

*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 Co-vetes". 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 contra-tista por concurso-subasta. *Sentencia de 3 de Septiembre de 1985.*
131. **Tasa municipal: inspección de vehículos.** Inadmisibilidad del re-curso: 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 ejerci-cio 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 Go-bierno 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 extemporaneo, 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 viajes 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 Sampol" 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 Sampol, 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 Sampol" 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 Sampol, 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 opondrá; 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 que 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 "Es P"; 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 113 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

mora 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 clientes 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 imposables 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* procesal 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 Inspectoral 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 rehuyó 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 que 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 "dolosas o culposas", para resolver, como dice la exposición de motivos que la precede, "la equívocidad 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. Caracter 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 permener 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 llegaron a un acuerdo ni designaron 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 proprocesal 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 proprocesal 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 Balcares 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 suplente 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 2.1 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 sueltos, 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 compitieren, 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 forma alzada (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 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 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 indefensión 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 nº 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 nº 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 plitos "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<sup>a</sup> 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 menoscabía, -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 de 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 levantó 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 añado, masilla y grosos 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 contenido 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, sí 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 comercial, 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 precisan 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 Giménez).

**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 consecuencias 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<sup>a</sup>. 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.

4º.: 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:** 1º) 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.

2º) 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 ochocientas 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, Dº 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 seiscientas 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, Cf. 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 atiende 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 719 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-reconviente, 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 pernocta 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 aquietamiento 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 retractorio, 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.

3.º: 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 D.º 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 4.º, 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 reconvección 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<sup>o</sup> J. P. G. M., contrajo matrimonio canónico en Sevilla el 18 de Diciembre de 1963 con D<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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<sup>o</sup> J. P. G., presentó el 3 de Enero de 1983 ante el Tribunal Supremo de Ontario (Canadá) demanda de divorcio contra D<sup>a</sup> 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<sup>o</sup> 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 reconvencción, 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<sup>o</sup>. 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<sup>o</sup>. La resolución de la compraventa litigiosa lleva aparejada que, a tenor de lo que dispone el párrafo 1<sup>o</sup> 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<sup>o</sup>. 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 contradictorios 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 pedimentos, 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 impugne", 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 dictarán 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<sup>o</sup>. 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<sup>a</sup>: 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<sup>o</sup>: El artículo 2<sup>o</sup> 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<sup>o</sup>: 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<sup>o</sup> 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 cointerésados. 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-reconviniendo (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 reconvencional. *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 reconviniendo 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 concordantes 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 reconvencional 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 reconviniendo, 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 E.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 reiterar 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., 5.386.678 pesetas que es al incrementarse con 39.792 por gastos bancarios por devolución de cheque, da la suma de 5.426.470 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 5.580.000 pesetas (hecho segundo), y los trabajos de carpintería contratados y cobrados por el Sr. S. estaban recubiertos de una caja de aceite pringoso, 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 caracter 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 más 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 reconvenzional y por ende de la apelación deducida por la parte demandada-reconviniente.

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-reconvenzional, excluye su condena en costas en esta alzada; y si bien se desestima la apelación de la parte demandada-reconviniente, 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 reconvenzional 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 tragaperras. *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. Receptación.** 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. **Receptación. 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 buen 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. P. 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 -aun 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 arrebato 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 arrebato 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<sup>o</sup> I. y F. S. M. de 8, 7 y 11 años respectivamente, en su domicilio sito en la calle de San B. n<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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 izquiera (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 incapacitada 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 9-1ª, en relación con el artículo 8-1º y la atenuante de arrepentimiento espontáneo -artículo 9-9ª-, 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 9-1º 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 calificada.

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 continé. (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.  |
|   | Con resultado de lesiones graves, 460.   |
| Corrupción de menores, 482.                         |  |
| Escándalo público, 443, 456, 522.                   |  |
| Estafa, 409, 420, 468.                              |  |
| Falsificación                                       | Lesiones, 542, 592.  |
| De Documento de identidad, 425, 481.                |  |
| De Documento mercantil, 395, 562.                   | Malversación de causales públicos, 402, 421, 538.  |
| De Documento Oficial, 587.                          |  |
| Favorecimiento a la prostitución, 431.              | Negligencia profesional con resultado de muerte, 495.  |