondi, voz "ius", en *Novis. Dig. It.*, Torino, 1979, vol. IX, pág. 375. Véase también en este sentido, Cruz, *S. Direito romano*, Coimbra, 1973, pág. 19 y la bibliografía citada en la nota 10 de la página 19.

yod (dy) se resolvió en las distintas lenguas de la siguiente manera (12):

- en griego: el grupo dy δ ; de donde * $\delta ye \mathcal{J}$ $\delta \acute{E}us$. La digamma de la raíz ante la s, terminación de nominativo, se resolvió en u. Y el genitivo $\Delta \iota \acute{o}s$ muestra la misma raíz en grado cero y con un resultado, por tanto, diverso. De aquí el adjetivo griego $\delta \iota \acute{o}s$ = divino.

- en latín: también la misma raíz indoeuropea se aplica para designar al padre de los dioses: Iupiter (de $\delta \acute{E}u - \Pi \acute{\alpha} \tau \epsilon \rho$ = padre Zeus). La digamma, resuelta en consonante, aparece en el adjetivo "divinus" y analógicos

- en sánscrito: la misma raíz indoeuropea designa lo divino: divya.^h

Como ya se ha dicho (13), esta raíz indoeuropea *dye \mathcal{J} - ofrece serias dificultades desde el punto de vista filológico a la hora de ponerla en estrecha relación con el término "ius".

B) Otros autores (14) conectan el término "ius" con "iungere" y "iungo", significando lazo, unión o ligamen.

Aducen en favor de su tesis que en época histórica se usó "ius" para designar parentesco (así, "ius sanguinis") o para designar lazos de matrimonio ("iura coniugalia").

También estimo poco viable esta teoría desde el punto de vista del análisis filológico, toda vez que en la raíz indoeuropea reconstruida *dyeug- aparece una gutural (g) difícilmente compaginable con la líquida (r) que compone el término "ius" (iur-is). De dicha raíz indoeuropea *dyeug- derivó "iugum" en latín, yugám en sánscrito, $\delta \acute{E} \acute{u} \gamma \omega$ en griego.

No creo, pues, que "iuris" pueda relacionarse con esta raíz indoeuropea, por muy tentadoras que resulten las apariencias y las convincentes explicaciones de Carnelutti (15).

(12) Es necesario, ante todo, tener presente que las dos sonantes (o semivocales) que el indoeuropeo conoció: la yod y la digamma, tuvieron tratamiento distinto en las diversas lenguas de él derivadas.

(13) Biondi, *La terminología romana*, cit., pág. 92, lamentando que no sea factible la "genial intuición" de Vico.

(14) Carnelutti, *Ius iungit*, Riv. Dir. Proc., 1949, págs. 57 a 63. Dull, *Gütergedanke in römische recht*, 1931, págs. 137 y ss., citado por Biondi, voz "ius", en *Novis. Dig. It.*, cit., IX, pág. 375.

(15) En una polémica entre Devoto y Carnelutti acerca de la relación entre "ius" y "iungere", Devoto concluye que no existe la relación entre ambos términos querida por Carnelutti. Vid. Carnelutti, *Di là dal diritto*, Riv. it. per le scienze giuridiche, 1947, pág. 108. Y la respuesta de Devoto, *Ius. Di là dalla grammatica*, Riv. it. per le scienze giuridiche, 1949, pág. 414. Asimismo, una carta de Carnelutti a Devoto, publicada en la Riv. Dir. Proc. ("Ius iungit"), 1949, págs. 57 y ss. Para Devoto el término "ius" hay que relacionarlo con el védico "ios", o con el sánscrito "iaus", significando bendición.

C) Por su parte, Cruz (16) construye una peculiar teoría partiendo de los símbolos del derecho entre los griegos y los romanos. Sus conclusiones no se basan en el análisis filológico o etimológico del término "ius", y por tanto su teoría, desde el punto de vista que nos ocupa, nos resulta irrelevante.

D) Finalmente, Kaser (17) reconoce en el originario concepto de "ius" un elemento claro de referencia a la esfera sacral, si bien su razonamiento no aparece fundamentado en términos lingüísticos.

(16) Cruz, *S. Ius Derectum*, Coimbra, 1971. Dice el autor que el símbolo es la más elocuente de las expresiones, pues es el lenguaje accesible de lo incomprensible. El símbolo es el lenguaje de los sagrado, de lo misterioso. Es señal de carácter universal que luego, en cada lengua, se traduce en palabras.

Con respecto al derecho, el símbolo primero es una balanza, con el fiel en medio. Este símbolo, en Grecia, en una época remotísima (s. XII a.C.), estaba representado por Zeus cogiendo una balanza (Zeus para los griegos era, como se sabe, la encarnación suprema de la justicia). Posteriormente, ya en tiempos de Homero, Zeus fue sustituido, en el símbolo, por la diosa Themis. En época de Hesíodo es la diosa Dike, hija de Zeus y Themis, la que encarna y administra justicia, con una espada en la mano derecha y una balanza de dos platillos en la izquierda. Mediante esta balanza declaraba la diosa lo que era justo cuando los platillos estaban nivelados: ἔσολ . De aquí que para los griegos, lo justo (o el derecho) era τὸ ἴσον.

Los romanos, por influencia de los griegos, también crearon un símbolo completo del derecho: primero Júpiter (en correspondencia con Zeus), ordenador máximo del cosmos, impone a los hombres el derecho, también mediante el uso de la balanza de dos platillos, con el fiel en medio. Después, Dione se correspondería con Themis. Y por último, ya en época de la República, correspondiendo a Dike, aparece la diosa romana Iustitia, cogiendo una balanza en ambas manos, de pie y con los ojos vendados. Habría derecho cuando Iustitia lo dijera, cuando el fiel estuviese en medio, recto, perfectamente recto (derectum).

El uso jurídico de la balanza entre los romanos viene de la época más primitiva y permanece siempre en todos los negocios jurídicos denominados "per aes et libram" (esto es, a través del cobre y la balanza). De esta manera, la primera palabra griega para designar una cierta idea de derecho sería ΘΕΜΙΣΤΕΣ (lo ordenado o impuesto por ΘΕΜΙΣ). La segunda sería ΔΙΚΑΙΟΝ (lo que ΔΙΚΗ declara). Y la tercera sería una palabra vulgar, accesible al pueblo: ἴσον, que traduciría un símbolo: el equilibrio exacto entre los dos platillos de la balanza.

En correlación, en Roma, la primera palabra para significar derecho sería "yoves (lo que Júpiter manda). La segunda sería "ius": quod Iustitia dicit. Iustitia era diosa generadora del "ius", como Dike era generadora de ΔΙΚΑΙΟΝ. La tercera palabra de origen popular sería "derectum" (en correspondencia con la griega ἴσον) que provendría de de- (prefijo con valor de totalidad, de perfección). y -rectum (dícese de algo no torcido, no inclinado). "Derectum", pues, sería aquella posición de la balanza en la que el fiel se encuentra precisamente en medio, en el centro.

Concluye el autor su teoría afirmando que entre "ius" y "derectum" se da una convergencia semántica o de contenido: existe "ius" por que Iustitia lo dice; existe "derectum" porque el fiel de la balanza está no inclinado, sino completamente en el centro.

(17) Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, págs. 7 y 27, citado por Samper Polo, en Memoria de Cátedra, págs. 18 y 19, cuya opinión comparte.

III. Por nuestra parte, es en este punto concreto donde aportamos nuestra opinión. Efectivamente, entiendo que etimológicamente el término “ius” tiene relación con una antiquísima raíz indoeuropea que significa “sagrado”.

Los lingüistas han reconstruido una raíz que vendría a significar todo un conjunto sacral: **ishr-os*. Esta raíz indoeuropea está constituida por los siguientes fonemas:

1º) La *i* inicial aparece en la mayoría de las lenguas indoeuropeas (védico, persa antiguo, sánscrito, griego). Así:

- en sánscrito: *israh*

- en griego ático: *ἱερος*

- en griego dórico: *ἱερός* (con la psilosis propia de los dialectos dorios).

2º) La *s*, sabido es, o bien produce una aspiración inicial, o bien desaparece cuando va entre vocales, o bien, por último, se conserva intacta en determinados casos.

3º) El signo *h* representa, según estudios lingüísticos, una laringal, especie de “sonido fantasma” identificable por las evidentes huellas o residuos que ha dejado en las lenguas más primitivas. Esta laringal a veces se resuelve en vocal, a veces desaparece con el consiguiente alargamiento compensatorio de la vocal precedente, a veces, incluso, se transforma en una semiconsonante o una semivocal.

4º) La *r* nos aparece conservada en las distintas lenguas antiguas que venimos examinando (griego y sus dialectos, sánscrito... etc.).

5º) Por último, la terminación *-os*, propia del caso nominativo, que en las diversas lenguas se manifestó según la morfología propia de cada una de ellas.

En definitiva, concluimos que la raíz indoeuropea **ishr-*, con un significado de “sagrado”, queda plasmada en las lenguas derivadas del indoeuropeo y es origen próximo del término “ius”.

En cuanto al caso concreto de la lengua latina, esta lengua y en este preciso punto, se manifiesta como una excepción a la teoría general expuesta. En efecto, en esta lengua nos encontramos con un adjetivo: “sacrum”, y un sustantivo: “sacer”, que no podemos relacionarlo con la raíz indoeuropea estudiada. Quizá hubiera que acudir a la reconstrucción de una segunda raíz de donde el término latino derivó; o quizá hubiera que pensar en la formación posterior del término.

Lo que sí es cierto es que encontramos una palabra latina que explica perfectamente la raíz indoeuropea antes apuntada, y que, originaria-

mente (y en esto conectamos con la tesis de Kaser) vendría a hacer una clara referencia a la esfera sacral.

Este término es, precisamente, "ius" (sustantivo neutro, con la consiguiente connotación de abstracción, de generalidad). La verdadera raíz de todo sustantivo, sabido es, se toma a partir del genitivo; en nuestro caso, la raíz es iur- (is). Y en esta forma nominal creemos perfecta la correlación etimológica de iur- (latín) con ishr- (indoeuropeo): la laríngeal indoeuropea *h* se resolvió en la semivocal *u* (quizá por su proximidad con la líquida *r*); la *s* intervocálica desapareció sin dejar huella (lo que es habitual); la *i* inicial y la *r* final de la raíz indoeuropea se conservaron intactas en latín; y a partir de la raíz reconstruida se fueron agregando las terminaciones propias de los distintos casos.

IV. Encontramos así relación directa con el pasaje de Ulpiano (D.1,1,1,): "en razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes, pues rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo..."

Este claro elemento de referencia a la esfera sacral a que alude Kaser lo refleja el pasaje ulpiano, objeto de nuestro estudio.

La conexión de la esfera religiosa con el campo de las controversias privadas en el más primitivo Derecho romano se evidencia en todas las manifestaciones del "ius", que siempre evoca una procedencia divina. Y en el modo de resolver estas controversias entre particulares, encontramos siempre una llamada originaria, una invocación a la divinidad.

GONZALEZ DEL VALLE, José María, ALVAREZ CORTINA, Andrés C., CAMARERO SUAREZ, Marita, VILLA ROBLEDOS, María José, *Compilación de Derecho Eclesiástico Español (1816-1986)*, Madrid, 1986, Editorial Tecnos, S.A., 600 páginas.

Cada día siento mayor respeto por el trabajo científico que ve la luz en forma de publicación, o, si se prefiere, cada día creo menos en los científicos ágrafos que van poblando nuestra Universidad. Y es que entiendo que aquello que diferencia a un docente universitario de quien realiza su labor en niveles inferiores, no es otra cosa que el primero transmite unos datos que él mismo ha contribuido a elaborar; y si la docencia es una vía de transmisión de los resultados de una investigación, me parece que tal transmisión sólo alcanza su plenitud mediante la publicación en letra impresa de aquellos resultados. Mi respeto alcanza las cotas de la admiración cuando el trabajo de investigación reúne una de estas dos notas: o bien supera unas extraordinarias dificultades, o bien renuncia a la "brillantez" en favor de la eficacia. Pues bien, quede constancia, ya desde ahora mismo, de que la obra a la que me referiré seguidamente es objeto de mi máximo respeto, pero, sobre todo, de mi máxima admiración, y esto último por dos razones: por su extraordinaria dificultad y por la renuncia de sus autores a la "brillantez".

La pretensión -y el logro- de los autores es sencilla de enunciar: recoger las disposiciones normativas vigentes en el ordenamiento español reconducibles al ámbito del Derecho eclesiástico. Tras la aparente sencillez de la pretensión se encuentran un cúmulo de dificultades difíciles de superar. Creo que estoy en inmejorable posición para apreciar el esfuerzo subyacente en este trabajo compilador, y ello sencillamente por que yo intenté hace algunos años realizar este trabajo y fracasé en mi empeño. En efecto, en el ya lejano año 1979 un entonces compañero de Departamento y yo mismo, intentamos recopilar el derecho eclesiástico postconstitucional; el único resultado que logramos fue una ingente cantidad de fotocopias -cuyo destino último ignoro- de difícil clasificación y calificación y, por una u otra razón, abandonamos nuestro empeño.

¿Cuáles son las dificultades de este intento compilador? La primera consiste en determinar qué sea Derecho eclesiástico; no volveré ahora sobre una cuestión

a la que me he referido en reiteradas ocasiones, pero cualquier mínimo conocedor de la problemática subyacente tras esa disciplina científica es sabedor que sus perfiles distan mucho de la nitidez. La segunda dificultad es, desde mi punto de vista, determinar cuándo una norma está vigente; los autores de esta compilación se refieren a esa cuestión en la introducción con términos claros, y ofreciendo una solución adecuada: "La tarea de determinar cuándo y en qué medida una concreta norma está vigente no siempre puede resolverse con los criterios que proporcionan brocados y aforismos jurídicos tales como 'las leyes sólo se derogan por otras posteriores' o 'la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga', etc. Por lo general, las cláusulas derogatorias resultan un tanto vagas, con el agravante de que el legislador, con una frecuencia que desde los años sesenta en adelante crece de modo alarmante, desconoce el derecho vigente sobre la materia que nuevamente regula. Se producen así aporías y contradicciones cuya resolución resulta insegura. En tales casos hemos optado por incluir esas normas, para que sobre ellas cada uno pueda hacer su propia interpretación" (pág. 31). Pero las dos dificultades apuntadas hasta ahora son puramente teóricas; hay, sin embargo, otra dificultad aún mayor aunque puramente material: localizar la norma jurídica, el texto normativo.

Muchas veces he oído decir a quienes ejercen profesionalmente la abogacía que su principal función es la de encontrar la norma jurídica aplicable y facilitar tal dato al juzgador. A quien se aproxima al mundo del Derecho, como es mi caso, desde una perspectiva puramente teórica, tal tipo de comentario no le sorprende, pero sin duda le preocupa. El principio "*iura novit curia*" ha quedado vacío de contenido como consecuencia de la aplicación de otro clásico brocado jurídico "*ad impossibilia nemo tenetur*" y es que, en efecto, conocer el Derecho vigente es algo imposible. Como teórico del Derecho que soy, pero sobre todo como ciudadano, ante tal estado de cosas uno no puede sino poner de relieve su preocupación. Se trata, sencillamente, de que la certeza del Derecho es algo *realmente* inexistente, porque para que el Derecho sea cierto, lo primero que tiene que ser es conocido, y cuando ni siquiera los profesionales del mismo lo conocen se comprenderá que el no perito navega en la más absoluta ignorancia acerca de cuáles sean sus derechos y deberes. Y no me refiero a preciosistas discusiones acerca de si tal o cual norma jurídica continúa vigente o no como consecuencia de su posible inadecuación a este o aquel principio constitucional, sino a algo mucho más tangible: ¿dónde está escrito el Derecho vigente?. Pues bien, los autores de la *Compilación* que comento han buscado la norma en los lugares más insólitos.

Hasta ahora he pretendido justificar mi admiración ante esta publicación en base a las dificultades para su elaboración; sin embargo, apunté más arriba que también me admira en base a su deliberada renuncia a la brillantez: trataré de explicar tal afirmación. Simplificando al máximo, creo que existen dos tipos de trabajos científicos: unos, aquellos que se basan en una intuición más o menos genial; otros, los que tienen su punto de apoyo en muchas horas de trabajo en búsqueda de datos; a partir de unas mínimas capacidades personales me parece perfectamente claro que el grado de rentabilidad, en términos de esfuerzo en rela-

ción al producto, es muy superior en el primer género. Esa mayor rentabilidad provoca que la doctrina se dirija a aquel género y tienda a olvidar los trabajos que exigen mucho esfuerzo y son escasamente valorados. Creo que la *Compilación* a la que aludo se sitúa en el extremo más desfavorecedor para sus autores: sin duda hay algunos millares de horas de esfuerzo pero, sin embargo, no podrán evitar que algún colega afirme que el trabajo no ha consistido en otra cosa que en fotocopiar. Es perfectamente cierto que tras ese volumen hay centenares de fotocopias y millares de horas; el único problema es que todo el mundo sabrá lo primero, y sólo algunos apreciarán lo segundo. De ahí mi admiración redoblada ante la consciente renuncia a la brillantez por parte de los autores. Pero tras esta personal opinión del esfuerzo realizado convendrá detenerse en la descripción del volumen y en su valoración.

El volumen se abre con un detallado índice de su contenido, indicando tanto la página como el número de orden en el que aparecen las disposiciones recogidas. Le sigue una brevísima y sugerente Introducción -especialmente sugestivas me resultan las referencias a la relación entre "Código" y "disciplina científica"- . Continúa con la reproducción de 532 disposiciones legislativas ordenadas por orden cronológico. Y se cierra el volumen con un detallado índice de materias con remisiones al texto normativo concreto. Entremos en su valoración.

Es esta la primera vez en mi conocimiento que se trata de recopilar la totalidad del Derecho eclesiástico español vigente; por supuesto las similitudes con la *Legislación Eclesiástica del Estado (1938-1964)* de Alberto Barnárdez (Madrid, 1965. Editorial Tecnos, S.A.) son evidentes, como de hecho recuerdan en la introducción los autores (vid. pág. 29), pero la *Legislación* de Barnárdez sólo recogía el Derecho promulgado a partir de 1938. Por otra parte, con posterioridad a la promulgación de la Constitución han aparecido dos recopilaciones normativas de Derecho eclesiástico que distan mucho de la exhaustividad, y con una finalidad claramente escolar (Reina Bernaldez, Antonio, *Legislación Eclesiástica*, Madrid, 1984, Editorial Tecnos, S.A.; Bueno i Salinas, Santiago, *Legislació Eclesiástica de l'Estat i de Catalunya. Legislación Eclesiástica del Estado y de Cataluña*, Barcelona, 1986, Bosch, Casa Editorial, S.A.). Por su parte, la "Revista Española de Derecho Canónico" viene manteniendo desde hace años una reseña de disposiciones de Derecho eclesiástico, de la que se han ocupado sucesivamente Maldonado, Barnárdez y Portero, y el reciente "Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado" incluye una sección similar a cargo de Amérigo, Contreras, Fernández-Coronado y Reina, si bien tanto una como otra incluyen únicamente algunas nuevas disposiciones (a título de ejemplo: en el año 1984 la *Compilación* que comento recoge prácticamente el doble de disposiciones que las reseñadas en el "Anuario"). Sin embargo, la *Compilación* recoge *todo* el Derecho vigente.

Naturalmente, en un trabajo de esta envergadura es fácil encontrar algunos defectos formales, pero el señalarlos me parece perfectamente inútil y propio de quien no comprenda el alcance de la labor realizada (sin darle ninguna importancia, y con el exclusivo fin de adelantarme a quien entienda la labor de crítico de obras en señalar defectos materiales, citaré un sólo ejemplo: la Ley de Enjuicia-

miento Civil se recoge según su texto vigente pero sin indicar cuál ha sido la fecha de las reformas, en tanto que sí se indican las fechas de las reformas del Código Civil). Sólo me permitiría sugerir una levísima modificación por sucesivas ediciones, a sabiendas de que encierra muchas horas de trabajo: que las remisiones del índice de material no vayan hechas exclusivamente al número de disposiciones sino también, en su caso, al artículo correspondiente. Salvando eso me parece que en el libro abundan, sobre todo, los aciertos.

Ya el puro criterio de ordenación me parece el mejor: sencillamente el cronológico. Es frecuente, más cada día, que en las compilaciones normativas privadas las normas tiendan a ser ordenadas de conformidad a su "importancia"; tras esa solución evidentemente subyace lo que he llamado en otra sede el proceso de iusnaturalización acrítica de la Constitución -y en especial de su Título II-, y simultáneamente una fuerte carga de subjetivismo en los criterios clasificatorios; la ordenación cronológica es neutral. El que la Constitución española aparezca sencillamente en la sede cronológica que le corresponde me parece el mejor modo de recordar algo obvio y olvidado: que la Constitución es una norma jurídica positiva.

También parece plenamente adecuado el criterio amplio de inclusión, como vía de huir de un subjetivismo que lleve a excluir algunas normas por considerarlas no importantes, privando así de su utilidad a una obra que es instrumental por entrar en el campo que es propio de quien utilice el instrumento y no de quien lo construyó (no corresponde al compilador determinar qué es importante, sino que es quien lo utilice el que debe determinar qué es útil para él).

No sólo adecuado, sino merísimo es el conjunto de referencias a normas derogadas, o parcialmente derogadas (por ejemplo: no deja de resultar admirable que en nota se advierta que un Decreto de 1960 deroga una Real Orden Circular de 1848 que aparece mencionada en una Circular de 1849 recogida en la *Compilación*).

En resumen, que nos encontramos ante una obra de extraordinaria utilidad, y cuyas dificultades en la elaboración, la hacen aún más meritoria. Dicho lo cual, me gustaría realizar algunos comentarios a la luz de la extensa lista de disposiciones de Derecho eclesiástico vigente.

El primer dato llamativo es la diversidad de fechas de las disposiciones vigentes: algunas fueron dictadas durante el reinado de Fernando VII, otras durante la Revolución de 1868, otras durante la Restauración, otras durante el reinado de Alfonso XIII, algunas durante la dictadura de Primo de Rivera, también durante la II República, la Guerra Civil, el Franquismo, la Transición o el Régimen postconstitucional; es decir, durante períodos de nuestra historia tan radicalmente diversos como para albergar serias dudas acerca de que se pueda hablar de un sistema de Derecho eclesiástico español.

También es significativo que aún a pesar de la pretensión de la Constitución de crear un sistema de libertad religiosa contrastante con todos los modelos previos, sin embargo permanezcan en vigor 343 disposiciones que afectan directamente a la cuestión y que son anteriores a la Constitución; y de ellas 250 emanadas durante un régimen tan marcadamente confesional -y contrario a la libertad religiosa- como el del General Franco.

Se confirma la vieja tesis del maestro Lombardía en virtud de la cual la legislación de Derecho eclesiástico es más abundante en los sistemas separatistas que en otros, pues siendo aquél el modelo que pretende implantar la Constitución, en el período 1979-1985 nos encontramos con cerca de doscientas disposiciones, de las cuales casi un centenar corresponden al cuatrienio socialista (como punto de referencia la *Legislación* de Bernárdez recogía 345 disposiciones para el período 1938-1964).

Preocupante, a más de llamativa, resulta la casi ocultación de algunas normas, y así mientras el Boletín Oficial del Estado se aproxima al nada exiguo número de las 50.000 páginas anuales, nos encontramos con que normas como la reguladora del servicio militar de clérigos y religiosos, o de las exenciones tributarias de determinadas donaciones, no parecen recogidas en el mismo, sino en Boletines de ministerios, y ello cuando aparecen publicadas, pues nos encontramos con normas sin publicación oficial alguna (por ejemplo: modo de enseñanza de la Doctrina de la Iglesia católica en las Escuelas Universitarias, etc.). Lo cual, como ya dije antes, no parece que tenga otro efecto que la negación de la seguridad jurídica, y el proveer de trabajo a los abogados. Pero, ciertamente, no es ésta la sede de entrar en valorar el caótico modo de delinear legislativamente un sistema (¿) de Derecho eclesiástico en España, sino únicamente de poner de relieve como esta *Compilación* realizada por el Departamento de Derecho Canónico de la Universidad de Oviedo, trata de, si no de realizar un sistema -pues no es al científico a quien corresponde hacerlo-, sí de poner un cierto orden en el caos. Quede constancia de mi agradecimiento, como operador teórico del Derecho que soy.

Para concluir señalaré que los autores cierran su Introducción con un agradecimiento expreso al Departamento de Derecho canónico de la Universidad de Cádiz (vid. pág. 31). No sé si tal Departamento es un ente de la razón o de la sinrazón, pero en el caso de que tuviese una existencia real yo sería un miembro del mismo, y por ello me corresponde responder a ese agradecimiento. Siempre he pensado que la labor científica no consiste en la ocultación, sino en la divulgación; por eso mis ficheros, mis archivos, mi biblioteca, mis originales inéditos, etc., han estado abiertos a quien los ha necesitado; algunos han agradecido -y tal es el caso, no único, del Departamento de Oviedo- lo que no era necesario agradecer, mientras otros han preferido dar a la luz algunos párrafos textuales de mis originales, sin mención impresa alguna -no me escandalizo, ni lo tengo en cuenta-; para la mayoría mi ayuda habrá sido inútil. Lo que el Departamento de Cádiz se limitó a hacer, como yo hice siempre, fue enviar algunas fotocopias por si eran de utilidad para un proyecto que creíamos importante. El proyecto ha cul-

minado con éxito, y es de lo que tenemos que felicitarnos cuantos nos interesamos por el Derecho eclesiástico español.

Iván C. Ibán

ANTONIO GARCIA CUADRADO, *El Gobierno por orden ministerial*, Eunsa, Pamplona, 1986, 330 págs.

Acaba de ser publicado, por la Editorial de la Universidad de Navarra, el libro del profesor Antonio García Cuadrado titulado: *El Gobierno por orden ministerial*. Este trabajo estudia "la posición y la importancia funcional" de las citadas normas en España, tanto desde su perspectiva histórica como desde su concreta situación actual.

Hay que destacar, en primer lugar, que en esta obra no se pretenden elaborar grandes construcciones teóricas en torno a la naturaleza jurídica de las órdenes ministeriales, sino que, por el contrario, se ha puesto el acento en el análisis de su papel real en la gobernación del Estado español. A juicio del autor, esta investigación queda totalmente justificada por los significativos datos empíricos que nos ofrecen las últimas estadísticas: frente a una media de 50 a 90 leyes aprobadas anualmente por el Parlamento, los ministros firman alrededor de 12.000 órdenes; o todavía más elocuentemente, el 97 por ciento de las disposiciones generales publicadas en el Boletín Oficial del Estado son normas emanadas de la Administración y tan solo un escaso tres por ciento son normas procedentes de las Cortes.

Esta monografía está dividida en dos partes: una histórica y otra, que el autor denomina "analítica", destinada a examinar la orden ministerial en el actual sistema constitucional español. En la *parte histórica*, que es la más extensa (capítulos, I, II y III), se estudia lo que ha significado la orden ministerial en la historia de España, desde el final del Antiguo Régimen hasta la última transición democrática (1975-1978). Destaca en este análisis la metamorfosis experimentada por este tipo de disposiciones: de ser un mandato supuestamente emanado del Monarca se fue convirtiendo, sin habilitación legal que permitiera el cambio, en una orden personal del ministro. La *parte analítica* (cap. IV) estudia con profundidad la función y el significado de la orden ministerial en el régimen político instaurado por la Constitución de 1978. En este segundo bloque el profesor García Cuadrado analiza los aspectos más destacados de esta categoría normativa: su naturaleza, sus formas (o apariencias externas), su contenido, su autor efectivo y los posibles criterios de clasificación de las mismas (en concreto, propone la clasificación en razón de los autores de la orden y en función de su eficacia). Concluye el trabajo con unas "conclusiones y propuestas", en las que se resumen los resultados más destacados de la investigación llevada a cabo y se sugieren una serie de reformas de *lege ferenda*.

Se trata, sin duda, de una interesante y profunda monografía sobre un tema de extraordinaria importancia, que desgraciadamente apenas ha merecido la

minado con éxito, y es de lo que tenemos que felicitarnos cuantos nos interesamos por el Derecho eclesiástico español.

Iván C. Ibán

ANTONIO GARCIA CUADRADO, *El Gobierno por orden ministerial*, Eunsa, Pamplona, 1986, 330 págs.

Acaba de ser publicado, por la Editorial de la Universidad de Navarra, el libro del profesor Antonio García Cuadrado titulado: *El Gobierno por orden ministerial*. Este trabajo estudia "la posición y la importancia funcional" de las citadas normas en España, tanto desde su perspectiva histórica como desde su concreta situación actual.

Hay que destacar, en primer lugar, que en esta obra no se pretenden elaborar grandes construcciones teóricas en torno a la naturaleza jurídica de las órdenes ministeriales, sino que, por el contrario, se ha puesto el acento en el análisis de su papel real en la gobernación del Estado español. A juicio del autor, esta investigación queda totalmente justificada por los significativos datos empíricos que nos ofrecen las últimas estadísticas: frente a una media de 50 a 90 leyes aprobadas anualmente por el Parlamento, los ministros firman alrededor de 12.000 órdenes; o todavía más elocuentemente, el 97 por ciento de las disposiciones generales publicadas en el Boletín Oficial del Estado son normas emanadas de la Administración y tan solo un escaso tres por ciento son normas procedentes de las Cortes.

Esta monografía está dividida en dos partes: una histórica y otra, que el autor denomina "analítica", destinada a examinar la orden ministerial en el actual sistema constitucional español. En la *parte histórica*, que es la más extensa (capítulos, I, II y III), se estudia lo que ha significado la orden ministerial en la historia de España, desde el final del Antiguo Régimen hasta la última transición democrática (1975-1978). Destaca en este análisis la metamorfosis experimentada por este tipo de disposiciones: de ser un mandato supuestamente emanado del Monarca se fue convirtiendo, sin habilitación legal que permitiera el cambio, en una orden personal del ministro. La *parte analítica* (cap. IV) estudia con profundidad la función y el significado de la orden ministerial en el régimen político instaurado por la Constitución de 1978. En este segundo bloque el profesor García Cuadrado analiza los aspectos más destacados de esta categoría normativa: su naturaleza, sus formas (o apariencias externas), su contenido, su autor efectivo y los posibles criterios de clasificación de las mismas (en concreto, propone la clasificación en razón de los autores de la orden y en función de su eficacia). Concluye el trabajo con unas "conclusiones y propuestas", en las que se resumen los resultados más destacados de la investigación llevada a cabo y se sugieren una serie de reformas de *lege ferenda*.

Se trata, sin duda, de una interesante y profunda monografía sobre un tema de extraordinaria importancia, que desgraciadamente apenas ha merecido la

atención de la doctrina. En este sentido, como recordaba hace dos décadas el profesor Baena del Alcazar, "el estudio de las fuentes escritas del Derecho administrativo suele centrarse normalmente en las disposiciones de mayor rango formal, perdiendo de vista con ello el hecho de que muchas veces los administrados se encuentran afectados de un modo más inmediato por las disposiciones de rango más humilde que emanan de las autoridades inferiores".

Joan Oliver Araujo

JOAN OLIVER ARAUJO, *El recurso de amparo*, Prólogo del Dr. Luis López Guerra, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears, Colección Estado y Derecho, núm. 2, Palma de Mallorca, 1986, 397 págs.

La Constitución española de 1978 ha establecido una amplia gama de garantías, de distinta intensidad, que tratan de asegurar la vigencia y efectividad de las declaraciones formales de derechos contenidas en su Título I. Estos instrumentos tienen una importancia trascendental ya que, como destaca el autor (pág. 24), los derechos y libertades fundamentales "no valen en la práctica sino lo que valen sus garantías", añadiendo además que es la existencia de efectivos mecanismos de protección lo que, precisamente, constituye una inequívoca frontera entre la democracia y la dictadura. O, en otras palabras, entre un auténtico Estado de Derecho y aquél que sólo se limita a declaraciones de contenido puramente semántico o demagógicas.

Entre las garantías que contiene la Constitución, ocupan un lugar preferente las de carácter jurisdiccional, esto es, las que se articulan a través de un proceso riguroso resuelto por un órgano independiente. Estas garantías jurisdiccionales de los derechos y libertades se concretan (en el orden interno), por un lado, ante los tribunales ordinarios, instrumento tutelar natural y básico; y, por otro, ante el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución.

Su intervención se realiza a través de un último y definitivo recurso, el llamado "recurso de amparo", que a pesar de su carácter subsidiario, convierte al Alto Tribunal en el supremo y más cualificado defensor de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

Y es, precisamente, el "recurso de amparo", que el autor define como "instrumento procesal interno, sustanciado ante el Tribunal Constitucional, que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en los artículos 14 a 29 y 30-2 de la Constitución frente a los actos lesivos, potenciales o actuales, de los poderes públicos en cualquiera de sus modalidades" (pág. 42), el tema central de estudio que es analizado minuciosamente a lo largo de los ocho largos capítulos que componen la presente obra.

El libro que aquí comentamos tiene su origen en la Tesis Doctoral presentada en su día en la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears; Tesis

atención de la doctrina. En este sentido, como recordaba hace dos décadas el profesor Baena del Alcazar, "el estudio de las fuentes escritas del Derecho administrativo suele centrarse normalmente en las disposiciones de mayor rango formal, perdiendo de vista con ello el hecho de que muchas veces los administrados se encuentran afectados de un modo más inmediato por las disposiciones de rango más humilde que emanan de las autoridades inferiores".

Joan Oliver Araujo

JOAN OLIVER ARAUJO, *El recurso de amparo*, Prólogo del Dr. Luis López Guerra, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears, Colección Estado y Derecho, núm. 2, Palma de Mallorca, 1986, 397 págs.

La Constitución española de 1978 ha establecido una amplia gama de garantías, de distinta intensidad, que tratan de asegurar la vigencia y efectividad de las declaraciones formales de derechos contenidas en su Título I. Estos instrumentos tienen una importancia trascendental ya que, como destaca el autor (pág. 24), los derechos y libertades fundamentales "no valen en la práctica sino lo que valen sus garantías", añadiendo además que es la existencia de efectivos mecanismos de protección lo que, precisamente, constituye una inequívoca frontera entre la democracia y la dictadura. O, en otras palabras, entre un auténtico Estado de Derecho y aquél que sólo se limita a declaraciones de contenido puramente semántico o demagógicas.

Entre las garantías que contiene la Constitución, ocupan un lugar preferente las de carácter jurisdiccional, esto es, las que se articulan a través de un proceso riguroso resuelto por un órgano independiente. Estas garantías jurisdiccionales de los derechos y libertades se concretan (en el orden interno), por un lado, ante los tribunales ordinarios, instrumento tutelar natural y básico; y, por otro, ante el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución.

Su intervención se realiza a través de un último y definitivo recurso, el llamado "recurso de amparo", que a pesar de su carácter subsidiario, convierte al Alto Tribunal en el supremo y más cualificado defensor de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

Y es, precisamente, el "recurso de amparo", que el autor define como "instrumento procesal interno, sustanciado ante el Tribunal Constitucional, que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en los artículos 14 a 29 y 30-2 de la Constitución frente a los actos lesivos, potenciales o actuales, de los poderes públicos en cualquiera de sus modalidades" (pág. 42), el tema central de estudio que es analizado minuciosamente a lo largo de los ocho largos capítulos que componen la presente obra.

El libro que aquí comentamos tiene su origen en la Tesis Doctoral presentada en su día en la Facultad de Derecho de la Universitat de les Illes Balears; Tesis

que obtuvo la máxima calificación y Premio Extraordinario de Doctorado, así como el "Premio Nicolás Pérez Serrano" del año 1985 del Centro de Estudios Constitucionales. Tan amplios méritos constituyen, a nuestro juicio, no sólo una garantía de la seriedad y calidad de la obra, sino además el merecido reconocimiento a una excelente labor de investigación.

Desde un análisis general o global, dos importantes rasgos cabe destacar del libro de Dr. Joan Oliver. Por un lado, la profunda sistematización con que se trata el recurso de amparo; sistematización que se refleja en los más de ciento cincuenta apartados, numerados correlativamente (aunque a veces con excesiva acumulación de dígitos), en los que se plantean, analizan y, en su mayoría, resuelven casi todas las cuestiones que puede suscitar la visión de este importante instrumento procesal.

Por otro lado, la combinación (no habitual en los estudios de Derecho Constitucional) de dos características que hacen a la obra totalmente recomendable tanto para investigadores y docentes, como para prácticos del Derecho -jueces, letrados, etc.-. Así, al completo y acabado estudio doctrinal, se une una visión práctica y aplicativa del tema, "analizando uno a uno los aspectos procesales más significativos para la comprensión del recurso" (L. López Guerra, Prólogo).

También es destacable la amplia documentación utilizada en la elaboración de la obra, y que se plasma en la exhaustiva bibliografía -más de doscientos autores y más de trescientos trabajos- que se recoge como apéndice del libro (págs.

379-397). Igualmente, cabe resaltar el análisis minucioso y, a veces, crítico de la Jurisprudencia constitucional en materia de amparo; importantísimo instrumento éste para conocer la eficacia y aplicación efectiva del recurso. Su visión comprende tanto las Sentencias como los Autos de los primeros cinco años de funcionamiento del Tribunal, y en este sentido, tal vez se eche en falta un índice sistematizado por materias -que sugerimos para posteriores ediciones- de las múltiples Sentencias y Autos citados en el texto. Tal índice ayudaría aún más, creemos, a la utilización práctica de la obra.

Hagamos ahora un examen del contenido concreto de cada uno de los capítulos del libro.

En el capítulo I, a modo de introducción general, se estudian tanto la protección de los derechos y libertades en general, como el concepto, naturaleza y finalidad del recurso de amparo en concreto. Especialmente destacable es, aquí, el análisis sintético y claro de los argumentos en pro y en contra de la existencia del recurso, en los que se resume el debate sobre la conveniencia de su introducción en el Derecho español, y que, a bien seguro, convencerán, por sus razonamientos, a más de un escéptico.

A continuación, sigue un bloque de capítulos (II a IV) inevitables en toda Tesis doctoral, aunque también indispensables para un estudio profundo del tema.

Así, en el capítulo de Derecho comparado se analizan, de forma sintética, los distintos recursos existentes en otros países: Alemania, Austria, Suiza y México, con especial incidencia en el "Verfassungsbeschwerde" alemán por su influencia en el recurso de amparo español. En los Antecedentes históricos, se estudian tanto los remotos: el Derecho foral aragonés -aunque con respecto al cual resulta "aventurado afirmar que existe una conexión real" (pág. 86)-, como los próximos: el recurso de amparo republicano -antecedente preciso del recurso actual-. Y, finalmente, en el Iter parlamentario se analizan los diversos y sucesivos textos constitucionales sobre el recurso, destacando por su utilidad el cuadro sinóptico-comparativo realizado por el autor (pág. 134).

En los siguientes capítulos (V a VIII) se entra ya de lleno en el estudio y análisis del recurso de amparo en el Derecho español vigente, distinguiendo, esclarecedoramente, cuatro facetas del mismo: ámbito protegido, actos impugnables, legitimación y, por último, procedimiento.

En el capítulo (V) dedicado al estudio del ámbito protegido -forzosamente breve ya que excedería el objeto del libro analizar cada uno de los derechos tutelados- es de destacar, por su interés, la interpretación progresiva del ámbito protegido, la posibilidad de ampliar los derechos tutelados, así como la referencia a derechos de inclusión problemática o anómala.

El capítulo (VI) que el autor dedica a los actos impugnables es, sin duda, el más importante y por ello el más extenso y minuciosamente sistematizado. Su objeto -como indica el título- es el estudio de los actos que con origen en los poderes públicos (legislativo, ejecutivo, judicial) pueden ser impugnados, con análisis de los distintos supuestos posibles y sus requisitos; aunque sin olvidar tampoco los actos privados o de los particulares, sobre cuya posibilidad de impugnación trata el autor de forma muy didáctica y esclarecedora.

Por último, los capítulos VII y VIII se dedican, respectivamente, a la legitimación -pública y privada- para instar el proceso constitucional de amparo, y al procedimiento de resolución de estos recursos. De este último y extenso capítulo, destaca el estudio del importante trámite de admisión, fase crucial del recurso y decisiva para el futuro desarrollo del mismo, y de la llamada "autocuestión de inconstitucionalidad", tema colateral y, tal vez, no imprescindible en esta monografía, pero sin duda útil y atractivo por su tratamiento e interpretación.

Finalmente, no quisiera terminar esta reseña sin agradecer a su autor, Joan Oliver -con el cual he compartido, y espero seguir haciéndolo durante largo tiempo, los sinsabores de toda carrera universitaria-, la posibilidad de examinar y comentar el contenido de esta obra. Obra que, sin dudar, recomiendo a todo estudioso, investigador o práctico del Derecho mínimamente interesado por el desarrollo y protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por nuestra vigente Constitución de 1978.

*JURISPRUDENCIA
DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL
DE PALMA DE MALLORCA*

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

129. **Urbanismo.** Proyecto de Urbanización del Plan Parcial de "Ses Covetes". Vulneración del principio de jerarquía normativa al ser contradictorio a las Normas Complementarias y Subsidiarias de planeamiento de "Es Salobrar y Es Trec". Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 3 de Septiembre 1985.*
130. **Contratación administrativa.** Estudio sobre la selección del contratista por concurso-subasta. *Sentencia de 3 de Septiembre de 1985.*
131. **Tasa municipal: inspección de vehículos.** Inadmisibilidad del recurso: oposición a la vía de apremio: no es causa la pretensión de no sujeción. Extemporaneidad. *Sentencia de 4 de Septiembre de 1985.*
132. **Impuesto municipal sobre solares sin vallar.** Régimen jurídico de los tributos no fiscales. Fundamento. Hecho imponible. Objeto del Impuesto: calificación urbanística del terreno. *Sentencia de 4 de Septiembre de 1985.*
133. **Colegios profesionales.** Denegación de autorización para el ejercicio libre de la profesión en determinada población, firmada por el Secretario del Colegio de Médicos, con el Vº Bº de su Presidente: nulidad de pleno derecho, por ser competencia del órgano de Gobierno del Colegio. *Sentencia de 4 de Septiembre 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. Doís 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.

134. **Dº Administrativo sancionador.** Viabilidad de la impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa de una sanción impuesta por un Juez de Distrito a un auxiliar interino del Juzgado. Distinción entre simple conocimiento de una resolución y su notificación en legal forma. *Sentencia de 5 de Septiembre de 1985.*
135. **Conflictos colectivos.** Competencia de la Autoridad Laboral. Planteado el conflicto, no puede declararse incompetente por razón de la materia. Obligada remisión a la jurisdicción laboral si no se logra avenencia entre las partes o éstas designan árbitro o árbitros para solucionar el conflicto. *Sentencia de 5 de Septiembre de 1985.*
136. **Urbanismo.** Suspensión de licencias por aprobación inicial de un Plan o Programa: delimitación gráfica de las zonas afectadas. Cómputo del plazo de un mes para interponer el recurso de reposición. Resolución por la administración de recurso extempraneo, examinando su fondo: se ha subsanado el defecto y es viable una decisión judicial de fondo. *Sentencia de 5 de Septiembre de 1985.*
137. **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** Resoluciones de la autoridad laboral: competencia de jurisdicción. Emaya: el cambio de sección no supone cambio de empresa. *Sentencia de 5 de Septiembre de 1985.*
138. **Propiedad industrial.** Nombre comercial. Inexistencia de semejanza entre "Montajes Eléctricos Sampol" y "Sampo Corporation": estimación del recurso. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1985. (*)*
139. **Impuesto general sobre tráfico de empresas.** Repercusión tributaria. Domicilio fiscal: competencia del T.E.A.C. *Sentencia de 9 de Septiembre de 1985.*
140. **Sanciones administrativas.** Determinación de hechos sancionables; recibos de salarios. La falta de concreción y datos que configuren el hecho que se sanciona destruye la presunción de certeza de que gozan las actas levantadas por la inspección y acarrear su nulidad. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1985.*
141. **Impuesto municipal sobre gastos suntuarios.** Hecho imponible: consumiciones en establecimiento hotelero. *Sentencia de 11 de Septiembre de 1985.*

142. **Dº Administrativo sancionador.** Constatada la existencia de indicios racionales de actividades ilegales, la Administración viene obligada a incoar y tramitar el correspondiente expediente sancionador. *Sentencia de 13 de Septiembre de 1985.*
143. **Sanciones administrativas.** Controladores de empleo. Sus comunicaciones a la Inspección tienen el valor de mera denuncia, no dispensada de comprobación mediante expediente administrativo que acredite la existencia de los hechos que motivan la actuación de la Inspección de Trabajo. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1985.*
144. **Funcionarios públicos.** Bases de la convocatoria de concurso-oposición para la provisión de plaza de Sargento-Jefe de la Policía Municipal. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es una segunda instancia de la Administración, sino que sus funciones se limitan a examinar la legalidad de los actos administrativos impugnados. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1985.*
- 145, 146, 148, 207 y 214. **Funcionarios públicos.** Retribuciones. Reconocimiento de trienios. Personal al servicio de la Administración de Justicia. *Sentencias de 20, 21 y 23 de Septiembre, 29 de Noviembre y 3 de Diciembre de 1985.*
147. **Impuesto general sobre tráfico empresas.** Sujeción: prestación servicios; agente distribuidor. Funciones liquidadoras de la Inspección. Prescripción: interrupción por diligencias comprobadoras. *Sentencia de 25 de Septiembre de 1985.*
150. **Impuesto renta personas físicas.** Inadmisibilidad recurso: no agotamiento vía administrativa. *Sentencia de 25 de Septiembre de 1985.*
151. **Urbanismo.** Plan Parcial de iniciativa particular: obligación municipal de otorgar la aprobación inicial si no concurren vicios que pongan de manifiesto la absoluta inviabilidad formal o material del Plan. Momento en que se entiende que la Comisión Provincial de Urbanismo se subroga en las competencias municipales. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985. (*)*
152. **Dº Administrativo sancionador.** Silencio administrativo. Cómputo del plazo anual para interponer recuso contencioso-administrativo. Zona marítimo-terrestre: competencias estatales y competencias municipales. *Sentencia de 1 de Octubre de 1985.*

153. **Urbanismo.** Declaración de ruina. Clases de ruina legal: técnica, económica y urbanística. Valoración de los dictámenes periciales. *Sentencia de 3 de Octubre de 1985.*
154. **Impuesto general sobre tráfico de empresas.** Sujeción: prestación de servicios: agente distribuidor. Exención por doble imposición. Funciones liquidadoras de la Inspección. Seguridad jurídica: principio de "unidad de doctrina". Admisibilidad del recurso: "cuestión nueva" y "argumento nuevo". *Sentencia de 4 de Octubre de 1985 (*)*
155. **Precio por servicios municipales: Alcantarillado y Depuración. Recogida de basuras.** Naturaleza tasas: diferenciación: "fiscales" y "de contraprestación": régimen jurídico. *Sentencia de 7 de Octubre de 1985.*
156. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** El ejecutar la sanción administrativa de traslado forzosa de un funcionario antes de que se haya agotado la vía administrativa vulnera el principio constitucional de tutela judicial efectiva. *Sentencia de 8 de Octubre de 1985.*
157. **Sanciones administrativas.** Incumplimiento de Leyes Sociales. No es necesario depósito previo para recurrir la sanción impuesta. Presunción de certeza de las actas: no alcanza a las conjeturas o suposiciones del Inspector actuante. *Sentencia de 9 de Octubre de 1985.*
158. **Funcionarios públicos.** Reconocimiento del derecho a la percepción de la indemnización residencia en Baleares a funcionario contratado. *Sentencia de 9 de Octubre de 1985.*
159. **Dº Administrativo sancionador.** Interposición de sucesivos recursos de reposición, en base a notificaciones defectuosas por parte de la administración: validez. Juego del Bingo, las sanciones reglamentarias establecidas por el Gobierno, están legitimadas por el R.S.-Ley de 25 de Febrero de 1977, que regula aspectos penales, administrativos y fiscales del juego. *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*
160. **Corporaciones locales.** Sus relaciones con el poder central. Estimación de la demanda interpuesta por éste contra el acuerdo del Ayuntamiento de Muro (Mallorca), de declarar el término municipal "zona no radioactiva para efectos militares". *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*

- 161, 163. **Dº Administrativo sancionador.** Juego del Bingo. Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por no haberse agotado la vía administrativa. *Sentencias de 14 y 15 de Octubre de 1985.*
162. **Impuesto municipal radicación.** Sujeción. Locales. Prestación de servicios médicos. *Sentencia de 14 de Octubre de 1985.*
164. **Dº Administrativo sancionador.** Juego del Bingo, las sanciones reglamentarias establecidas por el Gobierno, están legitimadas por el R.D. -Ley de 25 de Febrero de 1977, que regula aspectos penales, administrativos y fiscales del juego. *Sentencia de 15 de Octubre de 1985.*
165. **Impuesto general sobre tráfico de empresas.** Sujeción: operaciones complementarias de hostelería. *Sentencia de 16 de Octubre de 1985.*
166. **Tasa municipal: servicio prevención y extinción de incendios.** No exención subjetiva: Campsa. Hecho imponible: prestación efectiva del servicio. *Sentencia de 17 de Octubre de 1985.*
167. **Sanciones administrativas.** Incumplimiento de Leyes Sociales. Obstrucción: no puede considerarse como tal la simple negativa a prestar declaración en todo aquello que pueda perjudicarle y hacerle responsable de una infracción administrativa. Multa: proporcionalidad. Criterio discrecional de la Administración, dentro de los límites establecidos por la normativa aplicable. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985 (*).*
168. **Sanciones administrativas.** Incumplimiento de Leyes Sociales. Trabajadores autónomos. Psicólogos: no habiendo solicitado su integración en el régimen especial por el Colegio Profesional correspondiente, no procede su afiliación. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985.*
169. **Sanciones administrativas.** Incumplimiento de Leyes Sociales. Presunción de certeza de las actas de Infracción: no se destruye por leves errores formales, tal como la calificación de la actividad de la empresa sancionada en relación a los hechos constitutivos de la infracción. *Sentencia de 21 de Octubre de 1985.*
170. **Urbanismo.** Licencias Urbanísticas. Subrogación en las competencias municipales por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo: momento en que se produce. Para ser aplicable la institu-

ción del silencio administrativo positivo se requiere, de un lado el transcurso de los plazos de inactividad marcados por la Ley, y del otro que no se vulneren prescripciones de la Ley del Suelo, ni los Planos y demás normativa urbanística. *Sentencia de 22 de Octubre de 1985.*

171. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** No puede invocar la violación del principio de igualdad quien no ostenta la situación de funcionario de la administración autora del acto. *Sentencia de 21 de Octubre de 1985.*
172. **Infracción de contrabando.** Concepto de importación. Régimen infracciones administrativas: principios del Derecho Penal. Culpabilidad. *Sentencia de 23 de Octubre de 1985. (*)*
173. **Dº Administrativo sancionador.** Estatuto del Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social: legalidad de las sanciones impuestas a su amparo. Ponderación por la Sala de los ilícitos administrativos a efectos de aplicar la sanción justa. *Sentencia de 25 de Octubre de 1985.*
174. **Urbanismo.** Comisión Provincial de Urbanismo: sus facultades a la hora de aprobar definitivamente los Planes de Urbanismo son amplias para examinar el proyecto del Plan en todos sus aspectos. Caracter claramente subsanable de las deficiencias detectadas. *Sentencia de 28 de Octubre de 1985. (*)*.
175. **Expropiación forzosa.** Preferencia a la valoración del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, salvo que incurra en infracciones legales, error, manifiesta inadecuación o desajustada apreciación de los elementos o factores aplicables. *Sentencia de 28 de Octubre de 1985. (*)*.
176. **Urbanismo.** Obras realizadas excediéndose de la licencia y subsiguiente orden de suspensión, concediendo plazo para su legalización: esta última no puede verse afectada por la suspensión de licencias, consecuencia de la aprobación inicial de un nuevo Plan. *Sentencia de 29 de Octubre de 1985.*
177. **Sanciones administrativas.** Incumplimiento de Leyes Sociales. Constituye obstrucción la no presentación de la documentación requerida en el plazo determinado por el Inspector actuante. *Sentencia de 29 de Octubre de 1985.*

178. **Funcionarios públicos.** El mero hecho de ocupar un puesto de trabajo en el que se utilizan ordenadores terminales no supone el derecho a la percepción del incentivo de especial cualificación informática. *Sentencia de 30 de Octubre de 1985.*
179. **Aguas subterráneas.** Denegación de autorización de alumbramiento. La distancia de cien metros respecto de otro pozo existente es condición "sine qua non" para una la nueva autorización. *Sentencia de 31 de Octubre de 1985.*
180. **Recurso contencioso-administrativo.** Representación y postulación en el recurso contencioso administrativo : no es posible conferir el mandato a Letrado en fecha posterior a la iniciación del recurso. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1985.*
181. **Sanciones administrativas.** Incumplimiento de Leyes Sociales. Constituye infracción no proporcionar al trabajador ocupación efectiva de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1985.*
182. **Jurisdicción contencioso-administrativa.** Estudio de la línea divisoria entre su competencia, respecto de la atribuida a la Jurisdicción Laboral. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1985. (*)*
183. **Minas.** Licencia de explotación de canteras de yeso: la Dirección General de Minas no puede denegarla por razones urbanísticas, sin perjuicio de que para la puesta en funcionamiento de la actividad hayan de concurrir otras autorizaciones, entre ellas la licencia municipal de obras donde habrá de estudiarse la situación urbanística concurrente. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
184. **Tasa municipal. Licencia apertura establecimientos.** Bonificaciones: establecimiento bancario en edificio de Protección Oficial. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
185. **Urbanismo.** Aprobación definitiva de Plan Especial por silencio administrativo positivo: por medio del mismo no se pueden adquirir facultades en contra de la Ley del Suelo, de los Planes y demás normativa urbanística aplicable. La falta de legitimación pasiva de la Administración demandada no es causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1985.*

186. **Funcionarios públicos.** Secretarios de Ayuntamiento. Suspensión preventiva en tal cargo por incoarse expediente sancionador: para tal medida cautelar no es necesario el acuerdo de la mayoría cualificada de la Corporación, exigida para la separación definitiva de funcionarios públicos, previo expediente. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1985.*
187. **Sanciones administrativas.** Incumplimiento de Leyes Sociales. Horas extraordinarias: límite. Las denominadas "horas estructurales" computan a efectos del establecido en el Estatuto de los Trabajadores. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1985.*
188. **Dº Administrativo sancionador.** La presunción de veracidad de las actas de infracción levantadas por los inspectores son susceptibles de prueba en contrario, aún en el caso de que tal prueba no se haya efectuado en el procedimiento administrativo. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1985.*
189. **Colegio oficiales.** Ha de declararse inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación por silencio administrativo de la petición de dos odontólogos argentinos de darse de alta en el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Baleares, ello debido a la falta de recurso de alzada ante el Consejo General de los colegios de Odontólogos y Estomatólogos. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1985.*
190. **Actas de liquidación** por descubierta de cuotas. La omisión en la misma de los datos que hayan servido de base para calcular el débito determina la nulidad del Acta y de todo el procedimiento administrativo que genera. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1985.*
191. **Disposiciones de caracter general.** Para su impugnación no es preceptivo el recurso de reposición. Inexistencia de desviación de poder al restringirse el tráfico de ciertos vehículos en determinadas carreteras de las islas. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985.*
192. **Refugiados políticos.** Estudio de la normativa legal española aplicable. Apátridas. Distinción de la autorización administrativa de permanencia o residencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1985.* (*)
193. **Contratos administrativos.** La adjudicación directa a un arquitecto de la revisión y adaptación de un Plan General es ajustada a Dere-

- cho, no estando el Ayuntamiento obligado a observar las formalidades generales de la gestión Administrativa. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.*
- 194, 195 y 196. **Dº Administrativo sancionador.** El Ayuntamiento debe sancionar a los taxistas que cometan infracciones recogiendo viajeros fuera del término municipal. Estimación del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, condenado al de Lluchmajor a sancionar a los titulares de licencia de taxis a los que había absuelto. *Sentencias de 19 y 20 de Noviembre de 1985.*
197. **Tasa municipal. Licencia apertura establecimientos.** Aplicación: iniciación de actividad sin licencia. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1985.*
198. **Funcionarios públicos.** Convocatoria de oposición para cubrir una plaza de Inspector Químico-Farmacéutico: entre la titulación a exigir al efecto no es preceptiva incluir la de Ingeniero Industrial: desestimación del recurso planteado por el Colegio Oficial de éstos. *Sentencia de de 22 de Noviembre de 1985.*
199. **Dº Administrativo sancionador.** Viola el art. 25.1 de la Constitución, relativo al Principio de Legalidad, el imponer sanciones administrativas basadas en las disposiciones de la Ordenanza de Trabajo de Estibadores Portuarios. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1985.*
200. **Conflictos colectivos.** La resolución de la Autoridad Laboral por la que archiva el expediente declarándose incompetente por razón de la materia y sin remitir las actuaciones a la Magistratura de Trabajo infringe el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 de la Constitución Española. El procedimiento regulado en la Ley 69/1978 de 26 de Diciembre, se adecua a la pretensión deducida por los recurrentes en el amparo de aquel derecho. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1985. (*)*.
201. **Urbanismo.** Cambio de planeamiento. Aplicación de la normativa urbanística vigente al momento de resolver en relación con la licencia de obras solicitada. El silencio administrativo positivo esta configurado en nuestro ordenamiento jurídico con carácter excepcional. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1985.*

202. 203. 206. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 215. 217. 218. 219. 221. 222. **Licencias.** Transmisión de las de auto-taxi; impugnación de la misma por Central Sindical. Inadmisibilidad formal de recurso. *Sentencias de 29 de Noviembre, 2 y 3 de Diciembre de 1985.*
204. **Urbanismo.** Licencias de obras: caracter reglado. La opinión, autocalificada de subjetiva, de un arquitecto, contraria a la licencia no constituye base para su denegación. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1985.*
205. **Impuesto municipal sobre solares sin vallar.** Régimen jurídico de tributos no fiscales. Fundamento. Hecho imponible. Objeto del Impuesto: clasificación urbanística de terrenos.
216. **Licencia de actividad.** Apertura de una tienda en dependencias de un chalet. Procedencia de su cierre por la alcaldía; no se puede alegar silencio positivo, ya que el mismo no es vía para obtener lo que legalmente no es posible. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1985.*
220. **Contratos administrativos.** Tiene tal caracter, y por consiguiente revisable ante esta Jurisdicción, el sucrito entre un Ayuntamiento y un Arquitecto para la redacción de un Plan Parcial. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1985.*
223. **Contratos administrativos.** Caracter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La petición de aumento de cánones, no tiene el caracter de recurso de reposición que le dio la entidad recurrente, y por tanto para considerarla denegada por silencio administrativo era necesario el haberse denunciado la mora. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1985.*
224. **Dº Administrativo sancionador.** Sanción impuesta a Club Nautico por impedir el paso a operarios que iban a realizar trabajos en los barcos: legalidad de la misma. Distinción entre el ejercicio de las facultades derivadas del derecho de dominio, y las llevadas a cabo por el titular de una concesión administrativa. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1985.*
225. **Dº Administrativo sancionador.** Cómputo del plazo anual para interponer el recurso contencioso-administrativo, en caso de silencio en la resolución del recurso de alzada: el día inicial es aquel en que se puede considerar denegada la petición por silencio; aplicar el criterio de computar el año desde la interposición del recurso equival-

- dría en dejar reducido a nueve meses el plazo de un año. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1985.*
226. **Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.** Expulsión de una guardería infantil de niños cuyos padres no estan empadronados en el Municipio del que depende el establecimiento: No viola el Derecho fundamental a la Educación en los términos recogidos en la Constitución. *Sentencia de 10 Diciembre de 1985.*
227. **Actas de liquidación** por descubierto de cuotas. Responsabilidad subsidiaria de la empresa principal respecto a contratista en actividades distintas a la que la primera se dedica. Procedencia. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1985.*
228. **Dº Administrativo sancionador.** Abogado; publicidad: anuncio de las localidades donde tiene abiertos despachos, así como de sus publicaciones de utilidad para extranjeros en nuestro país, así como indicar el teléfono para pedir hora en su bufete, dentro de las contestaciones a lectores de determinado periódico, dentro de la sección "Nuestro Jurista Contesta". Procedencia de la sanción. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1985.*
229. **Funcionarios públicos.** Acuerdo municipal de reducción de haberes a Director de la Banda de Música, prescindiendo del procedimiento y sin audiencia al interesado: indefesión. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1985.*
230. **Urbanismo.** Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento de los espacios naturales denominados S'Albufereta y La Victoria de Alcudia, aprobadas por el Consell de Govern de la Comunidad Autónoma. Compatibilidad con la actuación urbanística municipal en la materia. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985.*
231. **Dº Administrativo sancionador.** Transmisión encubierta de licencia de auto-taxi: no es aplicación el plazo de dos meses de prescripción de la falta, dado su carácter continuado. Simulación de contrato laboral inexistente. Destimación del recurso y remisión de testimonio de la Sentencia al Juzgado Decano. a los efectos penales procedentes. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1985.*
232. **Sanciones administrativas.** Infracción de Leyes Sociales. Infracción de lo dispuesto en convenio colectivo: no constituye hecho

sancionable por la Administración del Estado. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1985.*

233. **Dº Administrativo sancionador.** Publicidad sin licencia en la vía pública. La Ley de Régimen Local, desarrollada por reglamentos municipales hacen viable su sanción. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1985.*
234. **Expropiación forzosa.** Expropiación de derechos arrendaticios. La capitalización al diez por ciento de la diferencia de rentas entre las que venía pagando el expropiado y las que deberá satisfacer, es uno de los sistemas admitidos por la jurisprudencia, al objeto de fijar el justiprecio. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1985.*
235. **Licencias de actividades.** Concurrencia de competencias de distintas administraciones sobre una actividad. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 21 de Diciembre de 1985.*
236. **Mercados municipales.** Transmisión "mortis causa" de los derechos de un adjudicatario de puestos. Derecho transitorio; cambio de Reglamento. Irretroactividad. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 21 de Diciembre de 1985.*
237. **Licencia de actividades.** Silencio administrativo positivo: el mismo no es cauce para obtener aquello que no se podía obtener de modo expreso. *Sentencia de 24 de Diciembre de 1985.*
238. **Funcionarios públicos.** Indemnización por residencia en Baleares. Impugnación indirecta de Orden Ministerial que la fija en un 15% sobre el sueldo y que no se podrá percibir en las pagas extraordinarias. Desestimación del recurso. *Sentencia de 31 de Diciembre de 1985 (*).*
239. **Urbanismo.** Denegación de licencia de actividad por razones urbanísticas. Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas. Silencio positivo: inexistencia. *Sentencia de 31 de Diciembre de 1985 (*).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

138

138. PROPIEDAD INDUSTRIAL. Nombre comercial. Inexistencia de semejanza entre "Montajes Eléctricos Sampo!" y "Sampo Corporation": estimación del recurso. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad "Montajes Eléctricos Sampo!, S.A." tiene por objeto la resolución del Registro de la Propiedad Industrial el 1º de Abril siguiente, por la que, en relación a solicitud de registro del nombre comercial "Montajes Eléctricos Sampo!" formulada por la entidad recurrente inscrita ya en el Registro Mercantil de Baleares como Sociedad Anónima con la misma denominación, resolvió en base a la oposición formulada por la entidad "Sampo Corporation", domiciliada en TAIPEI (Taiwan) y que tenía registrada la marca "SAM-PO" como distintiva de sus productos que incluían los eléctricos y los de sonido, y con fundamento en el artículo 201 y c) del Estatuto de la Propiedad Industrial, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Ley de 30 de Abril de 1.930; denegar la solicitud; así como también tiene por objeto la Resolución del mismo organismo de 31 de Mayo de 1.984, desestimatoria de recurso de reposición interpuesto por la interesada contra la anterior; fundándose en la demanda la pretensión de nulidad de los actos impugnados y consecuente declaración del derecho de la recurrente al registro del nombre comercial "Montajes Eléctricos Sampo!, S.A.", en los siguientes motivos: a) no constituir el nombre comercial cuya inscripción se solicitó, una denominación de capricho o fantasía, sino que corresponde al apellido de su Administrador único y accionista, que lo venía utilizando anteriormente como comerciante individual de los mismos productos relacionados con la electricidad; b) que el nombre comercial que se pretende inscribir se distingue de la marca cuyo titular se le opone; debiéndose hacer la comparación entre ambos en su conjunto denominativo; y c) el derecho a usar como nombre comercial, el propio civil o mercantil de la empresa.

CONSIDERANDO: que el nombre comercial como manifestación o distintivo de un comerciante individual o social para distinguir de los similares sus productos (artículo 1º del Estatuto de la Propiedad Industrial citado), se diferencia de las marcas, que tienen la misma finalidad de señalar y distinguir de otras marcas o de otros nombres, los productos de la industria, el comercio y el trabajo (artículo 118 del mismo), en que aquellos, por lo

general, no consisten en creaciones de la mente o invenciones de signos especiales con los que distinguir los productos del trabajo, realizadas exclusivamente con esta finalidad, sino que se consideran como tales los nombres de las personas y las razones y denominaciones sociales, aunque estén constituidos por iniciales, que sean los propios de los individuos, Sociedades o entidades de todas clases que se dediquen al ejercicio de una profesión o al de comercio o industria, en cualquiera de sus manifestaciones (artículo 196 del mismo Estatuto); razón por la que, de un lado, cuando el nombre comercial coincida con el que, con arreglo al Código de Comercio, deben inscribir las Sociedades mercantiles, aunque su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial es potestativo a diferencia de las marcas (artículos 199 y 120 del mismo), solo se tiene derecho al uso exclusivo del mismo y a proceder contra el que utilizare uno igual o semejante con posterioridad, mediante su registro en el de la Propiedad Industrial, justificando que es el propio, mediante la escritura o documento de constitución de la misma (artículos 199, párrafo segundo y 202); y de otro, el que las Sociedades dedicadas a la industria y al comercio cuyo nombre comercial consista en una denominación de fantasía, están obligadas a registrar ésta previamente como marca (artículo 198, párrafo primero), con el fin de evitar la competencia ilícita con éstas cuya inscripción es obligatoria y por ello no pueden registrarse como nombres comerciales estas denominaciones de capricho o fantasía a que no se distingan de otro nombre comercial o de una marca anteriormente registrados para productos o fines de la misma industria o comercio (artículo 201 c).

CONSIDERANDO: Que por tales elementales razones no puede negarse la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial a una Sociedad Anónima inscrita en el Registro Mercantil de Baleares con el apellido de su fundador, administrador único y principal accionista, precedido de las palabras "Montajes eléctricos" indicativas de la clase de comercio o industria a que se dedica, por coincidir cinco de las letras de ese apellido con un signo o menos material -marca- utilizado por una empresa extranjera para distinguir sus productos en nuestro mercado, previamente inscrita para ello, ya que, de ningún modo puede estimarse que el nombre propio de la sociedad anónima que pretende inscribirlo como comercial, sea una denominación de fantasía; pero, aunque así se estimara y hubiera como aplicarse al supuesto de autos el artículo 124 del mismo Estatuto sobre confrontación de marcas, la esencial de la labor diferenciadora que viene impuesta en su nº 1, es que la semejanza y diferencia se manifieste por la comparación referente al grafismo o prosodia del nombre y de la marca sin más que una sencilla audición o visión que no se detenga en aquilatar y descomponer técnicamente los elementos confrontados, puesto que para la convivencia, lo fundamental es que los signos en que se distinguen en el mercado sean distintos, sin necesidad de análisis alguno o desintegración de sus raíces (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1.983), por lo que la desemejanza entre SAMPOL y SAMPO es evidente, pues no solo se diferencian en una consonante más, sino también en su acento tónico y ello sin contar que el juicio comparativo ha de ser de conjunto (Sentencias de 10 de Febrero y 5 de Mayo de 1.983, entre otras muchas), lo que añade una distinción más al anteponer al nombre familiar las palabras "montajes eléctricos" de que carece la marca.

CONSIDERANDO: Que aún en el caso en que se hubiera probado que "SAMPO CORPORATION" correspondiera también al apellido del propietario de la marca, habría que admitir también la coexistencia entre ambas y permitir la inscripción de la recurrente, pues es reiterada la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que veda la atribución exclusiva de los apellidos como marcas comerciales en perjuicio de aquellas otras que, con el mismo apellido pretendieran así mismo llevar a cabo la inscripción de los suyos sobre la base del mismo elemento distintivo, lo que evidencia la imposibilidad de que tal inscripción preferente del apellido propio pueda impedir el acceso al registro de otros con identi-

dad absoluta (por todas la Sentencia de 11 de Mayo de 1.983) y menos en casos como el presente en que se dsiferencian en una consonante y en el acento tónico.

FALLAMOS: Que estimandó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Montajes Eléctricos Sampol, S. A., contra la Resolución del Registro de la Propiedad Industrial de 17 de Enero de 1.983 que le denegó la inscripción como nombre comercial en su razón social y contra la Resolución del mismo Registro de 31 de Mayo de 1.984 que le desestimó la reposición de la anterior, debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos disconformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los anulamos, declarando el derecho de la recurrente a inscribir su razón social como nombre comercial y sin hacer declaración sobre las costas causadas. Notifíquese personalmente esta sentencia a Sampo Corporation a través de sus representantes en España. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

151

151. URBANISMO. Plan Parcial de iniciativa particular: obligación municipal de otorgar la aprobación inicial si no concurren vicios que pongan de manifiesto la absoluta inviabilidad formal o material del Plan. Momento en que se entiende que la Comisión Provincial de Urbanismo se subroga en las competencias municipales. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar los acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Ciudadela de 12 de Abril y 29 de Junio de 1.984, desestimatorio éste del recurso de reposición formulado contra el primero, que deniegan la aprobación inicial del Plan Parcial de Ordenación y del Plan Parcial de Ordenación y del Plan Especial de Infraestructura y Servicios de la finca denominada "Esp"; impugnación que se basa en que: a) la competencia municipal para resolver sobre la aprobación inicial se perdió en el momento en que se presentó por el interesado ante la Comisión Municipal de Urbanismo la oportuna solicitud sin haberse comunicado previamente la resolución del Ayuntamiento; y b) procede jurídicamente la aprobación inicial, tanto por el carácter de ésta como por la adecuación sustancial de las determinaciones del proyecto a las previsiones del planeamiento general.

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que hay que partir para la resolución de la primera cuestión, los siguientes: 1º. De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 del Decreto-Ley 16/1.981, de 16 de Octubre, el plazo para acordar sobre la aprobación inicial, en los casos de iniciativa particular, de Planes parciales y especiales que desarrollen el planeamiento general, será de tres meses desde la presentación de la documentación completa

en la Administración actuante, y en caso de incumplimiento del plazo, la Comisión Provincial de Urbanismo actuará por subrogación cuando así se solicite por los interesados; 2º. La entidad hoy recurrente presentó los proyectos de los Planes en el Ayuntamiento de Ciudadela el día 24 de Enero de 1.984; 3º. Antes de las 14 horas del 25 de Abril del mismo año, es decir transcurridos tres meses, formuló aquélla la petición de subrogación ante la Comisión Provincial de Urbanismo; 4º. El acuerdo denegando la aprobación inicial es, como queda expresado, de 12 de Abril; y 5º. Fue notificado éste a las 15 horas del día 25 de Abril; y en trance de decidir sobre la prevalencia de la fecha del acuerdo o de la notificación, en este supuesto decisión trascendental pues de entender que la determinante es la última la subrogación, aunque por un mínimo margen, como se deduce de los antecedentes enumerados, ya se habría operado, entiende la Sala, como ya hizo la Comisión Provincial de Urbanismo en su resolución de 7 de Junio de 1.984 declarando la improcedencia de subrogarse en las competencias municipales, que debe predominar la fecha del acuerdo, y ello no sólo a la vista del referido artículo 6 del Decreto-Ley, que en los supuestos de aprobación inicial o provisional se refiere al plazo para "acordar" y al transcurso de éste sin que recaiga el "acuerdo" pertinente, mientras que en los casos de aprobación definitiva de los estudios de detalle, proyectos de urbanización y de delimitación de polígonos o unidades de actuación se refiere a que transcurra el plazo "sin comunicar la pertinente resolución" (apartado 3 y regla 3ª del 4), por lo que ha de entenderse que en estos supuestos es irrelevante el hecho de que hubiera recaído acuerdo de aprobación y que lo único trascendente es que se hubiere comunicado, a diferencia de lo que ocurre en los primeros, en que ha de estarse a la fecha del acuerdo, máxime si se tiene en cuenta el carácter restrictivo que impone a la interpretación la naturaleza irrenunciable de las normas de competencia y la excepcionalidad de la subrogación frente a las atribuciones primarias y genéricas de las Corporaciones Locales, sino también porque el Tribunal Supremo, tratando el tema con flexibilidad, establece que para que el administrado pueda entender precluido el plazo sin que la Corporación haya desenvuelto en él su obligada actividad deben haber transcurrido también los diez días hábiles -que en el caso que se contempla serían decisivos- que para la notificación establece el párrafo 2 del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo en las facultades municipales a petición de parte no acaece de forma automática por la mera presentación de la reclamación, sino a partir del momento en que tal facultad es reclamada por aquélla y de ello tiene conocimiento el Ayuntamiento, pudiendo éste, entre tanto, seguir actuando y resolver sobre la materia con validez y con la sola irregularidad de la extemporaneidad (Sentencia de 5 de Febrero de 1.979).

CONSIDERANDO: Que si bien la elaboración y aprobación de los Planes de Ordenación Urbana de la clase que sean se verifican a través de un procedimiento, esto es, a través de una serie o sucesión de actos regulados por el Derecho con aquella finalidad específica, por lo que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 1.975, cobran su valor cuando se enjuician como partes inseparables integrantes del todo unitario del proceso del Plan, no por ello dejan de existir en este procedimiento, como en los demás, distintas fases, reguladas en el Capítulo II del Título I de la vigente Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que se diferencian con los nombres de aprobación inicial, provisional y definitiva; y esto sentado, las fases de aprobación inicial y de aprobación provisional -que, como sus respectivos nombres indican, constituyen la iniciación del procedimiento, la primera, y la preparación o esquema del acto final o de aprobación definitiva, la otra-, suponen, como actos de iniciación o de preparación, actos de trámite, puesto que aún recibiendo el mismo apelativo de "aprobación", no constituyen actos de esta naturaleza con todo el contenido de potestades que ello significa, entre las cuales cobra especial importancia la naturaleza normativa de los actos de aprobación definitiva de Planes, que los somete al principio de jerarquía (Sentencias de 3 de Marzo y 20 de Octubre

de 1.980), por lo que aquéllas no son impugnables en vía jurisdiccional cuando otorgan la aprobación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 11.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 37.1 de la Ley Jurisdiccional, mientras que, por el contrario, cuando el acto administrativo, expreso o tácito, decide la no aprobación inicial o provisional del Plan, impidiendo la apertura del procedimiento o bloqueándolo, se está en presencia de un acto de trámite que impide su continuación, por lo que, en aplicación de los artículos citados, no existe obstáculo alguno objetivo para la admisibilidad del recurso correspondiente; por ello, la Jurisprudencia no ha puesto reparo a la admisión de las pretensiones deducidas contra actos negativos, expresos o presuntos, de aprobación inicial o provisional (Sentencias de 26 de Enero y 26 de Febrero de 1.979, 25 de Enero, 26 de Febrero, 13 de Marzo y 27 de Junio de 1.980), incluso en algún supuesto en que se otorgó la aprobación, pero con limitaciones tan importantes que equivalían a la negativa (Sentencias de 14 de Abril de 1.971 y 16 de Febrero de 1.974); pero sobre esta base de impugnabilidad de la denegación expresa o presunta de la aprobación inicial o provisional, hay que afirmar que esta decisión no es materia de la potestad discrecional del órgano administrativo, en este caso el Ayuntamiento, sino de índole reglada. (Sentencias de 14 de Abril de 1.971, 29 de Abril de 1.974 y 31 de Enero, 26 de Febrero y 13 de Marzo de 1.980), ya que la potestad de la Administración en materia de planificación urbanística no sólo ha de encontrar límites en el factor teleológico de que, al ser función pública, su meta es la satisfacción del interés colectivo preponderante, sino que, actualmente, ha de moverse dentro del ordenamiento, constituido por leyes y normas reglamentarias pertinente y por los Planes de rango superior, hasta el punto de que, en estas fases de aprobación inicial o provisional de un Plan redactado por un particular en virtud de la facultad que la Ley le atribuye (artículo 52 de la Ley del Suelo), este derecho no es denegable sino por motivos de estricta legalidad que afecten al mismo --Leyes Reglamentos y Planes de superior jerarquía--, pues, como enseña la Sentencia de 30 de Diciembre de 1.980, aquellos otros de oportunidad que tienen por fin modificaciones de mejora, deben ser objeto de los actos de aprobación definitiva, en virtud de lo que resulta del artículo 41.3 de la misma Ley; lo cual no implica la obligatoriedad para los Ayuntamientos de aprobar en todo caso y sin condiciones los Planes, sino sólo, como se deduce de las Sentencias de 14 de Abril y 18 de Noviembre de 1.971 y 15 de Noviembre de 1.976, el derecho de los promotores en orden a la prosecución y terminación del procedimiento, porque aunque las aprobaciones iniciales y provisionales son actos de trámite no por eso carece la Administración de otra alternativa que la de dar curso al Plan, pues, por el contrario, la propia significación del término "aprobación" revela que compete a la misma una calificación, en principio, del mismo, doctrina que permite que éste pueda ser rechazado por motivos de estricta legalidad insubsanables y apreciables ab initio, puesto que no puede darse por bueno o aceptar o consentir lo que desde el primer momento no deba merecer el asentamiento de la Corporación, sin posibilidad real de subsanación o mejora en el propio procedimiento antes de ser sometido a la aprobación final o definitiva; de todo lo cual se deduce que, como dice la Sentencia, ya citada, de 13 de Marzo de 1.980, cumpliéndose los requisitos formales exigidos y no existiendo contradicción con Planes de superior jerarquía la aprobación inicial no puede válidamente denegarse con apoyo en razones o criterios de oportunidad o conveniencia urbanística, cuya invocación y producción de efectos no corresponde a esta fase, establecida con un claro designio de impulsión del procedimiento; y esto como criterio superador de la dificultad que entraña la oposición dialéctica entre acto de trámite y acto de contenido sustancial que se plantea en la naturaleza de la llamada aprobación inicial, que si contemplada desde una perspectiva formal y procedimental constituye un acto de impulso, y así visto es un acto-trámite, desde la de su integración en el complejo sistema de elaboración de la planificación, que tiene como designio concretar y particularizar especialmente la normativa urbanística de la remisión que la Ley del Suelo hace el Plan, y puesto que implica para la corporación que ha de adoptarla la asunción de los criterios ordenadores propuestos en el proyecto, queda trascendida su

mera funcionalidad rituarial al poner en juego una primera y sustancial necesidad de valoración de los intereses urbanísticos que han de imperar en la ordenación final proyectada, así como la propia legalidad del Plan, y de su acomodación al planeamiento, que actúa como presupuesto al contenido de la decisión a tomar, pero siempre teniendo en cuenta que no cabe yugular prematuramente la iniciativa y actividad de planeamiento so pretexto de deficiencias cuya entidad y trascendencia deben ser calificadas por el órgano competente al dictar el acto definitivo con el contenido que corresponda, según previene el artículo 41.3 de la Ley del Suelo, desarrollado en el 132.3 del Reglamento de Planeamiento (Sentencia de 4 de Diciembre de 1.984).

CONSIDERANDO: Que la prueba pericial, practicada por tres arquitectos, evidencia profundas contradicciones, hasta el punto de que respecto al fundamental extremo de determinar la adecuación de las determinaciones del Plan Parcial a las previsiones urbanísticas y a las Normas Subsidiarias y Complementarias de Ciudadela, dos observan incumplimiento de ciertos extremos del Plan General, por cierto con alusiones a los artículos incumplidos, sin más especificaciones, y el tercero, por el contrario, expresa que, en general, existe tal adecuación y que las deficiencias detectadas pueden ser objeto de subsanación sin requerir modificación sustancial del planeamiento; todo lo cual lleva a estimar que no se aprecia la concurrencia en este trámite de aprobación inicial, con caracteres patentes e inequívocos, de vicios que pongan de manifiesto la absoluta inviabilidad formal o material del Plan y obliguen a cerrar el iter del procedimiento.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. M B R, en nombre de la entidad M M, S. A., contra los acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Ciudadela de 12 de Abril y 29 de Junio de 1.984, desestimatorio éste del recurso de reposición formulado contra el primero, que deniegan la aprobación inicial del Plan Especial de Infraestructura y Servicios de la finca Es P., debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos no son conformes a Derecho y, en consecuencia, los anulamos, así como que procede aprobar inicialmente dichos Planes por parte del citado Ayuntamiento, continuando el procedimiento legalmente establecido; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

154

154. IMPUESTO GENERAL TRAFICO DE EMPRESAS. Sujeción: prestación de servicios: agente distribuidor. Exención por doble imposición. Funciones liquidadoras de la Inspección. Seguridad jurídica: principio de "unidad de doctrina". Admisibilidad del recurso: "cuestión nueva" y "argumento nuevo". *Sentencia de 4 de Octubre de 1985.*

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-Administrativa 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 aquella 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, mientras que ante esta Jurisdicción se invoca, además, como causa de nulidad, la exención impositiva de sus operaciones mercantiles, la prescripción de parte de lo devengado en el periodo impositivo a que se extienda la liquidación, y 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 motivos nuevos en que fundamentarla, 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, tácito 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 motivos nuevos de la nulidad pretendida, 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 aquel 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, sin alterar el ámbito de los pronunciamientos previsibles y ponderables por el órgano o la autoridad llamados a decidir de modo definitivo.

Entrando, pues, en el examen de la 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 desentimatorio, 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 7 de Marzo de 1.984 (antecedente de hecho primero), el Inspector Jefe tenía atribuida como propia la competencia para dictarlo en el artículo 7º. 3. del Real Decreto 412/1982 de 12 de Febrero y si bien esta competencia la 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.

Es igualmente rechazable la causa de nulidad del acto impugnado basada en no estar la actividad del recurrente sujeta al impuesto 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 B. 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 B.S.A. el encargo de vender a los cliente el gas y los envases, que lo contienen al precio que oficialmente se fije, cobrando a los clientes su precio y entregándolo al comitente 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 3.314/1.956) vigente en el periodo 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.

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 (230/1.963 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.

En cambio, si es de aplicar a las operaciones realizadas por el recurrente durante el tiempo a que se extiende el periodo impositivo, la exención establecida en el artículo 34. 12 de tantas veces repetido Decreto 3314/1966, ya que supuesto —como ha quedado sentado anteriormente— que estas operaciones referidas al periodo 1 de Julio de 1.978 al 31 de Diciembre del mismo año, 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 B.S.A., y los usuarios del producto, estaban sujetos también durante

el año 1.978 al Impuesto sobre los Rendimientos de Trabajo Personal (Texto Refundido aprobado por Decreto 512/1.967 de 2 de Marzo), cuyo hecho imponible se origina por la obtención de rendimientos que se deriven directa o indirectamente de trabajos o servicios personales (artículo 3º a), como son los de suministro de Productos de B. 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, ya que la finalidad de esta exención es evitar la doble imposición.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. M B T contra el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo de Baleares de 27 de Septiembre de 1.984 que le desestimó reclamación girada a su cargo del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas por las comisiones recibidas de B. S. A. en el periodo impositivo 1º de Julio de 1.978 - 31 de Diciembre del mismo año, 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 periodo referido, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

155

155. PRECIO POR SERVICIOS MUNICIPALES.: ALCANTARILLADO Y DEPURACION. RECOGIDA DE BASURAS. Naturaleza tasas; diferenciación: "fiscales" y "de contraprestación": régimen jurídico. *Sentencia de 7 de octubre de 1985.*

La causa de inadmisibilidad aludida debe ser rechazada, pues si bien es cierto que, con infracción de lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley Jurisdiccional, no se consignan con la debida separación los hechos y los fundamentos de derecho, se citan las disposiciones legales en que se funda la pretensión (artículo 3º del Decreto-Ley 18/62, de 7 de Junio; artículo 2º, apartado 3º, de la Ley 30/80, de 21 de Junio; el artículo 155.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y el artículo 23 de la Ley General Tributaria), y estimar lo contrario significaría aferrarse a un literalismo que pugna abiertamente con el espíritu antiformalista que inspira la Ley Reguladora de la Jurisdicción; y así, ante estos preceptos, de carácter netamente formal, en cuanto dirigidos a la observancia de los requisitos y estructura predicables del escrito de demanda en que se formaliza la pretensión actora y se funda la instancia, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en numerosas y reiteradas sentencias, ha salvado el obstáculo procesal de la inadmisibilidad con base en una interpretación amplia, de signo antirituario y encaminada a ejercer la fiscalización sobre los actos y disposiciones impugnados, adecuándose así a la orientación expresa del legislador. plas-

mada en el Preámbulo de la referida Ley, entendiendo que una mínima apoyatura fáctica y de fundamentación jurídica, en unión del principio contenido en el aforismo *jura novit curia*, eran bastantes para tener por correctamente formalizada la demanda; y como reflejo de este insistente criterio jurisprudencial cabe aludir a la sentencia de 14 de Junio de 1.977, de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo, en la que se sienta el criterio o directriz de que basta con que se cumpla la condición funcional para la que están destinados los escritos de alegaciones, o sea, en expresión literal de dicha decisión judicial, señalar claramente el hecho de que se parte y el precepto o principio en que se apoya la pretensión que aparece concretada en el suplico de la demanda, por lo que si con estas indicaciones se puede formar juicio se cumple la exigencia de la Ley; tesis jurisprudencial que conduce a estimar que la demanda formalizada por la parte recurrente cumple con este *minimum processal* necesario e inexcusable, de tal manera que suministra base suficiente para poder pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa fiscalizada a que se contrae la tarea decisoria de esta rama jurisdiccional (Sentencia de 30 de Enero de 1.978); es decir, dichos requisitos formales no aparecen tan rigurosamente tipificados como para conferirles la categoría de formalidades *ad solemnitatem*, con implicación de nulidad absoluta, bastante con que se cumpla la condición fundamental para la que está destinada la demanda: la de señalar claramente, como sucede en el caso de autos, el hecho de que se parte y las disposiciones legales en que se apoya la pretensión.

En base a las normas generales establecidas en la Ley de Régimen Local (artículos 164 y siguientes del Texto Refundido, aprobado por Decreto de 24 de Junio de 1.955) y en los correspondientes artículos de su Reglamento de Servicios, promulgado por Decreto de 17 de Junio de 1.955 (artículos 45 y siguientes), determinados servicios como los de abastecimiento de agua, alcantarillado y recogida y aprovechamiento de basuras, pueden ser explotados directamente, municipalizándose por los Ayuntamientos, sin monopolio o con él, de igual manera que una vez municipalizado el servicio puede ser prestado por gestión directa, con o sin órgano especial de la Administración, en forma de Empresa privada o en régimen de Empresa mixta mediante participación de particulares en el capital, diferenciándose la primera de las formas de prestación de las otras dos en que a ella son totalmente de aplicación las normas del Derecho Administrativo, mientras que en las otras, al adoptarse la estructura de una sociedad mercantil, la Administración ha de actuar conforme a las disposiciones legales mercantiles y a las que se hacen constar en la escritura social (artículos 175, 176 y 177 de la Ley y 89 al 94 y 102 al 112 del Reglamento), pues la "mens legis" es distinta en uno y otro supuesto, ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1.982, siguiendo la doctrina de la de 19 de Abril de 1.979, la elección de esta técnica de la sociedad mercantil no es fruto de un arbitrio de la Administración y del legislador, sino resultado de un cálculo muy consciente para agilizar la funcionalidad de ciertos servicios, liberándolos de las rigideces de los principios presupuestarios, de los métodos selectivos del personal y de las trabas del procedimiento administrativo, pero sobre todo para establecer una limitación en los riesgos, no comprometiendo el patrimonio de la Administración sino en cuantía limitada -la mitad del capital social en la forma de Empresa privada o la cuantía de la aportada por la Corporación a la Sociedad en la empresa mixta- a tenor de lo establecido en los artículos 175.2 y 177 de la Ley y concordantes del Reglamento.

Como consecuencia de dicho distinto régimen jurídico de una y de otras formas de prestación del servicio público, si bien la Administración dispone en ambas del "poder tarifario", es decir, de la facultad de establecer el precio o tarifa de la prestación del servicio, cuya actuación en este sentido es esencialmente pública y sometida al Derecho Administrativo (Sentencia de 3 de Abril de 1.979), por lo que en este aspecto pueden ser asimilados a las tasas, sin embargo, la prestación del servicio con arreglo a las formas de Derecho pri-

vado y, en especial, por Sociedad privada municipal, otorga a las tarifas el carácter de precio o merced, sometidos a las prescripciones civiles o mercantiles (artículo 155.2 del Reglamento de Servicios), con la obligada consecuencia de pérdida del privilegio de un procedimiento especial -apremio sobre el patrimonio- de que dispone en general la Administración pública para el cobro de las deudas que tienen un carácter contributivo o fiscal; y en este sentido hay que interpretar la diferenciación entre tasas fiscales y tasas de contraprestación a que se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1.970 y 1º de Marzo de 1.980, ya que estas tasas de contraprestación no pueden estimarse como tributos a los efectos del artículo 26.1.a) de la Ley General Tributaria (230/63, de 28 de Octubre), pues no son "cantidades que como ingresos de Derecho Público deban percibir las Entidades Locales" (artículos 3.1. c) del Reglamento General de Recaudación aprobado por Decreto 3.154/68 de 14 de Noviembre).

En contra de tal conclusión no es atendible el argumento basado en que el servicio en cuestión se presta con monopolio, aunque sea en régimen de Empresa privada, por lo que su contraprestación debe ser considerada tributo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 155.3 del Reglamento de Servicios antes citado, pues si bien es cierto que este precepto expresa literalmente y con aparente contradicción con el número anterior, que "cualesquiera que sea la forma de prestación, tendrán no obstante carácter de tasa las tarifas correspondientes a los servicios monopolizados", esta expresión debe ser entendida en el sentido de que, en estos casos y como se dijo antes, conserva la Administración su potestad tarifaria, pero no en el de que los servicios monopolizados engendran siempre tasas fiscales, pues estimarlo así, no sólo haría este precepto contradictorio con el precepto del número anterior, referido a la prestación del servicio con arreglo a las formas de derecho privado, sino que, además, entrañaría su derogación por el artículo 14 del Decreto 3250/76, de 30 de Diciembre, de puesta en vigor de determinadas disposiciones de la Ley 41/1.975 de Bases del Estatuto de Régimen Local, pues este último precepto, con toda la claridad que le falta al cuestionado y sin distinguir entre sistema de monopolio o de libre concurrencia, expresa que tendrán la consideración de renta o precio los productos de las tasas correspondientes a los servicios prestados con arreglo a formas de Derecho privado y, en especial, por sociedad privada municipal, arrendamiento o concierto.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. M.B.R., en nombre del Banco de E., contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares de 24 de Mayo de 1.984, que se declara incompetente para el conocimiento de la reclamación tendente a la devolución de 49.567 pesetas pagadas por los conceptos de "Alcantarillado y Depuración" y "Recogida de Basuras", debemos declarar y declaramos que tal acto administrativo se ajusta a Derecho: sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

167. SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Incumplimiento de Leyes Sociales. Obstrucción: no puede considerarse como tal la simple negativa a prestar declaración en todo aquello que pueda perjudicarle y hacerle responsable de una infracción administrativa. Multa: proporcionalidad. Criterio discrecional de la Administración, dentro de los límites establecidos por la normativa aplicable. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que la ausencia de una normativa general que regule la potestad sancionadora de la Administración no supone que se pueda prescindir de los principios que rigen el ejercicio de toda facultad represiva del Estado, como son el de legalidad, el carácter típico del injusto, la concurrencia del elemento culpabilista y la prueba de la realidad de la conducta reprochable, aplicables con las peculiaridades y adecuaciones, propias del ámbito del ilícito administrativo, como proclaman los artículos 24.2 y 25 de la Constitución; pues bien, en manera alguna puede estimarse como obstrucción punible a la labor Inspectora la simple negativa, por parte del inspeccionado y en relación a los hechos que se le imputan, a prestar declaración en todo aquello que pueda perjudicarle y hacerle responsable de una infracción administrativa, lo que está claramente especificado en nuestro Texto Fundamental respecto al procedimiento criminal -todos tienen derecho, dice, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables-, pero que debe aplicarse aunque se esté en la esfera administrativa, que también 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, cuyo respeto legitima la imposición de sanciones; por todo lo que debe declararse que las resoluciones que imponen la sanción de 35.000 pesetas de multa no son conformes a Derecho.

CONSIDERANDO: Que como la resolución de 5 de Diciembre de 1.983 declara la inadmisibilidad del recurso de alzada, el carácter de impugnabilidad no se extiende, en principio, al acto primitivo de la Administración, que al no haber sido objeto de resolución decisoria de signo positivo o negativo en la alzada no puede traerse a debate judicial, en el que solamente cabe resolver sobre la legalidad o ilegalidad del contenido del acto dictado en virtud de tal recurso administrativo, que, en este caso, no fue ni confirmatorio ni anulatorio del recurrido administrativamente, sino que, absteniéndose de resolver sobre el fondo, se limitó a declarar la inadmisión de dicho recurso de alzada; por lo que, si esta Jurisdicción confirmase la expresada inadmisibilidad es evidente que el acto primero ganará firmeza; pero si este Tribunal declara la ilegalidad y anula, por tanto, la resolución administrativa que, absteniéndose de entrar a resolver sobre la cuestión de derecho material que motivó dicho recurso, se limitó a declarar ésta inadmisibile, entonces la revocación de dicha inadmisión deja jurídicamente expedita la vía a la Administración para entrar a conocer y resolver sobre las cuestiones de fondo; debiendo, en consecuencia, remitirse los expedientes administrativos a la Dirección General para que decida sobre los problemas de fondo

que en aquél se plantea, por cuanto no es admisible que la Jurisdicción, sustituyendo o subrogándose en funciones que sólo competen a la Administración, decida sobre las cuestiones en que rehuýó entrar, pues de este modo extendería aquélla en forma no justificada su función revisora, como reiteradamente ha apreciado la jurisprudencia (Sentencias, a vía de ejemplo, de 11 de Marzo de 1.970, 4 de Abril de 1.972, 14 de Febrero de 1.973, 4 de Mayo de 1.974 y 26 de Mayo de 1.975); pero esto, y por ello hemos empleado la frase en principio, salvo en los casos en que de las actuaciones administrativas se deduzca la patente inutilidad de otra resolución administrativa, por evidenciarse la postura del órgano superior en el sentido de confirmar la resolución objeto del recurso de alzada, casos en los que, y por obvias razones de economía procesal, el Tribunal puede y debe entrar a conocer del fondo del asunto, como sucedería en el supuesto que se contempla, pues la resolución superior, no obstante la repetida declaración de inadmisibilidad, se extiende en consideraciones, a "efectos dialécticos", en la línea de confirmar la resolución recurrida; es decir, si la Sala declara ilegal la inadmisión debe pronunciarse sobre el fondo del asunto.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la inadmisibilidad decretada por dicha resolución no ignora la Sala la existencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1.981 -citada machaconamente por numerosas resoluciones de la Dirección General, pese a la existencia de otras muchas del mismo Alto Tribunal que sostienen la doctrina contraria-, que sustenta la tesis de que no son admisibles los recursos de alzada en el procedimiento especial administrativo par la liquidación y sanciones respecto a cuotas de la Seguridad Social cuando no se cumple el requisito del depósito previo establecido en el artículo 34 del Decreto 1860/1.975, de 10 de Julio, regulador del procedimiento administrativo para imposición de sanciones por infracción de Leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social; pero también es consciente de que esta cuestión ha sido abordada y resuelta por el propio Tribunal Supremo en diferentes y numerosas sentencias, escalonadas reiteradamente en los últimos años, a partir de las de 15 y 25 de Junio de 1.976 y 29 de Septiembre de 1.977, esta última recogiendo la doctrina jurisprudencial que no exige tal requisito para el acceso a la vía judicial si no viene establecido por norma con rango legal, surgida tras la reforma introducida en la Ley reguladora de esta Jurisdicción por Ley de 17 de Marzo de 1.973, y seguidas por las de 3 de Abril de 1.979 y 25 de Enero y 22 de Marzo de 1.982, en sentido totalmente contrario al mantenido por la Administración, por cuanto se ha declarado de forma categórica que el requisito de precio pago o depósitos sólo constituye presupuesto del recurso contencioso-administrativo y de los recursos estrictamente administrativos cuando lo exige una norma con rango de Ley formal; y como, por lo que respecta al presente caso, no existe precepto de aquélla naturaleza que establezca para la admisibilidad del recurso de alzada el previo depósito o pago, pues en ninguna de las Leyes de la Seguridad Social se contiene tal exigencia, resulta de todo ello la imposibilidad de aplicar la norma del artículo 34 del Decreto 1860/75 citado, al no tener habilitación legal previa; razonamiento qu conduce a la declaración de nulidad, por contraria a Derecho, de la resolución de alzada, y, habida cuenta de lo establecido en el Considerando anterior, de que procede entrar a conocer del fondo del asunto.

CONSIDERANDO: Que ha de estimarse acreditado que el trabajador D. J.G.M. trabajó para el empresario D. B.R.C., el hoy recurrente, sin que éste lo comunicara al Instituto Nacional de la Seguridad Social, por lo que se ha cometido la infracción determinante de la sanción de 80.000 pesetas de multa, que, en consecuencia, se confirma; y ello no sólo por las manifestaciones del Inspector en relación con las comprobaciones realizadas a través del Ayuntamiento y de la Guardia Civil de V., sino también por las del propio sancionado, que al interponer recurso de alzada solicita que "se sirva rebajar la calificación de la sanción al partado mínimo", ya que "para la calificación de las faltas debe tenerse en cuenta el número de trabajadores afectados, perjuicio producido a los mismos, importancia

económica de la Empresa, repercusión social y conducta observada por la misma”.

CONSIDERANDO: Que corresponde a esta Jurisdicción dilucidar si la Administración infringió el principio de la proporcionalidad que regula la relación entre la infracción cometida y la sanción impuesta, sin quedar sometida a cualesquiera criterios empleados, cuando para la graduación de la responsabilidad y la determinación de las sanciones deben tenerse en cuenta circunstancias constitutivas de conceptos jurídicos indeterminados, que, por serlo, pueden ser objeto de revisión judicial; y que ha de estimarse que tal principio ha sido cumplido y que sustituir la sanción por otra de menos cuantía sólo supondría cambiar el criterio de la Administración por el del sancionado, sin la existencia de base para ello; aparte de que no es posible negar a la Administración la facultad de aplicar discrecionalmente la sanción dentro de los límites que la Ley señala y sin notoria infracción de los elementos legales previstos para graduarla, o, naturalmente, cuando estos no se hagan constar legalmente.

FALLAMOS: Que el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado D. A. V. N., en nombre y representación de D. B. E. C., que dió lugar a los autos número 4, debemos declarar y declaramos: 1º) Que la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de Baleares de 26 de Septiembre de 1.983, que impone al recurrente una multa de 35.000 pesetas por obstrucción a la labora inspectora, y la de la Dirección General de Trabajo de 24 de Febrero de 1.984, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra aquélla, no se ajustan a Derecho y, en consecuencia, deben ser anuladas; 2º) Que las resoluciones de la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social de 5 de Diciembre de 1.983, que declara inadmisibile el recurso de alzada formulado, y de 13 de Abril de 1.984, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra aquélla, no son conformes al ordenamiento jurídico y deben ser anuladas; 3º) Que la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de Baleares de 27 de Septiembre de 1.983, que impone al hoy recurrente una multa de 80.000 pesetas por falta de alta a la Seguridad Social de un trabajador, se ajusta a Derecho; y 4º) Que no procede hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

172

172. INFRACCION DE CONTRABANDO. Concepto de importación. Régimen infracciones administrativas: principios del Derecho Penal. Culpabilidad. *Sentencia de 23 de Octubre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares de 29 de Marzo de 1.984, que desestima la reclamación formulada por Doña S.M. y confir-

ma la sanción de 150.000 pesetas que le fue impuesta por la Administración de Aduanas e Impuestos Especiales de esta Provincia, así como la declaración de comiso de los géneros objeto de la infracción.

CONSIDERANDO: Que la litis plantea la cuestión de la valoración jurídica de unos hechos admitidos, consistentes en que la hoy recurrente introdujo, en régimen de importación temporal y con destino a su embarcación de recreo "S.S.", unos instrumentos de navegación, que fueron incorporados al permiso que, en régimen igualmente de importación temporal, disfrutaba, hasta el 14 de Enero de 1.984, dicho barco; y el 18 de Agosto de 1.983 la Inspección de Aduanas extendió acta de aprehensión de tales instrumentos fuera del recinto de la Aduana de Palma de Mallorca, en las proximidades de la salida del Club de Mar, en el automóvil PM, propiedad de su empleado D. A. A., en donde iban a ser trasladados al domicilio de éste hasta el regreso de un crucero, en que se llevarían de nuevo al yate, todo ello motivado a que se hallaban pendientes de instalación, ocupaban parte de un camarote y son muy delicados para guardarlos en el almacén de la embarcación.

CONSIDERANDO: Que la resolución impugnada admite estos hechos, expresando que "con independencia de la falta de malicia y sin manifiesta intencionalidad, que este Tribunal no tiene reparos en admitir...", con lo que, y no cabe otra interpretación de la frase, llega a una responsabilidad objetiva, es decir, a la automática aplicación de los preceptos sancionadores de la conducta de los que "importaren o exportaren géneros de lícito comercio sin presentarlos para su despacho en las oficinas de Aduanas" (artículo 1º, 1.1º de la Ley Orgánica 7/82, de 13 de Julio), entendiéndose por importación, de acuerdo con el artículo 3º, 1. A) del Texto Refundido de los Impuestos integrantes de la Renta de Aduanas, aprobado por Decreto 511/77, de 18 de Febrero, "la entrada definitiva o temporal de mercancías en territorio aduanero, cualquiera que sea el fin a que se destinen"; conclusión ("la falta de malicia y de intencionalidad"), a la que también llega la Sala a través de las actuaciones administrativas: disposición de la denunciada a que la fuerza entrase en el barco para que pudiese comprobar los trabajos realizados para la instalación de los aparatos, manifestación del marinero, vicisitudes de la compra de los instrumentos, gestiones y trabajos para su instalación y forma en que se realizó su salida de la embarcación; ausencia de intención que, naturalmente, no hay que referir a un específico ánimo defraudatorio -innecesario para la existencia de la infracción (Sentencia de 18 de Septiembre de 1.982)- sino, al de importar, es decir, introducir mercancías en el país, cualquier que sea el fin a que se destinaren, aunque no el de la introducción, que deber ser contrario al bien jurídico protegido, y que en manera alguna, salvo forzando la interpretación a la luz de un automatismo propio de un derecho primario y arcaico, apoyado en la ausencia de una regulación legal del derecho administrativo sancionador o en la sumariedad de los preceptos legales que atribuyen poderes sancionadores a la Administración, y que ha sido corregida por una resuelta doctrina jurisprudencial, que de ningún modo, repetimos, puede verse afectado por el depósito temporal de tales mercancías hasta su instalación en el barco, cumpliendo así su destino, su afectación, al que nunca se sustrajeron.

CONSIDERANDO: Que aquella ausencia de legislación de una parte general de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna legal que ha de interpretarse necesariamente con las técnicas del Derecho penal ordinario, como ha establecido reiteradamente el Tribunal Supremo, que advierte que en materia sancionadora o correctora, aunque se produzca en la esfera administrativa, la valoración de los hechos e interpretación de las normas se 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 que ha de tener en cuenta la resolución sancionadora, aunque se trate del orden administrativo, tales como que la acción ha de ser típica o prevista y descrita como tal norma jurídica anterior, antijurídica y culpable o atribuible al autor por dolo o culpa, en tanto que, por lo que respecta a este último elemento, son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley en cuanto se ejecutan con malicia -aunque esta nota de voluntariedad del artículo 1º del Código penal alcanza igual a las infracciones culposas, es decir, a las que se hayan realizado sin la debida diligencia-, sin cuyo requisito esencial pierden el carácter criminoso por falta de su condición interna y más esencial; con lo que, por otra parte, como dice la sentencia de 13 de Octubre de 1.978, al implicar ésta el elemento subjetivo de la infracción -culpabilidad-, exige un previo dato intelectual, pues la voluntad sólo puede proyectarse sobre aquellos datos que previamente han sido conocidos, de donde se deriva que el error, al excluir el conocimiento de un dato, puede tener virtualidad suficiente para eliminar la voluntariedad, siempre que aquél pueda estimarse como una creencia o ignorancia que tenga una base racional, y todavía teniendo en cuenta que debe prevalecer, por aplicación del principio in dubio pro reo, la postura más favorable al inculpado en los casos en que exista una duda respecto al repetido requisito de la voluntariedad; y ésta no hay que entenderla referida a la realización por el sujeto de cualquier acción querida, sino de una acción antijurídica y punible, sabiendo que algo está prohibido y que, pese a ello, lo realice o deje de observar aquel especial deber mediante cuya lesión se realiza el tipo, penal o administrativo, lo que, como queda expresado, niega expresamente el acto administrativo impugnado.

CONSIDERANDO: Que para llegar a esta conclusión exculpatoria ni siquiera se requiere la extensión a esta materia de los principios imperantes en Derecho penal, más predecible aún en ese caso, pues no existe fundamento alguno para diferenciar las infracciones de contrabando de los delitos y faltas tipificados en el Código penal -ni, por supuesto, con otras de distinta naturaleza que permita sancionarlas incluso faltando la voluntariedad- (Sentencia de 13 de Octubre de 1.978), pues el artículo 4º de la antigua Ley de Contrabando de 16 de Julio de 1.964 reproducía, mutatis mutandis, los dos primeros párrafos del artículo 1º del Código Penal: "son infracciones de contrabando las acciones u omisiones voluntarias tipificadas como tales en esta Ley. Los actos u omisiones constitutivos de infracción de contrabando se reputarán voluntarios, salvo prueba en contrario", y la actual de 13 de Julio de 1.982 establece en su artículo 9º que "en lo no previsto en el presente título se aplicará supletoriamente el Código penal", que en la actual redacción (Ley 8/83, de 25 de Junio) sustituye la palabra "voluntarias" por la expresión "dolosos o culposos", para resolver, como dice la exposición de motivos que la precede, "la equivocidad de la referencia a la voluntariedad" y "sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones"; y aunque aquel precepto se refiere a los Delitos de Contrabando, y explícitamente, pues, no se invoque como derecho supletorio respecto de las Infracciones Administrativas de Contrabando el Código penal, al que tampoco se alude, en el artículo 17, que se refiere solamente a las disposiciones reguladoras del procedimiento administrativo y de las reclamaciones económico-administrativas, no cabe duda de que siendo presupuesto sustantivo de la calificación contenida en el artículo 12 las definiciones de conducta enumeradas en el 1º, y careciendo de toda configuración de los elementos subjetivos integrantes de los tipos diversos que en él se relacionan en el resto de la normativa de la Ley Orgánica 7/82 y en el derecho supletorio mencionado en su artículo 17, ha de recurrirse invariablemente a la redacción del artículo 1º del Código como derecho supletorio de segundo grado en lo atinente a las infracciones administrativas de contrabando, como lo es en primer grado para los delitos por disposición expresa de su artículo 9º (Sentencia de 14 de Febrero de 1.984); por todo lo que, de acuerdo con el repetido artículo 1º del Código, para que pueda hablarse de infracción dolosa es necesario que en el momento de realizar la acción el agente conozca y quiera un resultado antijurídico y

piense que realiza actos suficientes para obtener ese resultado, lo que equivale a decir, simplemente, que el sujeto activo ha de querer realizar un acto punible, tipificado por la Ley como infracción; y a esta configuración no es, en absoluto, ajeno el Real Decreto 971/83, de 16 de Febrero, que desarrolla el Título II de la Ley Orgánica de 13 de Julio de 1.982: Infracciones Administrativas, el cual en sus artículos 1º y 4º se refiere a “la ocultación o sustracción dolosa...”, a la presunción de “intención dolosa si las mercancías se encuentran contenidas en dobles fondos, espacios disimulados o en circunstancias que racionalmente supongan ese ánimo doloso”, y a “la concurrencia de circunstancias que indiquen un aumento o disminución del grado de malicia” o que “indiquen una disminución del grado de malicia”, para la graduación de las sanciones.

CONSIDERANDO: Que por ser la indemnización de daños y perjuicios elemento constitutivo de la especie concreta de pretensión tendente, a obtener como secuela de la anulación del acto el restablecimiento de la situación jurídica individualizada, los artículos 42 y 84 c) de la Ley Jurisdiccional la autoriza aún cuando no pueda determinarse su cuantía hasta la ejecución de sentencia, siempre que, naturalmente, se acredite haber sido causados, lo que en el presente caso ni siquiera se intentó, hasta el punto de que no se formuló petición de recibimiento a prueba.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. M B R, en nombre de Doña S H, contra el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares de 29 de Marzo de 1.984, que desestima la reclamación formulada contra la sanción de 150.000 pesetas de multa impuesta por la Administración de Aduanas e Impuestos Especiales de esta Provincia, así como contra la declaración de comiso de los géneros objeto de la infracción administrativa de contrabando, debemos declarar y declaramos que el acto administrativo impugnado no es conforme a Derecho y, por ende, lo anulamos, con devolución de los géneros aprehendidos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa)

174

174. URBANISMO. Comisión Provincial de Urbanismo: sus facultades a la hora de aprobar definitivamente los Planes de Urbanismo son amplias para examinar el proyecto del Plan en todos sus aspectos. Carácter claramente subsanable de las deficiencias detectadas. *Sentencia de 28 de Octubre de 1985.*

CONSIDERANDO: Que el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de U. y P. de C., tiene por objeto el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 6 de Octubre de 1.983 que, en relación

a recurso de alzada interpuesto por el Ayuntamiento de Calviá contra anterior Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de 23 de Septiembre de 1.982, que aprobó definitivamente la adaptación y modificación del Plan General de Calviá, introduciendo una serie de prescripciones modificatorias del Plan aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento, decidió estimar parcialmente dicho recurso de alzada, aceptando algunas de las alegaciones de la Corporación y manteniendo en todo su vigor las restantes prescripciones.

CONSIDERANDO: Que como quiera que la recurrente en su demanda basa su pretensión de anulación del acto impugnado en la incompetencia del órgano por haber atribuido facultades que corresponden al Ayuntamiento y en la vulneración del artículo 41 de la Ley del Suelo por cuanto no procedía a su entender la aprobación definitiva, sino la devolución del expediente al Ayuntamiento para subsanación de deficiencias, procede, por razones de prelación procesal explicadas claramente por una muy conocida Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuya cita sería ociosa, comenzar por el examen de la primera, al constituir una causa de nulidad de pleno derecho, a tenor del artículo 48.1 al de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958; y sobre ella, no hacen falta muchos esfuerzos dialécticos para rechazarla, pues a tenor del artículo 35.1. d) de la Ley del Suelo (Texto Refundido promulgado por Real Decreto 1346/76 de 9 de Abril), corresponde a las Comisiones Provinciales de Urbanismo la competencia para aprobar definitivamente los Planes, Programas de Actuación Urbanística y Normas complementarias y Subsidiarias del Planeamiento y la de los Proyectos de Urbanización y siendo el Consejo de Gobierno el superior jerárquico de aquella Comisión, es obvia su competencia para resolver los recursos de alzada interpuestos contra sus resoluciones, puesto que no ponen fin a la vía administrativa (artículo 122.1 de la citada Ley de procedimiento Administrativo).

CONSIDERANDO: Que como resulta de lo expresado en el artículo 41.2 y 3. de la Ley del Suelo, Texto Refundido promulgado por Real Decreto 1346/76 de 9 de Abril, ha sido desarrollado en el artículo 132 de su Reglamento de Planeamiento promulgado por Real Decreto 2159/78 de 23 de Junio para los Planes como el que nos ocupa e interpretado por la doctrina legal del Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, más antiguas, de 7 de Abril y 11 de Noviembre de 1.981, 26 de Enero, 20 de Abril y 7 de Mayo de 1.982 y 4 de Julio y 25 de Octubre de 1.983), la aprobación definitiva de un Plan es el acto resolutorio que culmina el procedimiento de formación de planes de ordenación urbana, a través del cual la autoridad u organismo decidente —en virtud de facultades propias— ejerce un doble control: el primero, el de legalidad, referido a comprobar si el Plan propuesto se ajusta al Ordenamiento Urbanístico (Ley, Reglamento, Plan General, Ordenanzas, etc.), tanto en su aspecto propiamente jurídico formal y material, como en su aspecto técnico urbanístico y el segundo, el de oportunidad, para garantizar una necesaria coordinación del obrar local con las resoluciones exigibles, por razón de coherencia con el obrar de otras Administraciones Territoriales (obras públicas, etc.) e inclusión de la conveniente inserción del modelo propuesto en otro de mayor ámbito territorial; razones por las que la Jurisprudencia citada y la que la precedió (S.S. de 8 de Junio de 1.978, 23 de Septiembre de 1.977, etc.), ha declarado que el órgano que decide la aprobación definitiva está facultado para examinar el proyecto del Plan en todos sus aspectos y decidir en consecuencia, esto es, sin restricción alguna, en cuanto ha de ponderar las razones de legalidad comunes a todo procedimiento administrativo, aparte de las singularidades y específicas de la normativa urbanística.

CONSIDERANDO: Que, por ello, el artículo 41.3 de la Ley del Suelo al contemplar la posibilidad de introducir modificaciones en los Proyectos por deficiencias de orden técnico o la de relevar de hacerlo por la escasa importancia de las rectificaciones, faculta indudablemente a la Administración decidente de la aprobación definitiva, no sólo a decidir en-

tre la decisión aprobatoria pura y simple, o la de tajante denegación, sino también a adoptar posturas intermedias de aprobación de proyectos condicionada a la subsanación de deficiencias y de suspensión de la aprobación definitiva para que se subsanen por la Entidad que hubiera otorgado la aprobación provisional; sometiendo o no, de nuevo, a información pública; opciones éstas, detalladas en el artículo 132.3. del Reglamento de Planeamiento citado, que no puede escoger arbitrariamente el órgano, sino que han de ser acoradas atendiendo exclusivamente a la legalidad urbanística vigente (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Abril y 25 de Noviembre de 1.981), que determinará si las deficiencias son insubsanables para denegar la aprobación o subsanables, en cuyo caso ha de distinguirse entre las esenciales y las no esenciales, para decidir si ha de retrotraerse o no el expediente al trámite de información pública (Sentencias de 4 de Junio de 1.979, 2 de Marzo y 11 de Noviembre de 1.981, 21 de Octubre de 1.982 y 25 de Octubre de 1.983), pues denegar la aprobación definitiva para que se inicie de nuevo el expediente de formación y aprobación de un Plan en base a deficiencias subsanables, como retrotraerlo inútilmente a la fase de información pública por deficiencias subsanables no esenciales, es contrario al Ordenamiento, ya que supondría —como dicen las Sentencias de 2 de Marzo y 22 de Octubre de 1.981— un total desconocimiento del artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1.958 que, como es sabido, consagra el principio de economía procedimental.

CONSIDERANDO: Que aplicando dicha doctrina al supuesto que nos ocupa, se evidencia la procedencia de rechazar igualmente el segundo motivo de impugnación, pues no sólo el recurrente no ha practicado prueba alguna encaminada a la certeza de que las deficiencias a cuya subsanación se condicionó por el acto impugnado la aprobación definitiva son esenciales e insubsanables como le correspondía a tenor de los principios generales de la carga de la prueba establecidos en el artículo 1.214 del Código Civil y a tenor del principio del orden administrativo del “favor actis”, sino que, además, la lectura del Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo a los folios 1 y siguientes del expediente y la de las alegaciones del recurso de alzada del Ayuntamiento, en su relación con las que el acto impugnado acepta y no acepta, nos hacen estimar por el simple sentido común, que se trata de deficiencias subsanables y no esenciales, al consistir en rectificaciones de naturaleza técnica que no comportan alteración sustancial del Plan aprobado provisionalmente.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de U. y P. de C. contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 6 de Octubre de 1.983, que estimó parcialmente recurso de alzada formulado por el Ayuntamiento de Calviá en relación a aprobación definitiva de adaptación y modificación del Plan General de su término municipal, debemos declarar y declaramos dicho acto administrativo conforme con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia lo confirmamos, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en el proceso. Notifiquen esta Sentencia, además de a las partes, al citado Ayuntamiento. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

182. JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

Estudio de la línea divisoria entre su competencia, respecto de la atribuida a la Jurisdicción Laboral. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Basta con la lectura de los antecedentes de hecho señalados en ordenales 1º, 2º y 3º, para la estimación de la causa de inadmisibilidad del recurso en base al artículo 82, letra a) de la Ley reguladora, al haberse interpuesto ante un Tribunal que carece de Jurisdicción, pues en ellos se pone de manifiesto que la relación jurídica que ligaba al recurrente con la Administración General de Estado y en la que después se debía subrogar la comunidad Autónoma de Baleares, no es "una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho administrativo", en palabras del artículo 1º del Decreto 315/1.964 de 7 de Febrero que aprueba la Ley articulada de Funcionarios civiles del Estado (Ley 109/63 de 20 de Julio, de Bases) y que repite el artículo 23.1. del Decreto 3046/77 de 6 de Octubre de Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local (Ley 41/1.975 de 19 de Noviembre), sino la relación con la Administración Civil del Estado o con las Administraciones locales a que se refiere el artículo 7. 1. de la primera y 25. 2. de la segunda, es decir, relación contractual, con arreglo a la legislación laboral y como tiene declarado reiteradamente la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 27 de Enero de 1.977, 25 de Septiembre de 1.982 y 11 de Abril de 1.984), la línea divisoria entre la competencia atribuida a la Jurisdicción laboral y la que corresponde a la Administración y en consecuencia a esta Jurisdicción revisora de ella, en materias relacionadas con la aplicación de la legislación social, está perfectamente trazada y definida en preceptos tan fundamentales como el artículo 2. a) de la Ley Jurisdiccional y el artículo 1º de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Refundido aprobado por Decreto 2381/1.973 de 17 de Agosto), ya que el primero de ellos excluye del ámbito de lo Contencioso-Administrativo las cuestiones que aun relacionadas con actos de la Administración, se atribuyan por una Ley a la Jurisdicción social y se atrae a esta, por virtud del segundo, los conflictos individuales que se promuevan en la rama social del Derecho, entendiéndose por tales, según el párrafo 1º, todos aquellos que se produzcan entre trabajadores y empresarios como consecuencia del contrato de trabajo, considerándose empresarios el Estado, las Diputaciones y los Ayuntamientos y por consiguiente, hoy día, también las Comunidades Autónomas.

La apreciación de su falta de Jurisdicción impide a esta Sala el examen de las demás cuestiones planteadas en el litigio, sin que, por otra parte, se aprecien méritos para hacer una expresa declaración sobre las costas causadas.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos inadmisibile por falta de Jurisdicción de esta Sala, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. M B A, contra la denegación presunta por silencio del Presidente de la Comunidad Autónoma de Baleares, de la petición que le dirigió en 5 de Abril de 1.984 de ser nombrado Auxiliar en la Con-

sejería de Presidencia de aquella Comunidad, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en el recurso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo)

192

192. REFUGIADOS POLITICOS. Estudio de la normativa legal española aplicable. Apátridas. Distinción de la autorización administrativa de permanencia o residencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1985.*

Entrando ya, pues, en el examen de la cuestión de fondo, restringida a tenor de su suplico, a si los interesados tienen o no derecho a que se reanuden las actuaciones administrativas encaminadas a concederles o denegarles la petición dirigida al Gobierno Civil, hay que partir, para resolverla, del contenido del artículo 13. 4. de la Constitución española que remite a la Ley los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España, recogiendo así los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1.948, artículos 13 y 14, y si bien este derecho de asilo, en lo que se refiere a los refugiados políticos fue contemplado en la Orden de 16 de Mayo de 1.979, que en concordancia con el Instrumento de adhesión de España de 22 de Julio de 1.978 a la Convención sobre el Estatuto de Refugiados hecha en Ginebra el día 28 de Julio de 1.951 y con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Nueva York el 31 de Enero de 1.967 (Boletín Oficial del Estado de 21 de Octubre de 1.978), contenía la regulación provisional del reconocimiento de la condición de refugiado en España, no ocurrió lo mismo en lo que se refiere a los apátridas, cuya condición pedían los recurrentes les fuera reconocida, ya que no sólo deben considerarse como tales los que carecen de nacionalidad de origen, sino también los que aún teniéndola no la pueden acreditar, por negativa del país del que eran o son nacionales a otorgarles los documentos acreditativos de ella, por la razón de que al promulgarse la Constitución regía el Decreto 522/74 de 14 de Febrero, cuyo artículo 13, que hoy día ha sido reproducido casi literalmente por el 22 de la Ley Orgánica 7/1.985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, contemplaba ya ambos supuestos al decir que cuando se presente algún extranjero en la Dirección General de Seguridad o en cualquiera de sus dependencias, manifestando que desea ser documentado para permanecer en España o para salir de ella, por carecer de documentación propia y no poderla obtener en la representación de su país, después de practicada la correspondiente información, dicha Dirección General expedirá a su favor cédula de inscripción o título de viaje si fuera procedente.

La claridad de este precepto, cuyo fin único es el de proporcionar documentación a quienes no siendo españoles carecen de ella, por lo que no implica que su otorgamiento incluya para los extranjeros que la obtengan los permisos de permanencia o de residencia regulados en general para todos los no españoles en los siguientes artículos del Decreto, puesto que los extranjeros acogidos al artículo 13, podrán también obtener aquellos permisos o autorizaciones en las condiciones establecidas para los demás, estampándose los permisos de permanencia en el título de viaje o cédula de inscripción concedidos en aplicación de este artículo (artículo 23), evidencia que para obtener la documentación de apátrida del artículo 13, bien para intentar permanecer, bien para salir, sólo debe ser acreditado por los medios admitidos en Derecho, la concurrencia de los dos requisitos de carecer de documentación, en cuya expresión hay que entender documentación de validez legal y no poderla obtener en la representación de su país, debiéndose comprender en esta otra expresión, su país de origen o la carencia de nacionalidad de origen, sin que se puedan ampliar a la exigencia de más requisitos o de otras condiciones, pues como dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Mayo y 3 de Noviembre de 1.981, el respeto a la configuración del derecho de los extranjeros establecido en el artículo 13 de la Constitución como fundamental al estar integrado en su Título I, simple emanación, por propia naturaleza de la dignidad humana y necesario para el libre desarrollo de la personalidad, como proclama el artículo 10 de ella, respuesta y efecto del fundamental principio de no discriminación sea cual fuere la condición o circunstancia personal o social de los individuos -artículo 14- imponen en la legítima acotación de su ejercicio y más aún en su limitación y privación, unos criterios interpretadores restrictivos, lo que determina, en el presente caso, la exclusión de la motivación expresada por el Gobierno Civil al acordar el archivo del expediente de concesión del derecho a la documentación solicitada y comunicar tal decisión al Jefe Superior de Policía, de no haber probado los solicitantes la causa de la negativa de obtener la documentación de su país.

Por consiguiente y habiendo acreditado los recurrentes por documento público notarial dicha negativa presunta por el silencio de su Embajada sobre su petición de renovación de sus pasaportes caducados, la Administración pudo y debió otorgarles la documentación solicitada, es decir, la cédula de inscripción como apátridas contemplada en el repetido artículo 13 del Decreto al que se acogían, o practicar la pertinente información, pues contrariamente a lo que sostiene el Letrado del Estado con la invocación del artículo 1214 del Código Civil, la doctrina enseña que la presunción de legalidad que adorna a los actos administrativos, no significa, en buena técnica jurídica, un desplazamiento de la carga de la prueba, que conforme a las reglas por las que se rige, plasmadas en el campo administrativo en los artículos 81 y 88 de su Ley procedimental, corresponde a la Administración, cuyas resoluciones han de sustentarse en el pleno acreditamiento del supuesto fáctico en que se apoyen (Sentencia citada de 3 de Noviembre de 1.981); cuya doctrina es plenamente aplicable al caso presente, puesto que el precepto que invocaban los peticionarios, como hoy reproduce el artículo 22, también citado, de la Ley Orgánica 7/1.985, sólo exige de los extranjeros la manifestación de carecer de documentación y no poderla obtener y es a la Administración a quien corresponde otorgársela "después de practicada la correspondiente información".

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. A.H. y D. A.H.A.G. contra la denegación por silencio administrativo del recurso que interpusieron el 23 de Septiembre de 1.983 contra el archivo de los expedientes originados por sus peticiones de documentación como apátridas, debemos declarar y declaramos dichos actos administrativos no conformes con el Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia los anulamos, declarando el derecho de los peticionarios a obtener, previas las informaciones que se estimen necesarias, el documento identificativo que acredite su inscripción

en las dependencias correspondientes del Ministerio del Interior, como extranjeros indocumentados, sin hacer declaración expresa sobre las costas causadas en este proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

200

200. CONFLICTOS COLECTIVOS. La resolución de la Autoridad Laboral por la que archiva el expediente declarándose incompetente por razón de la materia y sin remitir las actuaciones a la Magistratura de Trabajo infringe el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 de la Constitución Española. El procedimiento regulado en la Ley 69/1978 de 26 de Diciembre, se adecúa a la pretensión deducida por los recurrentes en el amparo de aquel derecho. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1985.*

Habida cuenta de la aplicación supletoria de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, establecida en el artículo 6º.1 de la Ley 62/1.978 de aplicación preferente en este proceso especial, se hace preciso previamente, el examen del motivo de inadmisibilidad del recurso invocado por el Letrado del Estado al amparo del artículo 82, b) de la Ley Jurisdiccional, que ha de resolverse con arreglo a las normas supletorias al no contener la Ley especial normativa alguna a este respecto; y sobre este problema hay que concluir por la desestimación de la inadmisibilidad alegada para entrar en el fondo de la cuestión planteada, pues estando los Sindicatos legitimados como parte en defensa de sus intereses legítimos, como asociación constituida legalmente para velar por intereses profesionales o económicos (artículo 32 de la Ley Jurisdiccional), su comparecencia en juicio debe verificarse por las personas que legalmente los representen (artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de la escritura de apoderamiento de 16 de Octubre de 1.985, acompañada al escrito de interposición del recurso jurisdiccional, como antes se había acompañado otra semejante con la formulación del conflicto colectivo en vía administrativa, aparece que el poder otorgado a favor del Procurador de los Tribunales D. J.A.R. , fue otorgado por el Secretario General del Sindicato I.T.C. , asociación sindical constituida al amparo de la Ley 1 de Abril de 1.977, con domicilio en esta Ciudad, cuyos estatutos fueron depositados en la Oficina Delegada de Depósitos de Estatutos de Organizaciones Profesionales de la Provincia de Baleares. el que como tal, tiene como función estatutaria (artículo 28), el representar al Sindicato, por lo que no acierta a comprender esta Sala, la alegación de inadmisibilidad, sobre todo cuando la representación a favor de otro apoderado notarial de dicho Secretario. le había sido ya reconocida en vía administrativa al mismo Sindicato.

Como tiene declarado reciente, pero constantemente, el Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 14 de Agosto de 1.979, 27 de Octubre de 1.981, 2 de Noviembre de 1.982 y 25 de Febrero de 1.983, amén de otras posteriores), 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 a no a 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 tutela los derechos y libertades públicas en ella proclamados, como habrá de ser enjuiciado y resuelto el recurso tramitado al amparo de la repetida Ley especial.

Por ello y sobre la pretendida vulneración por los actos administrativos impugnados del derecho a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, hay que repetir lo sentado sobre ello por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1.984, es decir, que si bien la Administración tiene que actuar con sometimiento a la Ley y al Derecho -artículo 103 de la Constitución- y los administrados tienen derecho a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad -artículos 9- sin embargo estos preceptos no pueden ser invocados como base para fundamentar en ellos un recurso regulado por este procedimiento especial, ya que la tutela efectiva también se obtiene mediante un recurso contencioso-ordinario, en el cual se examinará la adecuación del acto a la legalidad vigente, que es, precisamente, lo contrario a la arbitrariedad, mientras que en el proceso especial no puede examinarse aquella adecuación o inadecuación, sino solamente si el acto o disposición infringe un concreto derecho fundamental constitucionalmente protegido.

En cambio, sí procede examinar la supuesta vulneración invocada del artículo 24.1 de la Constitución que consagra el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y para ello y dado que los actos administrativos impugnados son resolutorios de un expediente administrativo de conflicto colectivo promovido por el Sindicato que invoca el derecho constitucional, hay que repetir lo ya dicho por esta Sala en Sentencia de 5 de Septiembre pasado, resolutoria de proceso contencioso-administrativo ordinario, a saber, el que la Constitución española de 1.978, en su artículo 37.2. reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo que, entendido en su sentido literal, comprende cualquier discrepancia de interés y trascendencia generales entre una colectividad de trabajadores y un empresario o grupo de empresarios y que, como mal social, exige que la Ley determine las formas del ejercicio de dicho derecho constitucional de forma acorde con el ejercicio de los demás derechos constitucionales de las partes afectadas por el conflicto y en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3. de la misma Constitución, como uno de los pilares que sustentan nuestro Estado de derecho. A este fin, la Ley (Real Decreto-Ley 17/77 de 4 de Marzo, artículo 17.1) establece que la solución de situaciones conflictivas que afecten a intereses generales de los trabajadores, podrá tener lugar por el procedimiento de Conflicto Colectivo de Trabajo que se regula en este título (Título III), en cuyo Capítulo II, se determinan las normas de procedimiento que regulan la forma de llegar a la solución del conflicto en vía administrativa mediante la avenencia de las partes implicadas (patrono y trabajadores) o mediante el laudo de los Arbitros que las partes podrán designar libremente a este fin de avenencia, puesto que la decisión que adopten los Arbitros tendrá la misma eficacia que lo pactado en Convenio Colectivo (artículo 24); pero si no hubiera avenencia ni laudo, la solución del conflicto colectivo corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social, pues a tenor de lo establecido en el artículo 1º del Real Decreto legislativo 1.568/1.980 de 13 de Junio (Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), a ellos corresponde, *con exclusividad* la función de juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado en los conflictos (artículo 1º.3. del mismo); a cuyo fin el Real Decreto-Ley 17/77, en su artículo 25 a) dispone que "si las partes no llegaran a un acuerdo ni designaran uno o varios árbitros, la Autoridad laboral... remitirá las actuaciones practicadas, con su informe, a la Magistratura de Trabajo que procederá conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral".

Sobre esta Base, resulta indubitado que los actos administrativos impugnados al archivar un expediente de conflicto colectivo por estimar que se trataba de un conflicto derivado de supuestas modificaciones contractuales realizadas de hecho por la empresa y no de interpretación de normas preexistentes, supuesto encajable en el laudo de obligado cumplimiento a que se referían los artículos 25 b) y 26 del referido Real Decreto Legislativo, que por ir contra el principio de la separación de poderes, fueron declarados inconstitucionales en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 1.981 (recurso de inconstitucionalidad nº 192/1.980), y Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 1.982 y 3 de Febrero, 5 de Abril y 22 de Octubre de 1.983, han impedido al Sindicato recurrente el acceso a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, pues excluido el laudo de obligado cumplimiento por inconstitucional, el único fin posible de un conflicto colectivo de interpretación o aplicación de un convenio colectivo o de una disposición legal, es la avenencia directa o mediante árbitros nombrados por las partes, o la decisión de la jurisdicción competente del orden laboral a la que debían ser remitidas las actuaciones administrativas en cumplimiento del artículo 25 a) del tantas veces citado Real Decreto Legislativo 17/77, pues como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de Julio de 1.983, (recursos de amparo acumulados 339 y 340/1.982, fundamento jurídico primero) el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, entre las que se encuentra sin duda el propio planteamiento formal del conflicto, aparece reconocido en el artículo 37.2. de la Constitución, cuando tiene por objeto -como en el caso presente- la interpretación, o la aplicación de una norma estatal o convenida preexistente y consiste, en la normativa hoy aplicable, en un proceso al que antecede un trámite preprocesal que pretende hacer innecesario el proceso mismo mediante la conciliación de las partes ante Organismos Públicos; con lo que, poniendo el acento en el trámite procesal, el procedimiento de conflicto colectivo no es sino el modo específico en que se garantiza la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos en que la controversia es asumida por la totalidad de los afectados y planteada a través de instrumentos colectivos; de lo que se infiere que paralizar un expediente formalizado de conflicto colectivo de aplicación de un convenio de igual naturaleza o archivarlo para que no cumpla su fin específico preprocesal o preprocesal de evitar o acceder a la vía judicial, vulnera el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

FALLAMOS: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato I. T. C. de Baleares contra la Resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de 4 de Septiembre de 1975 que desestimó recurso de alzada formulado por el recurrente contra la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Baleares de 5 de Junio anterior. archivando el expediente de conflicto colectivo nº debemos declarar y declaramos que dichos actos administrativos vulneran el derecho constitucional de tutela efectiva de jueces y tribunales y en consecuencia los anulamos, declarando la obligación de la Administración a remitir las actuaciones a la Magistratura del Trabajo. para que se pronuncie sobre el conflicto colectivo formalizado, condenándola, además, al pago de las costas causadas en este proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

238. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Indemnización por residencia en Baleares. Impugnación indirecta de Orden Ministerial que la fija en un 15% sobre el sueldo y que no se podrá percibir en las pagas extraordinarias. Desestimación del recurso. *Sentencia de 31 de Diciembre de 1985.*

En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna, por vía indirecta, el artículo 14 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 17 de febrero de 1.984 sobre retribuciones del personal funcionario de la Administración para 1.984, que dispone que el que preste servicio en las Islas Baleares percibirá una indemnización por residencia del 15 por 100 sobre el sueldo, no la percibirá en las pagas extraordinarias y los funcionarios que en la actualidad estén percibiendo asignación por residencia en cuantía superior a la de la indemnización que les corresponde percibirán la diferencia como complemento personal, transitorio y absorbible; y se impugna, en primer lugar, con base en que el artículo 70 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 22 de abril de 1.971, que aprobó el Estatuto regulador de la relación jurídica existente entre el Instituto Social de la Marina y los funcionarios del mismo, establecía una gratificación de residencia de un 30 por ciento, aplicable sobre el sueldo asignado a cada Cuerpo, categoría y cargo, y en que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1.980 y la del Tribunal Central de Trabajo de 5 de junio de 1.982, reconocen el derecho a percibir aquel porcentaje; pero la jurisprudencia reduce en la práctica la aplicación de la cosa juzgada, que expresamente se opone, a supuestos muy específicos, en los que un mismo acto es objeto de diversos recursos que no llegaron a ser acumulados en un solo y único proceso, por cuanto, como expresa la sentencia de 10 de noviembre de 1.982, tiene matices muy particulares en el proceso contencioso-administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto -como sucede en el caso que se contempla- de los revisados en los procesos anteriores para que deba desecharse su existencia, pues en el segundo o ulterior proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que, entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente.

La jurisprudencia ha establecido respecto a la naturaleza de la relación jurídica que liga al funcionario público con la Administración (sentencias de 25 de Febrero de 1.977, 28 de enero y 8 de mayo de 1.981 y otras muchas), que si bien se crea por acuerdo de voluntades entre ambas partes, este consenso reviste la esencia y características de un acto-condición, en la terminología jurídica aceptada doctrinalmente, donde la fuente de los derechos del funcionario está en la reglamentación previa que se aplica a su caso concreto, con la consiguiente posibilidad de que tal reglamentación sea derogada mediante norma jurídica del mismo o superior rango que el estatuto que deroga y sustituida por otra que, circunstancialmente, puede ser más beneficiosa que la anterior, pero también menos; es decir, que en la materia del llamado contrato de la función pública, nuestro derecho positivo ha establecido un régimen para los funcionarios en el que el nombramiento de estos con sus condiciones inherentes se realiza a través de un acto administrativo unilateral, como también unila-

teralmente puede ser modificado su régimen, en términos generales, dentro de los cauces reglados previstos por el propio ordenamiento jurídico-administrativo; o sea que, aparte de que no puede olvidarse que las situaciones simplemente objetivas, generales, estatutarias, nunca dan lugar al nacimiento de verdaderos derechos, en esta materia la teoría clásica de los derechos adquiridos quiebra en muchos de sus aspectos, pues respetando el contenido económico de la relación jurídica básica, lo demás, o casi todo, se articula en función del bien del servicio (Sentencia de 18 de mayo de 1.983); razones éstas, constitutivas de principios generales del derecho administrativo, que impiden tener en cuenta los extensos argumentos empleados por los recurrentes.

FALLO: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. M. S. R. , en nombre de las personas que se relacionan en el encabezamiento de esta resolución, contra la Resolución de la Dirección General del Instituto Social de la Marina de 14 de noviembre de 1.984, que desestima la reclamación sobre el derecho a seguir percibiendo el complemento retributivo denominado Plus o Asignación por Residencia, debemos declarar declaramos que el acto administrativo impugnado se ajusta a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

239

239. URBANISMO. Denegación de licencia de actividad por razones urbanísticas. Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas. Silencio positivo: inexistencia. *Sentencia de 31 de Diciembre de 1985.*

De estimarse que en el procedimiento administrativo se ha omitido el trámite de audiencia a los interesados y que esta omisión tiene trascendencia anulatoria, se produciría la consecuencia ineludible de retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo aquélla para dar cumplimiento a dicho trámite, sin entrar, naturalmente, a conocer del fondo del asunto, por lo que es claro que la cuestión debe ser examinada prioritariamente; pero la audiencia a los interesados en el expediente administrativo no es considerada por nuestro ordenamiento como un rito formal y solmne cuya omisión provoque automáticamente la nulidad de la resolución adoptada, sino como un trámite instrumental cuya finalidad es posibilitar a los afectados por cualquier procedimiento la introducción en el mismo de cuantos elementos estimen pertinentes para su más adecuada resolución, por lo cual la jurisprudencia no contempla los supuestos de modo unánime, empleando un rigor formalista que sería desaconsejable, sino que encamina las circunstancias del caso en orden a evitar que se produzca indefensión, razón por la que el motivo no aparece en la lista tasada

de causas que producen la nulidad de pleno derecho del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que implica que dicha ausencia tenga que ser encuadrada como uno de los supuestos que pueden producir la anulabilidad del acto dentro de la causa genérica contemplada en el 48 del mismo texto legal, habiendo declarado reiteradamente la jurisprudencia (sentencias de 10 de junio de 1.974, el 31 de noviembre de 1.975, 21 de marzo de 1.975, 23 de marzo y 18 de mayo de 1.977, 11 de marzo de 1.978, 18 de abril de 1.979 y 7 de marzo de 1.983), que no se produce indefensión y, en consecuencia, no procede decretar la anulabilidad, si, como sucede en el presente caso, los interesados han podido acudir al recurso de reposición y, después, al contencioso, y han tenido la oportunidad de alegar en ellos lo que estimaron conveniente a sus intereses.

Si bien es cierto que la consideración de la naturaleza estrictamente revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se halla sujeta a crítica, cuando menos en lo que supone un exceso en su aplicación o en cuanto se estima no sólo como un presupuesto procesal, sino también como el patrón al que necesariamente debe ajustarse la sentencia que decide el proceso, no lo es menos el afirmar que sigue imperando en la doctrina legal la diferencia entre cuestión nueva, que es la que plantea un problema diferente de los contemplados previamente en el expediente administrativo y que conduce a un pronunciamiento de imposible formulación dentro de los términos en que se desarrollaron las relaciones dentro de aquél, y argumento o motivo nuevos, que son aquellos que válidamente se esgrimen, ampliando y reforzando con apoyatura jurídica no aducida previamente, alguna pretensión o extremo suscitados antes con el fin de mejorar las perspectivas de estimación de lo formulado, sin alterar el ámbito de los pronunciamientos previsibles y ponderables por el órgano o la autoridad llamados a decidir de modo definitivo; y basta una simple lectura del expediente administrativo y de la demanda para concluir que se está en presencia de un típico supuesto innovativo en que el escrito de conclusiones, del que puede derivarse un pronunciamiento que n manera alguna, por su falta de alegación, pudo tener lugar en vía administrativa; por otra parte, el silencio positivo está configurado con carácter excepcional en nuestro Derecho, y su apreciación requiere la adopción de un criterio restrictivo o de estricta interpretación, ya que se trata de otorgar el comportamiento pasivo de la Administración, sin la previa existencia de un atisbo de declaración de voluntad administrativa, valor sustantivo de acto de asentimiento a la petición formulada (Sentencia de 11 de febrero de 1.977); y a intervención municipal en la actividad de los administrados a través de la licencia constituye el caso más importante de aplicación de esta técnica, regulada en el artículo 9º. 1 apartado 7º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1.955, cuyos requisitos formales, insistiendo en lo ya expresado, hay que observar con gran detenimiento y escrúpulo, ya que confieren unos derechos que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocerse a los administrados (sentencia de 18 de marzo de 1.973); requisitos que son simples: el transcurso de un mes a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el Registro General (en el presente caso el 29 de marzo de 1.984) y la inactividad de la Administración, concretada en la falta de acuerdo expreso (que en este supuesto tuvo lugar antes de que se cumpliera aquél plazo; resolución de la Alcaldía de 19 de abril), y sin que quepa la alegación de que la notificación no cumple los requisitos legales, pues, a estos efectos, no cabe identificar notificación defectuosa con falta absoluta de notificación (sentencia de 16 de marzo de 1.970), pues aquélla no supone que la Administración guardase silencio (sentencia de 24 de mayo de 1.963), presupuesto, como ya se dijo, de esta figura jurídica.

La denegación de licencia y el cierre del establecimiento se basa en que se halla ubicado en un solar que no permite el uso comercial según el Plan Parcial vigente (número 21 de la Urbanización L.M. de Alcludia; Polígono 3 del Sector VII; Avenida P.M.R.); y en trance

de decidir sobre este decisivo extremo, ha de hacerse constar, en primer lugar, que los dictámenes de los Arquitectos son contradictorios y no siempre tan claros y precisos como sería deseable; pues bien, sin desconocer la preferencia que la jurisprudencia otorga a los informes oficiales en general, y en particular a los peritajes municipales, por su innegable garantía, objetividad e independencia, como formulados por técnicos ajenos a los intereses en juego, puesto que su dependencia lo es de un ente abstracto, la apreciación de los dictámenes es una cuestión de hecho sometida al juicio crítico del Tribunal, sin otra vinculación a los mismos que la derivada de la fuerza convincente de los razonamientos que amparan sus conclusiones, valorados aquellos y ponderadas éstas conforme a las objetivas reglas de la lógica, cuya aplicación es equivalente a la sana crítica requerida por el artículo 632, en relación con el 627, párrafo 1º, éste en cuanto a la necesidad de que los peritos razonen sus informes, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como subsidiaria que es de la Jurisdiccional, de acuerdo con la disposición adicional 6ª de la misma, preceptos operantes en la revisión contenciosa aunque el dictamen obre en el expediente administrativo, por cuanto, como medio acreditativo de los hechos determinantes del acto impugnado, adviene a los autos como elemento de juicio a ponderar en conjunción con los demás, y, como ya hizo esta Sala en las sentencias de 20 y 23 de marzo y 4 y 24 de diciembre de 1.985, se inclina igualmente ahora por la conclusión de que en la zona de que se trata sólo cabe el uso exclusivo de viviendas, pues aún reconociendo que las determinaciones del Plan obedecen a un excesivo propósito zonificador, compartimentador, precisamente por ello no parece dudoso que en la zona "solares vivienda (chalets)" sólo puedan existir "viviendas aisladas", salvo que se desvirtúe sustancialmente el carácter residencial del Polígono, como tampoco lo es que de aceptarse la interpretación contraria se llegaría a la absurda conclusión de que fuera de aquélla es suficiente que tenga seiscientos, aunque se destine a un establecimiento mercantil, y, por otra parte, se produciría la vulneración del límite del tres por ciento de la superficie de los solares para un destino comercial; siendo destacable que uno de los Arquitectos discrepantes de la tesis municipal, D. L.M.J., es tajante en orden a la prohibición de instalación de un Restaurante o Bar (folio 127), y que otro, D. A.C.C., también contrario a aquélla en el dictamen emitido en los autos 314/84, se muestra favorable a la misma en el rendido en los 137/84 (folios 116, 140 y 162).

Con esta conclusión, y retornando al tema de la adquisición de la licencia por silencio positivo, se refuerza la tesis contraria a dicha alegación, porque si bien una primera tendencia jurisprudencia establecía que el silencio positivo sustituye el acto expreso a todos los efectos, pues, aún reconociendo los perjuicios, susti, digo, que puede irrogar a la Administración, opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, porque transcurrido éste sólo le queda el instrumento de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendró derechos subjetivos, pues de admitirse así se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no puede revocarlo de oficio, sino a través de la lesividad, (Sentencia de 20 de Mayo de 1.966, confirmando la doctrina de otras anteriores); una segunda corriente (sentencias de 9 de diciembre de 1.964 y 17 de Marzo de 1.970) afirma que el silencio positivo suple el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, pues así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración, sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que prospere cuando lo que resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a la Ley, y aún otras sentencias (2 de abril de 1.975 y 22 de Diciembre de 1.978) siguen la línea de que con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, porque no cabe lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no habría podido otorgar nunca o sería radicalmente nulo si lo hubiera concedido.

A tenor de lo establecido en el artículo 2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales está sujeta a licencia la apertura de establecimientos industriales y mercantiles, cuya concesión es de la competencia general del Municipio (artículo 101 de la Ley de Régimen Local, texto articulado de 24 de Junio de 1.955); de lo que aparece incuestionable la facultad del Alcalde, en uso de las competencias que le otorga la misma Ley en su artículo 117, para ordenar el cierre de los establecimientos sin licencia, cuanto más en los casos como el presente en los que por oponerse el uso comercial o mercantil al ordenamiento urbanístico la suspensión de dicho uso mediante la Orden de cierre viene impuesta, además, por el artículo 184.1 de la Ley del Suelo, texto Refundido promulgado por Decreto 1.346/76, de 9 de abril, y, precisamente, la naturaleza de esta facultad y la correlativa obligación de los Alcaldes de hacer cumplir las leyes y disposiciones gubernativas, promoviendo la seguridad jurídica, impide tener en consideración las alegaciones de la parte actora sobre vulneración de los principios jurídicos de proporcionalidad de la medida y de buena fe, pues el cierre es el mínimo proporcionalidad a la carencia de la necesaria licencia, y la buena fe administrativa consiste, obviamente, en restablecer la seguridad jurídica impidiendo los actos contrarios a la legalidad cuando se tienen conocimiento de ellos.

La cuestión de si una determinada actividad debe o no quedar sometida a las prescripciones del Reglamento de 30 de noviembre de 1.961 debe resolverse, como preceptúa su artículo 2º, en el sentido de que dicho texto legal será de obligada aplicación a todas aquellas actividades que sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas de acuerdo con las definiciones que figuran en el mismo e independientemente de que consten o no en el nomenclator anejo, que no tiene carácter limitativo sino meramente enunciativo, y los Ayuntamientos, conocedores de que la actividad de que se trate puede estar incluida en aquél, vienen obligados, absteniéndose de dar la licencia a través de cualquier otro procedimiento administrativo, a tramitar el expediente que regulan los artículos 29 y siguientes del referido texto legal, pese a que se les hubiera solicitado la licencia como si se tratase de una actividad no sujeta al mismo; pero no puede olvidarse que en cualquier particular reside la facultad de establecer su actividad industrial en la forma y modo que crea conveniente, siempre que no afecte a los intereses de la comunidad, por lo que la concesión de una licencia o autorización para la instalación, puesta en marcha y ulterior funcionamiento de una actividad industrial no confiere derecho alguno nuevo, sino que se limita a remover obstáculos o motivos de interés general que impidan su ejercicio, o bien a declarar que es necesario condicionarla para armonizarla con el interés general; por ello la vigente regulación tiene por finalidad, como expresa el artículo 1º del referido Reglamento, evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes, es decir, que es finalidad primordial de la norma evitar que cualquier actividad que se desarrolle pueda ocasionar alguno de los efectos negativos que se han expresado; pero tratándose, como se trata, de un Bar-Restaurante, la calificación debe efectuarse con criterios lo menos rigurosos posible, limitando las medidas correctoras aplicables a las mínimas que basten para garantizar la comodidad, salubridad y seguridad del vecindario (artículo 9.2 de la Instrucción para aplicar aquel Reglamento, aprobada por Orden de 15 de marzo de 1.963), es decir, corresponde a la Alcaldía, siguiendo las orientaciones fijadas por el artículo 5º del Reglamento, sin más trámites, imponer las medidas que juzgue necesarias, para lo cual debe solicitar que se complete el proyecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9, regla 4ª, párrafo 1º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1.955, que permite la corrección de deficiencias subsanables, sin que por ello la petición actuada pierda su eficacia cronológica; pero, de acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, concretamente en lo que concierne a la denegación de la licencia por motivos urbanísticos, es claro que no procede, tal como se solicita

alternativamente en la súplica de la demanda, la retroacción del procedimiento para la aportación de documentos, que en manera alguna podrían subsanar el defecto acusado de incompatibilidad del uso comercial con la calificación del solar de que se trata.

Idéntica doctrina es aplicable respecto a las exigencias del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas aprobado por Real Decreto número 2.816/82, de 27 de agosto, es decir: improcedencia de expresar que no se han acreditado; procedencia de solicitar del peticionario de la licencia que complete el proyecto que presenta; e inutilidad de cumplir este trámite dada la legalidad de la denegación por razones urbanísticas.

No se opone a la conclusión desestimatoria de la pretensión actora el que el Ayuntamiento haya dado distinto tratamiento a otras peticiones de licencia, y ello porque, aún siendo lamentable esta diferencia de trato, es evidente que el principio de igualdad no puede ser eficaz fuera de la legalidad.

FALLO: Que desestimando los recursos contencioso-administrativos, hoy acumulados, interpuestos por el Procurador D. G. B. S., en nombre de D. A. L. P., contra las resoluciones de la Alcaldía de Alcuñía de 19 de abril y 22 de agosto de 1.984, desestimatoria ésta del recurso de reposición formulado contra la primera, que deniegan la licencia de apertura de un local destinado a Bar-Restaurante, denominado "La J.", sito en la Avenida, del Puerto de Alcuñía, y contra la de 20 de julio de 1.984, que ordena el cierre del establecimiento citado, y la de 25 de agosto del mismo año, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra aquélla, debemos declarar y declaramos que los actos administrativos impugnados se ajustan a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

C. INDICE ANALITICO

- Abogados, 228
 Actas Inspección de Trabajo, 143, 157, 169 190.
 Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas, 239.
 Aguas subterráneas, 179.
 Apátridas, 192.
 Arquitectos, 193, 220.
 Arrendamientos, expropiación, 234

 Canteras, 183.
 Colegios Oficiales, 133, 189, 198.
 Comisión Provincial de Urbanismo, 151, 170, 174.
 Concesiones administrativas, 224.
 Concurso-subasta, 130.
 Conflictos colectivos, 200.
 Contratos administrativos, 130, 193, 220, 223.
 Convenios Colectivos, 135, 232.
 Corporaciones locales, 160.

 Desviación de poder, 191.
 Disposiciones de carácter general, 191.

 Educación, derecho a la, 226.
 Espacios Naturales, 129, 230.
 Expropiación forzosa, 175, 234.
 Extranjeros, 192.

 Funcionarios públicos:
 concurso-oposición, 144.
 contratados, 158.
 de la Administración de Justicia, 145, 146, 148, 207, 214.
 haber, 229.
 incentivo de especial cualificación informática, 178.
 indemnización por residencia, 158, 238.
 oposición, 198.
 pagas extraordinarias, 238.
 retribuciones, 145, 146, 147, 148, 178, 207, 214.
 suspensión preventiva, 186.

 Guarderías Infantiles, 226.

 Horas extraordinarias, 187.

 Infracción contrabando: 172.

 Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 182, 185, 223.
 Jurisdicción Laboral, 182.
 Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, 175.
 Juego de bingo, 159, 161, 163, 164.

 Impuestos:
 Gastos suntuarios, 141.
 Radicación, 162.
 Renta Personas Físicas, 150.
 Solares sin vallar, 132, 205.
 Tráfico Empresas, 139, 147, 154, 165.
 Ingenieros, 198.
 Inspectores químico-farmacéuticos, 198.

 Legitimación pasiva, falta de, 185.
 Licencias, 136, 170, 176, 183, 201, 216, 231, 235, 237, 239.
 Médicos, 133, 173.
 Mercados municipales, 236.
 Minas, 183.
 Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, 137.

 Nombre comercial, 138.

- Notificaciones defectuosas, 134.
- Nulidad de actuaciones, 129, 133, 229, 235, 236.
- Odontólogos y Estomatólogos, 189.
- Peritos, 153.
- Plan Parcial, 129, 151.
- Planes de Urbanismo, 151, 174, 176, 185, 193, 201.
- Policía Municipal, 144.
- Precio. Servicios Municipales alcantarillado y recogida de basuras: 155.
- Principio de Legalidad, 199.
- Propiedad Industrial, 138.
- Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, 156, 171, 200, 226.
- Recurso contencioso-administrativo, 152, 161, 163, 180, 189, 225.
- Recurso de alzada, 189, 225.
- Recurso de reposición, 136, 159, 191, 223.
- Refugiados políticos, 192.
- Reparto propaganda sin licencia, 233.
- Ruina, 153.
- Sanciones administrativas, 134, 142, 159, 173, 188, 194, 195, 196, 199, 225, 228, 231, 233.
- Sanciones administrativas por infracción de Leyes Laborales, 140, 143, 157, 167, 168, 169, 177, 181, 187, 232.
- Secretarios de Administración Local, 186.
- Seguridad Social, descubiertos; 190, 227.
- Silencio administrativo, 152, 170, 185, 201, 216, 223, 225, 237, 239.
- Simulación de contrato laboral, 231.
- Tasas:
 - Inspección vehículos, 131.
 - Licencia apertura establecimientos, 184, 197.
 - Prevención y extinción de Incendios, 166.
- Taxis, 194, 195, 196, 202, 203, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 221, 222.
- Trenc, Es, 129.
- Urbanismo:
 - Aprobación inicial de planes, 151.
 - Aprobación definitiva de planes, 174, 185.
 - Infracciones, 176.
 - Licencias, 136, 170, 183, 201, 239.
 - Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, 129, 230.
 - Plan General, 174, 193.
 - Planes de iniciativa particular, 151.
 - Plan Especial, 185.
 - Plan Parcial, 129, 151.
 - Proyecto de Urbanización, 129.
 - Revisión de Plan, 176.
 - Ruina, 153.
 - Suspensión de licencias, 136, 176.
- Valoraciones, 175.
- Zona marítimo terrestre, 152.
- Zona no radioactiva a efectos militares, 160.

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. INDICE CRONOLÓGICO

258. **Apelación.** Incomparecencia del Letrado al acto de la vista. Confirmación de la sentencia de instancia. Divorcio. Falta de acreditamiento de las causas alegadas. Reconvención. *Sentencia de 5 de Octubre de 1980.*
259. **Contrato de reserva de plazas hoteleras.** Naturaleza y doctrina del Tribunal Supremo. Responsabilidad derivada de actividades en cuya organización intervienen diferentes Agencias de Viaje simultánea y conjuntamente: régimen legal específico: solidaridad. Prescripción de la acción: improsperabilidad por cuanto no se reclama el abono de unos contratos de hospedaje, sino el cumplimiento de un contrato mercantil de naturaleza atípica. Falta de acción contra la entidad demandada: constituye cuestión de fondo. Litisconsorcio pasivo necesario: improcedencia. *Sentencia de 7 de Octubre de 1985.*
260. **Cosa juzgada.** Requisitos para la prosperabilidad de esta excepción perentoria procesal en su función negativa. Elementos de comparación: la sentencia anterior y las pretensiones del posterior proceso. Servidumbre de paso: pretensión de demolición parcial de construcción efectuada sobre terreno gravado con el derecho real limitativo preexistente en beneficio del titular del predio colindante: improsperabilidad. *Sentencia de 7 de Octubre de 1985*.*
261. **Precontrato.** Promesa de compra y venta con entrega de arras. Distinción entre contrato definitivo y mera promesa. Doctrina del Tribunal Supremo. La circunstancia de aparecer perfectamente fija-

(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, I. Tapia Fernández y F. López Simó, del Departamento de Derecho Privado.

dos los elementos esenciales del negocio no contradice la calificación jurídica del simple contrato preliminar. Arras penitenciales o de desintimio: alcance. *Sentencia de 9 de Octubre de 1985.*

262. **Juicio ejecutivo cambiario.** Acción directa y acción de regreso. Oposición basada en falta de fuerza ejecutiva y pluspetición. Nulidad parcial del juicio ejecutivo respecto a la acción de regreso. Alcance del art. 521 del C.Co. Cláusula "sin gastos": doctrina de la Sala. *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*
263. **Juicio ejecutivo cambiario.** Nulidad de actuaciones por falta del oportuno traslado a la contraparte de la resolución que resolvía un recurso de apelación. "Protesta de abonar pagos legítimos": su ausencia carece de capacidad anulatoria. *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*
264. **Arrendamientos Urbanos.** Local de negocio. Resolución por cierre sin justa causa durante más de seis meses en el curso de un año. Significado del término "cierre". Doctrina del Tribunal Supremo. La tesis mantenida de que la transformación del local de negocio en almacén no constituye el cierre prohibido, es derechamente inadmisibile. *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*
265. **Contrato de arrendamiento de obra y de compraventa.** Requerimiento de resolución: efectos. Derecho de la entidad constructora al resarcimiento del valor del material acopiado. *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*
266. **Contrato de sociedad civil particular.** Interpretación de los contratos. Carga de la prueba: corresponde al que alega un hecho extintivo del derecho alegado por la contraparte. Interpretación de los actos de bilateral o renuncia. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 11 de Octubre de 1985.*
267. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición no formalizada en la primera instancia. Inasistencia de Letrado al acto de la vista. *Sentencia de 11 de Octubre de 1985.*
268. **Arrendamientos Urbanos.** Local de negocio. Cesión in consentida. Cambio de titularidad fiscal del negocio: implica cesión no autorizada la permanencia de la hija en el local litigioso, generando una modificación subjetiva de la relación arrendaticia. *Sentencia de 11 de Octubre de 1985.*

269. **Juicio ejecutivo.** Póliza de crédito en cuenta corriente. Pluspetición. Momento en que ha de entenderse cancelada una cuenta corriente bancaria. Movimientos de cuentas corrientes efectuadas unilateralmente por la entidad crediticia ejecutante: se estiman procedentes. *Sentencia de 14 de Octubre de 1985.*
270. **Arrendamientos Urbanos.** Local de negocios. Resolución por traspaso in consentido. Subarriendo con autorización expresa y escrita. *Sentencia de 14 de Octubre de 1985.*
271. **Contrato de ejecución de obra.** "Exceptio non rite adimpleti contractus". Improsperabilidad de tal excepción dado que las obras se recibieron y aceptaron sin protesta, quedando el contratista exonerado de responsabilidad. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985**.
272. **Retracto legal de colindantes.** Gastos necesarios y útiles: concepto. Derecho del demandado a ser reembolsado por el retrayente del valor de la madera obtenida con la tala de árboles de la finca retraída efectuada antes de que se ejerciera el derecho de retracto, tanto porque entonces era el demandado el propietario del terreno, como en su cualidad de propietario de buena fe. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985.*
273. **Sociedades anónimas.** Impugnación de acuerdos sociales. Impugnación de la providencia acordando la suspensión del acuerdo objeto de impugnación y fijando la fianza. Resolución de la Sala estimando la procedencia de mantener la suspensión del acuerdo impugnado e incrementando la cuantía de la correspondiente caución. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985.*
274. **Responsabilidad extracontractual.** Accidente de circulación. Responsabilidad de la entidad propietaria del vehículo. Fijación del "quantum" que debe abonar a los perjudicados en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios. Doctrina jurisprudencial. Litisconsorcio pasivo necesario: no debe ser estimada dicha excepción, en contra de lo que razonó el Juez "a quo". Revocación de la sentencia de instancia que se abstuvo de entrar en el fondo. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985.*
275. **Separación matrimonial.** Inasistencia del letrado al acto de la vista. *Sentencia de 19 de Octubre de 1985.*

276. **Contrato de compraventa.** Resolución por impago. Pacto comisorio: moderación en la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios. Reconvención: saneamiento por evicción: inexistencia. *Sentencia de 19 de Octubre de 1985.*
277. **Arrendamientos Urbanos.** Obras in consentidas: falta de prueba. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 22 de Octubre de 1985.*
278. **Contrato de compraventa.** Resolución por incumplimiento. Pacto comisorio: moderación en la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios al amparo del art. 1154 C.C. Doctrina del T.S. *Sentencia de 22 de Octubre de 1985.*
279. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria. Vivienda conyugal. Pensión compensatoria. *Sentencia de 22 de Octubre de 1985.*
280. **Compensación.** Inexistencia. Una conducta ilícita no faculta a la contraparte a otra conducta análoga. Servidumbre. No podrá el dueño del predio sirviente variar la servidumbre que le impide hacer obras en terreno propio si con ello causa menoscabo y perjuicio en el uso de la servidumbre constituida. *Sentencia de 25 de Octubre de 1985.*
281. **Propiedad horizontal.** Obras in consentidas por la Junta de Propietarios. Revocación parcial de la sentencia apelada. *Sentencia de 28 de Octubre de 1985.*
282. **Tercería de dominio.** Obligación por parte del tercerista de probar la existencia del derecho de propiedad sobre los bienes embargados en el momento de la traba. Inexistencia de prueba: la mera confesión del ejecutado, condenado en la tercería, no puede perjudicar al colitigante, ejecutante en el juicio ejecutivo. *Sentencia de 29 de Octubre de 1985.*
283. **Arrendamientos Urbanos.** Resolución de contrato. Video club: forma de contratación "sui generis" que no implica asociación ni sociedad alguna. Confirmación de la sentencia apelada con imposición de costas. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1985.*
284. **Actio communi dividundo.** Difícil divisibilidad de la cosa común debido a su elevadísimo coste y consiguiente solicitud de venta en pública subasta: desestimación a la vista de las pruebas, por ser

- acreditada la posible división. Reconvención: desestimación de la pretensión de titularidad exclusiva sobre el inmueble litigioso por haber sido pagado exclusivamente con dinero de uno de los esposos. Pretensión subsidiaria de que se declare que la titularidad de la mitad indivisa encubre una donación, ineficaz según la legislación civil especial vigente de Baleares: desestimación a la vista de las pruebas. Errores de procedimiento que han causado indefensión y excepción de litis pendencia: improperabilidad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1985.*
285. **Acción declarativa de dominio.** Falta de base probatoria. Prescripción adquisitiva: principio "tantum praescriptum quantum possessum" *Sentencia de 5 de Noviembre de 1985.*
286. **Contrato de compraventa.** Resolución por incumplimiento a tenor de las cláusulas del contrato. Mala fe. Manifiesta voluntad de incumplir o deliberadamente rebelde. Doctrina del Tribunal Supremo. Venta de inmuebles con precio aplazado: exigencia del requerimiento que previene el art. 1504 C.C. para su resolución, tras lo cual todo intento de pago deviene tardío e ineficaz. Alcance retroactivo de los efectos de la resolución: necesidad de volver el estado de cosas al momento jurídico preexistente. Incumplimiento del mandatario respecto del mandante: no puede perjudicar al tercero con quien el mandatario contrató. Congruencia: no supone una conformidad rígida y literal a las peticiones de las partes, sino racional y flexible, lo que permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias del tema planteado. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985*.*
287. **Indemnización de daños y perjuicios.** Fijación de los daños. Principio "in illiquidis non fit mora". Perjuicios: cálculos basados en una cierta fiabilidad objetiva. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
288. **Separación matrimonial.** Perturbaciones mentales. Régimen de visitas. Pensión compensatoria. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
289. **Responsabilidad extracontractual.** Requisitos. Presunción culposa de la acción u omisión, que sólo se desvirtúa acreditando el cuidado y diligencia requeridos por las circunstancias. Seguro "combinado de comercio": ley de 8 de Octubre de 1980. El asegurado perjudicado no puede pretender el importe total de los daños sufridos, más lo percibido de la compañía aseguradora, lo que comportaría un

enriquecimiento injusto. Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario: no procede por cuanto no es posible ampliar la responsabilidad aquiliana de la Comunidad de Propietarios a personas distintas. Falta de legitimación del actor: no constituye excepción procesal sino un defecto inherente a la acción considerado como cuestión de fondo. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1985**.

290. **Acción cambiaria ordinaria.** La simple posesión de los títulos al portador lleva aparejada la presunción de que su tenedor es el verdadero titular del derecho. Al deudor incumbe la carga de prueba en contrario. Nulidad de la obligación que se reclama por falta de causa: inexistencia, por hallarse amparada la obligación cambiaria de causa cierta y válida ("causa solvendi"). Acción de enriquecimiento injusto, admitida doctrinal y jurisprudencialmente con base en el art. 460 del Co., y explícitamente contemplada en la ley 19/1985, de 10 de Julio, Cambiaria y del Cheque. Reconvencción: desestimación. Excepción procesal de falta de personalidad de la actora: no puede ser confundida con la ausencia de legitimación (o atribución subjetiva del derecho ejercitado en juicio); cuestión esta última que constituye tema de fondo por afectar a la acción. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1985.*
291. **Testamento abierto.** Nulidad por ausencia de firma de la testadora. Inexigencia de tal requisito cuando el testamento es abierto (a diferencia del ológrafo). La desestimación de la nulidad conlleva la improsperabilidad de las demás peticiones (declaración de nulidad de diversas escrituras públicas). Mala fe. Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario: inexistencia por cuanto habiendo renunciado en el proceso la coactora a cuantas acciones le competieren, tenía conocimiento perfecto del litigio y no podría decirse en rigor que pudiera ser condenada sin ser oída y vencida en juicio. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1985.*
292. **Reclamación de cantidad.** Falta de legitimación pasiva en los codeemandados que permanecieron en rebeldía: desestimación por no ser posible al demandado invocar excepciones de tipo personal que no afectan a su propia esfera jurídica y no tener representación ni legal ni voluntaria de los otros codeemandados. Cuentas corrientes bancarias: práctica usual y notoria de la comunicación a los clientes del estado de cuentas a través del correo ordinario. Especial dificultad probatoria del hecho positivo del envío por este medio de comunicación. Temeridad en la oposición a la pretensión del actor. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1985.*

293. **Arrendamiento de local de negocio.** Acumulación de autos. Resolución de contrato. Causas: cesión, subarriendo o traspaso inconsciente (2ª y 5ª del art. 114 LAU). Falta de legitimación pasiva: desestimación. Costas en primera instancia: su regulación en este procedimiento viene dada, no por los genéricos artículos 1.101 y 1.902 C.C. -invocados al efecto por el juez "a quo"-, sino por el específico artículo 149, 1º LAU: criterio objetivo del vencimiento, no aplicado en la sentencia recurrida. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985.*
294. **Contrato de obra.** Cuantificación de la prestación pecuniaria debida por el comitente al contratista: la fijación del precio por la realización de la obra quedó deferida por los litigantes al sistema de administración (tesis propugnada por el actor, seguida por la sentencia recurrida y acogida por la Sala) y no en formaalzada (tesis del demandado apelante). Intereses de la cantidad debida. Errónea aplicación por el juez "a quo" de los artículos 1.100 y 1.108 C.C. y 921 L.E.C. Principio "in illiquidis non fit mora". Doctrina jurisprudencial. No procede la condena al pago de intereses moratorios, a causa de no ser líquida la deuda, cuando, como en el supuesto de autos, la sentencia remite su definitiva fijación a la fase ejecutoria del fallo. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985.*
295. **Compraventa de inmueble.** Determinación del inmueble objeto del contrato. La venta, consignada en documento privado suscrito por las partes, constituyó un objeto contractual único, tanto en la propia prestación -cosa a entregar- cuanto en la contraprestación -precio a pagar-. Obligación fundamental de entrega (arts. 1.461 y 1.468 C.C.): los alodios y limitaciones del dominio que existen sobre el inmueble enajenado no son gravámenes en sentido técnico. Obligación complementaria de otorgar escritura pública cuando el objeto de la venta sean bienes inmuebles (art. 1.537 C.C.) Daños y perjuicios por morosidad (art. 1.101 C.C.). Reconvención formulada por el demandado apelante instando la resolución de la venta de una porción del inmueble: desestimación. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.*
296. **Juicio ejecutivo cambiario.** Impugnación de la sentencia de remate. Motivos: insuficiencia del poder que acredita la representación que ostenta el Procurador de la parte ejecutante y falsedad de la cláusula valor -valor en cuenta- consignada en la letra. Desestimación. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.*

297. **Arrendamientos Urbanos.** Prestensión de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por cesión o traspaso inconsciente (causa 5ª, art. 114 LAU). Desestimación en primera instancia por no aparecer acreditado en autos tal extremo. Estimación en segunda instancia, con revocación de la sentencia recurrida. Costas: art. 149 LAU. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.*
298. **Incapacitación.** Declaración por el juez "a quo" de la incapacidad de la demandada, por insania mental, exclusivamente limitada a actos que afecten a la esfera negocial, quedando sometida a curatela. Fallecimiento, durante la tramitación del recurso, de la demandada apelante que, por las características del proceso de incapacidad, determina la desestimación de la solicitud inicial y consiguiente revocación del fallo recaído: no cabe declarar la incapacidad, dados los efectos "ex nunc" que tiene la sentencia de este juicio, de una persona fallecida en el momento en que se dicta esta resolución constitutiva. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.**
299. **Arrendamiento de industria.** Rescisión del vínculo arrendatario con fundamento legal en el art. 1.556 C.C.: es deber del arrendador, que enuncia el nº 3 del art. 1.554 C.C., el de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, lo cual comporta la obligación de asegurar la invariabilidad de aquellas condiciones de disfrute del objeto locado que las partes tuvieron en cuenta de común, explícita o implícitamente, al emitir el consentimiento contractual, y, sin las cuales el contrato no se hubiera celebrado, o lo hubiera sido con estipulaciones distintas, y, en definitiva, la prohibición de variar la forma de la cosa arrendada, que proclama el artículo 1.557 del propio C.C. Daños y perjuicios, con apoyo específico en el mismo artículo 1.556 C.C.: cuantificación. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1985.**
300. **Recurso de audiencia al demandado rebelde.** (arts. 773 y ss. L.E.C.). Sentencia firme de separación matrimonial: rescisión. Artículo 24 C.E. y doctrina del T.C.: derecho de toda persona a obtener la tutela judicial efectiva, prohibición de indefensión. Emplazamiento mediante edictos: el demandado no tuvo conocimiento, ni por esta ni por otra vía, de la existencia del proceso. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1985.*
301. **Separación matrimonial.** Cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años (causa 6ª del art. 82 C.C). Dicha causa, en la que se fundamenta la declaración judicial de separación

- matrimonial, tienen una apoyatura exclusivamente objetiva. La normativa reguladora de esta materia -Ley de 7/Julio/1981, que dió nueva redacción al Título IV del libro I C.C.- sustituye el concepto de separación-sanción por el de separación-remedio, con lo que se excluye la declaración de culpabilidad de uno o de los dos cónyuges. Pensión: impugnación. Confirmación por la Sala de la cuantía fijada por el juez "a quo", atendiendo a signos externos reveladores de los importantes ingresos económicos del demandado apelante. *Sentencia de 23 de noviembre de 1985.*
302. **Incongruencia.** Separación matrimonial. Fijación por el juez "a quo" de pensión compensatoria en favor del marido demandado, petición que éste no formuló en su escrito de contestación a la demanda. Impugnación por parte de la actora de la sentencia de instancia en este último particular: estimación. Doctrina de la Sala: el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el artículo 97 C.C., exige una petición expresa de prestación económica por el cónyuge que reclame tal derecho. El principio de congruencia (art. 359 L.E.C.) veda al juzgador, aunque sea por un impulso de justicia, estimar pretensiones no sometidas a su consideración y fallo. Revocación parcial de la resolución apelada. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1985.* *
303. **Juicio ejecutivo.** Falta de legitimación: inexistencia. La mutua patronal tiene derecho a reclamar al responsable del daño o al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones. Plus petición: existencia. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1985.*
304. **Arrendamientos Urbanos.** Defecto legal en el modo de proponer la demanda: no lo constituye la infacción del art. 504 L.E.C. que ordena acompañar a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funda su derecho. Irregular constitución de la litis: no es preciso llamar a juicio al cesionario, cuando se ejecita acción de resolución de contrato de arrendamiento por cesión o traspaso, y se trata de local de negocios (sí será necesario en el caso de vivienda). Falta de consentimiento expreso del propietario: existencia. *Sentencia de 27 de noviembre de 1985.* *
305. **Contrato de préstamo.** Duda sobre la firma del fiador: pericial caligráfica. Falta de consentimiento por error: inexistencia. Responsabilidad a tenor del art. 1911 C.C.: no puede alegarse que el fiador no puede afianzar deuda que sobrepasa el montante económico de todo su patrimonio; éste sólo será responsable hasta donde alcance

su patrimonio. Nulidad de la fianza: no la constituye el hecho de que la fianza la realice la esposa, sin consentimiento expreso o tácito del marido, regidos por el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales; tal hecho, sólo otorga la facultad al marido de solicitar la nulidad de la fianza, que en el caso de autos no consta. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.**

306. **Impugnación de acuerdos sociales.** Es inadecuada la utilización del procedimiento especial de los arts. 69 y ss. L.S.A. cuando se intenta combatir un acuerdo del Consejo de Administración. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.*
307. **Reclamación de cantidad.** Falta de prueba. desestimación de la demanda. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.*
308. **Arrendamientos Urbanos.** Resolución de contrato. No da lugar. Derecho de subrogación del inquilino en dos transmisiones mortiscausa, con posterioridad a la entrada en vigor de la L.A.U. (1964) y con independencia de que con anterioridad a dicha ley haya existido alguna otra subrogación. *Sentencia de 28 de Noviembre de 1985.*
309. **Comunidad de propietarios.** No puede solicitarse la nulidad de un acuerdo de la Junta de Propietarios, cuando el solicitante tomó parte activa en la reunión que formalizó dicho acuerdo, sin realizar protesta ni reserva y ejerciendo su voto favorable. Obligaciones recíprocas. Quien no ha cumplido, no puede exigir el cumplimiento del otro. Costas. No rige el art. 523 L.E.C., reformado por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, por cuanto el procedimiento fue iniciado con anterioridad a la promulgación de la Ley de reforma. *Sentencia de 28 de Noviembre de 1985.*
310. **Separación matrimonial.** Pensión alimenticia: se determinará con base en la proporcionalidad de las retribuciones que ambos cónyuges reciben por sus respectivos trabajos. Determinación del régimen de visitas a los hijos. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1985.*
311. **Divorcio.** Pensión compensatoria: se calculará a partir del desequilibrio económico existente entre ambos cónyuges, aunque tal desequilibrio fuese producido con anterioridad a este divorcio, en situación de separación de hecho. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1985.*

312. **Mutatio Libelli.** Se produce cuando el actor solicita el desalojo de la vivienda alegando cesión en el derecho de uso y habitación, y posteriormente lo hace con base en la situación de precarista del demandado que no posee título jurídico para ejercer el disfrute de la vivienda. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1985**.
313. **Contrato de compraventa.** Resolución. Cláusula penal: normativa aplicable. Pretendida modificación de la pena mediante la reducción del porcentaje de la retención de las cantidades percibidas a cuenta del precio: debe desestimarse. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1985.*
314. **Separación matrimonial.** Imposible o excesivamente difícil convivencia: motivo atípico que no se contempla en la enumeración tasada contenida en los arts. 82 y 81 del Código civil. Revocación parcial de la sentencia apelada. Infidelidad conyugal: motivo éste que no comporta necesariamente la declaración de culpabilidad. Análisis de la normativa vigente. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1985.**
315. **Daños.** Responsabilidad, conjunta y solidaria de la empresa que efectuaba las tareas de pintado y del Club Náutico donde se hallaba el velero dañado, frente a la entidad aseguradora que se subrogó en el pago al perjudicado. Conducta negligente y obligación de resarcimiento. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1985.*
316. **Daños.** Caso fortuito. Culpa exclusiva de la entidad actora reclamante del importe de los daños: falta de acreditamiento. Carga de la prueba. Compensación de culpas: minoración del importe a satisfacer en concepto de reparación. Doctrina del Tribunal Supremo. Intereses: principio "in illiquidis non fit mora". *Sentencia de 9 de Diciembre de 1985.**
317. **Separación matrimonial.** Revocación de la sentencia apelada al carecer de eficacia jurídica en España el matrimonio cuya separación se insta. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable. Doctrina del Tribunal Supremo. La declaración de divorcio efectuada por Tribunal extranjero en tiempo en que la legislación española no admitía el divorcio vincular provoca la incapacidad legal para contraer nuevo matrimonio con eficacia en España. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1985.**
318. **Juicio ejecutivo.** Nulidad. Compraventa de vivienda, en documento privado, gravada con hipoteca. Falta de requerimiento personal

- de los vendedores. Bienes hipotecados en poder de un tercer poseedor. El Juez ejecutor debía haber requerido al tercer poseedor, al resultar infructuosa la diligencia de busca de los deudores ejecutados. Art. 222 del R.H. Patente indefención y correspondiente nulidad de actuaciones. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1985.*
319. **Contratos.** Interpretación. La obligación de entrega de los aparcamientos "totalmente terminados" no comprende el requisito administrativo de la obtención de la correspondiente licencia municipal. Art. 1281 C.C. y doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1985.*
320. **Contratos.** Venta de inmueble con precio aplazado. Resolución por incumplimiento: no procede al no darse una voluntad deliberadamente rebelde en el pago del precio. Condición resolutoria: sólo es ineficaz la llamada condición rigurosamente potestativa, esto es, la exclusivamente abandonada al arbitrio del obligado. Doctrina del Tribunal Supremo. Pago: la oferta real no seguida de consignación no tiene efectos liberatorios. Litisconsorcio pasivo necesario: doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1985.**
321. **Juicio ejecutivo.** Póliza mercantil. Excepción de pago: no la supone un apunte contable inmediatamente retrocedido. Interpretación de la póliza. Desestimación de la alegada falsedad de la certificación del Corredor de Comercio. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1985.**
322. **Separación matrimonial.** Incongruencia del fallo con los fundamentos de la sentencia: es improcedente el vicio de incongruencia ya que en el amplio concepto de "perturbaciones mentales" (causa 4ª del art. 82 C.C.) puede incluirse el síndrome ansioso fóbico que provoca la difícil convivencia conyugal. Custodia de los hijos. Régimen de visitas. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1985.*
323. **Propiedad Horizontal.** Acuerdos de la Junta de Propietarios contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los Estatutos: no son, en principio, actos nulos, sino meramente anulables y convalidables por caducidad de la acción (regla 4ª del art. 16 de la citada Ley). Plazo para ejercitar la acción de impugnación. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1985*.*
324. **Contrato de compraventa.** Cláusula del contrato por la cual el com-

- prador podrá adelantar los pagos que considere oportunos. Determinación de la cantidad que se adeuda y las cantidades percibidas por el vendedor: la prueba incumbe al comprador, pero no es admisible conducta negligente por la vendedora que se niega a expresar el balance total (expresión de cantidades recibidas y adeudadas) tras los múltiples requerimientos por parte del comprador (notariales, en acto de conciliación, e incluso en la demanda de esta litis que la vendedora no contestó). Confirmación, en consecuencia, de la cantidad adeudada señalada por el comprador. *Sentencia de 19 de diciembre de 1985.*
325. **Intereses usurarios.** Fijación de cantidad superior en el contrato de préstamo que la realmente entregada. Fijación de intereses muy por encima del interés medio del mercado. Realización de contrato de opción de compra de vivienda de los prestatarios, como garantía del pago del préstamo, con valoración del inmueble en cantidad muy inferior a su valor real. Aplicación de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908: nulidad del contrato a tenor del art. 3. Devolución por el deudor de el préstamo realizado y por el prestamista de los intereses recibidos. *Sentencia de 19 de diciembre de 1985*.*
326. **Arrendamientos Urbanos.** Resolución de contrato. Devolución por el arrendatario del bien inmueble en el mismo estado en que fue entregado: incumplimiento. Determinación de la cuantía de daños y perjuicios. *Sentencia de 23 de diciembre de 1985.*
327. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de pago: prueba. Estimación parcial del recurso de apelación. *Sentencia de 23 de diciembre de 1985.*
328. **Ejecución de obra.** Reclamación por el constructor de la deuda existente por las obras realizadas a cargo del demandado. Prueba. Determinación líquida de la cantidad adeudada. Reconvencción. Ejercitada por el demandado en reclamación del importe de las obras que realizó con persona ajena al constructor, para corregir los defectos existentes en las obras ejecutadas por éste. Facultad del demandado a: solicitar del propio constructor el arreglo de los supuestos defectos en la ejecución de la obra (arts. 1091, 1098 C.C. y 924 L.E.C.), o bien, instando el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario. En este último caso, siempre que concurren determinadas exigencias de seguridad en las personas o cosas. No habiendo el actor reconviniente (demandado) probado tales requisitos, y sin contar en absoluto con el consentimiento del cons-

tructor (actor en la litis), ni señalándose a éste plazo prudencial para corregir los supuestos defectos en la construcción y apreciar la necesidad de las obras de subsanación efectuadas, debe procederse por esta Sala a desestimar la pretensión reconvenzional. *Sentencia de 31 de diciembre de 1985**.

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

260

260. COSA JUZGADA. Requisitos para la prosperabilidad de esta excepción perentoria procesal en su función negativa. Elementos de comparación: la sentencia anterior y las pretensiones del posterior proceso. Servidumbre de paso: pretensión de demolición parcial de construcción efectuada sobre terreno gravado con el derecho real limitativo preexistente en beneficio del titular del predio colindante: improsperabilidad. *Sentencia de 7 de Octubre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. No se acepta la fundamentación de la sentencia apelada.

1º. La sentencia ahora impugnada desestima la demanda que deduce la actora recurrente, Dª A. L.L.G., en los presentes autos de juicio declarativo n° 268/84 de los del Juzgado de Primera Instancia de Mahón, por entender que concurre la excepción perentoria de cosa juzgada, que la demandada, Dª F.C.V., invoca sobre la base de la sentencia dictada por esta misma Sala con fecha 14 de diciembre de 1982 en los autos de juicio de menor cuantía n° 215/81 del propio Juzgado de Primera Instancia, seguidos entre las mismas partes aquí litigantes, a los que puso definitivo término. Tal conclusión, sin embargo, no puede ser admitida en esta alzada, toda vez que el rechazo de una pretensión posterior en razón de la fuerza de cosa juzgada material que asiste a la sentencia antecedente que resolvió el fondo del litigio, fuerza en cuya virtud y en su faceta negativa se "excluye toda ulterior controversia sobre la cuestión ya decidida en firme, en cuanto determina la preclusión, para los procesos futuros, de todo conflicto concerniente al derecho ya contemplado por el mandato sentencial, ya para reconocerlo, ya para negarlo" (Sentencia Tribunal Supremo 9-diciembre-1978 y las que en ella se citan), requiere se dé en los dos pléritos "la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron" (artículo 1252, párrafo 1º del Código Civil), esto es y al decir de la sentencia del propio Alto Tribunal de 25 de junio de 1982, la concurrencia total de la identidad de personas, cosas, acciones y causa o razón de pedir ("eadem personae, eadem res, eadem actionis, eadem causa petendi"), lo que ha de ser apreciado estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del posterior proceso, pues que de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la petición. Pleni-

tud de coincidencia entre los elementos identificadores de la materia respectiva de cada pleito que no existe en el supuesto de autos, ya que, así como las litigantes son las mismas en ambos casos, falta, por el contrario, la identidad objetiva que la sentencia apelada erróneamente también aprecia, puesto que, ni los "petitum" resultan en puridad equiparables, habida cuenta que en el proceso nº 215/81 la Sra. LL. perseguía el cierre de las ventanas abiertas en la fachada posterior del edificio que D^a F. C. había levantado en la parcela nº 29 del denominado terreno de la orilla izquierda del Puerto de Fornells, término municipal de Mercadal, (Isla de Menorca), y en éste, en cambio, la demolición parcial de esa construcción, ni, sobre todo, la respectiva causa de pedir, entendida como el hecho jurídico o título que sirve de base al derecho reclamado (Sentencias 12-febrero y 27-junio-1977, 9 y 27-mayo-1980, 5-octubre-1983), es la misma, dado que en el primer pleito venía determinada por la apertura de ventanas con vistas rectas a distancia inferior a los dos metros respecto de la finca del vecino que preceptúa como mínima el artículo 582 párrafo 1º del Código Civil, mientras que en éste lo es la vulneración del derecho real de servidumbre de paso supuestamente causada al construir la Sra. C. su chalet sobre terreno gravado con el derecho real limitativo preexistente en beneficio de la otra parte, titular del predio dominante, con denunciada infracción del párrafo 1º del artículo 545 del citado Código. Por tanto, bien que el contenido de los dos litigios se enmarcan en el ámbito de una misma y continuada relación de vecindad, y sin perjuicio de las consecuencias jurídicas de otro tipo que se derivan de la posición adoptada y pretensiones mantenidas por la Sra. LL. en el primero de los pleitos y que acto seguido han de exponerse, es lo cierto que los respectivos objetos litigiosos son diversos, de suerte que la autoridad de cosa juzgada material inherente a la sentencia desestimadora (con base en la salvedad establecida en el artículo 584 del Código) recaída en el juicio nº 215/81 no constituye motivo en que fundar el rechazo de la demanda que formula la mencionada Sra. LL.

2º. Desestimada, pues, la excepción de cosa juzgada, habiendo desistido expresamente la parte apelante, según anunció "in voce" su Dirección Letrada en la vista del recurso, de la pretensión principal deducida en la demanda para sostener tan sólo la segunda y subsidiaria y no habiendo defendido tampoco la parte recurrida ninguna otra de las excepciones de naturaleza procesal que articuló en la primera instancia, queda circunscrito el tema capital del recurso el examen de la prosperabilidad de esa segunda petición, la cual se encamina a obtener la condena de la Sra. C. V. a la demolición de todo lo edificado en su parcela que se encuentra a menos de tres metros de la finca de la actora, en razón de que menoscaba, -se dice-, unilateral, intencionada y maliciosamente, la servidumbre de paso constituida en beneficio del predio colindante en una anchura de los referidos tres metros.

3º. Dicha pretensión no merece, sin embargo, acogida, porque, si bien es cierto que, como ya se afirmó, aunque de manera incidental, por esta Sala en la sentencia de 14 de diciembre de 1982, sobre el terreno existente entre las edificaciones de las contendientes la actora tiene un derecho de servidumbre de paso para el acceso directo a su edificio; que antiguamente la zona gravada con ese derecho de paso tenía un ancho continuo de 3 metros y que la fachada posterior -Norte- del chalet propiedad del la Sra. C. dista tan solo de la fachada Sur -y principal- de la construcción conocida como "Pabellón de Oficiales" o "Casa Fonda", sita en la finca "Misons", que pertenece a la apelante, 2,77 y 1,30 metros en sus puntos más ancho y estrecho, respectivamente (folio 103), también lo es, de un lado, que en los autos de juicio de menor cuantía nº 215/81 (hecho tercero de la demanda) la Sra. LL. manifestó, textualmente que en la parcelación del fundo colindante "han respetado la servidumbre de paso mediante la posibilidad de acceso desde un vial urbanizado" y que "los accesos y la utilización de la servidumbre ha sido ininterrumpida desde el momento de la adquisición sin que nadie haya perturbado tal derecho" y que, de otro, idéntica conformidad y asentimiento de la hoy recurrente con la situación de hecho en que quedó el repetido paso

a raíz de la división operada en la finca contigua y la construcción de la vivienda que levanta la Sra. C. se encuentra implícita en la circunstancia de que entonces buscara conseguir tan solo el cierre de las ventanas que abren en la pared posterior del inmueble, cuya subsistencia y continuidad a todos los demás efectos, en consecuencia lógica, necesariamente admitía. Es por ello que su actual propósito de que se proceda al derribo del chalet no puede prosperar, por cuanto que la descrita conducta: a) es expresiva de inequívoca aquiescencia con la modificación de hecho practicada en la servidumbre y de parcial renuncia, que tiene apoyo legal en el nº 5 del artículo 546 del Código Civil, al mantenimiento de ella en toda su extensión originaria; b) pone de manifiesto que la utilidad para el predio dominante motivadora de la constitución del derecho real limitativo se continua sirviendo y se satisface plenamente y sin restricciones con la nueva configuración, por lo que es de concluir que la demolición postulada con aquel fundamento jurídico no persigue la protección de esa utilidad, sino otras finalidades distintas, resultando así la pretensión contraria a las exigencias de la buena fe (artículo 7, nº 1 del Código) y al deber de comportamiento "civiliter" en el ejercicio del derecho; y c) constituye, en todo caso, un verdadero acto propio en el sentido en que lo define la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1984, esto es, una declaración de voluntad, expresa o tácita, manifestada en términos concluyentes e inequívocos y reveladora de la actitud del sujeto frente a determinada situación jurídica, atribuyéndole con toda nitidez una significación que viene contrariada por las acciones ejercitadas o por las excepciones opuestas posteriormente, el cual y de conformidad al principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ("adversu factum suum quis venire non potest") convierte en inadmisibles toda pretensión ulterior que lo contradiga o resulte jurídicamente incoherente con él; procediendo por lo expuesto la desestimación de la demanda.

4º. Iniciado, por último, el presente litigio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/1984 de 6 de agosto, sobre reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil y careciendo por tanto de aplicación en materia de pago de costas causadas en la primera instancia el nuevo artículo 523, que consagra el principio objetivo del vencimiento, a tenor de lo que previene la Disposición Transitoria 1ª, y no apreciando tampoco esta Sala en la actuación de la Sra. LL. la temeridad que le imputa el Juez "a quo", procede, en este único punto, el acogimiento de su recurso de apelación, razón por la que, asimismo y en virtud de lo que se desprende del párrafo 2º del artículo 710 reformado -éste sí aplicable a la segunda instancia (Disposición Transitoria 2ª)-, no se impone tampoco a ninguna de las partes el pago de las costas procesales producidas en la alzada.

En virtud de cuanto antecede

FALLO: Estimando en parte el recurso de apelación que interpone Dª A. LL. G. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Mahón el doce de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, revocando dicha resolución y previo rechazo de la excepción perentoria de cosa juzgada apreciada por ella, debemos desestimar, como desestimamos, la demanda que formula la apelante contra Dª. F. C. V., a quien absolvemos de la misma, sin hacer especial imposición a ninguna de las litigantes del pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

271. CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA. "Exceptio non rite adimpleti contractus". Improsperabilidad de tal excepción dado que las obras se recibieron y aceptaron sin protesta, quedando el contratista exonerado de responsabilidad. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se acepta en lo sustancial la fundamentación de la sentencia apelada.

1º Frente a la sentencia recaída en la primera instancia de esta litis que, dando lugar a la demanda formulada por Industrias M. M. S.A., condena al demandado D. A. V. M. a que pague a la actora de cantidad de 1.669.096 ptas. en concepto de precio debido en contraprestación a la ejecución, por parte de aquella entidad mercantil, de determinados trabajos de carpintería en un edificio en construcción sito en la C/. Leonor Servera del lugar de Cala Ratjada perteneciente a este último, se alza dicho Sr. V. alegando, como ya hiciera en aquella instancia, que en la realización de la obra se empleó madera de inferior calidad a la convenida y suministrada a la actora y que los trabajos fueron llevados a cabo defectuosamente, por lo que solicita que, con revocación de la sentencia y rechazo de la demanda, se obligue a Industrias M.M.S.A. a que sustituya, a su costa, los elementos de carpintería colocados en el edificio por otros de la calidad estipulada y de correcto terminado o, en su defecto, le resarza por los perjuicios que dice sufridos, sin tener, en todo caso y mientras tanto, que abonarle la porción de precio pendiente que a través de este pleito reclama.

2º Dicha pretensión impugnativa no puede prosperar; en primer término porque el criterio más seguro y fiable, como más imparcial y objetivo y a falta de otros más convincentes, para superar la manifiesta contradicción que existe entre los dictámenes periciales emitidos en autos por los Sres. S. N. R., que obran en los folios 76 a 80 y 117 y 118 de las actuaciones, acerca de la bondad final del resultado producido, parece ser el de atenderse a las apreciaciones críticas obtenidas por el Juez de Primera Instancia mediante propia observación de la obra en diligencia de reconocimiento judicial efectuada el 1 de Octubre de 1982 (folio 82), de la que resulta que, si bien en determinados elementos de carpintería de los colocados en el inmueble aparecen fallos y deficiencias, como pequeñas astillas, algún añadido, masilla y grosores disímiles, el juicio de conjunto que merece al Juez es que la conservación y presentación es buena y, textualmente, que "su uso es bueno al igual que la conservación en general, y todos los elementos de carpintería, aparentemente y en general, tienen buena presentación"; por tanto ello sentado, si los defectos e imperfecciones, aunque ciertos, ha de reputarse que revisten escasa importancia dentro de la globalidad del trabajo encomendado, sin que en modo alguno conste que priven o disminuyan de modo sensible la aptitud a las instalaciones para servir el fin característico a que están destinadas (es de notar al respecto que, habiendo vendido varios de los apartamentos en que se divide el

inmueble, no ha demostrado el Sr. V. que, por causa de tales presentes deficiencias y mala calidad de la carpintería haya dejado de vender alguno, o percibido menos precio por ellos o, siquiera afrontado reclamaciones o quejas de compradores o usuarios, ni, en general, haber padecido perjuicio de alguna clase), no pueden considerarse de entidad tal que entrañen verdadero incumplimiento de la obligación que incumbe al empresario por efecto del contrato de obra (artículo 1544 C. Civil), de modo que el comitente se halle autorizado para resistir la entrega de su prestación correspondiente, dado que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1979, la llamada "exceptio non rite adimpleti contractus" o excepción de contrato no cumplido adecuadamente, opuesta por el deudor que retiene la integridad de su prestación cuando el acreedor ha cumplido sólo en parte o de un modo defectuoso, puede resultar contraria al principio de la buena fe en la contratación proclamado en el artículo 1298 del Código Civil atendidas las circunstancias del caso, pues respondiendo aquélla a la finalidad de protección del equilibrio entre las obligaciones recíprocas y el sinalagma funcional o interdependencia que es su característica, no podrá ser alegada la excepción de falta de cumplimiento regular cuando lo mal realizado u omitido en esa prestación parcial o defectuosa carezca de suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado, conflictos de intereses que la doctrina resuelve aplicando las normas específicas de la acción redhibitoria o de la reducción del precio y, en general, de la contraprestación o acudiendo a otras soluciones que ofrece el derecho comparado".

3º En segundo y más definitivo término, también procede el rechazo de las pretensiones del recurrente por cuanto que sobre el acreedor de la obra pesa la carga de examinar el producto que el contratista le entrega en cumplimiento del contrato, al objeto de comprobar si se acomoda el mismo, cuando menos externamente, a la calidad, cantidad y demás condiciones estipuladas, con facultad de negarse a su plena admisión, si así no es, toda vez que es doctrina del Tribunal Supremo, de que son exponente, entre otras, las sentencias de 26 de noviembre 1956, 17-diciembre-1964, 25-noviembre-1966 y 14-octubre-1968, que cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exento de responsabilidad y el propietario está obligado a pagar el precio convenido, ya que "la recepción de la obra sin protestas ni reclamación alguna le purga de sus posibles vicios", sin perjuicio de que, aún después, sea de aplicación la normativa referente al saneamiento de vicios ocultos, en su caso, que el Código Civil regula para la compraventa; y que el Sr. V. aceptó la instalación de carpintería se desprende, de una parte, de la circunstancia de que, posteriormente, procediera al lacado y pintado de la madera del inmueble, hoy en día en pleno uso, servicio y explotación, y, de otra, de que no formulara reserva, ni reclamación ninguna (nada ha justificado en tal sentido) antes de ser demandado para el pago del precio, por lo que no cabe que invoque ahora las deficiencias de ejecución y la pretendida inferior calidad del material utilizado, que se tratarían defectos visibles o manifiestos (las maderas de primera categoría carecen, al parecer, o tienen muy escasos nudos, grietas y tintes azulados -folio 76 vuelto-), que hubieran podido ser observados fácilmente en el momento de la entrega y denunciados en este instante, como medio de conservar, siquiera y pese a la recepción, las acciones oportunas tendentes a obtener la reparación de lo mal hecho o la rebaja de precio proporcional, lo que el recurrente -se repite- no ha probado que hiciera.

4º. El rechazo total del recurso de apelación conlleva la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante por ser preceptivas, a tenor de lo que previene el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: 1º) Se desestima el recurso de apelación que interpone D. A. V. M. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Manacor el ocho de enero de mil novecientos ochenta y cinco y se confirman los pronunciamientos de dicha sentencia íntegramente.

2º) Se imponen a la parte apelante las costas causadas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

286

286. CONTRATO DE COMPRAVENTA. Resolución por incumplimiento a tenor de las cláusulas del contrato. Mala fe. Manifiesta voluntad de incumplir o deliberadamente rebelde. Doctrina del Tribunal Supremo. Venta de inmuebles con precio aplazado: exigencia del requerimiento que previene el art. 1504 C.C. para su resolución, tras lo cual todo intento de pago deviene tardío e ineficaz. Alcance retroactivo de los efectos de la resolución: necesidad de volver el estado de cosas al momento jurídico preexistente. Incumplimiento del mandatario respecto del mandante: no puede perjudicar al tercero con quien el mandatario contrató. Congruencia: no supone una conformidad rígida y literal a las peticiones de las partes, sino racional y flexible, lo que permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias del tema planteado. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se acepta la fundamentación de la sentencia apelada en la estricta medida en que no se opone a la que sigue.

1º. Aquietada la parte actora ante la sentencia de primer grado jurisdiccional y firme, en consecuencia, el pronunciamiento de la misma desestimatorio del pedimento de la demanda encaminado a obtener la declaración de nulidad radical del contrato de compraventa del apartamento litigioso, nº 66 de orden del bloque G-H del complejo denominado "Aldea Cala Fornells II" sito en Cala Fornells, término municipal de Calviá, celebrado el 1 de marzo de 1979 entre, H. S., de una parte y como mandatario de los demandantes, y los demandados G. y J. M., de otra, el contendio de esta alzada, a la que se llega en virtud de la apelación formulada por estos últimos, queda circunscrita al examen de si resulta procedente la resolución de dicho contrato, que es la petición que, con carácter subsidiario respecto de aquélla, también contiene la demanda y que la sentencia recurrida, en cambio, si acoge.

2º. A tal efecto es menester partir de los hechos siguientes: a) el 1 de marzo de 1979 los actores, matrimonio SCH., vendieron, a través de su mandatario H. S., a los demandados ahora recurrentes el antes descrito apartamento de su propiedad, que habían adquirido a

su vez de la entidad "P.B.S.A. mediante escritura pública otorgada el 3 de junio de 1976, la cual consta inscrita en el Registro de la Propiedad con efectos desde el 20 de diciembre de dicho año (folios 6 a 11); b) el precio de compra convenido fue de 92.000 marcos alemanes a satisfacer del siguiente modo: un pago a cuenta de 5.000 marcos; una segunda entrega de 41.000 marcos y el resto antes de finales de octubre (cláusulas 2ª y 3ª-folio 18 a 20 y 106 a 109); c) de este precio los compradores abonaron al Sr. S. la suma de 46.000 marcos, habiendo dejado de pagar la otra mitad que falta para completar el total precio estipulado; d) los Sres. M. recibieron en su día la llave del apartamento, en cuya posesión y disfrute continúan desde el año 1979; e) dado que, al parecer, el Sr. S. no hizo llegar cantidad ninguna del dinero que había cobrado de los compradores, a los dueños del piso, éstos recurrieron notarialmente a los Sres. M. el día 25 de agosto de 1981 para que, como supuestos precaristas y a los fines del artículo 1565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desocuparan el inmueble (folios 17 y 18); f) al ser inatendido tal requerimiento, los ahora apelados promovieron juicio de desahucio por precario contra el matrimonio M., el cual, tras ser tramitado bajo el nº 33/82 por el Juzgado de Distrito nº 4 de Palma de Mallorca, terminó por sentencia absoluta de fecha 7 de junio de 1982 (folios 86 a 90), que resultó confirmada por otra de la Audiencia Provincial dictada el 15 de octubre de este mismo año (folios 138 a 141); g) el 28 de enero de 1983 se intentó la celebración de acto de conciliación, al que no asistieron los hoy recurrentes, "a pesar de estar citados en legal forma", al objeto de que se dieran por notificados, entre otros extremos, "de que, aunque los Sres. SCH. no reconocen ni han reconocido validez alguna al contrato privado de fecha 1 de marzo de 1979 firmado entre los demandados y el Sr. S., los actores "ad cautelam" dan por resuelto el contrato de compraventa referido y requieren de los Sres. M. la entrega de la posesión de la vivienda aludida" (apartado 6º -folio 21-); h) en el mes de marzo de 1983 los vendedores formularon demanda -de contenido idéntico a la que ha dado motivo a la presente litis-, contra el matrimonio comprador, la que, tras ser sustanciada por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de esta capital con el número 422/83, fue desestimada por medio de sentencia fechada a 27 de julio de 1983, que apreció el obstáculo procesal de falta de litis consorcio pasivo necesario a causa de no haber dirigido sus pretensiones, además de contra los Sres. M. contra el Sr. S; e i) el 23 de febrero de 1984 los ahora recurrentes consignaron en poder del Juzgado de 1ª Instancia que conoció de la del presente litigio, y en ocasión de evacuar escrito de dúplica, la cantidad de 2.537.360 pesetas, contravalor de los 46.000 marcos alemanes pendientes de pago, (folios 57 y 58), cuyo cobro no fue admitido por los demandantes y hoy recurridos.

3º. Atendiendo a los extremos señalados en el apartado precedente, la resolución del vínculo generado por el contrato en controversia y que declara la sentencia apelada ha de tenerse por correcta; A) en primer término, porque la omisión de pagar la mitad del precio convenido en contraprestación a la entrega de la vivienda entraña verdadero incumplimiento de la obligación principal que incumbe a todo comprador, dado que, por su innegable importancia, proporcional y cuantitativa, rompe el equilibrio de intereses económicos contemplado por el contrato e impide la obtención del fin negocial, por lo que constituye supuesto que autoriza a los vendedores para hacer uso de la facultad resolutoria que, explícitamente, les atribuye la cláusula 4ª del contrato; B) en segundo término, porque ese incumplimiento carece de justificación posible, ya que: a) la alegación de los Sres. M. en el sentido de que, una vez desaparecido el Sr. S., no sabían a quien pagar, merece ser calificada como reveladora de una absoluta y descarada mala fe, cuando resulta que, según sus propias manifestaciones, al firmar el documento y recibir las llaves de la vivienda, se les facilitó copia de la carta de 12 de septiembre de 1978 por medio de la cual los actores facultaban a S. para la venta, en la que aparecen consignados con toda claridad su domicilio y teléfono en Alemania (hecho tercero del escrito de contestación a la demanda en juicio nº 422/83 -folio 155-) y que en agosto de 1979, cuando menos, mantuvieron unos y otros diver-

sos contratos telefónicos (confesión de los Sres M. en los autos de desahucio -folios 82, 96 y 126), a lo que se añade que, tanto a través del requerimiento notarial practicado a instancias del Letrado Sr. F. el 25 de agosto de 1981, como mediante la demanda y sucesivas actuaciones del subsiguiente juicio de precario, tuvieron de nuevo cumplida noticia de la identidad y demás datos para poder localizar a los vendedores, y que, inclusive, el día 5 de abril de 1982 coincidieron físicamente en el local del Juzgado de Distrito nº 4 D. SCH. y J.M. para absolver posiciones en dicho juicio, puesto que lo hicieron ambos en un mismo acto (folios 84 y 83). b) es radicalmente inexacto, que el pago de la porción del precio pendiente estuviera ligada al simultáneo otorgamiento de escritura pública, por cuanto que, a tenor de la cláusula 3ª y de conformidad a las correctas traducciones del contrato, redactado en lengua alemana, obrantes a los folios 20 y 107, debía por el contrario, de abonarse antes de finales de octubre de 1979, indicando la cláusula 6ª que el vendedor se obligaba a otorgar la escritura pública de venta "en cuanto el comprador haya satisfecho el importe total del precio de compraventa convenido", claridad de términos que excluye cualquier eventual discusión a cerca de cual fuera la real voluntad de los contratantes sobre este extremo; y c) aunque hubiere sido cierta aquella pretendida ignorancia, también lo es que los recurrentes no consignaron judicialmente la cantidad debida a disposición de los dueños del apartamento, posibilidad liberatoria de responsabilidad que aparece regulada en los artículos 1176 a 1181 del Código Civil, hasta el día 23 de febrero de 1984, todo lo cual pone de relieve la existencia en los Sres. M., deudores del precio, de la voluntad manifiesta de incumplir o deliberadamente rebelde, según tópica expresión acuñada, que constante doctrina jurisprudencial requiere para el éxito de la acción resolutoria (Sentencias 17 y 23-enero, 2-febrero, 22-marzo, 2 y 25-mayo, 20-noviembre-1984, y 14-febrero, 22 marzo y 29-abril-1985, entre las más recientes; y d) en último lugar, porque mediante la conciliación intentada el 28 de enero de 1983 e, inclusive, la demanda que dió motivo al juicio de menor cuantía nº 422/83, (pero no a través del requerimiento notarial de 1981, previo al juicio de precario, como erróneamente aprecia la sentencia recurrida), los vendedores llevaron a cabo el requerimiento que previene el artículo 1504 del Código Civil como exigencia ineludible para la resolución de las ventas de bienes inmuebles con precio aplazado y que consiste en una intimación referida, no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a que no opongan obstáculos a este modo de extinguirla (Sentencias 28 febrero-80, 30-marzo, 10-abril y 23-mayo-1981, 29-noviembre-1982, 25-enero-1985, etc.), después de efectuada la cual todo intento posterior de pago deviene tardío e ineficaz -como el propio precepto determina al decir que "hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término"-, para enervar el ejercicio del derecho potestativo a obtener la resolución, que corresponde al vendedor.

4º. La sentencia apelada, sin embargo, al limitarse a complementar el aquí confirmado pronunciamiento resolutorio con la sola condena de los Sres. M. a devolver la posesión del inmueble a los actores, no extrae de él todas las consecuencias jurídicas que le son inseparables y que, a la vez, se encuentran necesariamente ligadas entre sí con carácter de interdependencia mutua, toda vez que la extinción sobrevenida de la relación contractual por causa de resolución proyecta sus efectos, no sólo para el tiempo futuro, sino con alcance retroactivo, debiendo volverse al estado jurídico preexistente, de modo que, al igual que ocurre en los demás supuestos de ineficacia de los contratos (artículos 1295, 1306, 1307 y 1308 C. Civil), cada parte deberá reintegrar a la otra las prestaciones que respectivamente realizaron cosa y precio, (Sentencia Tribunal Supremo 14-noviembre-1962, 19-diciembre-1964, 20-junio-1980, 5-julio-1980), si bien en el presente caso la cantidad que los demandantes habrán de restituir a los apelantes ha de ser sólo de 23.000 marcos alemanes, por cuanto que la cláusula 4ª del repetido contrato, invocada por la parte recurrente en el acto de la vista, contiene estipulación penal en el sentido de que "como indemnización y multa por no cumplimiento del contrato, el vendedor se quedará con un cincuenta por ciento de

los importes pagados hasta la fecha de no cumplimiento por parte del comprador"; conclusión a la que no cabe oponer: a) ni el hecho de que, en realidad, los Sres. SCH. no hayan percibido dinero alguno de la parte de precio que cobró el Sr. S., porque el incumplimiento por el mandatario de las obligaciones que tiene para con su mandante -aquí, en concreto, la de abonarle cuanto haya recibido en virtud del mandato (artículo 1720)- es cuestión a dilucidar en la esfera de las relaciones internas entre ellos, pero que no debe trascender en perjuicio del tercero con quien el mandatario contrató; y b) razones de congruencia con las pretensiones de las partes (los demandados se limitaron a pedir su absolución), toda vez que la congruencia no supone una conformidad rígida y literal a las peticiones de las partes sino racional y flexible, (Sentencias 18-febrero, 7-noviembre-1984, 23-marzo y 9-abril-1985) y existe siempre que se guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis, concordancia que permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, así como a todos los puntos que complementan y precisen el mismo y a los que se encuentren implícitos en la controversia (Sentencia 28-enero-1985 y cuantas en ella se citan) y en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1980 manifiesta, junto con la de 19 de diciembre de 1964, que "la resolución del contrato una vez declarada y aceptada no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría, como declaró la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1950, a proteger un enriquecimiento injusto, sino que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutorio no quedaría logrado sin su consecuencia natural de reintegro recíproco de prestaciones, y esta consecuencia, esencial a la resolución que declara, es la que impone la sentencia recurrida, sin que por ello pueda tratarse de incongruente".

5º. Cuanto antecede y, en particular, lo que se expone en los apartados 2º y 3º de esta Sentencia, pone de manifiesto temeridad y mala fe en la conducta de los demandados que, por ello, fueron justamente sancionados con la condena al pago de las costas causadas en la primera instancia de la litis; en cambio, al completarse el fallo de la sentencia apelada con adición que resulta beneficiosa para los recurrentes, no procede efectuar especial pronunciamiento en cuanto al pago de las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Se estima en parte el recurso de apelación que interponen G.M. y J.M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca de diecisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro y, en su consecuencia,

2º) Se confirman todos los pronunciamientos que contiene la parte dispositiva de dicha sentencia, pero con la adición de que D. y I.SCH. han de restituir a los demandados la cantidad de Veintitres mil marcos alemanes, mitad de la parte del precio de adquisición del apartamento litigioso satisfecho por éstos.

3º) No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Gíménez).

289. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Requisitos. Presunción culposa de la acción u omisión, que sólo se desvirtúa acreditando el cuidado y diligencia requeridos por las circunstancias. Seguro "combinado de comercio": ley de 8 de Octubre de 1980. El asegurado perjudicado no puede pretender el importe total de los daños sufridos, más lo percibido de la compañía aseguradora, lo que comportaría un enriquecimiento injusto. Excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario: no procede por cuanto no es posible ampliar la responsabilidad aquiliana de la Comunidad de Propietarios a personas distintas. Falta de legitimación del actor: no constituye excepción procesal sino un defecto inherente a la acción considerado como cuestión de fondo. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los que de la resolución apelada y como propios los siguientes:

1º.: La sentencia recaída que, estimando en parte la demanda, condena a la Comunidad de Propietarios demandada a que pague al actor la cantidad de 812.060 pesetas más intereses legales, es apelada por ambas partes: por la demandante, por no ser la condena de la totalidad de la suma reclamada -1.612.069 pesetas-, y por la demandada, por no haberse apreciado ninguna de las dos excepciones formuladas -falta de litis consorcio pasivo necesario y falta de acción- y no darse en el presente los presupuestos de la acción extracontractual basada en el artículo 1902 del Código Civil que es la ejercitada en esta litis, ahora en segundo grado jurisdiccional. Lógica y técnicamente se impone en primer lugar el estudio de las dos excepciones interpuestas y caso de que ninguna de ellas prospere, examinar y resolver la cuestión de fondo.

2º.: "El litis consorcio necesario es aquel que se da cuando la demanda ha de ser propuesta por necesidad por todos o contra todos los partícipes, de manera que la relación jurídica en litigio, dada su naturaleza, no permita sino una declaración unitaria extensiva a todos los incluidos en ella, de por lo que se dé extensión de la cosa juzgada a todos los que debieron ser demandados y no lo fueron" (Sentencia de 10 de Marzo de 1980), doctrina esta que lleva a desestimar la excepción de litis consorcio necesario pasivo esgrimida en primer término, pues la responsabilidad aquiliana en litigio, nacida de una posible culpa o negligencia de la Comunidad de Propietarios demandada por el mal estado o deficiente conservación de las tuberías de desagüe del edificio que pasan por el techo del local del demandado, no es posible ampliarla, dada la naturaleza de la relación jurídica en litigio, a otras personas distintas y concretamente, como se postula, a la empresa municipal E., y encargada de la conservación del alcantarillado de esta ciudad, cuya red, al estar taponada, o el colector fuere insuficiente para recoger el desagüe de la finca, fue, según la demandada, la causa de la inundación del local del demandante. De ser cierta la tesis de la Comunidad de Propietarios hoy apelante, como cuestión de fondo que es, así lo señala con acierto la Juez

"a quo", determinará la absolución de la demandada por no existir la responsabilidad extracontractual que se le reclama y no por defecto de la relación jurídico-procesal constituida.

3º.: La segunda excepción aducida -falta de acción- se fundamenta en que el actor no está legitimado para su reclamación -1.612.069 pesetas- al haber sido indemnizado por la entidad aseguradora de su inmueble en la cantidad de 800.000 pesetas, cuestión esta que por no afectar a la relación jurídico-procesal sino a la jurídico-material no es en puridad una excepción -procesal-, que en todo caso debe ser rechazada por cuanto en nuestro derecho cabe la estimación parcial de una reclamación dineraria, como acaece en la sentencia objeto de esta alzada. El rechazo de las aducidas excepciones permite entrar en el examen y resolución de la cuestión de fondo de esta litis, lo que se lleva a cabo seguidamente.

4º.: La acción indemnizatoria ejercitada al amparo del artículo 1902 del Código Civil se basa en el hecho acreditado por la prueba practicada, especialmente por el acta notarial obrante a los folios 2 al 5 de los autos principales, de que el local comercial del actor -sótano del edificio número 18 de la calle Jerónimo Rosselló de esta ciudad- apareció inundado por agua el día 26 de Agosto de 1983 -llovió en esta localidad con gran intensidad en las primeras horas de dicho día-. El agua que inundó dicho local cayó de las tuberías de desagüe del edificio que, pertenecientes a la Comunidad de Propietarios demandada, cruzan en diagonal, no al aire libre sino cubiertas de escayola, el techo del local, donde el demandante tenía y funcionaba ya por aquel entonces un taller de confección de prendas de vestir, denominado Creaciones S.; prendas de vestir y telas para su confección allí existentes resultaron muy dañadas, daños que el informe del tasador de la compañía aseguradora de dicho negocio valoró en 1.612.069 pesetas (folios 8/14), que es la cantidad que se reclama en este proceso.

5º.: Conocida es, por su reiteración, la doctrina del Tribunal Supremo que exige para la declaración de la responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1902 del Código Civil, la conjunción de los requisitos siguientes: uno subjetivo, la existencia de culpa o negligencia atribuible a la persona o entidad que realizó el acto u omisión y contra la que la acción se dirige; otro objetivo, la realidad de un daño o lesión al accionante, y otro causal, la relación entre el daño y la falta (Sentencias, entre otras muchas, de 22 de Febrero de 1946, 22 de Octubre de 1948, 30 de Enero de 1951, 30 de Junio de 1954, 24 de Junio de 1965, 20 de Junio y 10 de Octubre de 1968, 8 de Octubre de 1969 y 6 de Noviembre de 1980). Igualmente es reiterada jurisprudencia que la acción u omisión determinante del daño se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite, en debida forma, haber actuado con el cuidado y diligencias que las circunstancias requerían.

6º.: La cuestión esencial de esta litis es determinar, a la vista de las pruebas practicadas, si la caída del agua de las mencionadas tuberías de desagüe, se produjo por una mal instalación o avería de alguna de dichas tuberías -tesis de la actora apelada-, o por desbordamiento del sistema municipal de alcantarillado público que impidió el desagüe normal o incluso provocara una acción de retroceso a las aguas (tesis de la demandada apelante). El dictamen pericial del Doctor Arquitecto don F.O.F. informa, tras la exploración realizada: a) que al menos una de las tuberías de desagüe de aguas fecales de la finca no se halla en las debidas condiciones para un buen flujo de dichas aguas puesto que en la parte que discurre por el techo del local citado -el del actor- presenta escasa pendiente y en el supuesto de que esta escasez de pendiente fuera obligada por la altura a que discurre el colector general de la calle, debería haberse dado mayor diámetro a la tubería en cuestión; b) la inexistencia de una arqueta sifónica en el punto en que las aguas residuales del edificio conectan con la red del alcantarillado -solo existe una arqueta sin sifón-; y c) que a través de un hueco prac-

ticado en el cajón de escayola que recubre dicha bajante en su recorrido por el techo del local mencionado se observa una unión de dos tubos en mal estado, por la que puede haberse filtrado el fluido que discurre por la conducción (folio 64). En sentido parecido se pronuncia el Aparejador Sr. M.G. al dictaminar en el punto d) de su informe pericial que "la causa de la inundación del local de autos es imputable a la tubería de la comunidad en el lugar del siniestro, ya que esta no tiene la pendiente ni la arqueta sifónica necesarias y obligadas para producir la correcta salida de residuos ni evitar la entrada de las aguas del alcantarillado público" (folio 91). Es también importante destacar que en el apartado a) de su informe, el Aparejador don R.L. declara que "se ha buscado el desagüe del agua de lluvia que cae en un pequeño patio interior, que tendrá unos 25 metros cuadrados de superficie y se supone empalmado a alguna tubería de aguas fecales ya que no aparece en el local de autos (folio 93); suposición que no existe en el informe del Aparejador Sr. S.C. ya que afirma que las aguas -pluviales- que recibe el patio posterior, al que le asigna una superficie aproximada de 30 metros cuadrados, están conectadas al colector de fecales, siendo su diámetro superior al necesario para evacuar estas aguas que recoge -no da dato alguno en apoyo de esta última afirmación, que lógicamente estará en función y dependerá de la cantidad de agua que caiga sobre dicho patio interior-. Se aprecia, a la vista de tales peritajes, que las aguas de las copiosas lluvias que cayeron sobre el referido patio en las primeras horas del día 26 de Agosto de 1983 fueron a parar a una de las tuberías de aguas fecales que cruza el techo del local del actor y al no estar dicha conducción en debidas condiciones de conservación -el arquitecto señor O. apreció personalmente que una unión de dos tubos en mal estado, como ya quedó consignado- provocaron la inundación que sufrió el local del actor; explicándose con ello la existencia de restos de barro en la mesa existente en el local de autos que apreció el notario y que consignó en el acta que levantó y que la parte demandada destacó especialmente en ambas instancias en apoyo de su tesis, ya que fue la tierra acumulada en el patio interior del edificio que, arrastrada por las aguas pluviales, se depositó en forma de barro a través de la tubería de desagüe averiada, en el local del actor cuando éste se inundó.

7º.: La tasación de los daños sufridos por el demandante en su taller de confección de ropa como consecuencia de la expresada inundación, valoración que consta en el peritaje que se acompañó a la demanda instauradora de esta litis (folios 1/14), es rechazada por la parte demandada por no haberse emitido con arreglo a los requisitos que para la prueba pericial establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, con olvido de que dicho peritaje es el prevenido en el artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro, ya que sobre el mencionado taller el actor tenía concertado un seguro "combinado de comercio" que cubría el riesgo de inundación y que ella, la Comunidad de Propietarios, ha reconocido reiteradamente en este juicio el cumplimiento de dicho contrato de seguro, concretamente el cobro por el demandante de la indemnización que más adelante se menciona y en el que se apoya para negar legitimación a la contraparte para formular la acción ejercitada por haber percibido el actor de la Compañía aseguradora la cantidad de 800.000 pesetas, que es la que señala dicho peritaje como "máximo garantizado" por el seguro concertado, y tal reconocimiento implica el del peritaje que, a falta de acuerdo de las partes contratantes del seguro, se emitió a tenor de lo preceptuado en el citado artículo 38 y que se estima que es el que obra unido a los folios 7 al 14 de los autos principales.

8º.: Al concurrir todos los requisitos exigidos para que prospere la acción establecida en el artículo 1902 del Código Civil, estimada correcta la valoración de los daños antes mencionada y al haber reconocido el actor la confesión judicial haber percibido 800.000 pesetas de la Compañía aseguradora de su taller de confección por indemnización por la referida inundación, es por lo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de propietarios demandada.

9º.: Entrando en el estudio de la apelación formulada por el actor, conviene señalar que el seguro "combinado de comercio" es una modalidad de seguro contra daños y por lo tanto de cobertura concreta de necesidad, en el que la prestación indemnizatoria va en relación directa con la necesidad patrimonial de hecho sentida, de ahí que la citada Ley especial mercantil de 8 de Octubre de 1980, proclama, en su artículo 26 que "el seguro -contra daños- no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado"; y al haber confesado el actor haber percibido de la Compañía aseguradora 800.000 pesetas -el 10 por cien del capital asegurado- (posición 3ª: folio 83) como indemnización por los daños sufridos por la supradicha inundación, no puede ahora, alegando inicialmente compatibilidad de indemnizaciones distintas a las de autos, y más tarde una actuación en interés de la entidad aseguradora, como perjudicada por el pago de las referidas 800.000 pesetas, reclamar el importe total de los daños sufridos -1.612.069 pesetas- cuando ya ha cobrado casi la mitad de dicha cantidad total. El aducido beneficio que el cobro por el actor de las supradichas 800.000 pesetas reportaría a la Comunidad de Propietarios demandada, si se descontase esta última cantidad de la que le correspondería satisfacer de no existir dicho seguro, contratado y pagado sus primas por el demandante, carece de apoyatura legal toda vez que el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, en su párrafo primero declara: "El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización". Tampoco puede prosperar la tesis del actor de que su reclamación por el importe total de los daños sufridos, no obstante haber ya percibido 800.000 pesetas de la compañía aseguradora, es en interés de la entidad aseguradora para recuperar las 800.000 pesetas y reembolsarlas a dicha compañía, pues tal actuación en interés ajeno no solo no se ha acreditado en autos, sino que va en contra de la subrogación legal que estatuye y regula el citado artículo 43 a favor de la compañía aseguradora pagadora de la indemnización.

10º.: Al desestimarse los recursos de las dos partes litigantes, no procede hacer especial declaración sobre las costas de esta segunda instancia.

FALLO: A) Se desestiman el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don R.E.N. y el interpuesto en nombre y representación de la Comunidad de propietarios del edificio señalado con el número 18 de la calle Jerónimo Rossello de esta ciudad.

B) Se confirma la sentencia de fecha dos de Abril de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por la Ilma. Sra. Magistardo-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta capital en los autos del juicio declarativo, hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo; y

C) Sin especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

298. INCAPACITACION. Declaración por el juez "a quo" de la incapacidad de la demandada, por insania mental, exclusivamente limitada para actos que afecten a la esfera negocial, quedando sometida a curatela. Fallecimiento, durante la tramitación del recurso, de la demandada-apelante que, por las características del proceso de incapacidad, determina la desestimación de la solicitud inicial y consiguiente revocación del fallo recaído: no cabe declarar la incapacidad, dados los efectos "ex nunc" que tiene la sentencia de este juicio, de una persona fallecida en el momento en que se dicta esta resolución constitutiva. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DEL DERECHO. Se aceptan los "considerandos" primero y tercero de la resolución apelada.

1º.: La sentencia que estimando en parte la solicitud deducida en nombre y representación de don J. A. G. M., declara incapaz exclusivamente para actos que afecten a la esfera negocial, a doña A. G. V. -abuela por línea paterna del solicitante- y que queda sometida a curatela que tendrá por único objetivo los actos a que se refieren los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 271 del Código Civil, fue apelada por la declarada incapaz, que falleció -folio 10 del presente rollo- durante la tramitación de este recurso, siendo sustituida en su actuación procesal por su heredera testamentaria, su hija doña M. G. G. quien sostuvo la apelación deducida. En el acto de la vista de este recurso, la Dirección Letrada de la parte apelante postuló, dado el fallecimiento de la presunta incapaz, el archivo de las actuaciones practicadas con declaración de extinción de la curatela ordenada por el juez de primera instancia; el Letrado de la parte apelada, expuso, en dicho acto, que la resolución que procedía era el desistimiento de la apelación, con imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia a la contraparte; el Ministerio Fiscal interesó la revocación parcial del fallo dictado, por cuanto debe declararse extinguida la curatela que se ordenó constituir.

2º.: La sentencia que declara la incapacidad, aunque sea limitada como en el presente caso, por insania mental, tiene carácter constitutivo, ya que es acto modificativo de la capacidad civil de una persona física y sus efectos son "ex nunc" y no "ex tunc" como señala unánimemente la doctrina; por ello la sentencia definitiva de incapacidad solo produce sus efectos desde el momento en que adquiere carácter de firme, conforme el artículo 919 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El proceso de incapacidad tiene, en otras características, que la persona cuya incapacidad se postula es objeto y parte en el litigio; por lo que su fallecimiento durante la tramitación del proceso, ya se halle éste en primera o segunda instancia, produce lógicamente efectos en ambos ámbitos, y si bien como parte litigante se supera tal desaparición física con el instituto de la sustitución procesal por su causahabiente,

ello no es dable, como objeto de la litis. Por otro lado hay que tener bien presente que la sentencia que se ha de dictar en apelación se ha de basar en las pruebas practicadas, no sólo las que se hayan realizado en primera instancia, sino también en las que se hayan practicado en fase de apelación; siendo de destacar que el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su ordinal tercero admite el recibimiento a prueba en segunda instancia "cuando hubiere ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer prueba en primera instancia". Es incuestionable que el fallecimiento, acreditado en el presente rollo (folio 10), de la persona objeto de este litigio, es un hecho nuevo de decisiva influencia en la resolución del pleito, ya que determina la desestimación de la solicitud inicial y consiguiente revocación del fallo recaído, pues no cabe declarar la incapacidad, dados los efectos "ex nun" que tiene la sentencia de este juicio, como ya se expuso, de una persona fallecida en el momento en que se dicta esta resolución constitutiva.

3º.: No se aprecian motivos bastantes para hacer expreso pronunciamiento sobre las costas de primera instancia. La revocación de la sentencia excluye toda especial imposición de las costas devengadas en esta alzada.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de doña A.G.V. y mantenido al fallecimiento de dicha recurrente por doña M.G.G., contra la sentencia de fecha ocho de Mayo de mil novecientos ochenta y cuatro, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado Juez de Primera Instancia número Dos de esta capital, en los autos incidentales de declaración de incapacidad de que dimana el presente rollo, y en su lugar se declara,

B) Se desestima la solicitud deducida en nombre y representación de don J.A.G.M. para que se declare la incapacidad total por demencia de doña A.G.V., fallecida durante la tramitación de la presente apelación el día diecinueve de Agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

C) Sin especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

299

299. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. Rescisión del vínculo arrendaticio con fundamento legal en el art. 1.556 C.C.: es deber del arrendador, que enuncia el nº 3 del art. 1.554 C.C., el de mantener el arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, lo cual comporta la obligación de asegurar la invariabilidad de aquellas condiciones de disfrute del objeto locado que las partes tu-

vieron en cuenta de común, explícita o implícitamente, al emitir el consentimiento contractual, y, sin las cuales el contrato no se hubiera celebrado, o lo hubiera sido con estipulaciones distintas, y, en definitiva, la prohibición de variar la forma de la cosa arrendada, que proclama el artículo 1.557 del propio C.C.. Daños y perjuicios, con apoyo específico en el mismo artículo 1.556 C.C.: cuantificación. *Sentencia de 21 de noviembre de 1.985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. No se acepta la fundamentación de la sentencia apelada.

1º.: Son hechos esenciales de los que debe partir el examen de las cuestiones planteadas por el presente recurso, interpuesto por el actor, J.C.C.G., contra la sentencia que desestimó su pretensión de que se declare rescindido el contrato de arrendamiento de industria que le liga a la entidad demandada R.S.A., las que a continuación se exponen: a) el 1 de octubre de 1981 se celebró contrato de arrendamiento entre las partes litigantes, por cuya virtud R.S.A. arrendó al Sr. C., por plazo de 2 años y precio mensual de 36.000 pesetas, la "industria de Bar situada, en la planta baja del Cine L.P. con acceso desde el zaguán y directo desde la calle" (folio 1); b) el 1 de octubre de 1983, expiraba la vigencia del anterior contrato, se concertó otro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, pero conviniéndose ahora una duración de 4 años y una renta a satisfacer por el arrendatario de 40.000 pesetas al mes durante los dos primeros y de 44.000 pesetas los dos restantes (folio 5); c) R.S.A., es asimismo propietaria de la industria de exhibición cinematográfica denominada "Cine L.", la cual tenía arrendada desde el 28 de diciembre de 1981 a la empresa E.C.B.S.A. (folios 172 a 175); d) como quiera que esta última dejó de abonar el importe de los alquileres estipulados desde el mes de Enero de 1984 en adelante, R.S.A., por medio de demanda fechada a 22 de marzo de 1984, promovió contra ella ante el Juzgado de Distrito nº 2 de esta ciudad juicio de desahucio por falta de pago de la renta, que dió lugar a que la demandada en dichos autos devolviera el 17 de abril siguiente las llaves de la industria a la arrendadora (folios 219 a 222), momento a partir del cual la Sala de exhibición permanece cerrada al público.

2º.: Sobre tales antecedentes la parte actora y ahora apelante postula la rescisión del vínculo arrendaticio con fundamento legal en el artículo 1556 del Código Civil, que así lo permite para cuando "el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores", porque, sostiene, la entidad arrendadora no ha cumplido las obligaciones contractuales que le incumben, dado que el cierre del cinematógrafo impone la paralización del negocio del bar y su nula rentabilidad, íntimamente ligada en su funcionamiento y desarrollo al del cine. Pretensión que, en contra de lo que entiende la Juzgadora "a quo", ha de prosperar, por cuanto que es deber del arrendador, que enuncia el nº 3 del artículo 1554 del Código citado, el de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, lo cual comporta la obligación de asegurar la invariabilidad de aquellas condiciones de disfrute del objeto locado -en el caso presente, de las condiciones de explotación del negocio- que las partes tuvieron en cuenta de común explícita o implícitamente, al emitir el consentimiento contractual, producto del concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1262 párrafo 1º), y, sin las cuales éste no se hubiera celebrado, o lo hubiera

sido con estipulaciones distintas, y, en definitiva, la prohibición de variar la forma de la cosa arrendada, que proclama el artículo 1557 del propio Código, siendo de notar al respecto que: a) parte de la clientela de que se nutría el negocio del Bar arrendado, estaba integrado por los espectadores que acudían a la Sala de exhibición cinematográfica, a la que aquél servía funcionalmente y de la que se encontraba en indudable dependencia, como evidencia, no sólo la identidad de rótulo comercial de ambos establecimientos y el hecho de que estuvieran unidos por una vía de acceso interna y directa, sino también las facultades exorbitantes que se reservó el arrendador en el contrato y las restricciones que impuso al ejercicio de la industria en contemplación de las necesidades de funcionamiento del negocio contiguo, y que aparecen recogidas en la cláusula 4ª ("el personal del Bar deberá estar debidamente uniformado y comportarse con los modales, educación y aseo propios del prestigio del Cine L.P., reservándose el arrendador el derecho de vetar aquellos que, por su conducta, aseo y falta de educación o modales, considere desmerecen aquél"; "en la explotación del servicio de Bar, se evitarán ruidos, olores y cualquiera otras manifestaciones que pudieran implicar molestias a los espectadores del Cine. La entrada y salida de material, mercaderías, envases, etc., se llevarán a cabo precisamente por la mañana, quedando terminantemente prohibido la realización de estas operaciones durante las horas del Cine"; "por las mañanas hasta la hora que comience la primera sesión del cine, quedará cerrada la puerta que comunica con el zaguán del Cine"); b) resulta claro, por ello, que en el ánimo de las partes estuvo presente de manera decisiva al contratar la idea de que la Sala de proyección, también propiedad de R.S.A., estaría abierta al público y asimismo, que esta circunstancia como factor seguro de atracción de usuarios de los servicios que una industria de su clase ofrece, dotaba de atractivo económico a la oferta de explotación del Bar y que fue, por tanto, relevante para alcanzar la conclusión del arriendo; y c) la clausura del Cine, en consecuencia, al privar al negocio litigioso de parte de su clientela natural y, por tanto, de una de las dos fuentes de ingresos de que originariamente disponía para la obtención de lucro, fin inherente a toda empresa mercantil y que mueve la contratación, (la otra viene constituida por el público que pueda penetrar en el local procedente de la calle), aunque no imponga de manera necesaria su paralización, sí entraña, sin embargo, alteración de las condiciones de rentabilidad en que la industria fue ofrecida y aceptada, rompiéndose de este modo el equilibrio entre las prestaciones correspondientes que se deben los contratantes por razón del vínculo locaticio con claro perjuicio para el arrendatario, a quien el arrendador no ha mantenido en el pacífico goce del objeto arrendado, tal como lo fue, sin que de este incumplimiento exculpe a la demandada el hecho de que la causa última del proceso desencadenante de aquel cierre radique en una conducta ajena, cual es el impago de las rentas que tenía que satisfacer por el arriendo del Cine la entidad E.C.B.S.A., toda vez que R.S.A., como arrendadora de la industria de Bar al Sr. C. y responsable de la continuidad de los presupuestos que hacen viable su disfrute en la forma convenida, hubiera debido, en acatamiento de la fuerza obligatoria de los contratos extensiva a todas las cosecuencias que, de acuerdo con su naturaleza, sean conformes a la buena fé, (artículos 1091, y 1258 del Código Civil), o bien seguir la explotación de la Sala de cine por sí misma, o bien cederla a tal fin a un tercero; por todo lo cual procede, previa estimación del recurso, dar lugar a la pretensión principal que deduce la demanda y decretar consiguientemente la rescisión (en la defectuosa terminología que utiliza el artículo 1556) del contrato de arrendamiento controvertido, en cuyo sentido ha de revocarse la sentencia de primera instancia.

3º.: Solicita también el actor, con apoyo específico en el propio artículo 1556 del Código, que se condene a la entidad demandada a satisfacer en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 2.161.992 pesetas, que más tarde reduce a la de 1.858.392, así como al reintegro del importe de los alquileres que percibió desde el mes de abril de 1984; pedimentos que sólo en parte merecen acogida, ya que: a) la postulada devolución de rentas -cuyo pago significa la contrapartida por la cesión del goce de la cosa locada- resulta improcedente,

desde el momento que, no sólo no consta que el Sr. C. haya puesto la industria arrendada a efectiva disposición de R.S.A., sino que, por el contrario, es hecho que admite en el requerimiento notarial que practicó el 9 de octubre de 1984 (folios 235 a 238), que hasta mediados de ese mes continuó abriendo a terceros la industria y, por tanto, la explotación de ella, a lo que cabe añadir, en cualquier caso, que la afirmación de la entidad apelada en el sentido de que el arrendatario no ha satisfecho renta alguna a partir de la presentación de la demanda motivadora de esta litis, lo que tuvo efecto el 15 de marzo del repetido 1984, no ha quedado en absoluto desvirtuada por el recurrente, cuya pretensión de condena deviene así sin contenido concreto; b) las facturas obrantes a los folios 6 a 9 de las actuaciones y aportadas por el demandante (a quien incumbe la carga de probar la realidad de los daños y perjuicios resarcibles que invoca), en pretendida justificación de haber adquirido determinados elementos (televisor, congelador, estufa y cafetera) para su empleo en el Bar arrendado, no han sido averdados por sus autores pese a que la contraparte ha puesto en duda su autenticidad, ni tampoco se ha demostrado que tales aparatos fueran utilizados en realidad en ese negocio y no en otro, ni, en fin, la extinción de la relación arrendaticia conlleva que el arrendatario pierda la propiedad de los mismos, puesto que no tiene que entregarlos a la arrendadora, ni es circunstancia que determine disminución en su valor intrínseco, razonamiento éste también predicable respecto de la maquinaria y enseres comprados por el Sr. C. a D^o. P.R. (folios 3 y 4) el 14 de marzo de 1983; y c) en cuanto a la suma que el actor solicita como presumible importe de los beneficios netos que hubiera percibido con la explotación del Bar en las condiciones pactadas durante el plazo restante de vigencia de la relación contractual, la realidad y certeza de unas razonables expectativas de lucro no ofrecen duda, en sí mismos, habida cuenta de que, si el negocio no fuera rentable, es obvio que no se habría procedido a renovar el original contrato en el mes de octubre de 1983, aumentando el plazo de su duración y la cuantía de la renta; no obstante, atendiendo a la interrelación económica existente entre la industria de Bar y la de cine y al hecho, no controvertido, de una sensible disminución en el número de espectadores que afluya a este último, también parece que esos rendimientos habrían de seguir una trayectoria decreciente correlativa, como inclusive pone de manifiesto el libro registro de ventas que el Sr. C. acompaña con la demanda (folio 145), de que resulta que, por ejemplo, en el mes de Enero de 1983 los ingresos por caja se elevaron a la cifra de 405.000 pesetas, mientras que en idéntico mes del siguiente año tales ingresos brutos fueron sólo de 201.500, por lo que esta Sala estima oportuno señalar la indemnización por aquel concepto en la cantidad de 800.000 pesetas.

4^o.: Habiéndose estimado sólo en parte las pretensiones de la parte actora recurrente, no procede efectuar especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias de este pleito.

FALLO: 1^o) Se estima en parte el recurso de apelación que interpone J.C.C.G. contra la sentencia dictada el treinta de marzo de mil novecientos ochenta y cinco por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta capital y, en su consecuencia, se revoca dicha resolución.

2^o) Con parcial estimación de la demanda formulada por el Sr. C. contra R.S.A., se declara rescindido el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes litigantes el uno de octubre de mil novecientos ochenta y tres relativo a la explotación de la industria de bar situada en la planta baja del "Cine L.P.", condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración, así como a satisfacer al actor, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de ochocientos mil pesetas, con más los intereses de ella que prescribe el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta segunda sentencia hasta su completo pago.

3º) Se desestiman los restantes pedimientos de la demanda.

4º) No se efectúa especial condena en cuanto al pago de las costas producidas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

302

302. INCONGRUENCIA. Separación matrimonial. Fijación por el juez "a quo" de pensión compensatoria en favor del marido demandado, petición que éste no formuló en su escrito de contestación a la demanda. Impugnación por parte de la actora de la sentencia de instancia en este último particular: estimación. Doctrina de la Sala: el derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el artículo 97 C.C., exige una petición expresa de prestación económica por el cónyuge que reclame tal derecho. El principio de congruencia (art. 359 L.E.C.) veda al juzgador, aunque sea por un impulso de justicia, estimar pretensiones no sometidas a su consideración y fallo. Revocación parcial de la resolución apelada. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1.985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los "considerandos" primero, segundo y cuarto de la resolución dictada.

1º. La sentencia que decreta la separación matrimonial instada por la esposa y dispone que ésta abone a su marido en concepto de pensión compensatoria la suma de siete mil quinientas pesetas mensuales mientras siga explotando la cafetería instalada en el Polígono de Son Castelló, dependiente del Ministerio de Trabajo, Seguridad e Higiene en el Trabajo, es apelada por la parte actora en este último particular, por incongruencias al concederse una pensión no solicitada, con olvido de que la jurisdicción civil es rogada y no puede otorgarse una pensión que no ha sido solicitada.

2º. El derecho a percibir una pensión del otro cónyuge, que estatuye el artículo 97 del Código Civil, exteriorización de cierta solidaridad conyugal que no desaparece por la ruptura del vínculo matrimonial (divorcio), ni por la suspensión judicial de la convivencia (separación), exige, como ya señaló esta Sala en sentencia de 22 de Junio de 1982, una petición expresa de prestación económica por el cónyuge que reclame tal derecho, petición no formulada por el marido demandado, ya que únicamente postuló en esta litis por los motivos que fuesen, la desestimación de la demanda, absolviéndole de ella, con imposición de costas a la actora, por lo que en aras del principio de congruencia que establece el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las sentencias deben ser congruentes con las deman-

das y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito y que veda al Juzgador aunque sea por un impulso de justicia, estimar pretensiones no sometidas a su consideración y fallo, procede estimar la apelación formulada.

3º. La incomparecencia de la otra parte litigante en esta segunda instancia, excluye toda declaración especial sobre las costas de este recurso.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de doña A. S. S. contra la sentencia de fecha dieciocho de Febrero de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres -especial de Familia- de esta ciudad, dictada en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo.

B) Se revoca la antedicha resolución únicamente en el particular de su fallo que acuerda que "la esposa abonará al marido en concepto de pensión compensatoria la suma de siete mil quinientas pesetas mensuales mientras siga explotando la cafetería instalada en el polígono de Son Castelló, dependiente del Ministerio de Trabajo, Seguridad e Higiene en el Trabajo", particular que se suprime y queda sin efecto; confirmando el resto de la parte dispositiva de dicha sentencia.

C) Sin especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

304

304. **ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Defecto legal en el modo de proponer la demanda: no lo constituye la infracción del art. 504 L.E.C. que ordena acompañar a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funda su derecho. Irregular constitución de la litis: no es preciso llamar a juicio al cesionario, cuando se ejecita acción de resolución de contrato de arrendamiento por cesión o traspaso, y se trata de local de negocios (sí será necesario en el caso de vivienda). Falta de consentimiento expreso del propietario: existencia. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se rechazan los razonamientos de la sentencia apelada.

1º. La sentencia recaída en la primera instancia del presente juicio especial de la ley de Arrendamientos Urbanos, desestima la pretensión que deduce la entidad actora y que se encamina a obtener la resolución del contrato de arrendamiento concertado el 1 de marzo de 1979 con el codemandado Sr. LL. por causa de cesión, subarriendo o traspaso inconsentidos, en razón de considerar apreciable la excepción dilatoria 6º de las que enumera el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que fue primeramente invocada por los demandados, esto es, defecto legal en el modo de proponer la demanda; pero la acoge de manera notoriamente errónea, pues, tras reproducir en su estricta literalidad el párrafo 2º del mencionado nº 6 del artículo 533, a cuyo tenor "se entenderá que existe este defecto cuando la demanda no reúna los requisitos a que se refiere el artículo 524" (el cual, como debiera ser sabido, se limita a determinar las exigencias formales intrínsecas a que ha de someterse la redacción del escrito iniciador del proceso), apoya, sin embargo, las presunta concurrencia de la excepción meritada en la infracción de precepto legal por completo diferente, que es el artículo 504 de la propia Ley Procesal, el que ordena que se acompañe a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho, y ello porque la actora, A. S.A., descuidó adjuntar al escrito de demanda un ejemplar del contrato arrendaticio, sin tener en cuenta el Juez "a quo" la contradicción evidente en que incurre al argumentar de este modo, olvidándose, además, de que el artículo 504 señala simplemente un momento preclusivo para la presentación en juicio de los documentos a que alude, con el efecto subsiguiente de que no puedan ser admitidos, si se intenta aportarlos después, pero que no impide, en absoluto, no ya el examen del fondo de la cuestión litigiosa, sino que aquel derecho resulte justificado por otras vías distintas, como en el caso de autos sucede, tanto porque en la contestación a la demanda ya se admite la realidad del contrato, como porque el documento original en que éste consta, fue incorporado a la litis en período probatorio merced, justamente, a requerimiento "ad hoc" que se practicó a petición, no de la actora, sino de los demandados (folios 39 y 60); procede, en consecuencia, sin necesidad de exponer mayores fundamentos y previa estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia combatida.

2º. Alegan también los demandados falta de legitimación pasiva, que hacen consistir en que no se ha dirigido el proceso contra Dª C. P., esposa del Sr. C., y que supuestamente es titular junto con éste de la explotación del negocio de lavandería que funciona en el local arrendado, con lo cual parecen denunciar más bien en puridad técnica, la defectuosa constitución del contradictorio por no tomar parte en él cuantas personas se hallan interesadas en el conflicto; excepción, en cualquier caso, desestimable, pues sobre que los demandados no son consecuentes con ella, ya que luego solicitan que se declare el derecho de Dª J. L. C. únicamente a seguir ocupando la dependencia litigiosa sin mención ninguna de la Sra. P., constituye reiterada doctrina del Tribunal Supremo, de que son exponente las Sentencias de 2-mayo-1963, 16-enero-1964, 18-marzo y 8-junio-1966, 15-octubre-1968, 28-octubre-1969, 7-abril-1970, etc, que en los casos de cesión, traspaso o subarriendo inconsentidos de locales de negocio no es preciso traer a juicio al cesionario, pues la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo lo requiere así en los artículos 25 y 129, cuando se trata de viviendas; aparte de que, de un lado, no cabe exigir en justicia del arrendador que conozca a la perfección y con detalle el número de personas que ocupan el local de su pertenencia, la identidad de las mismas y la cualidad jurídica en que actúan, pues ello responde a los acuerdos alcanzados con el arrendatario clandestinamente, cuya existencia y contendio por lo general le habrán de resultar desconocidos, mientras que, de otro, radicando el fundamento último del instituto del litis consorcio pasivo necesario en la protección del principio de audiencia, que hoy tienen rango constitucional (Sentencias 25-junio-1984, 11-febrero y 21-marzo-

1985), es de ver que la Sra. P. no podría alegar ignorancia acerca de la existencia de este pleito, no sólo porque es esposa del demandado Sr. C., sino porque fue ella la persona con quien se entendió la diligencia de emplazamiento el día 9 de enero de 1984 (folio 24), y hubiera podido personarse en el juicio en calidad de coadyuvante frente a la demanda para la propia defensa de sus afirmados intereses particulares.

3º. Son extremos fácticos de importancia decisiva para la adecuada resolución del tema principal sobre el que versa la litis y cuya realidad queda acreditada merced a las alegaciones efectuadas por los mismos litigantes y por el conjunto de toda la prueba, los que acto seguido se relacionan: a) el 1 de marzo de 1979 la entidad A-P, S.A. arrendó a Dº J.L. LL. G. el local de negocio de su propiedad sito en los bajos del nº 6 de la actual Avenida Joan Miró de Palma de Mallorca en contrapartida de una renta de 88.665 pesetas anuales pagaderas por meses anticipados; b) fueron pactos específicos del contrato, que en el local había de instalarse un negocio de lavandería (cláusula 4ª) y que el arrendatario no podría traspasar o subarrendar sin el "consentimiento necesariamente expreso del arrendador" (cláusula 7ª); c) a partir del año 1980 la industria de lavandería, que se denominaba "X", pasó a llamarse "Y", siendo regentada desde entonces, no por el arrendatario Sr. LL., sino por Dº J.L. C. y su esposa, Dª C. P., según expresamente se reconoce en la contestación a la demanda; d) en el mes de agosto de 1982 la actora, A. S.A., adquirió por escritura pública el inmueble en que está ubicado el local a que se refiere este litigio, por compra a su anterior dueña, A-P. S.A.; e) posteriormente A. S.A. solicitó del Gobernador Civil de Baleares autorización para proceder a la demolición de la finca con vistas a redificar en el solar resultante un inmueble que dispusiera de mayor número de viviendas y locales que el primitivo, de conformidad a los artículos 78 y siguientes de la Ley especial arrendaticia, petición que, previa tramitación de expediente administrativo, en que formuló alegaciones el Sr. C. como presunto titular de un derecho de arrendamiento sobre el local de autos, fue denegada por acuerdo de fecha 9 de abril de 1983 (folio 16); y f) los recibos acreditativos del pago mensual de la renta, aunque son satisfechos por el matrimonio C-P., continúan siendo expedidos a nombre del arrendatario, Sr. LL. (folio 36 y 37).

4º. De cuanto antecede se deduce con claridad la procedencia de acceder a la resolución de la relación arrendaticia con origen en el contrato de fecha 1 de marzo de 1979, que la parte actora postula, puesto que consta acreditado que desde el año 1980 el local de negocio es poseído por personas distintas del Sr. LL. y constituye reiterada doctrina del Tribunal Supremo, establecida, entre otras muchas, en Sentencias de 8-octubre-1963, 1-diciembre-1964, 24-enero-1967, 24-noviembre-1969, 25-junio-1983, etc., que, por su misma esencia, el contrato de arrendamiento de cosas, conforme el artículo 1543 del Código Civil, transmite el goce o disfrute del objeto arrendado exclusivamente al arrendatario, quien, sin consentimiento del arrendador, no puede introducir en ese goce o disfrute, total o parcialmente, ni de manera permanente ni transitoria, ni gratuita ni onerosamente, a un tercero ajeno a la relación arrendaticia sin incurrir en los supuestos de resolución del contrato previstos en los números 2º y 5º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de modo que esa introducción, ya pueda calificarse de subarriendo, de cesión o de traspaso, es causa resolutoria bastante, a no ser que se demuestre de manera cumplida que la permanencia del tercero en el local cuenta con la autorización del arrendador o resulta justificada por otra causa diferente, como el vínculo laboral, la relación representativa o la situación de convivencia familiar; conclusión favorable a las pretensiones de la demanda frente a la que no cabe objetar con eficacia: a) ni la circunstancia de que el contrato creador del vínculo locativo fuera suscrito por A-P. S.A. y no por la hoy demandate, pues obvio resulta que, al adquirir ésta por compra el local arrendado, se subrogó en todos los derechos correspondientes al arrendador dentro de la relación jurídica arrendaticia, cuya pervivencia aquí se discute; y b) que por la entidad arrendadora se prestó consentimiento al cambio de

ocupantes de la dependencia, pues ni existe prueba alguna de que lo diera expresamente según fue estipulación convencional incorporada al contrato, ni tampoco la hay de que asíntiera de manera tácita, toda vez que los recibos se extienden a nombre del Sr. L.L., su importe continúa invariable sin haber experimentado incremento que autorice a entender que el arrendador ha hecho uso de la facultad que le confiere al artículo 42 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para caso de traspaso del local de negocio, tal como, en cambio ocurriera con motivo del operado entre el más antiguo arrendatario, Sr. S. y el Sr. L.L. (folios 28 y 61), en que se elevó la cuantía de la renta en un 15%, ni, en fin, puede sostenerse que asentimiento se evidenció al tratar de conseguir A. S.A. un acuerdo para el desalojo de los locales comerciales con todos sus arrendatarios a través de negociaciones a las que asistió el Sr. C., pues que coinciden los testigos en aseverar que en las reuniones mantenidas al efecto el representante de A. S.A. se dirigía a todos sus interlocutores en bloque y sin individualizar ni personalizar entre ellos (Sres. P. A y B. folios 67 y 68), como tampoco, por último, cabe inferirlo por el tiempo que transcurrió entre la terminación del expediente administrativo seguido infructuosamente para la demolición de la finca, en cuya ocasión A. S.A. tuvo primera noticia de la acaecida sustitución de ocupantes del local, y la presentación de la demanda, lo que tuvo efecto el 19 de diciembre de 1984, por cuanto que, a más de ser lapso no excesivo ni particularmente relevante, repetidamente tiene dicho el Tribunal Supremo que conocer no equivale a consentir (así Sentencias 10-marzo-1962, 10-febrero-1963, 9-abril-1965, 8-octubre-1968, 17-octubre-1970, etc.).

5º. La estimación de la demanda lleva consigo en materia de costas procesales la obligada condena a la parte vencida en el pago de las causadas en la primera instancia, de conformidad a lo que previene el nº 1 del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que, por la estimación del recurso, proceda especial pronunciamiento en cuanto a las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Se estima el recurso de apelación que interpone A.S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el tres de abril de mil novecientos ochenta y cinco y, en su consecuencia, se revoca íntegramente dicha resolución.

2º) Previo rechazo de las excepciones alegadas y con estimación de la demanda que formula A.S.A. contra Dº J.L.L.G. y Dº J.L.C.B., se declara resuelto el contrato de arrendamiento que liga a la actora, como sucesora de A-P.S.A., y el Sr. LL. referente al local de negocio sito en el nº 6 de la Avenida Joan Miró de esta ciudad, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a que lo desalojen y dejen expedido a disposición de la demandante dentro del término legal, con apercibimiento de ser lanzados del mismo a su costa, si no lo hicieren.

3º) Se condena a los demandados al pago de las costas causadas en la primera instancia.

4º) No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas producidas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

305. CONTRATO DE PRESTAMO. Duda sobre la firma del fiador; pericial caligráfica. Falta de consentimiento por error; inexistencia. Responsabilidad a tenor del art. 1911 C.C.: no puede alegarse que el fiador no puede afianzar deuda que sobrepasa el montante económico de todo su patrimonio; éste sólo será responsable hasta donde alcance su patrimonio. Nulidad de la fianza: no la constituye el hecho de que la fianza la realice la esposa, sin consentimiento expreso o tácito del marido, regidos por el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales; tal hecho, sólo otorga la facultad al marido de solicitar la nulidad de la fianza, que en el caso de autos no consta. *Sentencia de 27 de noviembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se rechazan los razonamientos de la sentencia apelada.

1º.: Del conjunto de la prueba practicada se aprecia que la entidad actora, la Caja de Ahorros X concertó el 16 de junio de 1979 un contrato de préstamo de un millón de pesetas, de cinco años de duración y con un interés anual del 13 por ciento con los demandados don O.J.L.P., doña M.A.L.L., don A.C.C. y doña O.N.N., como prestatarios solidarios, siendo fiadores, también con solidaridad, los codemandados doña A.M.B.S. y don I.G.H.; contrato documentado en la póliza de préstamo y de crédito, de la clase 14º número A-0274869 (folio 63), ya que la suscripción de dicho documento, negada de una manera expresa o manifestando duda sobre la autenticidad de sus respectivas firmas, por los demandados, se estima, por éstos realizada, a la vista del informe pericial caligráfico practicado en esta segunda instancia (folios 7 y 8 del presente rollo) y del contenido del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º.: Igualmente se reputa acreditado, por el dictamen contable obrante al folio 54 de los autos principales, que al vencimiento del referido contrato de préstamo se adeuda a la entidad actora 1.672.437 pesetas, que es la reclamada en esta litis. Suma que debe ser abonada solidariamente por todos los demandados: por los señores L.P. y C.C. y por las señoras L.L. y N.N. como prestatarios solidarios -artículos 1753 y 1137 "in fine", ambos del Código Civil-, y por doña A.M.B.S. y don I.G.H., como fiadores solidarios -artículo 1822, párrafo segundo, del citado Código-, al no prosperar la tesis de la señora B.S., única personada en autos, de no estar obligada a pagar la suma que se reclama en este juicio, por las razones que adujo y que se rechazan por los razonamientos que a continuación se exponen.

4º.: La citada codemandada alegó, además de que la firma estampada en séptimo lugar en la supradicha póliza se parece a la suya, pero no puede asegurar que sea suya (posición 1º: folio 71), los siguientes motivos por los que la demanda instauradora de este juicio debía ser desestimada respecto a ella: a) por ser nulo el consentimiento al haber sido prestado por error, pues de haber sabido que prestaba fianza sobre cantidad que no tenía, no hubie-

re afianzado -invocó los artículos 1265 y 1266 del Código Civil-; b) por ser el objeto imposible, dado que "el monto total de sus bienes difícilmente puede afianzar por encima de ello"- mencionó en apoyo de ello el artículo 1272 del citado Código-; y c) por ser nulo el afianzamiento por ella prestada ya que al ser casada - consta al folio 59 fotocopia certificada del asiento de inscripción de su matrimonio en el Registro Civil- y regirse su matrimonio por las normas del sistema económico de bienes gananciales, no medió el necesario consentimiento de su cónyuge, conforme preceptúa el artículo 1377 del mismo Cuerpo legal. El primer motivo -error en el consentimiento- no puede prosperar por cuanto consta en la póliza y encima de donde estampó su firma, perfectamente legible y en mayúscula la palabra impresa "FIADOR (ES)", así como también todas las condiciones del préstamo, indicándose en caracteres bien visibles "PRESTAMO LIBRE VIVIENDA", "VENCIMIENTO 16-julio 84" y PESETAS 1.000.000 (folio 63); como tampoco puede triunfar la tesis de ser nula la fianza por ella prestada por cuanto el valor total de sus bienes no alcanza la suma afianzada, pues no solo no ha probado ni consta el valor de sus bienes, sino por cuanto el artículo 1911 del Código Civil proclama que "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros", amén que el hecho de que el valor de los bienes realizables de la fiadora no alcance la totalidad de la deuda afianza, sólo tiene, en principio, efecto económico, ya que solo extinguirá la deuda principal hasta el monto que alcance los referidos bienes, quedando subsistente el resto de la deuda no abonada por el fiador (a), pues éste puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en cantidad como en lo oneroso de las condiciones (artículo 1826, párrafo primero, del Código Civil). Tampoco puede prosperar la afirmación de la nulidad de su fianza por haberse otorgado dicha garantía sin el consentimiento de su marido, ya que su matrimonio se rige por el sistema económico de gananciales, pues el actual artículo 1322 del Código Civil proclama que "cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente conformados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos" y en los presentes autos no consta que, a instancia del marido de la codemandada doña A. M. B. S., se haya declarado judicialmente la nulidad de la fianza prestada por dicha señora.

5º.: Por todo lo expuesto procede estimar la apelación y la demanda inicial, previa revocación del fallo dictado.

6º.: El artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los juicios declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubieren sido totalmente rechazadas. La estimación de la apelación excluye toda condena respecto a las costas del recurso.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de la CAJA DE AHORROS X contra la sentencia de fecha dos de Noviembre 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 ordinario de menor cuantía de que dimana el presente rollo, resolución que se revoca, acordándose en su lugar la siguiente:

B) Se estima la demanda deducida en nombre y representación de la CAJA DE AHORROS X contra don O. J. L. P., doña M. A. L. L., don A. C. C., doña O. N. N., don I. G. H. y doña A. M. B. S.; Se declara que dichos demandados adeudan, solidariamente, a la entidad actora, la cantidad de un millón seiscientos setenta y dos mil cuatrocientas treinta y siete pesetas (1.672.437 pesetas), así como los intereses y comisiones vencidas a partir de la interposición de la demanda, a los tipos determinados en el contrato de préstamo firmado

por los litigantes y se condena a los demandados solidariamente al pago de las referidas cantidades.

C) Se condena a la demandada personada, doña A.M.B.S., al pago de las costas de primera instancia.

D) No se hace especial imposición de las costas devengadas en esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

312

312. Mutatio Libelli. Se produce cuando el actor solicita el desalojo de la vivienda alegando cesión en el derecho de uso y habitación, y posteriormente lo hace con base en la situación de precarista del demandado que no posee título jurídico para ejercer el disfrute de la vivienda. *Sentencia de 30 de noviembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los de la sentencia apelada.

1º: En la primera instancia de la presente litis la actora, tras alegar en su demanda que algunas de las dependencias de la casa de su propiedad, sita en Mahón, C/. General Sanjurjo nº 167, están ocupadas por el demandado Dº C.B. en razón de haberle sido transmitido por su hermano Dº L. el derecho real de habitación que sólo a éste último pertenece, solicitó, con apoyo legal en el artículo 525 del Código Civil, a cuyo tenor los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, que se declarara la nulidad de esa supuesta transmisión y que se condenara a Dº C. a dejar las dependencias libres, vacías y a la total disposición de la demandante; pretensión a la que se opuso el Sr. B., negando que hubiere existido la transferencia del derecho real que afirmaba la actora, y manifestado que él ocupaba parte de las dependencias de la casa, en las que explota un negocio de fabricación de calzado a mano que, dice, había comprado a su hermano por el precio de 1.500.000 pesetas, con anterioridad al otorgamiento del contrato de renta vitalicia, constante en escritura pública de fecha 3 de febrero de 1976, en cuya virtud Dº L., previa reserva para sí y de por vida del derecho de habitación, cedió a la demandante, Sra. V., la propiedad del inmueble a cambio de recibir una pensión mensual de 1.000 pesetas de importe; rechazada la demanda por la sentencia recurrida, la cual concluye que no hubo cesión alguna del derecho de habitación en favor de Dº C., insta la actora apelante en esta segunda instancia la revocación de esa sentencia y que se condene al demandado a

que desaloje la finca, pero no por el motivo que había invocado primeramente y que reconoce infundado, sino -aduciendo la economía procesal y la conveniencia de evitar un eventual ulterior litigio-, porque sostiene ahora que el Sr. B. es un precarista que carece de todo título jurídico para continuar en el disfrute de parte del edificio; resulta de este modo que la apelante modifica de manera radical la "causa petendi", esto es, el hecho jurídico que sirve de base a su reclamación, tal como la define el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 1983, y que es uno de los elementos identificadores de la acción que se ejercita, y suscita una cuestión por completa nueva, desconociendo con ello, de un lado, que las sentencias han de ser congruentes con las pretensiones de las partes, pero siempre que hayan sido "deducidas oportunamente en el pleito", como señala el párrafo 1º del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, y con carácter preclusivo, dentro del período expositivo de juicio, que es donde se definen y delimitan de manera fija y definitiva los puntos de hecho y de derecho a discutir y resolver según se desprende con claridad del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagra la prohibición de la "mutatio libelli", de suerte que incurre en incongruencia la sentencia que se atiene a modificaciones introducidas en fase procesal posterior (así Sentencias 7 y 22-diciembre-1982, 28-enero-1983, 17-diciembre-1984, etc.), y, de otra, que en nuestro sistema de enjuiciar la segunda instancia tiene por función la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho que fueran objeto de la primera, salvo aquellos extremos consentidos por los litigantes, pero tal como fueron planteadas entonces, sin otras innovaciones, -y ellas en el aspecto fáctico-, que las que permite el limitado cauce de los artículos 862 y 863 de la Ley Procesal, por lo que, si se admiten otras diferentes, se alteran los términos del litigio (Sentencias 20-junio-81, 15-junio-1982, 10-enero-1983, 1 y 6-marzo y 5 y 21-diciembre-1984, etc.) y no se respetan en lo debido los principios de contradicción y de defensa, en cuanto que se priva al otro litigante de la posibilidad de articular excepciones y de hacer uso de los medios de prueba que puedan convenir a la salvaguarda de su interés en relación a los temas extemporáneamente suscitados por el contrario.

2º.: Procede, en consecuencia y sin precisión de más fundamentos, el rechazo de la apelación y la íntegra confirmación de la sentencia combatida con el pronunciamiento que, en materia de costas causadas en esta alzada, es obligado por aplicación del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: 1º) No dando lugar al recurso de apelación que interpone Dª J.V.S. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Mahón el pasado diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y cinco, se confirman íntegramente los pronunciamientos que contiene dicha sentencia.

2º) Se condena al pago de las costas causadas en esta segunda instancia a la parte apelante. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

314. SEPARACION MATRIMONIAL. Imposible o excesivamente difícil convivencia: motivo atípico que no se contempla en la enumeración tasada contenida en los arts. 82 y 81 del Código civil. Revocación parcial de la sentencia apelada. Infidelidad conyugal: motivo éste que no comporta necesariamente la declaración de culpabilidad. Análisis de la normativa vigente. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los razonamientos de la sentencia apelada, a excepción de los que contiene el considerando segundo

1º: El marido demandado-reconviniente, Sr. F., apela la sentencia dictada en la primera instancia de los presentes autos de juicio especial de separación matrimonial por las siguientes razones: a) porque dicha sentencia no aprecia la infidelidad conyugal de la esposa, invocada en reconvencción, como causa jurídica de la separación que decreta, ni tampoco declara a la mujer culpable de la ruptura; b) porque concede a la esposa la guarda y custodia de los hijos menores de edad habidos durante el matrimonio, le asigna el uso de la vivienda conyugal, le concede el derecho de percibir 20.000 pesetas mensuales en concepto de ayuda para el levantamiento de las cargas familiares y, en fin, establece un régimen de visitas insatisfactorio a su juicio.

2º: En el primero de tales aspectos el recurso merece acogida, toda vez que la declaración prestada por la menor M. M. F. en comparecencia ante el Juzgado de Primera Instancia y que aparece reflejada al folio 60 de las actuaciones, resulta altamente expresiva, tanto por la cualificación personal de la deponente para tener conocimiento de los hechos, ya que es hija común de los litigantes, como por el poder de convicción que emana de su coherente, detallado y rico relato de sinceridad, que no es presumible haya podido ser obra de la imaginación de una niña de 10 años, acerca de la realidad de las relaciones extraconyugales mantenidas por la actora, cuyo natural ocultamiento y carácter clandestino dificultan que puedan ser constatadas por medio de otros elementos de prueba; por lo que procede, con estimación del recurso y revocando en lo menester la sentencia apelada, dar lugar a la separación que se insta, no por causa de imposible o excesivamente difícil convivencia de los esposos, -atípico motivo y cómodo expediente resolutorio mediante el cual se desconoce el carácter tasado de la enumeración de supuestos de hecho integrantes de causas legales de separación que contiene el artículo 82, en relación al nº 2 del artículo 81, ambos del Código Civil-, sino por razón de infidelidad conyugal atribuible a la actora-reconvenida (nº 1 del artículo 82), pronunciamiento que, sin embargo, no comporta el de expresa culpabilidad de la mujer, por cuanto que la vigente normativa en materia matrimonial y que fue introducida en el Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, atiende antes a poner remedio a las situaciones de crisis entre los cónyuges, que a sancionar la conducta ilícita de cualquiera de los dos determinante de ella, por lo que resulta ajena a las antiguas nociones tradicionales de esposos culpables o inocentes en la ruptura de la convivencia y a las consecuencias que, en orden a la legitimación y a la regulación de la situación subsiguiente, llevaban aparejadas.

3º: En todo lo demás, por el contrario, la sentencia debe ser confirmada, puesto que, como dice el párrafo 2º del artículo 92 del Código Civil, las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos, esto es, al margen de la consideración de factores de índole puramente interpersonal entre los cónyuges y, en general, de todo aquello que no conduzca a la mejor protección de su interés, razón por la cual, al desprenderse del conjunto probatorio obrante en autos que el marido no pernoc-ta en el domicilio conyugal, al que sólo acude para comer al mediodía en ocasiones (así lo reconoce él mismo, al menos en parte, al absolver afirmativamente las posiciones 6ª y 7ª de la confesión practicada en pieza de medidas coetáneas -folio 44-) y que no presta la atención y ayuda debidas al grupo familiar, hasta el extremo de que los vecinos han tenido que socorrer económicamente alguna vez a la esposa, aunque el aquitamiento de ésta ante la sentencia apelada que desestimó los motivos de separación por ella invocados, impida recoger en el fallo la existencia, también, de causa de separación imputable al apelante consistente en la violación de los deberes para con el otro esposo y para con los hijos comunes (artículo 82, números 1 y 2), ello no constituye obstáculo para que las decisiones adoptadas por el Juez "a quo" relativamente a la custodia de los hijos menores de edad (que, además, mayoritariamente prefieren convivir con la madre, -folio 43-), la asignación del uso de la vivienda conyugal, que corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (artículo 96 párrafo 1º), el importe de la prestación alimenticia y el sistema de visitas, se juzguen acertadas, al menos en tanto no varíen de modo sustancial las actuales circunstancias que los autos revelan.

4º: La parcial estimación del recurso conlleva que no se haga especial pronunciamiento de condena en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

FALLO: 1º) Dando lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por Dº M.F.M. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Inca el veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y cinco en los autos de que el presente rollo dimana, se revoca el pronunciamiento de dicha resolución por el que se decreta la separación del matrimonio formado por los litigantes por causa de imposible o excesivamente difícil convivencia, el cual se deja sin efecto y se sustituye por el siguiente: "se decreta la separación del matrimonio contraído por Dº M.F.M. y Dº M.F.S. por causa de infidelidad conyugal atribuida a la esposa".

2º) Se confirman en todo lo demás los restantes pronunciamientos que contiene dicha sentencia.

3º) No se hace especial condena en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

316. **DAÑOS.** Caso fortuito. Culpa exclusiva de la entidad actora reclamante del importe de los daños: falta de acreditamiento. Carga de la prueba. Compensación de culpas: minoración del importe a satisfacer en concepto de reparación. Doctrina del Tribunal Supremo. Intereses: principio "in illiquidis non fit mora". *Sentencia de 9 de Diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los de la sentencia apelada, en cuanto no se oponen a los siguientes.

1º: Funda el demandado-apelante su impugnación de la sentencia de primera instancia que le condenó al pago de la íntegra cantidad, con más determinados intereses, reclamada por la actora, X.S.A., a que supuestamente se elevaron los daños provocados por la caída a tierra el día 3 de julio de 1982 de una torre metálica de 10 metros de altura instalada en terreno de la Base Aerea de Son San Juan (Palma de Mallorca) para el servicio de meteorología, al ser alcanzada por el vehículo tractor, matrícula PM-21550-VE, mientras realizaba faenas agrícolas, en los siguientes motivos: a) prescripción de la acción; b) falta de legitimación activa; c) falta de legitimación pasiva; d) haber ocurrido el suceso por caso fortuito o bien por causa exclusivamente imputable a la negligencia de la propia actora; e) existir, en cualquier caso, compensación de culpas; f) no haberse acreditado ni la realidad ni la cuantía de los daños que se dicen producidos, así como tampoco haber costeadado el importe de su reparación; y g) resultar condenado el recurrente al pago de intereses legales a partir de la fecha (4 de mayo de 1983) en que se le practicó un requerimiento preprocesal sin cuantificación precisa del valor de los daños.

2º) La excepción de prescripción se sustenta, en el alegato de la parte impugnante, sobre la circunstancia de que el acto de conciliación celebrado el 27 de julio de 1983 carece de eficacia interruptiva, pues la demanda instauradora de la de la presente litis no fue presentada hasta el 7 de mayo de 1984; pero si bien es cierto que el Tribunal Supremo mantuvo en numerosas sentencias -la última de fecha 17 de junio de 1983- que, en virtud de lo que disponía el artículo 479 de la Ley Procesal en su redacción anterior a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, el acto de conciliación sólo interrumpe la prescripción extintiva, cuando se promueve el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al día en que fue celebrado, constituye hoy en día doctrina jurisprudencial consolidada, que toma arranque en la Sentencia de 7 de julio de 1982 y se continua en las Sentencias de 7-julio, 29-septiembre y 9-diciembre-1983, 22-septiembre-1984 y 15-marzo-1985, que la prescripción, como instituto técnico no fundado en la intrínseca justicia y que viene sustentado sobre un principio de abandono o inactividad que provoca como consecuencia la pérdida de un derecho, debe ser objeto en su aplicación de un tratamiento cauteloso y retrictivo, de modo que, en cuanto se patentice clara y fehacientemente el "animus conservandi", debe quedar interrumpido el "tempus praescriptionis", y que el ya desaparecido artículo 479 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil, por su semejanza con el artículo 1974 del Código Civil, ha de entenderse referido a la prescripción adquisitiva o usucación, exclusivamente, pero no a la extintiva, que se rige por el artículo 1973 del citado Código, dado que, de no entenderse así, ocurre el contrasentido de reconocer mayor eficacia interruptiva a cualquier reclamación extrajudicial que a la operada a través del acto de conciliación, pese a la fehaciencia de la constatación documental que éste comporta; interpretación que confirma la nueva redacción del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir que 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; todo lo cual determina el rechazo de la excepción invocada.

3º.: Idéntico rechazo mercede la denunciada falta de legitimación de los litigantes, esto es, la respectiva no titularidad, activa y pasiva, de la relación jurídica material que en la demanda se afirma existente por consecuencia de la caída de la torre; y ello porque: a) tanto el contrato de fecha 11 de diciembre de 1979 que aparece aportado a los folios 3 y 4 de las actuaciones y cuya autenticidad documental es innegable por constar en ejemplares con membrete oficial del Organismo Autónomo "Aeropuertos Nacionales", perteneciente a la Subsecretaría de Aviación Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, autorizados con el sello del ente público, como la respuesta facilitada en período probatorio por el Instituto Nacional de Meteorología (folios 83 y 84) a las cuestiones formuladas por el ahora recurrente, evidencian que la sociedad actora fue la que llevó a cabo el levantamiento de la torre en ejecución de las obras consistentes en la instalación de un servicio de ayudas meteorológicas para categoría IIª en el Aeropuerto de Palma de Mallorca, del mismo modo que la dicha comunicación de este último organismo también indica que el 3 de julio de 1982 tales obras aún no habían sido recibidas y que en aquel entonces continuaba siendo incumbencia del contratista el mantenimiento y reparación de ellas, de donde se desprende en definitiva, la concurrencia de los presupuestos que el apelante niega con fines de atacar la legitimación de la actora; y b) cierto es que la demanda se dirige contra Dº M.P.C. en calidad de presunto autor material de los daños ocasionados por el tractor de su propiedad matrícula PM-21550-VE del que se supone conductor, cuando la realidad, más tarde comprobada en fase de prueba, es que dicho vehículo no era conducido por él, sino por un empleado suyo, de nombre J.G.M.; esta circunstancia sin embargo, no entraña la postulada falta de legitimación, por cuanto que, en primer lugar, el recurrente hubiera debido dar noticia de ese hecho, muy difícilmente cognoscible por X.S.A., cuando fue requerido en vía notarial y por medio de acto de conciliación para que asumiera las consecuencias jurídicas dimanantes del accidente, tal como exigen los deberes de lealtad y buena fe que han de presidir toda conducta humana con repercusión social (artículo 7 número 1 del Código Civil), en vez de mantener cerrada negativa frente a la reclamación, sin otra respuesta que la genérica e inconcreta adusión a su carencia de fundamento fáctico y jurídico, y, en segundo lugar, porque el Sr. P. cabe que sea responsable, si no como causante material de derribo de la torre, sí por su condición de propietario del tractor y de patrono del Sr. G., en virtud de lo que previene el artículo 1903 del Código Civil en su párrafo 4º, y su condena en el presente juicio a que haga efectiva tal responsabilidad, no implica alteración de la causa de pedir, ni modifica los términos en que aparece planteado y debatido el litigio, ni, en resumen, acarrea incongruencia, toda vez que lo esencial de la base fáctica alegada como sustrato de su pretensión por la demandante permanece invariable, puesto que en nada afecta a los datos de que el evento ilícito fue cometido al margen del cualquier relación jurídica preexistente entre los litigantes y de que el vehículo a quien se imputa la causación directa de los daños pertenece al Sr. P., a lo que se añade que los artículos 1902 y 1903 del Código Civil responden a una misa y última razón común, cual es la existencia de negligencia en el sujeto, ya en su propio actuar, ya en la elección o vigilancia de las personas que actúan en su beneficio e interés, de un lado, y, de otro, que frente al perjudicado la responsabilidad del

empresario es tan directa como la del causante mismo (Sentencias 26-diciembre-1978, 4-octubre y 6-noviembre-1980, 26-junio-1984, etc.), sin que, teniendo reconocida el demandado su condición de dueño del vehículo y de empresario del Sr. G., haya sufrido merma alguna en sus posibilidades de efectuar alegaciones y de proponer y practicar las pruebas que ha estimado convenientes en defensa y protección de su posición jurídica como tal.

4º.: Son datos de hecho relevantes a los fines de esta resolución y que resultan acreditados por el conjunto del material probatorio reunido en autos independientemente de qué parte lo ha producido, pues, en virtud del fenómeno de accesión o acumulación probatoria, los medios de prueba aportados por uno y otro litigantes se fundan en una unidad (Sentencias 21-marzo-1980, 22-marzo-1983, 21-diciembre-1984), los que siguen: a) en ejecución del contrato de obra antes referido, la entidad actora había instalado en terrenos de la Base de Son San Juan una torre "Televés" de sección triangular, fabricada en tubo metálico, cuyo lado más ancho es de unos 35 centímetros, y de 10 metros de altura, sujeta al suelo por un sistema de bisagra anclado en un zócalo de hormigón y por tres vientos laterales, de unos 10 metros de longitud, consistentes en un cable de acero de 6 m.m. de diámetro enganchado en su parte final, mediante un tensor de hierro dulce de 5 m.m., a una argolla empotrada en zapata de hormigón (folios 73, respuesta del Sr. R. a la 3ª repregunta y pericial del folio 74); b) uno de tales vientos terminaba dentro de un sembrado de cereal existente en las cercanías y cuya altura aproximada era de unos 3 palmos (Sr. G., repregunta 3ª y folio 80); c) en dicha torre existían un higrómetro y un termómetro situados a 1'70 metros del suelo y, en su parte más alta, un equipo conjunto de anemómetro y veleta (folio 74); y d) el 3 de julio de 1982 y sobre las 20'15 horas el tractor-cosechadora matriculada PM-21550-VE, propiedad de Dº M.P.C. y que era conducido por su empleado Dº J.G.M., rompió y no rozó, simplemente, mientras realizaba faenas de recolección, el viento de sujeción con anclaje dentro de sembrado, lo que provocó que la torre metálica se desplomara a tierra tal como admite de manera paladina en prueba de confesión al Sr. P., (posición 1ª y 2ª -folio 51-).

5º.: Fijada pues, de este modo, la existencia de relación de causalidad entre la caída de la torre y el empleo del tractor, incumbe al demandado para exonerarse de la responsabilidad al resarcimiento de los daños causados, que le impone el artículo 1903 del Código Civil, conforme declara reiteradísima jurisprudencia (Sentencias 14-marzo y 27-mayo-1978, 25-marzo, 5-octubre y 27-diciembre-1979, 17-marzo, 22-abril y 18-noviembre-1980, 20-diciembre-1982, 17-marzo-1983, entre otras muchas), demostrar que el conductor del vehículo actuó con toda la prudencia y diligencia que las circunstancias concurrentes de personas, tiempo y lugar (artículo 1104 del Código Civil) requerían para impedir el daño y, consecuentemente, que éste fue debido al caso fortuito o a la culpa exclusiva de la entidad actora; objetivo que no consigue, puesto que sólo cabe valorar como caso fortuito, según se desprende del artículo 1105, aquel suceso que no hubiera podido preverse o que, previsto, fuera inevitable dentro de las circunstancias en que se mueve el agente y que, por tanto, se ha producido sin culpa alguna de éste (Sentencias 25-mayo-1965, 4-julio-1983, 8-junio-1984, etc.), siendo evidente, a tal respecto, que una persona mínimamente atenta no podía dejar de advertir, no ya la torre metálica de 10 metros de altura sita en pleno campo, sino también sus cables sustentadores, dado que la longitud de éstos era de unos 10 metros y únicamente el tramo final de uno de ellos, en extensión cercana a los 10 metros, permanecía oculto entre el sembrado, pero transcurriendo el resto del tendido por espacio libre, de modo que hacía perfectamente factible la percepción del conjunto de las instalaciones, motivo por el que, igualmente, y pese a que éstas adolecieran de falta de determinadas medidas de seguridad, como acto seguido ha de exponerse, tampoco es de admitir que esa carencia fuera el factor eficazmente preponderante en la producción del evento hasta el punto de neutralizar por entero, en el plano causal, la relevancia del indudable descuido en que

incurrió el conductor, cuando resulta que, aún sin aquellas medidas, la situación de peligro era previsible por sí misma y es claro que, en la ocasión concreta, de no haber destrozado el tractor uno de los vientos, la torre no habría caído.

6º.: La prueba pericial practicada (folio 75) pone de relieve, por otro lado, que la entidad actora había dejado de adoptar en las instalaciones una serie de precauciones complementarias que el buen hacer profesional requería, sin embargo, para garantizar su mejor protección y estabilidad, tales como la señalización de los vientos mediante tubo envolvente pintado de forma convencional, empleo de tensores de calidad mayor, cierre de seguridad en el gancho del tensor y sujeción de los cables a la anilla de anclaje, (el vallado de la torre y de los vientos, en cambio, no parece exigible por encontrarse en terreno cerrado al público y normalmente no transitable), cuya omisión contribuyó de modo eficaz a la producción del resultado lesivo, tanto porque la ausencia de aquellas señales facilitó la desatención y el descuido del Sr. G., como porque los otros elementos y soluciones técnicas habrían aumentado la capacidad de resistencia del cable ante el tirón propinado por el vehículo perteneciente a Dº M. P.; culpa, pues, X.S.A. que, al concurrir también con la del empleado del recurrente en la realización del evento dañoso, aunque en menor grado, da lugar a que deba minorarse, conforme establece la doctrina jurisprudencial de que son muestra más reciente las Sentencias de 6-mayo y 1-julio-1983, 31-octubre y 15-diciembre-1984, el importe de la cantidad a satisfacer en concepto de reparación en porcentaje que esta Sala fija de manera prudencial en un 20%.

7º.: En materia de prueba de la realidad y cuantía de los daños causados verdad es que la sociedad demandante no ha desarrollado actividad procesal tendente a la adveración de las facturas que, como expedidas por la empresa sevillana de montajes "A. S. A.", presentó junto con el escrito de demanda (folios 6 a 8); pero tal desidia no constituye obstáculo insalvable para que puedan ser tenidas como elementos demostrativos de aquellos extremos, ya que declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 27-junio-1981, 26-mayo y 16-julio-1982 y 23-mayo-1985, que los tribunales de instancia, en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba, pueden valorar los documentos privados no reconocidos en unión de otros elementos de juicio que se infieran de lo actuado, como en el presente caso sucede en vista de las fotografías que se encuentran unidas al folio 5 y de que, si en efecto el 6 de julio de 1984 volvió a caer de nuevo la misma torre (en circunstancias por otra parte distintas, pues esta segunda caída tuvo efecto cuando era manipulada por técnicos), nada dice el Instituto Nacional de Meteorología informante acerca de que los aparatos en ella instalados quedarán indemnes esta vez; además, el hecho de que las obras fueran posteriormente recibidas por la Administración constituye señal inequívoca de que los desperfectos ocasionados a raíz del accidente de que en esta litis se trata, fueron efectiva y satisfactoriamente reparados, bien por la propia X.S.A., bien por empresa diferente pero, en buena lógica, a expensas de aquella.

8º. Por todo cuanto antecede procede, con parcial estimación del recurso, revocar la sentencia apelada a los fines de fijar la indemnización que Dº M. P. debe satisfacer a la entidad demandante, con fundamento legal en el artículo 1903 del Código Civil, en la suma de 515.184 pesetas y sin devengo de otros intereses, en virtud del principio "in illiquidis no fit mora", que las que prescribe el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su párrafo 3º, desde la fecha de esta segunda sentencia hasta su completo e íntegro pago.

9º. El parcial acogimiento del recurso conlleva que no se haga especial imposición a ninguno de los litigantes del pago de las costas causadas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar en parte al recurso de apelación que interpone Dº M. P. C. con-

tra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de Mallorca en veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca dicha resolución en el sentido de condenar al dicho Sr. P. a que satisfaga a la entidad actora la cantidad de quinientas quince mil ciento ochenta y cuatro pesetas (515.184' Ptas) con más los intereses prescritos por el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta segunda sentencia hasta su completo pago, desestimando las demás peticiones de la demanda, de las que se absuelve al demandado.

2º) No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

317

317. SEPARACION MATRIMONIAL. Revocación de la sentencia apelada al carecer de eficacia jurídica en España el matrimonio cuya separación se insta. Normativa de Derecho Internacional Privado aplicable. Doctrina del Tribunal Supremo. La declaración de divorcio efectuada por Tribunal extranjero en tiempo en que la legislación española no admitía el divorcio vincular provoca la incapacidad legal para contraer nuevo matrimonio con eficacia en España. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se acepta el "considerando" primero y el último de la resolución apelada.

1º. La sentencia recaída, que rechaza las excepciones procesales formuladas, estima la demanda y la reconversión deducidas y decreta la separación matrimonial de los litigantes por causa de infracción recíproca de los deberes conyugales y fija una pensión compensatoria a favor de la esposa de 15.000 pesetas mensuales revisables anualmente, es apelada por ambas partes; por la demandada, directamente, por no haber prosperado ninguna de las excepciones ni la oposición al fondo de la cuestión litigiosa formuladas en su escrito de contestación a la demanda instauradora de esta litis, y por la parte actora, por vía de adhesión, por considerar muy exigua la pensión compensatoria fijada y por no haberse señalado cantidad alguna por el concepto de alimentos a satisfacer por el esposo a la esposa.

2º. La apelación, ya se configure como un nuevo juicio, ya se conciba como una revisión

del proceso anterior, orientada a depurar los resultados del mismo, es en todos los casos, un recurso ordinario que no limita los poderes del órgano jurisdiccional que de él conoce, en relación con los del Juez de primera instancia y en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de septiembre de 1955 y 4 de julio de 1981, entre otras.

3º. Son hechos reconocidos o probados, fundamentales para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: a) el demandado en este proceso, D^o J. P. G. M., contrajo matrimonio canónico en Sevilla el 18 de Diciembre de 1963 con D^a R. M. G. C., como se acredita por las certificaciones de inscripción de dicho matrimonio del Registro Civil, obrantes a los folios 28 y 172. b) dicho matrimonio fue declarado disuelto por divorcio, el 12 de enero de 1973, por sentencia del Tribunal de Peterborough, Ontario, Canadá, lugar de residencia de los cónyuges (folios 313/317). c) el señor G. M. y D^a M. A. B. L., ambos de nacionalidad española y hoy partes litigantes en este proceso de separación, contraieron matrimonio el 19 de Diciembre de 1980 ante el Juez de Paz de dicha ciudad canadiense (folios 5/8). d) D^o J. P. G., presentó el 3 de Enero de 1983 ante el Tribunal Supremo de Ontario (Canadá) demanda de divorcio contra D^a A. B. que fue admitida a trámite y de la que desistió (folios 40/58). y e) la señora B. L. dedujo demanda de separación matrimonial el 1º de Febrero de 1983 ante el Juzgado de Familia de esta ciudad, demanda iniciadora de este proceso en el que recayó la sentencia que es objeto del presente recurso.

4º. Como cuestión previa, procede examinar, a la vista de dichos antecedentes fácticos, la eficacia, aquí en España, de un matrimonio celebrado en Diciembre de 1980 en Canadá, por dos españoles, el marido divorciado en dicho país, de un matrimonio canónico celebrado en España, y ella, de estado soltera. Cuestión esta de orden público que surge no por razón del lugar o forma de celebración del matrimonio, ya que el párrafo último del artículo 49 del Código Civil proclama que cualquier español puede contraer fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración, ni por falta de inscripción del nuevo matrimonio en el Registro Civil español, como sustenta la Dirección Letrada del marido -cuestión de prueba-, sino por la circunstancia de ser el señor G. M. divorciado y no admitir la legislación española en aquella época -año 1980-, el divorcio vincular, problema pues de capacidad legal.

5º. El artículo 9.1 del citado Código, declara que "la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha Ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte", y el ordinal segundo del artículo 46 del mismo Cuerpo legal preceptúa que no pueden contraer matrimonio, los que estén ligados por vínculo matrimonial. Aleccionador es el auto del Tribunal Supremo de fecha 5 de Octubre de 1982 que denegó la exequatur pretendido para sentencia de divorcio pronunciada con arreglo a la Lex loci en cuento a consortes de la nacionalidad española y que habían contraído matrimonio en España, entre otras razones, por cuanto la sumisión de los españoles a un Tribunal extranjero que aplica su propia Ley para disolver el matrimonio, si ya en un principio no aparece acomodada a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales patrios en cuestiones de derecho de familia, tradicionalmente afirmada con base en los derogados artículos 9, 11 -párrafo 3º- y Código Civil y el espíritu que informa el artículo 51 de la Ley Procesal, máxime si no es aplicada la legislación personal de los cónyuges, resultará desacorde con las reglas de conflicto contenidas en los actuales artículos 9 -párrafo 1º-, 12 párrafo 1º, y 107, puestos en relación con la disposición adicional 1ª, número 1º, de la Ley de 7 de Julio de 1981, que atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española. Es por ello por lo que se aprecia que D^o J. P. G. M., cuyo matrimonio canónico celebrado en España fue declarado resuelto en el año 1973 por divorcio dictado por un Tribunal extranjero, con-

forme a la legislación del país de dicho Tribunal, prescindiendo de la española que por entonces no admitía el divorcio vincular, carecía en el año 1980 de capacidad para contraer matrimonio, según la legislación patria, y por ello no se puede reconocer en esta litis, eficacia al matrimonio -celebrado en 1980- cuya separación se insta en este juicio: sin que contra ello puede aducirse que tal incapacidad quedó inoperante o subsanada y eficaz el matrimonio por el hecho de que en el Registro Civil Central se haya anotado el matrimonio G. M.-B. L., ya que según el artículo 38 de la Ley de Registro Civil, las anotaciones tienen valor simplemente informativo y en ningún caso constituyen la prueba que proporciona la inscripción.

6º.: Por ello procede estimar el recurso formulado por la representación procesal de Dº. J.P.G.M. y revocar la sentencia dictada al carecer de eficacia jurídica en España el matrimonio cuya separación se insta.

7º.: Dada la complejidad de la cuestión derivada de la normativa de Derecho Privado internacional aplicable y las excepcionales circunstancias que concurren en el supuesto contemplado, este Tribunal hace uso de la facultad que le conceden el artículo 528 y el párrafo tercero del artículo 896, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no hace especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don J.P.G.M. y se desestima el interpuesto por la representación procesal de doña A.B.L., contra la sentencia de fecha dos de abril de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de esta ciudad -Especial de Familia- en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo.

B) Se revoca en todas sus partes la sentencia expresada en el anterior apartado y en su lugar se dicta la siguiente: se desestima la demanda formulada por Dº. A. B. L. contra Dº. J.P.G.M. para que se declare la separación del matrimonio G.-B. con los efectos correspondientes, por carecer de eficacia dicho matrimonio en España, absolviendo, de dicha demanda al demandado señor G.M. Se desestima igualmente y por idéntica razón la reconvenición instada, absolviendo de ella a la parte reconvenida.

C) Sin especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

320

320. CONTRATOS. Venta de inmueble con precio aplazado. Resolución por incumplimiento: no procede al no darse una voluntad deliberadamente rebelde en el pago del precio. Condición resolutoria: sólo es

ineficaz la llamada condición rigurosamente potestativa, esto es, la exclusivamente abandonada al arbitrio del obligado. Doctrina del Tribunal Supremo. Pago: la oferta real no seguida de consignación no tiene efectos liberatorios. Litisconsorcio pasivo necesario: doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se rechazan los que expresa la sentencia apelada.

1º.: La parte recurrente vuelve a denunciar en esta segunda instancia la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, que se produce, a su juicio, porque no ha sido también demandado Dº. M.B.F., ocupante a título de arrendatario, al parecer, de la finca objeto del contrato de compraventa concertado entre los litigantes el 28 de febrero de 1979 y cuya plena efectividad insta el comprador, aquí actor apelado, frente a, únicamente, la vendedora, quien, por su lado, y a través de la correspondiente demanda reconvenzional, postula la resolución de dicho negocio; alegación improsperable por cuanto que el denominado instituto del litis consorcio pasivo necesario, de larga elaboración jurisprudencial y cuyo fundamento se busca en la necesidad de evitar fallos contradictorios, en la protección del principio de veracidad de la cosa juzgada y en el de respeto al de audiencia bilateral, hoy de rango constitucional en sede del artículo 24 de la Constitución (Sentencias de 14-enero y 25-junio-1984, 11-febrero y 21-marzo-1985), sólo impone la presencia en el proceso de aquellas personas que resulten afectadas, o puedan serlo necesariamente, por los pronunciamiento de la sentencia que se dicte, en razón de hallarse interesados, con interés legítimo, directo y actual, en la relación jurídica extraprosesal o de derecho material que se ventila (Sentencias 5-diciembre-1982, 10-octubre-1983, 14-enero, 9-julio y 3-diciembre-1984, etc.) o, como dice la Sentencia del Alto Tribunal de 7 de diciembre de 1982, siguiendo a la de 30 de junio de 1967, de las personas titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia por hallarse directa o inseparablemente ligado "in actu" tal derecho a la relación jurídica material surgida del contrato; y puesto que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, según señala el párrafo 1º del artículo 1257 del Código Civil, claro es que en el litigio donde se debate la subsistencia o extinción de determinada relación contractual, no es menester que tenga intervención la persona que, ni fue contratante, ni es titular de derecho alguno que derive de su celebración o dependa en forma inexorable de la ejecución de su contenido; y que la excepción es improcedente lo revela el hecho de que la propia parte que la invoca, no encuentra obstáculo, pese a ella, para formular reconvección, pidiendo que se declare, a espaldas de ese supuesto tercer interesado, la extinción por causa de resolución de la relación negocial controvertida.

2º.: A la pretensión del actor, que se encamina a conseguir que la demandada, Sra. G.A., sea condenada a otorgar escritura pública de venta de la finca que se describe en el hecho primero del escrito de demanda, y que consiste en un terreno o solar de 1.125 metros cuadrados sito en la urbanización Santa Ponsa del término municipal de Calviá con edificio en que funciona un negocio de hostelería denominado "Cafetería Casa R.", así como a satisfacer indemnización de daños y perjuicios -pedimentos que resultaron íntegramente acogidas en primer grado jurisdiccional-, opone la demandada y ahora recurrente la extinción, en vía resolutoria, de la relación contractual, que tiene efecto, a su entender, por un doble motivo: a) porque el actor no ha cumplido su obligación de satisfacer el precio en la

forma estipulada en el contrato; y b) porque se produjo en su momento el supuesto de hecho integrante de la condición resolutoria que los contratantes incorporaron a la cláusula octava del contrato, por cuya virtud "en caso de que por cualquier causa, el socio del Sr. R., Sr. B. F., no entregará al finalizar el contrato de Sociedad, o sea el día 31 de Diciembre de 1980, la descrita industria, y se mantuviera en ella, será causa de la resolución de la presente compraventa, devolviendo las cantidades con los intereses pactados al comprador".

3º.: El primero de tales dos motivos carece de todo fundamento, puesto que constituye doctrina jurisprudencial tan conocida que excusa la cita de alguna de las múltiples sentencias en que se establece, la de que, en materia de resolución por incumplimiento de la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado, -supuesto que es el de autos-, los artículos 1124 y 1504 del Código Civil no se excluyen, sino que se complementan, de tal suerte que dicha resolución precisa, no sólo que el comprador haya sido requerido judicialmente o por acta notarial para que se allane a la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, y no meramente para que pague, sino también que el impago del precio obedezca a una voluntad deliberadamente rebelde del comprador al cumplimiento de lo convenido o bien a un hecho obstativo que, de modo absoluto, definitivo e irreformable, lo impida, siendo así que en el presente caso, aunque se atribuyera al requerimiento notarial practicado el 24 de febrero de 1981 (folios 36 a 38) un significado equivalente al que como requisito ineludible, contempla el artículo 1504, pese a que en él la manifestación de la vendedora de dar por resuelta la compraventa no se basa en la presunta ineffectividad por parte del Sr. L. R. de su obligación de satisfacer la porción de precio pendiente, sino en la condición resolutoria pactada en la cláusula octava, falta, de todos modos, el también requisito imprescindible de conducta renuente del deudor en el pago del precio, toda vez que, con anterioridad al citado requerimiento y como la misma demandada admite, ya había abonado en dos entregas distintas, con arreglo a lo expresamente estipulado, la cantidad de dos millones de pesetas; y si después la reconviniente no ha percibido más suma, únicamente a su negativa a recibirla, y no a pasividad del comprador, cabe achacar tal circunstancia, pues consta fehacientemente acreditado que el 30 de diciembre de 1980 el Sr. L. le ofreció por conducto notarial (folios 19 a 21) el tercer millón de pesetas que correspondía al plazo con vencimiento en esa fecha, el cual no fue aceptado por la hoy recurrente, del mismo modo que tampoco lo fueron las cantidades ofrecidas por medio de sendos actos de conciliación intentados el 19 de junio de 1981 y 3 de febrero de 1983 (folios 9 a 18), por lo que es obvio que en todo instante fue propósito del actor efectuar la prestación a que, convencionalmente, se había comprometido frente a la contraparte.

4º. Por el segundo de los motivos alegados, en cambio, la reconvencción debió prosperar y, consecuentemente, ser rechazada la demanda originaria; y ello porque la transcrita cláusula octava del contrato de compraventa, que fue introducida por los contratantes en el contenido del negocio mediante el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad, cuya fuerza para crear normas vinculantes reguladoras de relaciones privadas proclaman los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, encierra una verdadera condición resolutoria en su propio sentido técnico de suceso futuro, incierto, posible y arbitrariamente querido por los declarantes, cuya realización determina la cesación de efectos, con carácter retroactivo o "ex tunc", del complejo negocial al que accesoriamente se une, sin que pueda la misma ser tachada la nula, como sostiene el recurrido con apoyo en el artículo 1256, dado que el inciso primero del artículo 1115, -precepto específico y, por tanto, de aplicación preferente al más genérico invocado, pero que, de todos modos, responde a idéntica razón de ser-, declara ineficaces a las llamadas condiciones rigurosamente potestativas, esto es, las exclusivamente abandonadas al arbitrio del obligado, más no en otro caso (Sentencias del Tribunal Supremo 14-octubre-1959, 26-febrero-1960, 18-mayo-1963, 8-noviembre-1978), ya se trate de condiciones simplemente potestativas, casuales o mixtas, como el propio artículo

1115 cuida de precisar en parte al decir que, cuando el cumplimiento de la condición dependa de la suerte o de la voluntad de un tercero -este último supuesto es justamente el de autos-, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones del Código; por lo tanto, comoquiera que, llegado el 31 de diciembre de 1980, el Sr. B. no devolvió el objeto arrendado, sino que continuó en su disfrute, según se infiere del acta de requerimiento levantada por el Notario de esta ciudad, Sr. B. M. y que obra a los folios 33 a 35, la que acredita que el 12 de enero de 1981 el Sr. B. permanecía en la "Cafetería Casa R." y que se negaba a entregar sus llaves a los arrendadores, alegando que era arrendatario del local de negocio con derecho de adquisición preferente para caso de enajenación, así como también de los recibos justificativos de haber sido satisfecha la renta correspondiente a los meses de enero a junio de 1981, por el mencionado Sr. B., que aparecen unidos a los folios 93 y 94, 97 a 99 y 105, es de concluir que alcanzó realidad el supuesto de hecho que las partes quisieron constituir, libre y voluntariamente, en condición resolutoria de la compraventa, con el subsiguiente efecto extintivo de las obligaciones dimanantes de ese contrato que resulta de los artículos 1114 y 1123; consecuencia a la que no basta, ni que D^o. M. B. haya dejado con posterioridad esta Isla para trasladar su residencia a Madrid, tal como la Guardia Civil de la localidad de Paguera informa (folio 66), pues para el cumplimiento de la condición era bastante con que se mantuviera en la industria después de la fecha fijada, ni que la actora de reconversión se abstuviera de ejercitar entonces las acciones pertinentes para lograr el desahucio, ya que los contratantes no estipularon esta exigencia, la que, por otro lado, habría desnaturalizado la condición como acaecimiento sujeto a la voluntad del tercero, para aproximarla, más bien, a una hipótesis de imposibilidad de cumplir la prestación correspondiente, y tampoco esa pasividad es necesariamente significativa de una convención dolosa entre la vendedora y el tercero equiparable a dejar abandonado el evento al libre capricho del obligado, que el precitado artículo 1115 prohíbe, ni que, en fin, el juego de la condición se haya vuelto en contra del contratante en cuyo beneficio, inicialmente y de manera presumible, había sido establecida.

5^o. La resolución de la compraventa litigiosa lleva aparejada que, a tenor de lo que dispone el párrafo 1^o del artículo 1123, deba la recurrente restituir a la otra parte los dos millones de pesetas que reconocidamente tiene recibidos a cuenta del precio con más los intereses devengados por dicha suma, al tipo del 10% anual, desde la fecha de respectiva entrega de sus cantidades integrantes hasta la en que se proceda a su efectiva devolución, por cuanto que la extinción opera con efectos retroactivos y, además, la obligación de pagar esos intereses fue expresamente convenida en la repetida cláusula octava, en relación con la tercera del contrato; y aunque el 24 de febrero de 1981 la Sra. G. puso a disposición del actor la cantidad de 2 millones de pesetas por medio de talón depositado en la sucursal en Santa Ponsa del Banco de Crédito Balear (folios 36 a 38), lo cierto es que luego no la consignó judicialmente, de una parte, teniendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de julio de 1941 y 21 de junio de 1947, que la oferta real no seguida de consignación, ni libera al deudor, ni tiene transcendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida, mientras que, de otra, aquel ofrecimiento fue incompleto y parcial, pues omitió el de las cantidades correspondientes a los intereses, de naturaleza compensatoria, producidos hasta ese momento, por lo que en sí mismo ya era insuficiente, tal como se deduce de los artículos 1157 (que alude al requisito de la integridad en el pago) y 1177 párrafo 2 del Código, para exonerar de responsabilidad a la deudora e impedir el devengo de otros posteriores.

6^o. Procede, por tanto, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia apelada a fin de dictar otra en el sentido que se desprende de cuanto se acaba de exponer, sin efectuar especial imposición en materia de costas procesales: en relación a las causadas en la primera instancia, por que esta Sala hace uso de la facultad que concede el inciso final del

párrafo 1º del artículo 523 de la vigente Ley de Enjuiciamiento, en atención a que el demandante, en definitiva, pretendía que se diera cumplimiento a un contrato en cuya ejecución había satisfecho la suma de 2 millones de pesetas sin recibir contrapartida de ninguna clase, y en cuanto a las producidas en esta alzada por razón de acogerse el recurso que ha dado motivo a la misma.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone Dª A. G. A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca con fecha 10 de marzo de 1985, se revoca íntegramente dicha resolución, cuyos pronunciamientos se dejan sin efecto.

2º) Previo rechazo de la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario alegada, se desestima en todos sus extremos la demanda que formula Dº. E. L. R. contra Dª A. G. A., de la que se absuelve a dicha demandada; y acogiendo en parte la reconvencción deducida por esta última contra el citado Sr. L. se declara resuelto el contrato de compraventa suscrito en 28 de febrero de 1979 a que el presente litigio se refiere, condenando a Dº. E. L. a estar y pasar por esta declaración, con obligación, por parte de la Sra. G. de devolver al Sr. L. R. la suma de dos millones de pesetas con más los intereses de ella producidos, al tipo del diez por ciento, desde la fecha de respectiva entrega de sus cantidades integrantes hasta la en que se proceda a su efectiva devolución, desestimándose los demás pedimentos de la demanda reconvenccional, de los que se absuelve al reconvenido.

3º) No se hace especial condena a ninguno de los litigantes en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

321

321. JUICIO EJECUTIVO. Póliza mercantil, Excepción de pago: no la supone un apunte contable inmediatamente retrocedido. Interpretación de la póliza. Desestimación de la alegada falsedad de la certificación del corredor de comercio. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los de la sentencia apelada, en cuanto no son contradichos por los siguiente.

1º. El apelante reitera en esta segunda instancia en apoyo de su pretensión impugnativa los mismos motivos de oposición que adujo sin éxito en la primera frente a la demanda ejecutiva formulada por el Banco E. E. S.A., al amparo del nº 6 del artículo 1429 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil, sobre la base de una póliza mercantil de apertura de crédito para el descuento de letras de cambio y otros documentos similares, suscrita con intervención de Corredor de Comercio Colegiado, y que consisten en falsedad de la certificación bancaria expresiva del saldo deudor que en el juicio se reclama, compensación y, finalmente, plus petición; motivos que también en esta alzada han de perecer, toda vez que: a) el Banco ejecutante, contra lo que sostiene la representación del Sr. A., en ningún momento aplicó el saldo acreedor existente en las cuentas corrientes números 30.00877-m y 30.00670-J, ambas de titularidad del demandado, a la satisfacción del crédito que en este litigio ejercita, pues las hojas resumen de operaciones aportadas por el propio recurrente y que obran a los folios 26 a 29, ponen claramente de manifiesto que los cargos practicados en dichas cuentas el día 28 de noviembre de 1984 -y no en fecha anterior ni distinta- fueron dejados sin efecto ese mismo día mediante abonos correlativos y de igual importe al de las sumas supuestamente extraídas y que, por tanto, no hubo sino sendos asientos erróneos, de inmediato rectificadas, y, en consecuencia, carentes de trascendencia real; por otra parte, al no ser bastantes esos saldos acreedores (172.985 y 533 pesetas, respectivamente) para cubrir por entero el valor de las dos letras de cambio descontadas, cuyo impago dió origen al crédito a favor del Banco, la regla aplicable no era la contenida en el párrafo 1º de la cláusula cuarta de la póliza reguladora de las relaciones entre los litigantes (art. 1091 del Código Civil y 51 y 57 del de Comercio), sino la expresada en la cláusula quinta, relativa al adeudo del importe de aquéllas con sus gastos en la cuenta especial de efectos y documentos negociados, que la póliza ampara, sin que, siempre al tenor de las estipulaciones del contrato, tuviera el Banco obligación, y sí mera facultad, de efectuar compensaciones con las otras cuentas, depósitos, valores u otros fondos que pudieran existir como de la pertenencia del acreditado; b) el párrafo penúltimo de la cláusula sexta autoriza expresamente a la entidad ejecutante a conservar en su poder las cambiales de que trae causa de deuda, pues, si el párrafo antepenúltimo se refiere a las letras o documentos descontados que se hallasen sin vencer, claro es que "los demás documentos, cuyo importe hubiera sido anticipado" y de que trata aquel párrafo, no pueden ser otros que los ya vencidos, interpretación que confirma el propio párrafo al precisar que el Banco los retiene "en comisión de cobro" y que, si se logra dicho cobro de los obligados, se destinará el importe a cancelar el saldo acreedor a favor del Banco que obre en la cuenta especial prevista en la cláusula quinta; y comoquiera que esta última cláusula también determina, a su vez, que desde el momento del adeudo en la cuenta especial, el acreditado queda obligado al reintegro de su total importe, es indudable que la no devolución de aquellos efectos no constituye obstáculo para la viabilidad de la acción que la parte ejecutante ejercita al objeto de obtener el pertinente reembolso de lo que adelantó; y c) cualesquiera que fueron las relaciones internas entre el Sr. A. y Dº. F. J. S. E. en relación a la cuenta de abono nº 31-320-G, es lo cierto que, frente al Banco, el Sr. S. es el único titular de ella y que el 24 de enero de 1984 dicho Sr. había ordenado el traspaso de sus fondos (397.189 pesetas) a cuenta diferente (folio 80), por lo que difícilmente podía la entidad ejecutante, sin mandato expreso del titular -cuya existencia ni costa, ni ha sido alegada- y sin previa reposición de numerario en cuantía suficiente, obtener el pago de su crédito con cargo a la citada libreta de abono.

2º. En consecuencia, ni la certificación expedida por el Banco para llenar el requisito previsto en el párrafo penúltimo del artículo 1435 de la Ley Procesal y la Orden Ministerial de 21 de abril de 1950 en relación a la cláusula décima de la póliza refleja un saldo líquido erróneo dimanante de la presunta omisión en contabilizar operaciones realizadas o que hubieran debido realizarse para su disminución, ni cabe invocar eficazmente la obligada compensación con otros créditos que, además, no resultan de documentos que tengan, por sí solos, fuerza ejecutiva, incumpléndose así la exigencia recogida en el número 3 del artículo 1464 de la Ley mencionada, ni, por último, existe plus petición; todo lo cual determina el rechazo del recurso, la confirmación de la sentencia apelada y la condena del apelante

al pago de las costas producidas en esta alzada por ser hoy preceptiva, de conformidad al párrafo 1º del artículo 1475 de la repetida Ley.

FALLO: 1º) Desestimando el recurso de apelación que interpone Dº. J. A. B. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el veintitres de marzo de mil novecientos ochenta y cinco en los autos de juicio ejecutivo, de los que el presente rollo dimana, se confirman íntegramente los pronunciamientos de dicha sentencia.

2º) Se condena a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

323

323. PROPIEDAD HORIZONTAL. Acuerdos de la Junta de propietarios contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los Estatutos: no son, en principio, actos nulos, sino meramente anulables y convalidables por caducidad de la acción (regla 4ª del art. 16 de la citada Ley). Plazo para ejercitar la acción de impugnación. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los de la sentencia apelada.

1º. La demandada apelante, Sra. C. F., dueña que es de tres locales comerciales, quince aparcamientos para automóviles y otros ocho para motos en el Edificio denominado "Luz y Mar", sito en el número 149 de la Avenida Joan Miró de Palma de Mallorca, y a quien la Comunidad de Propietarios del mentado edificio reclama en la presente litis la cantidad de 2.675.400 pesetas con más intereses legales, en concepto de contribución proporcional no satisfecha por dicha demandada al levantamiento de los gastos generales del inmueble, se opone a tal reclamación, formulando pretensión reconvenzional en petición de que se declare la nulidad de los acuerdos adoptados por la Junta de propietarios en la reunión celebrada el 9 de octubre de 1981 y la del punto 5º de los tomados en la Junta que tuvo efecto el 28 de febrero de 1984, así como también, en sustancia, que se declare que su contribución a los gastos comunes no debe calcularse por el módulo de la cuota de participación asignada a cada una de las partes determinadas de que es titular, y que en su total conjunto representan el 37,014%, resultante, a su entender, de la aplicación de las normas estatutarias por las que, dice, se rige la Comunidad, tal como se había venido haciendo desde 1972

hasta el mes de julio de 1981. Y habiendo sido rechazada la reconvencción y estimada íntegramente la demanda en la primera instancia, reitera en esta alzada la Sra. C. todos sus pedidos, aduciendo que los acuerdos que ataca son nulos de pleno derecho y que, de no respetarse los criterios distributivos que propugna, se consagrará una situación de grave injusticia y de abuso de derecho.

2º. Dicho recurso no puede prosperar. En primer término, porque, al postular la declaración de ineficacia únicamente de los acuerdos adoptados por la Junta de propietarios el 9 de octubre de 1981 y el 28 de febrero de 1984, a modo de presupuesto indispensable para ser absuelta de la demanda, la pretensión de la apelante peca de inútil y de insuficiente; de inútil por cuanto que la decisión de repartir los gastos generales del inmueble de conformidad a las cuotas de participación establecidos en el título constitutivo de la Comunidad fue tomada en la Junta que se celebró el 18 de julio de 1980 (folios 197 a 199) y no en la de 9 de octubre del año siguiente ahora impugnada, en cuya ocasión los asistentes se limitaron a dilatar para futuras convocatorias el tema relativo a la confección de unos Estatutos (y que ya había sido objeto de debate en la anterior Junta de fecha 28 de julio de 1981 - folios 199 a 202 -) por entender que las normas legales eran bastantes para regir la Comunidad (folios 203 a 205), de donde deriva que, aún prosperando la tesis de invalidez de este acuerdo que sustenta la Sra. C. siempre permanecería incólume y con su fuerza jurídica intacta aquel otro por medio del que se fijaron los criterios de liquidación determinantes del nacimiento de la deuda; y asimismo peca de insuficiente, si se toma en consideración que (salvando lo que parece ser error cometido al mencionar como atacado el punto 5º en vez del 1º) el 28 de febrero de 1984 se aprobaron sólo las cuentas y la distribución de gastos correspondientes al período que abarca desde el 30 de junio de 1983 hasta el 31 de enero de 1984, cuando resulta que la suma que se reclama en el pleito también comprende, además de una cantidad que se arrastraba desde el año 1980, los devengos producidos entre el 1 de enero de 1981 en adelante, con arreglo a unas cuentas y reparto entre propietarios que merecieron una unánime conformidad de las Juntas que tuvieron lugar el 28 de julio y 9 de octubre de 1981 y 10 de octubre de 1983, cuyos respectivos acuerdos tampoco han sido objeto de impugnación.

3º.: En segundo y más definitivo término el recurso debe también rechazarse, porque los acuerdos de las Juntas de Propietarios contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los Estatutos no son, en principio y por regla general, actos nulos, sino meramente anulables en la medida en que son susceptibles de convalidación por caducidad de la acción que la regla 4ª del artículo 16 de la citada disposición legal concede a tal fin al propietario disidente, poder de impugnación a ejercitar, de manera necesaria, "dentro de los 30 días siguientes al acuerdo o a la notificación, si hubiese estado ausente el que impugnó", de cuyo régimen únicamente se exceptúan los acuerdos que contradigan normas imperativas o prohibitivas y, que, por tanto, merecen el calificativo de nulos de pleno derecho de conformidad al nº 3 del artículo 6 del Código Civil, los cuales pueden ser atacados en cualquier tiempo y sin sometimiento a plaza alguno, y en este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 5-abril-1978, 3-noviembre-1982 y 4-abril y 18-diciembre-1984. La decisión adoptada el 18 de julio de 1980 por la Junta de Propietarios de distribuir en el futuro los gastos comunes atendiendo a la cuota de participación señalada a cada parte privativa en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal otorgada el 26 de julio de 1972 por la propia Sra. C. en su calidad de promotora del edificio (folios 15 a 49), sin embargo, en modo alguno adolece de nulidad absoluta, puesto que no vulnera ninguna norma perteneciente a la esfera del "ius cogens", como evidencia el apartado 5º del artículo 9º de la Ley, al enumerar entre las obligaciones de cada propietario la de "contribuir, con arreglo a la cuota de participación en el título (que es, justamente, el módulo a que se remite la Junta) o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado soste-

nimiento del inmueble", sino que dicho acuerdo, según se extrae de las alegaciones de la recurrente, se opone, afirma, el apartado e) de las normas especiales que adiciona el título constitutivo, -apartado que, en realidad, no contiene regla alguna susceptible de aplicación directa sino una previsión de ulterior desarrollo, ya que se limita a decir que "oportuna-mente se dictaron las normas de régimen interior relativas al uso y disfrute de los distintos elementos comunes, a la forma de contribuir a los gastos de tales elementos y, en general, a cualesquiera otros extremos concernientes a las relaciones entre los copropietarios del total inmueble, a las que se someterán todos los adquirentes"- y, más propiamente, al artículo 18 de esos Estatutos por demás de previa existencia o, cuando menos, obligatoriedad dudosa, por cuanto que no hay constancia de cuándo ni por quién fueron confeccionados y aprobados, tampoco se hallan inscritos en el Registro de la Propiedad, no hay noticias de ellos en las actas de las diversas Juntas celebradas desde la constitución de la comunidad y son varios los propietarios que manifiestan no haber sido informados de los mismos al tiempo de la compra (folios 254 y siguientes, Sres. F., L.L., C., T. y P.) aseveración que la demanda hubiera podido desvirtuar, de ser incierta, mediante la aportación de los correspondientes contratos de compraventa, que, a buen seguro, tiene en su poder. En consecuencia, y dado que la Sra. C. no ejercitó temporáneamente la acción de impugnación contra aquél, ni contra ningún otro acuerdo de la Junta, en que se apoya la obligación pecuniaria, cuya efectividad se reclama, pese a que le fueron notificados, como demuestran las diversas cartas y requerimientos que obran en actuaciones a los folios 147, 149 (alusiva ésta a la Junta de 18 de julio de 1980), 151, 153, 154, 159 a 161 y 184, por medio de los cuales expresa, de uno a otro modo, su disconformidad con los mismos, tales acuerdos colectivos configuran un estado jurídico sobre la materia que ahora es inatacable, por mucho que la recurrente argumente, además, que supone un auténtico abuso de derecho, toda vez que no cabe olvidar que fue ella misma quien, de manera unilateral, otorgó el título constitutivo de la Comunidad y estableció las respectivas cuotas de participación para cada parte determinada, para cuya fijación debe tomarse en cuenta, según previene el párrafo 2º del artículo 5º de la Ley especial y entre otros factores, "su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes" y que, por otro lado, dicho estado jurídico, tan contrario a sus particulares intereses, existe merced a su desidia en hacer uso de los remedios que la Ley confiere para impedirlo.

4º: Procede, por todo ello y sin necesidad de más razonamientos, desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada en todos sus extremos, así como imponer el pago de las costas de esta alzada a la parte apelante por ser pronunciamiento imperativo a tenor de cuanto dispone el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su párrafo 2º.

FALLO: 1º) Desestimando el recurso de apelación que interpone Dª L.M.C.F. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de Mallorca el veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y cinco, se confirma íntegramente dicha sentencia en todos sus pronunciamientos.

2º) Se condena a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

325

325. INTERESES USUARIOS. Fijación de cantidad superior en el contrato de préstamo que la realmente entregada. Fijación de intereses muy por encima del interés medio del mercado. Realización de contrato de opción de compra de vivienda de los prestatarios, como garantía del pago del préstamo, con valoración del inmueble en cantidad muy inferior a su valor real. Aplicación de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908: nulidad del contrato a tenor del art. 3. Devolución por el deudor de el préstamo realizado y por el prestamista de los intereses recibidos. *Sentencia de 19 de diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los de la resolución apelada, y

1º.: La sentencia recaída, que estimando en parte la demanda formulada por don M.P.V. contra don F.T.P. y doña F.A.G. condena a dichos demandados a que paguen al actor, solidariamente, la suma de un millón quinientas mil pesetas y estimando la demanda reconvenional condena al actor reconvenido a restituir a los demandados reconvinientes la total cantidad que por intereses derivados del contrato de préstamo de 15 de Enero de 1982 le hubieran estos abonados, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia, es apelada por ambas partes litigantes, por la actora al estimar: a) que la restitución de los intereses a que ha sido condenada no debe ser del importe total de lo percibido por tal concepto, sino únicamente de su 25 por ciento, y b) por no ser procedente la condena de las costas que se le ha impuesto; y por la demandada reconviniente por los siguientes motivos: a) porque el pago del millón y medio de pesetas debe ser mancomunado y no solidario como se declara en el fallo impugnado; y b) por cuanto procede y así debe declararse, la compensación judicial entre la cantidad que debe pagar a la contraparte -1.500.000 pesetas- y la que esta debe entregarle por restitución de los intereses percibidos del contrato de préstamo.

2º.: La cuestión crucial a dilucidar, con carácter prioritario, es, si el préstamo concertado por los hoy litigantes y del que arrancan todas las pretensiones instadas en esta litis, es nulo por usurario como lo estima el juez "a quo", pues la parte actora-reconvenida, implícitamente no acepta tal nulidad, dadas las peticiones que su Dirección Letrada formuló en el acto de la vista de esta apelación y que en síntesis, quedaron antes expuestas.

3º.: Hechos reconocidos o probados, con transcendencia jurídica para la cuestión fundamental planteada, son los siguientes: a) el día 15 de Enero de 1982, se concertó un contrato de préstamo, entre Dº. M.P.V. como prestamista y los cónyuges Dº. F.T.P. y Dº. F.A.G. como prestatarios, expresando en el documento privado que al efecto suscribieron (folio 13), que la cantidad prestada era dos millones de pesetas, el plazo de duración del préstamo, hasta el 10 de Diciembre de 1983 y que el interés sería el 22 por ciento pagadero por

trimestres anticipados. b) el mismo día 15 de Enero los consortes T.-A., solidariamente, y en escritura pública, concedieron en garantía el expresado préstamo, un derecho de opción de compra sobre la vivienda de su propiedad, sita en el piso segundo de la casa número 6, hoy 13, de la calle Obispo Severo de la localidad Villacarlos (Menorca) a favor del prestamista señor P.V., fijándose, como precio de la opción 15.000 pesetas, para el ejercicio del derecho de opción, hasta el 10 de Enero de 1984 y precio de compra de la finca, 600.000 pesetas, siendo todos los gastos e impuestos que se devengasen en dicha escritura y los de la compraventa que en su día se otorgase, de cargo de D^o. F.T. y su esposa, con inclusión del impuesto municipal sobre plus valía, si se devengase (folios 10/12). c) el valor de dicha vivienda era por aquel entonces superior a tres millones de pesetas -el 11 de Octubre de 1983, se constituyó a favor la Caja de Pensiones X sobre dicha vivienda una hipoteca en garantía de un préstamo de 2.350.000 pesetas y se tasó la finca a efectos ejecutivos en 4.730.000 pesetas (folio 119). d) La cantidad que realmente se entregó en el expresado préstamo fue un millón quinientas mil pesetas, así se reconoce en la demanda iniciadora de esta litis y lo confesó, a presencia judicial, el propio Sr. P.V. (posición 3^a: folio 137). f) los prestatarios pagaron, con cierto retraso, los intereses correspondientes a dos millones de pesetas, del año 1982 y parte de 1983 -110.000 pesetas trimestralmente-, h) los demandados reconvinientes no han devuelto suma alguna del capital prestado; e) la operación del préstamo expresada se realizó con dinero bancario, obtenido con el descuento, a través de varias entidades bancarias, de letras de cambio que el prestamista libraba trimestralmente a cargo de los prestatarios y que estos aceptaban.

4^o: El artículo 2^o de la Ley de 23 de Julio de 1908, conocida con el nombre de Ley Azcárate o de represión de la usura, dispone que los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, siendo a estos efectos, doctrina constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo que los Tribunales de instancia al apreciar la prueba en estos casos han de proceder con un criterio más que jurídico práctico, incluso prescindiendo de aquellas reglas que puedan limitarla libre apreciación, como las que fijan el valor de los instrumentos públicos (Sentencia de 24 de Noviembre de 1984).

5^o: El contrato de préstamo concertado por los hoy litigantes el 15 de Enero de 1982 (folio 13) se aprecia nulo a tenor del artículo 1^o de la citada Ley Especial: a) por cuanto en dicho contrato se supone recibida mayor cantidad -2 millones de pesetas- que la verdaderamente recibida -1.500.000 pesetas- (apartado segundo de dicho precepto); sin que sea de recibido la justificación de las 500.000 pesetas no entregadas que la parte actora reconvenida hace a tenor siguiente: 110.000 pesetas por pago anticipado de los intereses trimestrales convenidos, ya que los intereses trimestrales que corresponden a la suma real entregada ascienden a 82.500 pesetas; 25.000 pesetas retenidas por gastos de Notaría, Registro e impuestos, ya que según dicha parte fueron exactamente 23.657 pesetas, sin que en ningún momento devolviera ni compensara las 1.343 pesetas de diferencia; 250.000 pesetas por cobro, por el prestamista, por su comisión de intermediario, convenida verbalmente, según se alega, cuando no consta reconocido, sino rechazado de plano, ni probado tal convenio; y 115.000 pesetas de remanente que, según el prestamista quedó en su poder a disposición de los demandados, y que no obstante el tiempo transcurrido no devolvió ni compensó con los pagos trimestrales que percibió por intereses; y b) por haberse estipulado un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las condiciones del caso -apartado primero del mencionado artículo primero-, ya que el prestamista percibía cada trimestre, por intereses anticipados, 110.000 pesetas, que en relación con el millón quinientas mil pesetas entregadas en concepto de préstamo, da un interés de 29'33 por ciento que la percibirse anticipadamente, resulta superior al 30 por ciento anual; sin que pueda financieramente justificarse tal elevado rédito por gran riesgo de cobro de

la cantidad prestada, ya que esta estaba totalmente garantizada con una opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad, que hubiera permitido en su caso al prestamista comprar por 600.000 pesetas, una vivienda sita en la isla de Menorca de un valor superior a tres millones de pesetas, libre de todo gasto e impuestos, ya que hubiera correspondido a los prestatarios pagar todos los gastos e impuestos de la compraventa, incluyendo el impuesto sobre plus valía.

6º: La declaración de nulidad del contrato de préstamo expresado, por ser usurario, conlleva, entre otros efectos, los señalados en el artículo 3º de la citada Ley de 24 de Julio de 1908 y entre otros, cabe ahora destacar que el prestatario está obligado a entregar tan solo la suma recibida, obligación declarada por el juez "a quo" a cargo de los consortes prestatarios con carácter de solidaridad, carácter este que impugnó su Dirección Letrada en el acto de la vista de este recurso, con base en que la solidaridad solo da lugar, según estatuye el artículo 1137 del Código Civil, cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria y en el contrato de préstamo no se pactó solidaridad. El Tribunal Supremo, concorde con la doctrina científica tendente a generalizar la solidaridad en las obligaciones, declaró que no es necesario que se emplee precisamente el término obligación solidaria, pues basta que los usados, por su significación gramatical y lógica, evidencien la voluntad de los contratantes de deber prestar o poder pedir íntegramente las cosas objeto de la obligación (Sentencias de 8 de Julio de 1915 y 11 de Febrero de 1927). La de 22 de Marzo de 1950, afirma que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión, si de su texto, según la expresión con que se inicia el artículo 1138 del Código Civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fue la de crear la unidad de la obligación y la responsabilidad "in solidum" de los cointeresados. En ese mismo sentido, las sentencias de 23 de Junio de 1956, 16 de Diciembre de 1976, 2 de Junio de 1980 y 2 de Marzo de 1981, entre otras. En el contrato declarado nulo por usurario se hace constar que transcurrido el plazo de duración del préstamo, don F. T. y esposa, deberán entregar la cantidad prestada -el régimen económico matrimonial de los consortes prestatarios es el legal de separación de bienes del Derecho Foral Balear- y en la escritura pública que se otorgó el mismo día que se celebró el supradicho préstamo -15 de Enero de 1982- en garantía del cumplimiento del mutuo, los prestatarios solidariamente concedieron derecho de opción sobre la vivienda antes reseñada, a favor del prestamista, deduciéndose de todo ello que la voluntad de contratantes fue crear la unidad de la obligación y la responsabilidad "in solidum" de los prestatarios; lo que determina la desestimación del primero motivo de apelación de los demandados reconvinientes.

7º: Igual destino adverso ha de recibir el segundo y último motivo de impugnación de dicha parte, encaminado a que se declare la compensación judicial entre la obligación de los prestatarios de entregar 1.500.000 pesetas al prestamista y la obligación de este de restituir a aquellos la total cantidad que por intereses derivados del contrato de préstamo de 15 de Enero de 1982 le hubieren abonado los prestatarios, ya que para que proceda la compensación no es suficiente que ambas partes sean por derecho propio, recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra (artículo 1195 del Código Civil), sino que además, entre otras condiciones, que las deudas sean líquidas (nº 4 del artículo 1196 del mismo Código) y una de ellas, la de la devolución de intereses, no lo es.

8º: La parte actora-reconvenida impugna la sentencia recaída en la primera instancia en cuanto se le condena a restituir a los demandados la total cantidad que por intereses derivados del contrato de préstamo de 15 de Enero de 1982 le hubieran estos abonados, pues dicha apelante estima que si los intereses que cobró fueron con base a dos millones de pesetas, al ser la suma real prestada la de 1.500.000 pesetas, solo hubo un exceso en el cobro

de un 25 por ciento entre los intereses percibidos y los que debió cobrar. Pretensión impugnativa que no puede prosperar, pues la nulidad del préstamo por usurario, determina, según el citado artículo 3º, la devolución por el prestamista a los prestatarios del total percibido por intereses.

9º.: La tesis de la actora reconvenida de que su condena en costas en primera instancia no procede por cuanto se estima en parte su demanda, se ha de rechazar ya que el artículo 8º de la mencionada Ley de 24 de Julio de 1908 preceptúa que toda sentencia declarando nulo, con arreglo a esta ley, un contrato de préstamo -supuesto de autos- llevará anexa expresa condenación de costas.

10º.: El artículo 7º de la repetida Ley Especial de represión de la usura, dispone la remisión al Ministerio de Justicia para su anotación en el Registro Central de contratos de préstamos declarados nulos, de una certificación de toda sentencia que adquiera el carácter firme en la que se declare nulo por usuario un contrato de préstamo.

11º.: La desestimación de las apelaciones de ambas partes litigantes, excluye la expresa imposición de costas a cualquiera de ellas.

FALLO: A) Se desestiman el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don M.P.V. y el interpuesto por la representación procesal de don F.T.P. y doña F.A.G. contra la sentencia de fecha veintiuno de Marzo de mil novecientos ochenta y cinco dictada por el Juez del Juzgado de Primera Instancia de Mahón en el juicio declarativo, ahora de menor cuantía, de que dimana el presente rollo.

B) Se confirma en todas sus partes la sentencia expresada en el apartado anterior.

C) Sin especial imposición de las costas de esta alzada.

Remítase al Ministerio de Justicia, para su anotación en el Registro Central de contratos de préstamos declarados nulos, la correspondiente certificación. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

328

328. EJECUCION DE OBRA. Reclamación por el constructor de la deuda existente por las obras realizadas a cargo del demandado. Prueba. Determinación líquida de la cantidad adeudada. *Reconvención.* Ejercitada por el demandado en reclamación del importe de las obras que realizó con persona ajena al constructor, para corregir los defectos existentes en las obras ejecutadas por éste. Facultad del demandado a: solicitar

del propio constructor el arreglo de los supuestos defectos en la ejecución de la obra (art. 1091, 1098 CC y 924 LEC), o bien, instando el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario. En este último caso, siempre que concurren determinadas exigencias de seguridad en las personas o cosas. No habiendo el actor-reconviniente (demandado) probado tales requisitos, y sin contar en absoluto con el consentimiento del constructor (actor en la litis), ni señalándole a éste plazo prudencial para corregir los supuestos defectos en la construcción, y apreciar la necesidad de las obras de subsanación efectuadas, debe procederse por esta Sala a desestimar la pretensión reconventional. *Sentencia de 31 de diciembre de 1985.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Se aceptan los "considerandos" 1º, 4º y 5º de la sentencia apelada.

1º.: Las cuestiones litigiosas a examinar y resolver en este segundo grado jurisdiccional, tienen su origen en un contrato que a mediados del año 1983 celebraron verbalmente los hoy litigantes, y en el que se convino que el aquí actor reconvenido, don M. S. J., de profesión constructor, llevase a cabo la ejecución de trabajos de preparación y reforma en el chalet denominado Casa Verde, sito en la Urbanización Son Vida, calle Juan Sebastián Elcano s/n., de este término municipal, propiedad del demandado reconviniente don P. M. G. H., de nacionalidad británica y con domicilio en Inglaterra. En el expresado contrato se estipuló com retribución dichos trabajos, el sistema de administración, señalándose a tal efecto un 15 por ciento sobre el importe de los trabajos que se ejecutasen y materiales que se suministrasen, a favor del Sr. S. J. como beneficio industrial y un 10 por ciento por Dirección Técnica para el Arquitecto. Son concordadas las partes en que las obras duraron unos siete meses y que el Sr. H. pagó al Sr. S. J. por los trabajos realizados 48.291.665 pesetas, pero discrepan en cuanto al importe total de los trabajos ejecutados, ya que el constructor lo fija en 58.093.342 pesetas -incluyendo 241.771 pesetas por gastos bancarios por devolución de un talón que no fue atendido, y por intereses-, de ahí la pretensión del Sr. S. J., formulada en primera instancia y reiterada en esta alzada, de que la contraparte le pague 9.801.677 pesetas, a lo que se opone el Sr. H., negando que adeude tal suma, y por vía reconventional postuló en su día y reiterada en esta segunda instancia, el abono por don M. S., de 10.743.875 pesetas, importe de las obras realizadas, según el reconviniente, para subsanar los trabajos ejecutados defectuosamente por dicho constructor en su chalet. El Sr. S. J. niega que los trabajos por él ejecutados adolezcan de defectos -el derrumbe de una cerca de la finca -hecho reconocido- lo imputa a defecto de la dirección técnica y no de construcción- y rechaza la realidad e importe de las obras de reparación y subsanación que de adverso se mencionan.

2º.: Las pretensiones ejercitadas en esta litis se fundamentan, en su aspecto sustantivo o material, en el mencionado contrato celebrado verbalmente por las partes, contrato que se califica de arrendamiento de obra con suministro de material -artículos 1.544 y 1.588 del Código Civil- ya que en él, el contratista, el Sr. S. F., se obligó a realizar obras de reparación y reforma, con suministro de material, en el chalet propiedad del Sr. H. y éste a pagar-

le un precio cierto, determinable por el sistema conocido por administración -un tanto por ciento estipulado sobre el importe de los trabajos y materiales-; contrato pues de naturaleza bilateral, pues las obligaciones de las partes son recíprocas o correlativas y se sirven mutuamente de causa.

3º.: Entrando ya en el concreto estudio de la apelación del actor-reconvenido, y del examen de los documentos presentados por dicha parte -copias de facturas y notas de abono y cargo (folios 7/58 y su estado de cuentas con Mr. H. (folio 6)-, se desprende que las nueve primeras facturas expedidas por el Sr. S.J. a cargo del Sr. H. -la primera por trabajos realizados entre el 04/7 al 14/7 y la última por el período 01/11 al 15/11-, todas ellas fueron pagadas por talón, de suerte que con la entrega del talón referente a la última factura mencionada, el saldo de dicha cuenta contable quedó a cero, y en ello ambas partes están concordes. Consta igualmente probado, por copias presentadas por la misma parte actora y se refleja en su estado de cuentas, tres notas de abono que el Sr. S.J. hizo al Sr. H., por bonificación del 15% sobre las facturas, Comercial Serra Verd, Almacenes Aragón y recibo de Propano por un importe de 409.581 pesetas (folio 47), otra bonificación del mismo porcentaje sobre la factura de Toldos Frau, de 33.450 pesetas (folio 48) y la última por bonificación del 10% sobre las facturas y recibo antes mencionados, por un total de 295.355 pesetas (folio 49), indicándose en las tres notas de abono mencionadas que sus importes serían deducidos de la certificación pendiente de 15 de Diciembre de 1.983. Por ello, la factura -décima- correspondiente a trabajos realizados por el Sr. S.J. en el chalet Casa Verde, de la Urbanización Son Vida de este término municipal, en el período 16/11 al 30/11, de un importe de 3.500.180 pesetas, que lleva fecha 1 de Diciembre de 1.983 (folios 42/45) consta totalmente abonada en el citado estado de cuentas (folio 6) con un talón de 3.057.149 pesetas y con los dos primeros abonos por bonificaciones -409.581 y 33.450 pesetas (folios 47 y 48 respectivamente), con lo que volvió a quedar en cero la cuenta de los hoy litigantes. Al asiento contable del abono último, el que 295.355 pesetas determinó que la factura siguiente, la undécima, correspondiente a los trabajos realizados entre 01/12 al 16/12, de un importe de 5.682.033 pesetas (folio 50/52), diera, por compensación contable, sólo un saldo deudor a cargo del Sr. H. de 5.386.674 pesetas. A partir de este asiento, no consta en el referido estado de cuentas, ni en autos, abono alguno, pero sí los cargos que a continuación se examinan y cuya procedencia determinará en su caso, el incremento del referido saldo deudor del señor H.: a) La factura de 1.339.247 pesetas de fecha 31 de Enero de 1.984, cuya copia obra al folio 57, por abono del importe de las facturas que se mencionan, por la empresa constructora de la que es titular don M.S.J., no puede ser acogida en esta litis, al no haberse aportado a los autos de este juicio ni a los del embargo preventivo las referidas facturas, aunque el Letrado de dicha parte apelante afirmó lo contrario en el acto de la vista de este recurso -que estaban unidas en las diligencias del embargo preventivo practicado-, dado el principio que referente a la carga de la prueba proclama el conocido artículo 1.214 del Código Civil, y no existir elementos que acrediten, no sólo el importe de dichas facturas, sino ni siquiera la realidad de las mismas. b) Las notas de cargo que llevan fecha 01 Diciembre 1.983 y 07 Febrero 1.984, de un importe de 1.245.385 pesetas y 820.210 pesetas respectivamente (folios 54 y 57), por el impuesto de 4'30 por ciento por tráfico de empresas, no cargado a las diez primeras facturas extendidas y cobradas, se han de rechazar, por cuanto a la vista de la prueba practicada, se estima que el Sr. M.J., dada la importancia de los trabajos a ejecutar, la retribución estipulada y la forma, rapidez y seguridad de pago, accedió a no cargar tal impuesto a la otra parte contratante, dadas las grandes ventajas económicas convenidas para él en dicho contrato; sin que pueda prosperar la afirmación del Sr. S., por estar en patente contradicción con los documentos por él mismo aportados a autos, de que se acordó que al final de la facturación se cargaría el I.T.E. -impuesto de tráfico de empresas- (posición 8ª: folio 168 vuelto), ya que consta cargado tal impuesto, antes de finalizar las obras, en la factura por trabajos realizados y materiales suministrados entre

01.12.83 y el 16.12.83 (folios 50/52) y el primer cargo por dicho impuesto, que hace referencia a las 6 últimas facturas, lleva fecha 01.Dicbre 83 (folio 54) y solo en el último cargo, que lleva data 07 Febrero 1984 (folio 57) carga el referido impuesto a todas las facturas por haberse omitido en la anterior nota de cargo. c) en la nota de cargo de fecha 07 Febrero de 1984 obrante al folio 55, de un importe de 145.745 pesetas en concepto "de intereses y gastos por devolución talón s/banco de Londres durante 45 días "consta acreditado únicamente por nota de adeudo del Banco F.E., sucursal de Palma, en la cuenta de don M.S.J., como gastos por devolución de un cheque de 22.655 libras esterlinas, 39.792 pesetas (folio 132), pero no los intereses que se mencionan, por lo que sólo se puede tener en cuenta por tal nota de cargo como cantidad a incrementar el saldo deudor antes expresado del Sr. H. la cantidad de 39.792 pesetas. d) la nota de cargo de 96.026 pesetas "en concepto de "demora" en el pago del saldo pendiente durante 51 días", no se puede acoger por cuanto ni siquiera en ningún momento se mencionó que los saldos pendientes de la cuenta, devengasen intereses de "demora". Hay que señalar que en el estado de cuentas del Sr. S. con el Sr. H. (folio 6), el primero aparece deudor -números rojos-, por las tres bonificaciones mencionadas, y no se abonó cantidad alguna por intereses de tal déficit ni en el haber ni como negativo en el debe del Sr. H.; y e) La última partida que se carga en la cuenta del Sr. H., lleva fecha 07 Febrero de 1984, es de 738.386 pesetas (folio 58), y que anula, por estimar improcedentes, las notas de abono antes referidas de fecha Noviembre 83, por importe de 409.581, 33.450 y 295.355 pesetas, se rechaza igualmente por cuanto de lo actuado se desprende que tales abonos se concedieron al reconocer el Sr. M.J., en una reunión con la contraparte y el Letrado de esta, la improcedencia de reterner ciertas bonificaciones percibidas de empresas suministradoras de material o que realizaron trabajos o instalaciones en el chalet del Sr. H., sin que sea lícito ahora retractarse de lo voluntariamente convenido ni justificarse tal proceder, como se expresa en el hecho cuarto al cuarto del escrito de replica, que al no haber abonado el Sr. H. el importe de las facturas, en la forma convenida, "mi principal -don M.M.J. - se vio obligado a retirar dichos abonos". Por todo lo expuesto, se fija como saldo deudor inicial del Sr. H., S.386.678 pesetas que es al incrementarse con 39.792 por gastos bancarios por devolución de cheque, da la suma de S.426.470 pesetas que adeuda el Sr. H. al Sr. S.J., estimándose en dicha cifra la apelación formulada por el actor reconvenido.

4º. La apelación de la parte demandada- revonviniente postula, en su aspecto sustantivo, que se condene a Dº. M. S. J. a que le pague 10.743.875 pesetas, importe de las obras realizadas para subsanar, según el recurrente, los trabajos ejecutados defectuosamente en su chalet por dicho constructor. Concretamente se aduce en la reconvencción como base fáctica de tal pretensión indemnizatoria que "como consecuencia de los trabajos ejecutados defectuosamente por el Sr. S. el Sr. H. se vio obligado a encargar a la Empresa de Dº. G.T. que rehiciere los trabajos, ya que el hedor existente en la casa era insoportable. Los trabajos en cuestión ascendieron a la suma de S.580.000 pesetas (hecho segundo), y los trabajos de carpintería contratados y cobrados por el Sr. S. estaban recubiertos de una caja de aceite pingoso, que obligó al Sr. H. a volverlos a hacer con el consiguiente perjuicio económico y molestias, por lo cual el Sr. H. pagó 1.954.050 pesetas y 2.180.850 (hecho tercero) y también se ha visto obligado a reparar la instalación eléctrica revisada por el Sr. S. y los trabajos de pintura- 310.000 pesetas la factura del electricista y 710.975 pesetas la del pintor (hecho cuarto). El Tribunal Supremo tiene declarado en sentencias de 3 de Octubre de 1979 y 31 de Octubre de 1980 que, en caso de ejecución de la obra por no ajustada a la pericia profesional exigible, asistirá al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigirle la reparación "in natura" o prestación específica, realizando las obras de corrección indispensables, por sí mismo o a su costa, tal como previenen los artículos 1091 y 1098 del Código Civil y 924 de la Ley Procesal, o bien instando el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario (Sentencia de 12 de Noviembre de 1976). Así pues, la fa-

cultad del comitente de realizar por sí o a su costa obras de subsanación no es absoluta sino que está circunscrita a la de "corrección indispensables ya por exigencias de seguridad de las personas o cosas, ya por perentoriedad del caso; circunstancias que no se dan en el supuesto que ahora se contempla, en el que el comitente, el Sr. H., ordenó la ejecución de todas las obras que estimó defectuosamente ejecutadas, trabajos de cuantía muy elevada -se reclaman por ellas en esta litis mas de 10 millones de pesetas-, con las circunstancias a destacar de haberse prescindido, sin que conste razones para ello, todo requerimiento para que el contratista, en un plazo prudencial, subsanase los trabajos ejecutados defectuosamente, y de haberse omitido de toda previa constatación de las obras defectuosamente ejecutadas, para poder apreciar la necesidad y procedencia de las obras de subsanación efectuadas. El carácter bilateral del contrato celebrado por los hoy litigantes, del que se derivan obligaciones recíprocas o correlativas, como se puso de manifiesto con anterioridad y el principio de buena fe, fundamental en la ejecución de los contratos -artículo 1258 del Código Civil-, juntamente con lo que se acaba de exponer, determina la desestimación de la pretensión reconvenicional y por ende de la apelación deducida por la parte demandada-reconveniente.

5º. No se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de primera instancia. La estimación parcial de la parte actora-reconvenida, excluye su condena en costas en esta alzada; y si bien se desestima la apelación de la parte demandada-reconveniente, al fundamentarse tal desestimación en razones jurídicas bien distintas a las expuestas en la resolución recurrida, esta Sala hace uso de la facultad que le confiere el apartado segundo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tampoco le condena al pago de las costas de este recurso.

FALLO: A) Se estima en parte el recurso de apelación formulado en nombre y representación de Dº. M. S. J. y se desestima el recurso de igual clase interpuesto por la representación procesal de Dº. P. M. G. H. contra la sentencia de fecha quince de Febrero de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo, ahora de menor cuantía, de que dimana el presente, y en su lugar se dicta la siguiente:

B) Se estima en parte la demanda deducida en nombre y representación de Dº. M. S. J. contra Dº. P. M. G. H., al que se condena a pagar al actor la cantidad de cinco millones cuatrocientos veintiseis mil cuatrocientas setenta pesetas (5.426.470 pesetas), suma esta que devengará desde el día de hoy hasta su total pago y a favor del demandante, el interés prevenido en el apartado cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se desestima totalmente la reconvenición formula por Dº. P. M. G. H. contra Dº. M. S. J., sin especial imposición de las costas devengadas en primera instancia.

C) No se condena a ninguna de las partes recurrentes al pago de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovent Alabau).

C. INDICE ANALÍTICO

ACCION

“Actio communi dividundo”:

284

Cambiaria ordinaria: 290

De enriquecimiento injusto:

290

Declarativa de dominio: 285

APELACION: 258

ARRENDAMIENTOS

URBANOS

Cesión in consentida: 268, 297,
304

Cierre: 264

Daños en la cosa arrendada:

326

Local de negocio: 264, 268, 270,
297, 307

Obras in consentidas: 277

Subarriendo: 270

Subrogación: 308

Transpaso in consentido: 270

Video club: 283

ACUMULACION DE AUTOS:

293

CLAUSULA PENAL: 313

COMPENSACION: 280

CONGRUENCIA: 286, 302, 322

CONTRATOS

De arrendamiento de industria:
299

De arrendamiento de local de
negocio: 293

De compraventa: 267, 278, 286,
295, 313, 320, 324

De cuenta corriente bancaria:
292

De ejecución de obra: 265, 294,

371, 328

De préstamo: 305

De reserva de plazas hoteleras:

259

De sociedad civil particular:

266

Interpretación: 266, 319

COSTAS: 293, 309

COSA JUZGADA: 260

DAÑOS Y PERJUICIOS: 287,
315, 316

DEMANDA

“Mutatio libelli”: 312

DIVORCIO: 311

EXCEPCIONES PROCESALES

Defecto legal en el modo de
proponer la demanda: 304

Litis consorcio pasivo necesari-

o: 259, 274, 289, 291, 304, 320

Litis pendencia: 284

Personalidad: 259, 289, 290

INCAPACITACION, proceso de:
298

INDEFENSION, 284, 300, 318

INTERESES USURARIOS: 325

JUICIO EJECUTIVO

Cambiario: 262, 263, 267, 296,
327

Nulidad: 318

Póliza de crédito: 269, 321

Seguro obligatorio: 303

PRECONTRATO: 261

PRESCRIPCION

- Adquisitiva: 285
- De la acción: 259
- PROPIEDAD HORIZONTAL:
281, 309, 323
- RECLAMACION DE
CANTIDAD: 307
- RECONVENCION: 284, 295, 328
- RECURSO DE AUDIENCIA
AL REBELDE: 300
- RESPONSABILIDAD
Extracontractual: 274, 289
- RETRACTO
De colindantes: 272
- SEPARACION
MATRIMONIAL: 275, 279, 288,
301, 302, 310, 314, 317, 322
- SERVIDUMBRE
De paso: 260
Invariabilidad: 280
- SEGURO
"Combinado de comercio": 289
Obligatorio (ley 122/1962, de 24
de Diciembre): 303
- SOCIEDADES ANONIMAS
Impugnación de acuerdos: 273,
306
- TERCERIA DE DOMINIO: 282
- TESTAMENTO ABIERTO: 291

SALAS 1ª y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

INDICE CRONOLOGICO

395. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Septiembre de 1985. (2ª).*
396. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Septiembre de 1985 (2ª).*
397. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Septiembre de 1985.*
398. **Robo con intimidación.** Delito frustrado. **Tenencia ilícita de armas.** Agravantes de reincidencia y de disfraz. *Sentencia de 5 de Septiembre de 1985.*
399. **Robo con intimidación.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Septiembre de 1985.*
400. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Establecimiento penitenciario. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1985.*
401. **Usurpación de funciones.** Ejercer como médico sin título. Concurso ideal. **Falsificación de documento oficial.** Delito continuado. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1985.*
402. **Malversación de caudales públicos.** Sujeto activo depositario. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1985*.*
403. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1985 (2ª).*

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Prof. Gabriel Garcías Planas, del Departamento de Derecho Público.

404. **Hurto.** Cintas de vídeo. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1985.*
405. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1985.*
406. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1985.*
407. **Abusos deshonestos.** Tentativa. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1985.*
408. **Allanamiento de morada. Resistencia a la autoridad.** Atenuante de enajenación mental incompleta (personalidad alcohólica). *Sentencia de 11 de Septiembre de 1985.*
409. **Estafa.** Doble venta de un bien. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1985.*
410. **Robo con intimidación.** Agravante de reincidencia. **Daños.** Falta. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1985.*
411. **Atentado a la autoridad. Lesiones.** Agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1985**
412. **Robo con intimidación.** Requisitos. **Resistencia a la autoridad.** Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1985.*
413. **Robo con violencia e intimidación.** Empleo de arma. Frustración. Agravante de reincidencia. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 12 de Septiembre de 1985 (2ª).*
414. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 13 de Septiembre de 1985.*
415. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 13 de Septiembre de 1985.*
416. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1985 (2ª).*

417. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. No se acredita la participación de los procesados. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1985 (2ª).*
418. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1985 (2ª).*
419. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y fractura de ventana. No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985 (2ª).*
420. **Estafa.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985 (2ª).*
421. **Malversación de caudales públicos.** Art. 394-2º y 391. El Ministerio Fiscal retiró la acusación. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985 (2ª).*
422. **Robo con violencia en las personas.** Art. 501-5º y último párrafo. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1985 (2ª).*
423. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuantes de minoría de edad y arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1985 (2ª).*
424. **Robo con fuerza en las cosas.** Ausencia de participación. **Hurto.** Falta. Prescripción. *Sentencia de 18 de Septiembre de 1985.*
425. **Falsificación de documento de identidad.** **Estafa.** Frustración. *Sentencia de 18 de Septiembre de 1985.*
426. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1985.*
427. **Robo con intimidación.** Resultado de lesiones. Uso de armas. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1985.*
428. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1985 (2ª).*
429. **Robo con violencia en las personas.** En establecimiento de hostele-

- ría. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Septiembre de 1985.*
430. **Robo con fuerza en las cosas. Amenazas. Falta. Falta de orden público.** *Sentencia de 21 de Septiembre de 1985 (2ª).*
431. **Favorecimiento de la prostitución.** Tercería locativa. No se acredita la tipicidad de la conducta en el procesado. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1985 (2ª).*
432. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 23 de Septiembre de 1985 (2ª).*
433. **Resistencia a agentes de la autoridad. Agravante de reincidencia. Lesiones.** Falta. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1985 (2ª).*
434. **Robo con violencia en las personas.** Elementos. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1985 (2ª).*
435. **Apropiación indebida.** Falta. Art. 587-3º. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1985 (2ª).*
436. **Apropiación indebida.** Abuso de confianza. **Falsificación de documento mercantil.** Requisitos. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1985 (2ª).*
437. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1985.*
438. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1985.*
439. **Robo con violencia en las personas.** Procedimiento del tirón. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 25 de Septiembre de 1985.*
440. **Imprudencia temeraria. Daños.** Conformidad. *Sentencia de 25 de Septiembre de 1985 (2ª).*
441. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. Petición al Gobierno de reducción de la pena. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1985.*

442. **Robo con intimidación en las personas.** Elementos. **Hurto.** Requisitos. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1985 (2ª).*
443. **Escándalo público.** Agravación por menor de edad del ofendido. Atenuante de enajenación mental incompleta por razón de debilidad mental. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1985 (2ª).*
444. **Robo con violencia en las personas.** Cometido contra persona que custodiaba y transportaba caudales. Elementos. *Sentencia de 27 de Septiembre de 1985 (2ª).*
445. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Robo como delito precedente. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1985 (2ª).*
446. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Septiembre de 1985.*
447. **Tenencia ilícita de armas.** Introducción en territorio español. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985 (2ª).*
448. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante analógica con la de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985 (2ª).*
449. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Sustancia que causa grave daño a la salud -LSD- y cantidad de notoria importancia. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985 (2ª).*
450. **Atentado a agente de la autoridad.** Requisitos. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1985 (2ª).*
451. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante analógica con la de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 30 de Septiembre (2ª).*
452. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 1 de Octubre de 1985.*
453. **Salud pública.** Tenencia para el autoconsumo. *Sentencia de 1 de Octubre de 1985.*
454. **Homicidio.** "Animus necandi". Frustración. **Lesiones graves.** Ate-

- nuante de obcecación y arrebató. *Sentencia de 2 de Octubre de 1985**.
455. **Robo con fuerza en las cosas.** Fracturas de cristal y máquina traga-perras. *Sentencia de 4 de Octubre de 1985.*
456. **Escándalo público.** No se acredita la actuación delictiva del encausado. Aplicación del principio "in dubio pro reo". *Sentencia de 4 de Octubre de 1985.*
457. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 4 de Octubre de 1985 (2ª).*
458. **Homicidio.** "Animus necandi". Atenuante de embriaguez no habitual. *Sentencia de 5 de Octubre de 1985 (2ª).*
459. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de ventana. *Sentencia de 5 de Octubre de 1985 (2ª).*
460. **Imprudencia temeraria** con resultado de lesiones graves. *Sentencia de 5 de Octubre de 1985 (2ª).*
461. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 7 de Octubre de 1985 (2ª).*
462. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Frustración. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 7 de Octubre de 1985 (2ª).*
463. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Octubre de 1985 (2ª).*
464. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 8 de Octubre de 1985.*
465. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 8 de Octubre de 1985.*
466. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 8 de Octubre de 1985.*
467. **Salud pública.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Octubre de 1985.*

468. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 9 de Octubre de 1985.*
469. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 9 de Octubre de 1985.*
470. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con violencia.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*
471. **Robo con intimidación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Octubre de 1985.*
472. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Octubre de 1985.*
473. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Octubre de 1985 (2ª).*
474. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Elementos. *Sentencia de 14 de Octubre de 1985 (2ª).*
475. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con violencia.** Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Octubre de 1985 (2ª).*
476. **Robo con intimidación en las personas.** *Sentencia de 15 de Octubre de 1985 (2ª).*
477. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuantes de minoría de edad y analógica con el trastorno mental transitorio incompleto por razón de drogadicción. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Octubre de 1985 (2ª).*
478. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 15 de Octubre de 1985.*
479. **Robo con intimidación.** Procedimiento del tirón. *Sentencia de 15 de Octubre de 1985.*
480. **Hurto.** Requisitos. *Sentencia de 15 de Octubre de 1985.*
481. **Falsificación de documento de identidad.** Falsificación de docu-

- mento mercantil. Estafa.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Octubre de 1985.*
482. **Corrupción de menores. Art. 452 bis b).** Distinción con abusos deshonestos. *Sentencia de 16 de Octubre de 1985.**
483. **Asesinato.** Alevosia. Frustración. Concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de trastorno mental transitorio incompleto y arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 16 de Octubre de 1985 (2ª)*.*
484. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Robo como delito precedente. *Sentencia de 16 de Octubre de 1985 (2ª).*
485. **Abusos deshonestos.** Delito continuado. Agravante de reincidencia y atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 16 de Octubre de 1985 (2ª).*
486. **Robo con violencia. Daños.** Falta. Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 17 de Octubre de 1985.*
487. **Robo con violencia en las personas. Robo con fuerza en las cosas. Daños.** Ausencia de participación de los encausados. *Sentencia de 18 de Octubre de 1985.*
488. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Octubre de 1985 (2ª).*
489. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de minoría de edad y de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 19 de Octubre de 1985 (2ª).*
490. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Sustancia que causa grave daño a la salud. *Sentencia de 21 de Octubre de 1985 (2ª).*
491. **Robo con intimidación en las personas.** Agravante de reincidencia y disfraz. *Sentencia de 21 de Octubre de 1985 (2ª).*
492. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Octubre de 1985.*
493. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con intimidación. Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. Agra-

- vante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Octubre de 1985.*
494. **Robo con lesiones graves. Art. 501-4º.** Ausencia de participación del encausado. *Sentencia de 26 de Octubre de 1985.*
495. **Negligencia profesional con resultado de muerte. Imprudencia simple con resultado de muerte.** Falta. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 26 de Octubre de 1985.*
496. **Robo con fuerza en las cosas.** Cuantía notoria. Casa habitada. *Sentencia de 26 de Octubre de 1985 (2ª).*
497. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 26 de Octubre de 1985 (2ª).*
498. **Salud pública.** Transporte y tenencia para el tráfico. (Resina de haschis). *Sentencia de 28 de Octubre de 1985 (2ª).*
499. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Delito continuado. Enajenación mental como circunstancia atenuante -drogadicción- **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia.- **Robo.** Encubrimiento. *Sentencia de 28 de Octubre de 1985 (2ª).*
500. **Receptación.** Habitualidad -Art. 546 bis b)-. *Sentencia de 29 de Octubre de 1985 (2ª).*
501. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico, presencia de compradores y "boyante" situación económica. *Sentencia de 29 de Octubre de 1985.*
502. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 30 de Octubre de 1985.*
503. **Robo con intimidación.** No se acredita la participación del encausado. *Sentencia de 30 de Octubre de 1985.*
504. **Imprudencia simple sin infracción de reglamentos** que si mediara malicia constituiría un delito de lesiones graves. Falta. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1985 (2ª).*
505. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1985 (2ª).*

506. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Frustración. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1985 (2ª).*
507. **Hurto.** Elementos. **Robo con fuerza en las cosas.** Requisitos. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1985 (2ª).*
508. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1985 (2ª).*
509. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 2 de Noviembre de 1985 (2ª).*
510. **Robo con violencia.** Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1985.*
511. **Robo con intimidación.** Uso de armas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1985.*
512. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1985.*
513. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. **Receptación.** *Sentencia de 5 de Noviembre de 1985.*
514. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
515. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
516. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
517. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985.*
518. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985 (2ª).*
519. **Abandono de familia.** No concurre el dolor específico exigido por el tipo. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985 (2ª).*

520. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985 (2ª).*
521. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Noviembre de 1985 (2ª).*
522. **Escándalo público.** Exhibicionismo. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1985 (2ª).*
523. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1985 (2ª).*
524. **Salud pública. Recepción.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1985 (2ª).*
525. **Robo con fuerza en las cosas.** Entrada a través de una ventana. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1985 (2ª).*
526. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de una máquina recreativa. Atenuante analógica 10ª del artículo 9, en relación con el 9º del mismo. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1985 (2ª).*
527. **Robo con intimidación y violencia en las personas.** Casa habitada. Empleo de arma. Agravantes de reincidencia y de disfraz. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1985 (2ª).*
528. **Recepción. Falsificación de documento público** -tarjetas de crédito-. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Noviembre de 1985.*
529. **Robo con fuerza en las cosas. Utilización de vehículo de motor. Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 9 de Noviembre de 1985.*
530. **Robo con intimidación.** Uso de arma. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1985.*
531. **Robo con intimidación en las personas.** Asalto a oficina Bancaria. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1985 (2ª).*
532. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de cerradura. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1985 (2ª).*

533. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. *Sentencia de 9 de noviembre de 1985 (2ª).*
534. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1985 (2ª).*
535. **Salud pública.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1985 (2ª).*
536. **Violación.** Yacimiento empleando fuerza. Agravante de haber ejecutado el hecho en la morada de la ofendida. **Lesiones** menos graves. **Allanamiento de morada.** Elementos. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1985 (2ª).*
537. **Apropiación indebida.** Abuso de confianza. -Animus rem sibi habendi-. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1985 (2ª).*
538. **Malversación de caudales públicos.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1985.*
539. **Robo con violencia. Tenencia ilícita de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de disfraz. No se acredita suficiente ante de participación del encausado. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1985.*
540. **Robo con intimidación** Uso de armas. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1985.*
541. **Delito contra la seguridad del tráfico.** Elementos. *Sentencia de 13 de Noviembre de 1985.*
542. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985.*
543. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985.*
544. **Robo con violencia.** Diferencia entre las figuras de robo y hurto. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985.*
545. **Robo con violencia.** Procedimiento del tirón. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985.*

546. **Hurto.** Falta continuada. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985 (2ª).*
547. **Robo con violencia en las personas.** Aplicación del último párrafo del art. 501-5º. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985 (2ª).*
548. **Robo con fuerza en las cosas.** Desmonte de cristal. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1985 (2ª).*
549. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.*
550. **Robo con fuerza en las cosas.** Llaves falsas. **Falsedad en documento mercantil.** Elementos. **Estafa.** Requisitos. Atenuante muy calificada de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1985.*
551. **Robo con intimidación. Resistencia a la autoridad. Lesiones. Falta.** *Sentencia de 19 de Noviembre de 1985.*
552. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Presencia de todos los elementos necesarios para la comercialización. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1985.*
553. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Cantidad considerable. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1985.*
554. **Tenencia ilícita de armas.** Conformidad. *Sentencia de 20 de Noviembre de 1985 (2ª).*
555. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1985 (2ª).*
556. **Robo con intimidación.** Uso de armas. Agravante de reincidencia y atenuante de enajenación mental semiplena y minoría de edad. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1985.*
557. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1985.*
558. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1985.*

559. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1985.*
560. **Robo con fuerza en las cosas.** Art. 504-2º. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1985 (2ª).*
561. **Robo con fuerza en las cosas.** Encubrimiento. **Receptación.** Tentativa. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1985 (2ª).*
562. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Falta. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1985 (2ª).*
563. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1985 (2ª).*
564. **Abusos deshonestos.** Delito continuado. Aplicación del Artículo 452 bis g). *Sentencia de 25 de Noviembre de 1985 (2ª).*
565. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. **Receptación.** *Sentencia de 26 de Noviembre de 1985 (2ª).*
566. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1985.*
567. **Robo con violencia en las personas.** Circunstancia agravante de haberse cometido los hechos en la morada de la víctima. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.*
568. **Robo con fuerza en las cosas. Utilización ilegítima de vehículo de motor con fuerza.** *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.*
569. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.*
570. **Robo con violencia.** Elementos. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985.*
571. **Robo con intimidación.** Conformidad. *Sentencia de 27 de Noviembre de 1985 (2ª).*
572. **Salud pública.** Venta. *Sentencia de 28 de Noviembre de 1985 (2ª).*

573. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de cerradura. Casa habitada. *Sentencia de 28 de Noviembre de 1985.*
574. **Robo con violencia en las personas. Atentado a agentes de la autoridad. Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 29 de Noviembre de 1985 (2ª).*
575. **Receptación.** Robo como delito precedente. Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. **Falsificación de documento de identidad.** Art. 309. Elementos. Atenuante de menor de edad. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1985 (2ª).*
576. **Robo con intimidación.** No se acredita la autoría del encausado. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1985.*
577. **Robo con intimidación y empleo de arma.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1985 (2ª).*
578. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1985 (2ª).*
579. **Salud pública.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1985 (2ª).*
580. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos, con resultado de muerte.** *Sentencia de 3 de Diciembre de 1985 (2ª).*
581. **Robo con fuerza en las cosas.** Requisitos. *Sentencia de 3 Diciembre de 1985.*
582. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Diciembre de 1985.*
583. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1985.*
584. **Abusos deshonestos.** Propósito lúbrico. *Sentencia de 4 de Diciembre de 1985.*
585. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Requisitos. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1985 (2ª).*

586. **Receptación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 Diciembre de 1985 (2ª).*
587. **Falsedad de documento oficial.** Receta médica. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1985 (2ª).*
588. **Abusos deshonestos.** Sujeto pasivo menor de 12 años. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1985.*
589. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1985 (2ª).*
590. **Apropiación indebida.** Animo de apropiación. Abuso de confianza. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1985 (2ª).*
591. **Robo con violencia.** Agravante de reincidencia. **Apropiación indebida.** Elementos. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1985 (2ª).*
592. **Lesiones.** Elementos. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1985.*
593. **Robo con violencia.** Procedimiento del tirón. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1985.*
594. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 11 de Diciembre de 1985 (2ª).*
595. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1985.*
596. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Diciembre de 1985.*
597. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985.*
598. **Injurias graves.** Por escrito y con publicidad. Delito continuado. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985.*
599. **Receptación.** Complicidad. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuantes de minoría de edad y arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985 (2ª).*
600. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985 (2ª).*

601. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Circunstancia atenuante analógica con la de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985 (2ª).*
602. **Robo con violencia en las personas.** *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985 (2ª).*
603. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de cerradura. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985 (2ª).*
604. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1985 (2ª).*
605. **Apropiación indebida. Receptación.** *Sentencia de 16 de Diciembre de 1985.*
606. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1985 (2ª).*
607. **Robo con intimidación.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1985.*
608. **Violación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 18 de Diciembre de 1985.*
609. **Abusos deshonestos.** *Sentencia de 19 de Diciembre de 1985 (2ª).*
610. **Uso de documento de identidad falso. Estafa. Falsedad de documento mercantil.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1985.*
611. **Salud pública.** Atenuante analógica con el trastorno mental transitorio incompleto. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1985.*
612. **Robo con fuerza en las cosas.** Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1985.*
613. **Robo con intimidación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1985.*
614. **Salud pública.** Agravante de reincidencia. **Apropiación indebida. Falta.** *Sentencia de 21 de Diciembre de 1985 (2ª).*

615. **Alzamiento de bienes.** *Sentencia de 21 de Diciembre de 1985 (2ª).*
616. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1985 (2ª).*
617. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. **Robo con violencia. Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1985 (2ª).*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

402

402. MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS. Sujeto activo depositario. *Sentencia de 6 de Septiembre de 1985.*

ANTECEDENTES DE HECHO

I. El Tribunal declara probado que el acusado L. R. S., mayor de edad y de profesión comerciante, el día 14 de julio de 1980, en el domicilio por él designado y en su propia persona la comisión del Juzgado de Primera Instancia le requirió al pago de cierta cantidad y al manifestar que no podía hacerla efectiva se le trabó embargo sobre bienes de su propiedad consistentes en una furgoneta modelo 1.300 matrícula PM-0627-O y dos televisores marca Radiola de 26 pulgadas, nombrándole depositario a la vez que se le advirtió de las responsabilidades que contraía al aceptar el cargo comprometiéndose a cumplirlo bien y fielmente con arreglo a derecho firmando el acusado la correspondiente acta. En fecha posterior a la traba del embargo dispuso de los descritos bienes como libres a terceras personas, privando al acreedor Banco P.E. de la posibilidad de hacer efectivo su crédito de 250.000 y costas, con lo que los perjuicios se cifran en 300.000 ptas.

II. Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de malversación de caudales del art. 399 en relación con el art. 394 ambos del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado L.R.S. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de prisión menor accesorias del artº. correspondiente e indemnización de 500.000 ptas. al perjudicado Banco P.E. con devolución al ejecutante de la cantidad consignada en el Juzgado de Primera Instancia 8 de Barcelona y costas.

III. La defensa del acusado en igual trámite aceptó los hechos descritos en su aspecto formal y adujo la ignoración de su patrocinado al desconocer los efectos del embargo sobre los bienes sujetos a traba que le fueron confiados en depósito por lo que solicitó su libre absolución.

FUNDAMENTOS DEL DERECHO

I. Los hechos declarados probados que resultan del acta levantada por la comisión del Juzgado en la que específicamente se hace constar que el propio procesado aceptó el cargo de depositario de los bienes sobre los que recaía la traba y manifestó conocer las responsabilidades que contraía, sobre las que en el acto del juicio oral y por situaciones análogas, derivadas de su condición de comerciante, manifestó saber el alcance jurídico de la condición de depositario excluye toda la argumentación defensiva esgrimida en contra de la acusación como autor de un delito de malversación cometido al disponer como libre de un bien que sabía gravado con una carga lo que integra la figura del art. 399 en relación con el art. 394 del código penal y conforme a ella debe ser condenado.

II. Que la participación directa y exclusiva como autor en el hecho enjuiciado del procesado le hacen responsable criminalmente sin que concurran circunstancias modificativas de su dicha responsabilidad criminal.

III. Los responsables criminalmente de delito, lo son civilmente y vienen obligados al pago de las costas procesales.

Visto cuanto antecede y las disposiciones generales,

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado L.R.S. en concepto de autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a la pena de seis meses y un día de prisión menor a las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante la condena y a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido Banco P.E. la suma de 300.000 ptas. y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Devuélvase al ejecutante la cantidad consignada en el Juez de Primera Instancia nº 8 de Barcelona, librándose los despachos correspondientes. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

411

411. ATENTADO A LA AUTORIDAD. LESIONES. Agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1985.*

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Se declaran como hechos probados que S.S.B., mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 11 de marzo de 1981 por dos delitos de robo a dos penas de seis meses de arresto mayor, cuando se hallaba en la Plaza P.D'és C., de Palma de Mallorca, siendo alrededor de las 20 horas del día 18 de octubre de 1983, y encontrándose en una situación psíquica parcialmente alterada como consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, pero sin perder su conciencia de las cosas, se dirigió a los policías nacionales con carnets números 33.055-N y 1619-N, quienes se hallaban en dicha plaza de servicio y debidamente uniformados, profiriendo hacia ellos expresiones tales como las de que eran unos chulos y que sin armas eran unos mierdas. Dichos policías, en vista del estado en que aquél se encontraba, en tanto no parecía reunir todas las condiciones psíquicas definitorias de una plena normalidad, alteradas por un cierto grado de etilismo, no hicieron caso en un principio de tales expresiones; pero como fueran repetidas insistentemente por el mismo, le indicaron que se marchase de allí, cosa a la que aquél no atendió, y cuando fueron a cogerlo para que abandonara aquel lugar, trató de impedirlo, forcejeando con los policías nacionales y causando al primero de los policías mencionados lesiones consistentes en una contusión en el dedo pulgar de la mano derecha, que debidamente analizada devino en artritis traumática metacarpofalángica en el pulgar derecho, de pronóstico menos grave, y que se resolvió en la necesidad de invertir 25 días para la curación, durante los que precisó de asistencia facultativa y estuvo además impedido para el desempeño de sus habituales ocupaciones, sin que le quedara secuela ninguna. Tal lesión fue ocasionada como consecuencia de tratar de zafarse de dicho policía nacional, haciéndole caer al suelo, cuando éste pretendía sujetar al Sr. S.B. Por su parte, éste sufrió herida superciliar derecha y presentada, al tiempo de ser asistido momentos después, en la Casa de Socorro Municipal, síntomas de etilismo agudo.

2. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos del artículo 236 y de un delito de lesiones del artículo 422, ambos del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado S.S.B., con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez del artículo 9, 2 y de la agravante de reincidencia del artículo 10.15, de dicho Código, por lo que solicitó contra aquél la pena de un año de prisión menor por el primer delito, y la pena de tres meses de arresto mayor por el segundo delito, accesorias e indemnización de 50.000 ptas. al perjudicado, el Policía Nacional con carnet 33.055-N, y costas.

3. La defensa, en igual trámite, negó los hechos calificados por el Ministerio Fiscal, ya que el procesado se hallaba en pleno estado de embriaguez, sin recordar lo exactamente acaecido, por lo que debía ser reputado inimputable, solicitando la absolución del mismo.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Los hechos descritos como probados encuentran su fundamental apoyo probatorio en las manifestaciones vertidas durante el juicio oral por uno de los policías nacionales que presenció los hechos, si bien no fue el que resultó lesionado, quien narró con todo detalle lo realmente acaecido, y también en las declaraciones del mismo acusado quien, pese a manifestar no recordar lo sucedido, amparándose en una exagerada potenciación del estado etílico, cosa ésta que no se duda, pero no hasta los extremos por el mismo pretendidos, indicó durante la vista oral que ocurrieron los hechos, en términos generales, en la forma precedentemente descrita, y que esto lo sabe porque algunos conocidos suyos de un bar próximo le contaron después lo sucedido, pues éstos lo presenciaron.

2. Fijados así los hechos básicos de esta causa, y justificada en la manera acabada de exponer esa fijación fáctica, su valoración jurídica no ofrece especiales dificultades, en tanto deben ser conceptuados como constitutivos de un delito de atentado del artículo 236 en relación con el 231.2. ambos del Código Penal, al apreciarse en el proceder del acusado un claro acto de acometimiento contra un agente de la Autoridad que se hallaba en el ejercicio de sus funciones, consistente en forcejear con el mismo hasta el punto de hacerle caer al suelo y de ocasionarle así las lesiones descritas. En cualquier caso, si alguna duda cupiese en torno a la calificación jurídica de dicho comportamiento, ninguna duda cabe de que cuando menos constituye un acto de resistencia grave a un agente de la Autoridad.

Por lo demás, aún cuando pudiere pensarse que los insultos previamente dirigidos por el acusado, y que fueron determinantes de los actos agresivos narrados, pudieren ser constitutivos de un antecedente ilícito de desacato, en directa ofensa moral para tales agentes, y diferenciados de los posteriores hechos constitutivos de atentado, en tanto éstos constituyen una ofensa material para los mismos (así la sentencia de 14 de mayo de 1984), deben quedar aquéllos absorbidos por este delito de mayor gravedad, no sólo por razones de non bis in idem sino porque incluso aquellos insultos no son sino el paso material previo, en el caso concreto enjuiciado, para llegar al acto constitutivo de atentado, quedando consumidos por éste (así la sentencia de 10 de febrero de 1983, y también la de 18 de julio del mismo año).

3. Además, y al lado del delito de atentado, concurre otro de lesiones del artículo 422 del Código Penal, dada la duración de las sufridas por el policía nacional agredido; no habiendo inconveniente ninguno para apreciar una relación de concurso real (tal y como expresan, entre otras, las sentencias de 28 de enero y 14 de febrero de 1983).

4. De ambos hechos es jurídicamente responsable en concepto de autor directo el acusado, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 14.1 del Código Penal, en tanto ejecutó los hechos libre y voluntariamente, de un modo personal y directo. Ahora bien, dada situación de embriaguez en que el acusado se hallaba, extremo éste que ha quedado debidamente demostrado en vista de las manifestaciones del policía nacional que presenció los hechos, procede tomar en consideración esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.3 del Código Penal. No obstante, no puede entenderse disminuída su imputabilidad hasta el punto de estimar anulada su capacidad de juicio o raciocinio, ni tampoco admitir que se situaba en un supuesto de trastorno mental pasajero; sino que, dadas las circunstancias concurrentes, se estima más idónea la consideración del hecho concreto como un supuesto de atenuación, libremente valorable de acuerdo con la discrecionalidad otorgada por el artículo 61.3 del referido Código. Puesto que al propio tiempo debe apreciarse también la circunstancia agravante de reincidencia, del artículo 10.15 de dicho Código, en atención a las penalidades anteriormente impuestas al procesado y a la proximidad temporal de las mismas con la época la cual se cometieron los hechos enjuiciados.

5. En orden a las responsabilidades civiles deberá indemnizar el acusado en la suma pedida por el Ministerio Fiscal, ascendente a 50.000 pesetas; y deberá también pagar las costas causadas por ser imperativo legal.

En atención a todo lo expuesto,

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a S.S.B. como autor responsable de un delito de atentado contra agentes de la Autoridad y de un delito de lesiones de duración inferior a 30 días, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez y de la agravante de reincidencia, a sendas penas de un año de prisión menor por el delito de

atentado y de tres meses de arresto mayor por el segundo delito. Asimismo 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 al policía nacional con carnet 33.055-N en la suma de 50.000 pesetas. Y por último, 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).

454

454. HOMICIDIO. "Animus necandi". Frustración. LESIONES GRAVES. Atenuante de obcecación y arrebató. *Sentencia de 2 de Octubre de 1985.*

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Son hechos probados los que a continuación se expresan: En la tarde del día dos de septiembre de 1982, el procesado A. P. D. N., de las circunstancias personales mencionadas, sin antecedentes penales, siendo sobre las 17 horas aproximadamente, se encontró con M. R. L., a quien imputaba ser autor de un robo en el bar que regentaba denominado "I.", sito en la calle San F., nº 6 de esta ciudad, por cuyo motivo se entabló entre ambos una discusión que se reprodujo momentos después, llegando el acusado a maltratar de obra, en el curso de los dos enfrentamientos, a M. R., sin que conste que le ocasionara lesiones, siendo éste conocido por el apodo de "el loco".

El referido M. R., después de los incidentes narrados acudió en busca de sus amigos, los hermanos A. y V. C. R., a quienes contó lo sucedido, dirigiéndose todos al bar "A.", en cuyo lugar conocían se encontraba el procesado, exigiéndole A. C. a este último explicaciones por el hecho de haber golpeado a una persona que consideraba disminuida psíquicamente, cruzándose entre ambos -en la discusión- insultos, alcanzando de un golpe en la cabeza A. C. al encausado, en que resultó ligeramente conmocionado.

Preso de gran nerviosismo y ofuscado por lo sucedido, A. F. D. N. se dirigió a su domicilio, próximo al lugar de los hechos últimamente mencionados, en busca de una escopeta

de un cañón, calibre 16 de marca "Astra", de la que estaba en posesión de la correspondiente guía de pertenencia, siendo titular del permiso de armas nº 146.451, cargándola con un cartucho y dirigiéndose de nuevo al bar "A.", a cuyo lugar llegó al cabo de breves minutos de ausencia, y provisto de dicha arma, se encaminó hacia A. C., individuo con quien había reñido momentos antes, y cuando se hallaba a una distancia máxima de un metro, apuntándole en el estómago le dijo "A., voy a matarte", o una frase de idéntico significado, ante lo cual el interpelado consiguió desviar el arma de un manotazo, disparando en este momento el procesado quien hasta entonces había mantenido el dedo en el gatillo, alcanzando el tiro, en una trayectoria de arriba a abajo y de izquierda a derecha, a C. L. M. que se encontraba en el establecimiento como cliente, a consecuencia de lo cual sufrió lesiones de pronóstico grave interesando el testículo izquierdo, con sección de las venas femoral y safena y arteria femoral derecha, con gran destrozo muscular, de las cuales tardó en curar, estando impedido, 321 días, quedándole como secuela la pérdida del testículo izquierdo y anquilosis de la articulación tibio-astragalina derecha con falta de sensibilidad en pie y pierna derecha lo cual le producía, aún después del alta, frecuentes calambres e inestabilidad en la deambulación e incapacidad permanente total para su profesión de albañil y otras afines.

C. L. M., casado y con dos hijos menores de edad, nacido el 2 de diciembre de 1943, falleció el día 18 de agosto de 1985 por infarto de miocardio, según resulta de la inscripción de defunción practicada en virtud de carta orden dimanante del Juzgado de Instrucción nº 5 de esta ciudad.

2.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de lesiones del art. 420, nº 2 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. F. D. N., con la concurrencia de la circunstancia atenuante del nº 8 del art. 9 por lo que solicitó contra aquél la pena de dos años de prisión menor y multa de 50.000, con apremio personal sustitutorio de 60 días accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 642.000 pts. por las lesiones y 2.000.000 pts. por la secuela al perjudicado y costas.

3.- El letrado de la acusación particular en igual trámite calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de frustración del art. 407 y otras lesiones graves del nº 2 del art. 420, de los que conceptuó autor al procesado, solicitando la imposición del mismo de la pena única de diez años y un día de prisión mayor, por aplicación del art. 71 del Código Penal, e indemnización en favor de sus representados en la suma de 642.000 pts. por los días de baja médica y 8.000.000 por las secuelas.

4.- El letrado defensor en trámite de conclusiones definitivas negó los hechos imputados a su defendido en la forma en que venían siéndolo terminando por suplicar su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El delito de homicidio que se le imputa al procesado por la acusación particular requiere para su existencia que resulte acreditado el "animus necandi" o ánimo de causar la muerte de una persona y es constante y reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirviendo por todas la reciente de 30 de marzo de 1984, que proclama que dicho elemento es "eminentemente subjetivo y de carácter interno, en cuanto que su formación se realiza en el intelecto y voluntad del sujeto de la infracción", con lo que para su determinación "hay que atender a los actos anteriores, concomitantes y posteriores y muy principalmente al medio empleado y naturaleza y localización de las heridas", si éstas se han producido -cabría añadir- en función de fijar el grado de ejecución del delito, e insistiendo en el medio

utilizado, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1984 establece que "a efectos de diferenciar entre el ánimo homicida o simplemente lesivo de una acción criminal, si bien el arma no es un dato decisivo y si solamente sintomático para determinar la relación entre intención y resultado, puede convertirse en dato decisivo, cuando en sí es perfectamente idónea para matar y se utiliza en forma tal que la consecuencia normal de la acción agresiva sea la muerte de la persona atacada", de lo que se desprende que, aun siendo conscientes de lo pernicioso que puede resultar la tendencia de objetivar un elemento esencialmente subjetivo como es el dolo, existen casos en que el impenetrable designio personal del autor tiene necesariamente que extraerse de hechos concretos y exteriorizados que objetivamente lo demuestren.

2.- De lo anteriormente expuesto se sigue la necesidad de analizar el supuesto ahora enjuiciado, en averiguación de si existen datos que puedan conducir o no a desvelar la intención o culpa del procesado, y a tal fin son de trascendental interés los siguientes hechos declarados probados: 1º) que el acusado sostuvo con A. C. R. una discusión violenta y acalorada en el curso de la cual resultó incluso golpeado por aquél; 2º) que a consecuencia de lo anterior y en el contexto ya descrito de apasionamiento y tensión, inmediatamente después de lo acontecido, el procesado se dirigió a su domicilio cercano, proveyéndose de una escopeta de un solo cañón de la que era propietario, arma notoriamente hábil para ocasionar mortales consecuencias, de lo que era sobradamente conocedor el inculcado; 3º) que una vez provisto del arma, consciente y deliberadamente, la cargó con un cartucho que tenía en su poder, a sabiendas también de sus letales efectos si era disparado, pues la tesis sostenida por la defensa de que confundió el de perdigones por uno de sal por él mismo cargado, inverosímil -aún en las condiciones anímicas del sujeto agente ya mencionadas- no tiene ningún sostén fáctico en que apoyarse; 4º) que en tales condiciones se dirigió en busca de A. C., regresando al lugar en donde lo había dejado y al divisarlo, llevando la escopeta engatillada (según sus propias declaraciones), y apuntándole a una distancia no superior a un metro hacia el estómago, le dijo que iba a matarle, exteriorizando su intención hasta entonces mantenida en su fuero interno; 5º) que fué entonces y al tiempo en que A. C. desviaba el arma cuando apretó el gatillo disparándola.

3.- Tales consideraciones conducen al resultado de tener que apreciar la presencia del ánimo homicida en el proceder del acusado, que en suma consistió en proveerse, después de una acalorada discusión, de un arma de fuego, cargándola con un cartucho, ir en busca de su adversario situándose a escasa distancia de él, anunciarle verbalmente el propósito de matarle y disparar a continuación, hechos que no pueden interpretarse sino en el sentido de que a través de ellos se revela la intención íntima del autor de causar la muerte, siendo su conducta incardinable -en consecuencia- en las previsiones típicas del art. 407 del Código Penal, aunque, al no lograrse el resultado perseguido por la intervención de la propia víctima, el delito debe estimarse cometido en grado de frustración de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 3 del Código Penal.

4.- Los hechos declarados probados en el primer antecedente de la presente resolución son también constitutivos de un delito de lesiones graves del art. 420 nº 2 del Código Penal, pues a consecuencia del disparo efectuado sufrió lesiones de las que resultó incapacitado para su profesión habitual C. L. M., resultado no querido por el procesado, pero que le es imputable por la vía del dolo eventual, figura que concurre según la llamada teoría de la representación, cuando el agente se representa el resultado no querido, no sólo como posible, sino como probable, y, a pesar de ello, no vacila en proseguir el iter de su camino antijurídico, o bien asume el resultado no deseado, tolerando las consecuencias no queridas de sus actos (teoría de la voluntad) y es incuestionable que una persona que acude a un local público concurrido armado con una escopeta cargada y aprieta el gatillo, implícitamente

te acepta las consecuencias lesivas que de tales actos puedan derivarse, debiéndosele representar éstas como altamente probables cuando inició la acción, guardando ambas infracciones (homicidio y lesiones), en este caso concreto relación de concurso ideal, al tratarse de un solo hecho que constituye dos delitos, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 71 del Código Penal.

5.- Es responsable en concepto de autor directo de ambos delitos el procesado A. F. D. N., por su participación directa y voluntaria en la ejecución de los mismos.

6.- Concorre en el presente caso la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de arrebató u obcecación del nº 8 del art. 9 del Código Penal, pues aparece acreditado que el procesado obró en un estado de gran nerviosismo y ofuscación, prescindiendo de la más elemental prudencia en el obrar que generalmente se obtiene a través del razonamiento frío y pausado de los acontecimientos, de modo que puede afirmarse que su conducta estuvo movida por poderosos estímulos, como son los de verse intimidado por varias personas y agredido por una de ellas que fueron causa de la alteración en su ánimo e inmediatamente anteriores al hecho sancionado, más si se tiene en cuenta que, tras la reforma de este atenuante operada por L. 8/83 de 25 de junio, al suprimir la frase de estímulos tan poderosos "que naturalmente" hayan producido arrebató u obcecación, la circunstancia se tiñe de un matiz más subjetivo, pues lo que se precisa es que el agente haya obrado por motivos que a él le hayan causado tal estado pasional, sin referencia alguna a que también fuera necesario que lo causaran en la generalidad de los hombres, como venía exigiéndose jurisprudencialmente antes de la citada reforma.

7.- Por lo que se refiere a la medida de la pena a imponer es indudable que resulta más beneficioso para el reo penar los delitos sancionados por separado, haciendo uso del párrafo final del art. 71 del Código Penal, pues el grado máximo de la pena de prisión mayor prevista para el delito de mayor gravedad (homicidio en grado de frustración) es de más larga duración que la suma de las dos que pueden imponerse penándolos por separado (prisión mayor y prisión menor, ambas en grado mínimo, por la presencia de la atenuante).

8.- En cuanto a la responsabilidad civil, atendidas las circunstancias personales del lesionado, su profesión, edad y cargas familiares y que falleció cerca de tres años después de los hechos por causas totalmente ajenas a los mismos, debe fijarse en las cuantías que se dirán en la parte dispositiva de la presente resolución.

9.- Todo responsable de un delito viene obligado además al pago de las costas por ministerio de la ley.

En virtud de cuanto antecede,

FALLAMOS: condenar al procesado A. F. D. N., en concepto de autor responsable de un delito de homicidio en grado de frustración del art. 407 y otro de lesiones graves del art. 420, nº 2, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante del nº 8 del art. 9, en relación ambos delitos de concurso ideal y penándolos por separado por las consideraciones anteriores, a las penas de seis años y un día de prisión mayor por el primero y un año de prisión menor, por el segundo, a las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los perjudicados G. B. G. y C. y F. J. L. B., esposa e hijos, respectivamente del lesionado ya fallecido C. L. M., la suma global de 3.500.000 pts., de las que 642.000 lo son en concepto de indemnización por las lesiones y el resto por las secuelas y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena de totalidad del tiempo de privación de

libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Miguel Angel Aguiló Monjo).

482

482. CORRUPCION DE MENORES. Art. 452 bis b). Distinción con abusos deshonestos. *Sentencia de 16 de Octubre de 1985.*

ANTECEDENTES DE HECHO

I. Este Tribunal declara expresamente probado: el procesado M. G. S., separado de su conyuge, convivía desde hacía once meses, con la también procesada F. M. R. igualmente separada de su esposo, y cuyo examen siquiátrico presenta una inteligencia normal poco estructurada que le permite comprender las cosas de la vida, tampoco su personalidad es deficitaria siquiera sea fácilmente influenciable, ello no altera la plena capacidad de su comportamiento; y en el desenvolvimiento de esta dicha convivencia los procesados con las tres hijas de F., llamadas A. P., M^o I. y F. S. M. de 8, 7 y 11 años respectivamente, en su domicilio sito en la calle de San B. n^o 12 de esta Ciudad, el día 16 de julio de 1.984 M. G. fué sorprendido cuando besaba los genitales de A. P. de 11 años como se ha dicho, denunciado el caso resultó que hechos análogos habían venido sucediendo en numerosas ocasiones durante el último mes con las tres menores. que una o dos veces a la semana con su madre y las hijas jugaban a las prendas en la que la perdedora se quitaba una de ellas y al encontrarse las menores desnudas, el G. con ánimo libidinoso las hacía objeto de tocamientos en zonas erogénas de sus cuerpos, besándolas en su sexo o haciéndolas que ellas le acariciaran y besaran su miembro viril, iniciándolas a su temprana edad a la vida sexual, en presencia y con el consentimiento de la madre que participaba en el que denominaban juego de prendas.

II. El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de corrupción de menores del artículo 452 bis) 1^o del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados M. G. S. y F. M. R. con la concurrencia en ésta de la circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal agravante de parentesco (artículo 11 del Código Penal por lo que solicitó contra aquéllos la pena de tres años de prisión menor para M. G. S., multa de cincuenta mil pesetas y la de seis años y un día de inhabilitación especial; para F. M. R. la pena de cinco años de pre-

sidio menor, multa de ochenta mil pesetas y seis años y un día de inhabilitación especial y pérdida de la patria potestad, accesorias del artículo correspondiente y costas.

III. - La defensa de los procesados en igual trámite formuló conclusiones definitivas alternativas, según sus tesis primera los hechos realizados por sus prattocinados con ánimo lúdico, faltos de intención libidinosa no tienen encaje en las normas penales y procede en consecuencia su libre absolución; también podrían ser constitutivos de un delito de abusos deshonestos del artículo 430 del Código Penal en concepto de autores proceden penas de prisión menor en grado mínimo, concurre en la procesada la eximente incompleta del artículo 9º-1º en relación con el 8º-1º del Código Penal, no procede la privación de la patria potestad de la madre hoy procesada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. El carácter incuestionablemente impúdico de las actividades desplegadas por el procesado, con tres niñas de las edades de 7, 9 y 11 años de edad, iniciadoras en la cuestión sexual y que en la variedad de las descritas van encaminadas a viciar al sujeto pasivo que las padece, siendo irrelevante la actitud que aquellas tuvieran cuando estaba presente su madre, con lo que su presunta voluntad o consentimiento no existía, y la reiteración de los hechos cuyo número no ha podido ser determinado, pero de las declaraciones de los sujetos activos de tan reprobable conducta y de las víctimas se desprende que fueron numerosos, lo que evidencia que su intención era la de promover su corrupción, conducta que contemplada en las variadas facetas que ofrece, del ardid de un juego para enteterenlas, llevarlas a la ejecución de variados actos de innegable carácter sexual realizados impudicamente por el número de personas intervinientes que deja huella en sus instintos normales y que no gozaban de una verdadera libertad para decidir, es evidente que el precepto penal aplicable es el artículo 452 bis b) de corrupción de menores y en forma alguna el de abusos deshonestos como alternativamente ha planteado la defensa, artículo 430 cuya diferencia estriba, en el desarrollo y finalidad de la conducta enjuiciada, que según es visto en su conjunto es la de iniciación en el camino del envilecimiento y la eliminación de sentido moral, aplicable el precepto a los dos procesados ya que ambos participaron activamente en su ejecución; con responsabilidad plena y que del examen siquiátrico de la madre no resulta una perturbación intelectual o volitiva y se desenvuelve normalmente en la vida, sin que sus limitaciones para alcanzar comprensión para conceptos abstractos o simbólicos afecte a su plena responsabilidad criminal.

II. Es de apreciar la circunstancia agravante que establece el artículo 452 bis) del Código Penal para los delitos incluidos en este Título para los padres, que es de aplicación a la procesada, madre de las menores y que obliga a imponer la pena en el grado máximo.

III. Los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la ley.

FALLAMOS: que debemos condenar y condenamos a los procesados M. G. S. y a F. M. R. en concepto de autores responsables de un delito de corrupción de menores con la concurrencia de la circunstancia modificativa de agravación del artículo 452 bis y en F. M. R. las siguientes penas: a M. G. S. tres años de prisión menor y multa de cincuenta mil pesetas; a F. M. R. la pena de cinco años de prisión menor y multa de ochenta mil pesetas, además para ambos la pena de inhabilitación especial durante seis años y un día, sin acordar sobre la privación de la patria potestad de aquella, 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 consultado en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Juan Pascual Saluz).

483

483. ASESINATO. Alevosía. Frustración. Concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de trastorno mental transitorio incompleto y arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 16 de Octubre de 1985 (2ª).*

ANTECEDENTES DE HECHO

1º Este Tribunal estima probado y así se declara expresamente que el procesado F. J. V. D., de 25 años, camarero, de buena conducta, sin antecedentes penales, en libertad bajo fianza de 200.000 pesetas, libertad de la que estuvo privado desde el día de autos, 24 de abril de 1.984, hasta el día 5 de septiembre de 1.985, desde hacía más de un año, mantenía relaciones de amistad con A. D. M., de 24 años, con la que salía con alguna frecuencia y, fruto de cuya relación, J. llegó a enamorarse apasionadamente de ella quien, ello no obstante, no sólo no le correspondió, finalmente, sino que empezó a convivir con otro hombre, G. A. F., pese a lo cual y aún conociendo el procesado que ella no estaba dispuesta a aceptarle como novio, siguió incrementándose en él un gran interés por ella que, una y otra vez, le decía que no insistiese, que perdía el tiempo, situación de apasionamiento que creó en él un estado de verdadero desequilibrio humano que le llevó a que, pese a ser un hombre de vida normal, buen trabajador, no aficionado ni a la bebida ni a la droga, se operase en él un notorio cambio de comportamiento, advertido por todas cuantas le conocían y que le sumió en un cuadro depresivo psicótico, propiciado por el consumo de alcohol y anfetaminas, en lo cual empezó a buscar el recurso para resolver esta alteración psíquica que no sólo no le facilitaba la solución de la descompensación de su personalidad psíquica y afectiva, sino que le precipitó en una acusada sobreexcitación en la que, el insomnio y la falta de apetito prolongados, vinieron a incidir poderosamente en su salud, llegando a perder hasta 16 kilos de peso, con manifestaciones de paranoia, inquietud y ansiedad que le llevaban, desde el querer cortar de raíz con tan arraigado apasionamiento sentimental hacia A., hasta el llegar a insistir en llamadas telefónicas y obsequios, como la compra de un perro para ella con el fin de alagarle, animal que ella le devolvió y, dentro de este complejo clima, en el que el alcohol, la cocaína que, asimismo se administraba, ese día tomó cinco copas

de yerbas y varios whiskeys, se produjo en él una pérdida grande de sus facultades y llegó el día 24 de abril indicado, y tras intentar, sin éxito, hablar con ella, después de buscarla por uno y otro sitio, adquirió en el comercio un cuchillo de monte de unos 14 centímetros de hoja, acercándose hasta el garaje de la casa donde ella vivía, C/ J. C., 13, de ésta, dos veces sin lograr verla y, ya a eso de las 21,00 horas, volvió, esperándola en el interior de dicho garaje, llevando el cuchillo en la cintura, bajo el jersey, hasta que llegó ella seguidamente, en su coche, acompañada de sus dos hijos y dirigiéndose hacia ella el procesado, en el momento en que bajaba del coche, y sin que mediase palabra alguna, al mismo tiempo que ella le preguntaba qué es lo que hacía allí, él la agarró del brazo y sacando el cuchillo de la cintura, que ella no había visto, inesperadamente y de modo rápido le dió trece puñaladas que, según dictámen médico posterior le originaron trece heridas, unas superficiales y otras profundas en el torax (4), brazos, piernas y fosa lumbar izquierda (2), las primeras, tanto en la parte anterior como en la posterior, reveladoras de ánimo homicida, causadas sin solución de continuidad tal que, aparte de determinar el espanto y huida por el garaje de los hijos que le acompañaban, provocaron en ella los consiguientes quejidos que, escuchados por un testigo M. A. que acababa de entrar en el garaje con otro le llevan a abalanzarse sobre el agresor al que pudo, sin gran dificultad, despojarle del cuchillo que se cayó al suelo y con huida rápida del procesado que, una vez en la calle, se dirigió a un coche pidiéndole que lo llevase a Comisaría en donde se confesó autor de los hechos y con muestras de gran arrepentimiento. A. tardó en curar de sus heridas 105 días, de los cuales, precisó asistencia facultativa durante 12 días y estuvo incapacitado para el trabajo durante 45, quedándole como secuelas cicatrices visibles en antebrazo derecho de 2,5 y 6 centímetros de longitud, pierna y muslo izquierdo de 2, 2, 1 y 5 -estrellada- centímetros, de 2, 2 y 2,5 centímetros de tórax y de 2 cms. en zona glútea superior izquierda, así como cicatriz quirúrgica de 21 cms. de longitud en zona media del abdomen constitutivas todas ellas, desde el punto de vista médico-legal, de daño estético mediano.

En el momento de ejecución de los hechos, el procesado se encontraba en una situación de trastorno mental transitorio que disminuía notablemente sus facultades psíquicas aunque sin llegar a anularlas.

2º El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de asesinato del artículo 406-1º en grado de frustración-artículo 3 y 51 del Código Penal-; del que conceptuó autor al procesado con la concurrencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9-9º por lo que solicitó contra aquél la pena de doce años y un día de reclusión menor accesorias del artículo 46 e indemnización a A. D. de 675.000 pesetas y costas.

3º La defensa en igual trámite, con distinta versión, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de lesiones del artículo 420-3º del Código Penal imputable a su defendido en quien concurre la eximente incompleta de los artículos 9-1º, en relación con el artículo 8-1º y la atenuante de arrepentimiento espontáneo-artículo 9-9º, pidiendo se le impusiese una pena de un año de prisión menor, accesorias y costas.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1º Los hechos acreditados como probados son legalmente constitutivos de un delito de asesinato con alevosía, en grado de frustración, previsto y penado en los artículos 406-1º y 3 y 51 del Código Penal, por cuanto el procesado, con ánimo de matar, le dió las 13 puñaladas descritas en el relato de hechos que presentan, por sí mismas, la relación de causalidad suficiente del tipo definido y con evidente dolo directo, actuando el autor de esta agresión con alevosía, como puede advertirse tanto si se tiene en cuenta el hecho de estar espe-

rando la llegada de la víctima y abalanzarse sobre ella, tan pronto ésta baja de su coche, como del hecho de que, llevando el cuchillo escondido en la cintura y cubierto con el jersey, lo esgrimiese contra ella de modo súbito, al mismo tiempo que la agarraba por un brazo y, de modo continuo le asestase los golpes con tal arma que, tanto por sus proporciones, un cuchillo de monte, como por los puntos de vulneración del organismo -cuatro puñaladas en tórax- unidas a las restantes producidas, permiten estimar, sin posibilidad de aceptos de duda, que no fue un mero *ánimus laedendi* el que presidió el actuar del acusado sino el más grave, *ánimus necandi*, tal como el cúmulo, ratificador de este aserto, de datos de evidencia, representan los apuntados por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, de los antecedentes, concurrentes y subsiguientes a la conducta central agresiva, como son la serie de precedentes de diferencias entre agresor y víctima, surgidos al hilo de tan porfiado noviazgo, la adquisición de un cuchillo y no de una simple navaja, si lo que se hubiese propuesto fuese, simplemente, el rajar las ruedas del coche, como se reiteró por la defensa en distintos momentos de su intervención en el proceso, los puntos a los que las cuchilladas se dirigieron y el número de ellas, cortadas, por otra parte, merced a la intervención de un sorprendido espectador que, de no haberse lanzado sobre el agresor, con riesgo de su integridad, es de pensar que los golpes de cuchillo hubieran puesto, finalmente, término a la vida y lo mismo puede decirse de sus expresiones relativas a la creencia de haberla matado, que le llevaron a presentarse ante la Comisaría confesando su delito, no menos que las palabras de contestación dadas por el procesado a A., cuando, en el curso de la agresión, ella le pedía perdón y él le contestó "ahora me pides perdón" y que, por no haberse producido el resultado de muerte, pese al desencadenamiento de actos adecuados para ello, sitúan el hecho en el citado grado de imperfección delictual de la frustración con la reducción penológica señalada en el artículo 51 del Código Penal, en principio, de la reclusión mayor en grado máximo a la de reclusión menor en el mismo grado.

2º Es responsable en concepto de autor el procesado F. J. V. P. por su participación voluntaria y directa en los hechos -artículo 14-1º del Código Penal-.

3º Son de apreciar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal siguientes: a).- La eximente incompleta de trastorno mental transitorio, prevista en el artículo 9-1ª en relación con el artículo 8-1º del Código Penal, porque el autor en el momento de la ejecución de los hechos se hallaba bajo la clara influencia de un cuadro depresivo psicótico que disminuía notablemente sus facultades anímicas aunque sin llegar a anularlas totalmente y que, sin precisión de fondo patológico previo hoy es ya de reconocimiento general en la doctrina legal -S.S. 26-12-73, 25-9-81- y con los efectos que el artículo 66 del Código Penal prescribe en orden a la obligatoria reducción de pena en uno o dos grados y que este Tribunal aplicará en el grado y extensión que se dirá. b).- La atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9-9º del propio texto legal por cuanto el acusado, una vez perpetrada la agresión, pesaroso y abrumado por lo que había hecho y en la creencia de que la había matado, para reparar el mal consumado, profundamente arrepentido de lo hecho, paró un coche y pidió que lo trasladase a Comisaría para confesar lo que había hecho y cuya circunstancia determinará los efectos prescritos en el artículo 61-5ª -S.S. 18-1-1973, 15-11-1976 y 19-12-1981-, al estimarse esta atenuante como muy cualificada.

4º Si bien los responsables criminalmente de todo delito lo son, asimismo, de las consecuencias civiles, viniendo obligados a reparar los daños y perjuicios causados, al haber renunciado la perjudicada a toda indemnización, deben imponerse las costas causadas, que, por prescripción legal -artículo 109 del Código Penal y 239-240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- debe soportar también el condenado, sin incluir las correspondientes a la acusación particular, habida cuenta el desistimiento solicitado, en su día, por la misma.

FALLO: en atención a todo lo expuesto por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial,

Ha decidido: condenar al procesado F. J. V. D., en concepto de autor responsable de un delito de asesinato con alevosía frustrado, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de trastorno mental transitorio incompleto y arrepentimiento espontáneo a una pena de ocho años de prisión mayor, a las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contine. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

C. INDICE ANALITICO

- | | |
|-----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Abandono de familia, 519. | Homicidio, 454, 458. |
| Abusos deshonestos, 407, 485, 564, 584, 588, 609. | Hurto, 404, 406, 480, 507, 534, 546, 557, 616. |
| Alzamiento de bienes, 615. | |
| Allanamiento de morada, 408. | Imprudencia |
| Apropiación indebida, 432, 435, 436, 537, 590, 605. | Simple, sin infracción de reglamentos que si mediare malicia constituiría un delito de lesiones graves, 504. |
| Asesinato, 483. | Simple, con infracción de reglamentos con resultado de muerte, 580. |
| Atentado a la Autoridad, 411, 450. | Temeraria, 440. |
| Corrupción de menores, 482. | Con resultado de lesiones graves, 460. |
| Escándalo público, 443, 456, 522. | |
| Estafa, 409, 420, 468. | Lesiones, 542, 592. |
| Falsificación | Malversación de causales públicos, 402, 421, 538. |
| De Documento de identidad, 425, 481. | |
| De Documento mercantil, 395, 562. | Negligencia profesional con resultado de muerte, 495. |
| De Documento Oficial, 587. | |
| Favorecimiento a la prostitución, 431. | |

- Recepción, 445, 457, 466, 484, 500, 506, 509, 512, 515, 517, 528, 543, 558, 563, 575, 586, 599, 600.
- Robo,
 Con fuerza en las cosas, 396, 397, 403, 405, 417, 418, 419, 423, 424, 426, 430, 437, 446, 448, 451, 452, 455, 459, 462, 465, 472, 473, 477, 478, 489, 492, 496, 497, 499, 505, 513, 514, 516, 518, 520, 523, 525, 526, 529, 532, 533, 548, 550, 559, 560, 561, 565, 566, 568, 573, 578, 581, 583, 589, 594, 596, 597, 603, 604, 606, 612.
 Con intimidación, 398, 399, 410, 412, 414, 427, 442, 471, 476, 479, 491, 503, 511, 530, 531, 540, 551, 556, 571, 576, 607, 613.
 Con intimidación y empleo de arma, 577.
 Con Lesiones graves, 494.
 Con violencia, 422, 428, 429, 434, 439, 441, 444, 463, 486, 487, 488, 510, 539, 544, 545, 547, 555, 567, 570, 574, 591, 593, 602.
 Con violencia e intimidación, 413, 527.
- Salud pública, 400, 415, 438, 449, 453, 461, 464, 467, 490, 498, 501, 502, 508, 524, 535, 549, 552, 553, 569, 572, 579, 582, 595, 601, 611, 614.
- Seguridad del tráfico, 541.
- Tenencia ilícita de armas, 447, 554.
- Uso de documento de identidad falso, 610.
- Usurpación de funciones, 401.
- Utilización ilegítima de vehículo de motor, 416, 469, 470, 474, 475, 493, 521, 585, 617.
- Violación, 536, 608.

**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 Horns, R.,
*Alfonso el Sabio y Ramón Llull
(Su concepción de la justicia y del
orden social)*
Palma de Mallorca 1984.
- 8.- Cavanillas Múgica, S.,
*Responsabilidad civil y protección del
consumidor,*
Palma de Mallorca 1985.
- 9.- Varios,
Drogas: Aspectos jurídicos y médico legales
Palma de Mallorca 1986.



CAJA DE BALEARES
"SA NOSTRA"