Cuadernos de la Facultad de Derecho

15 - 1986

Universitat de les Illes Balears

Edita:
Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:
JORVICH, S.L. - Industria Gráfica
Francesc de Borja Moll, 22 - Palma

Fotocomposición y montaje:
PIXEL, S.A.
Font y Monteros, 22-A - Palma

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

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

Cuadernos de la Facultad de Derecho

15-1986

Universitat de les Illes Balears

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

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

Consejo de redacción

Director
Gregorio Delgado del Rio

Vocales
Miguel Coca Payeras
Bartolomé Colom Pastor
Juan Mulet Perera
Bartolomé Sitjar Burguera

Secretarios
Joan Oliver Araujo
Francisco López Simó

ISSN: 0212-0577
Depósito legal: P.M. 300/82

Colaboran en este número

Javier Boix Reig
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alicante

Santiago Cavanillas Múgica
Titular de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

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

Antonio Millán Garrido
Doctor en Derecho

Joan Oliver Araujo
Titular de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

Sebastián Urbina
Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

Javier Boix Reig
De nuevo sobre el principio de legalidad 9

Santiago Cavanillas Múgica
Una aproximación sociológica a la responsabilidad civil 29

Gabriel García Planas
Aspectos de la medición de la pena 83

Joan Oliver Araujo
El referendum en el sistema constitucional español 95

NOTAS

Antonio Millán Garrido
La legislación penal militar de Suecia 151

Sebastián Urbina
La influencia de Luís Jiménez de Asua en la enseñanza del Derecho penal 165

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. Sala de lo contencioso-administrativo 173
II. Sala de lo civil 203
III. Salas 1ª y 2ª de lo criminal 299

ESTUDIOS

DE NUEVO SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (*)

JAVIER BOIX REIG

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Perspectiva general del principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*: 2.1. Irretroactividad y retroactividad de la ley más favorable. 2.2. Taxatividad. 2.3. Determinación de la pena. 2.4. Analogía. 2.5. Reserva de ley. 3. *Principio* non bis in idem *y legislación sobre peligrosidad*: 3.1. Planteamiento jurisprudencial. 3.2. Peligrosidad y principio de legalidad. 3.3. Análisis desde exigencias de seguridad jurídica. 3.4. Acotamientos a la determinación de las medidas de seguridad. 3.5. Posición del Tribunal Constitucional. Crítica. 3.6. Nota sobre el desarrollo del principio *non bis in idem*.

1. INTRODUCCION

Para un penalista es, en todo caso, satisfactorio participar en un curso interdisciplinar sobre -*Derechos fundamentales y libertades públicas*-, dado que la función primordial del Derecho penal en un Estado de Derecho es precisamente la de constituirse en el principal instrumento jurídico del Estado en orden a la protección de dichos derechos y libertades; y lo hace, paradójicamente, mediante normas que tienen por consecuencia jurídica precisamente la limitación o restricción de aquéllos. De ahí que el reforzamiento de las garantías jurídicas nunca pueda ser considerado bastante en un ámbito jurídico que partiendo de la necesaria protección de los derechos fundamentales comporta, como consecuencia, su restricción en aquellos que los infringen; y dicho reforzamiento vendrá dado, esencialmente, por la articulación del Principio de legalidad.

(*) Conferencia pronunciada en la Universidad de Santiago de Compostela, el 17 de abril de 1.986, en el Curso sobre "Derechos Fundamentales y libertades públicas", posteriormente ampliada.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 15 (PALMA DE MALLORCA 1986).

Principio de legalidad que va desarrollándose mediante exigencias y consecuencias de orden formal y material, adquiriendo rango constitucional, preservándose dichas dimensiones en nuestra Constitución (sobre el tema puede verse mi trabajo *El principio de legalidad en la Constitución,* en Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Bilbao 1.983).

Precisamente la Constitución recoge entre los derechos fundamentales y libertades públicas, de la Secc. 1ª Cap. 2º Tit. I, susceptibles de ser objeto del recurso de amparo, el de no ser "condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". De manera que garantías propias del principio de legalidad, las de carácter material, se regulan en el art. 25.1 de la Constitución. No sucede lo mismo con las garantías de carácter formal, que, como es conocido, no se encuentran incluidas en el meritado precepto, por cuanto se pretendió extender la función garantista del principio de legalidad, más allá de las fronteras jurídico-penales, a todo el ámbito del derecho sancionador. De ahí que, si bien es satisfactoria la extensión de las mencionadas garantías materiales al derecho administrativo sancionador, se haya criticado que, como consecuencia, no se hayan recogido en el art. 25.1 la reserva de ley que, como garantía formal, requiere el principio de legalidad en materia penal.

Ha sido necesario, habida cuenta las insuficiencias propias del art. 25.1, acudir extramuros de la regulación de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución, para concluir que nuestra Norma fundamental sí recoge estas exigencias formales, si bien no en dicho lugar sistemático, sino en el Capítulo relativo a "las garantías de las libertades y derechos fundamentales" (art. 53) o en el propio de la "elaboración de las leyes" (art. 81 y ss.), dando lugar a una viva e interesante polémica en la doctrina penal sobre la clase de reserva de ley imperante, ordinaria u orgánica.

De todo lo dicho, cabe concluir, en esta breve introducción:

- que el Principio de legalidad, por razón de la finalidad esencialmente protectora del Derecho penal, se convierte en principio básico de un Derecho penal que asuma las garantías jurídicas propias de un Estado de Derecho, tal como se formula en el art. 1.1. de nuestra Constitución.

- que el art. 25.1 de la Constitución prevé una serie de garantías mate-

riales, propias del principio de legalidad, comunes a todo el derecho sancionador.

- que dichas garantías materiales son, en consecuencia, posible objeto de un recurso de amparo.

- que, sin embargo, la reserva de ley que, como garantía formal, es inherente al principio de legalidad, no se recoge en el art. 25.1 *ni directamente* en derecho o libertad fundamental alguna susceptible de su protección mediante recurso de amparo.

- que dicha reserva de legalidad sí está prevista en preceptos determinantes de reserva de ley ordinaria o, en su caso, según opinión dominante, de ley orgánica.

- que sólo indirectamente, puede plantearse la protección, a través del recurso de amparo, de la garantía formal de reserva de ley, mediante una interpretación de lo establecido en preceptos constitucionales reguladores de derechos y libertades, como puede ser el art. 17 de la Constitución.

2. PERSPECTIVA GENERAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El objeto principal de esta exposición consiste en realizar una primera aproximación a las recientes sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1.985 (B.O.E. 17 diciembre 1985), 14 de febrero de 1986 (B.O.E. 5 de marzo de 1986) y 21 de febrero de 1.986 (B.O.E. 21 de marzo de 1.986) que pemiten abordar críticamente la regulación existente sobre peligrosidad social a partir de consideraciones inherentes al principio de legalidad y al *principio non bis in idem*, de tan acertado desarrollo por el Tribunal Constitucional.

De manera que no va a ser objeto de específica consideración cada uno de los elementos del principio de legalidad tratados por nuestro más alto tribunal (nos remitimos al análisis que periódicamente realiza Luis Arroyo Zapatero en la revista Cuadernos de Política Criminal a partir de su núm. 18 de 1.982).

Si quisiera, no obstante, destacar cómo dicha jurisprudencia no ha sido siempre todo lo satisfactoria que cabría desear, desde una concep-

ción del principio de legalidad ciertamente estricta, que requiere que sólo la ley, emanada de la soberanía popular, pueda determinar, y hacerlo con claridad, los presupuestos de restricción de los derechos fundamentales (presupuesto de la norma penal) y en qué medida estos se restringen (consecuencia jurídica). Para poner de manifiesto la concepción del principio de legalidad con que ha operado nuestro Tribunal Constitucional, me referiré, de la manera más sintética posible, a las resoluciones del mismo que estimo ciertamente significativas. Me referiré esquemáticamente a cuestiones que son esenciales para el sostenimiento del principio de legalidad en función de su tratamiento jurisprudencial.

2.1. *Irretroactividad y retroactividad de la ley más favorable*

El art. 25.1 contiene esencialmente, incluso, como he indicado reiteradamente, de un modo redundante, la exigencia de irretroactividad de las normas penales y sancionadoras en general. Es evidente que la seguridad jurídica, ínsita en el principio de legalidad, requiere de la irretroactividad de estas normas, único modo de obrar por parte del ciudadano con certeza jurídica. Por su parte, el art. 9.3 establece, con carácter general, "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Sin duda que debe relacionarse, más aún, es un desarrollo del mismo, el art. 25.1 con el 9.3, debiéndose interpretar dicha relación no sólo en el sentido de que la excepción contenida en el art. 24 del Código penal, *retroactividad de la ley penal más favorable*, es perfectamente constitucional, sino también configuradora del derecho fundamental del art. 25.1 y por tanto susceptible de ser objeto del recurso de amparo. Y ello pese a las sentencias del T.C. de 30 de marzo y 7 de mayo de 1.981 (B.O.E. de 14 de abril y 21 de mayo de 1.981), que, de otra parte, ofrecen la vía, en orden a poder plantear el problema en amparo, del art. 17 de la Constitución, vía que estimo sí es utilizable, por más que dicha jurisprudencia no me parezca acertada, dando por reproducidos en este lugar los argumentos de mi trabajo, ya citado, sobre el Principio de legalidad (pp. 73 a 76).

Sí quisiera traer a colación en este momento que idéntica exigencia de irretroactividad, salvo contenido más favorable de la nueva ley, es extensible a las normas procesales penales. Lejos de ser de aplicación, en todo caso, a las actuaciones procesales la ley vigente en el momento de su realización, deben entenderse éstas originadas por la comisión del hecho delictivo y ser de aplicación las normas procesales entonces vigentes, ya que el proceso, no debe olvidarse, se desencadena por aquel hecho. Naturalmente ello no merece la pena ser tenido en cuenta en normativa

que sólo afecte a meras cuestiones de tramitación. Sí es importante reiterar la exigencia que vendrá a completar el contenido de la garantía jurisdiccional propia del principio de legalidad, de vigencia de las normas procesales existentes en el momento de la realización de los hechos; a partir de ahí irretroactividad y retroactividad de las favorables, siempre que se trate de normas, y actuaciones procesales regladas por las mismas, que afecten a derechos o libertades fundamentales de la persona sujeta al proceso. De esta suerte rechazamos las posiciones de quienes en sentido contrario sustentan la aplicación, sin fisuras, de la vigencia de la norma procesal que en cada caso y momento regula el acto o de quienes, desde una posición intermedia, tibia y con efectos contradictorios, mantienen la vigencia de las normas existentes a partir del momento en que surge la relación procesal.

Sólo a título de ejemplo estimamos de interés en este punto la "Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 4/1.980, sobre la aplicación de la ley Orgánica 10/1.980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes", cuando al tratar sobre el ámbito de aplicación de la ley en el orden temporal, señala: "El principio de la irretroactividad de las leyes es acogido por el Código Civil (art. 2.3) y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, es un valor garantizado en la Constitución (art. 9.3); como la nueva ley no ofrece mayores garantías procesales, será inaplicable a los procedimientos en tramitación cualesquiera sea su etapa procesal; *tampoco a los que se inicien tras su vigencia por hechos "ex ante", dado que ello implicaría una retroactividad al menos en grado mínimo o atenuada*".

2.2. *Taxatividad*

Desde la perspectiva de exigencias de *taxatividad,* dado que el principio de legalidad requiere que exista una descripción, estricta o taxativa de la conducta punible, evitando lo que se han denominado modos de elusión del principio de legalidad, como la proliferación de elementos valorativos, cláusulas abiertas, etc..., es criticable la Sentencia de 15 de octubre de 1.982 (B.O.E. 17 de noviembre de 1.982) que estimó conforme al art. 25.1 los preceptos contenidos en los arts. 431 y 566.5 del Código penal, que consideramos contienen en exceso, por encima de las necesidades del objeto protegido por las normas, tal suerte de elementos (Sobre esta Sentencia, Diez Sánchez, J.J.: *Diferencias entre delito y falta en la configuración de los tipos de escándalo público.* Anales de la Universidad de Alicante. Fac. de Derecho, núm. 2, 1.983, p. 133 y ss.).

2.3. *Determinación de la pena*

Igualmente se requiere, garantía penal, que la ley concrete la pena susceptible de imposición. *Determinación de la pena* en función del hecho culpable cometido. Garantía penal, refrendada por los arts. 1, 2 y 23 del Código penal, no pudiéndose penar hecho no tipificado por la ley ni con pena distinta a la prevista por la ley. Garantía penal igualmente prevista por el art. 25.1 de la Constitución.

Con anterioridad a la reforma de 25 de junio de 1.983 del Código penal el delito continuado, construcción jurisprudencial, no tenía refrendo legal. Es con motivo de dicha reforma, cuando mediante el art. 69 bis se regula el mismo y, pese a sus deficiencias teóricas y objeciones doctrinales incluso desde la perspectiva del principio de legalidad, cuando pueden sancionarse conductas bajo este instituto sin incurrir en contradicción con el principio de legalidad. Previamente la doctrina coincidiría en cuestionar, precisamente desde la perspectiva de legalidad, semejante criterio jurisprudencial que permitía imponer penas superiores a las que de una estricta aplicación de la ley penal vigente podía concluirse, excediéndose de los marcos penales que la normativa concursal ordinaria de nuestro Código penal ofrecía. Insisto en señalar cómo la doctrina penal reiteraba la contrariedad al principio de legalidad de dicha construcción.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de noviembre de 1.983 (B.O.E. 2 de diciembre de 1.983), intenta eludir un pretendido automatismo en el actuar del juez penal considerando que semejante construcción jurídica no transgrede el principio de legalidad. Entiendo que en la resolución del Tribunal Constitucional late la idea de que el juez penal al construir el delito continuado, antes de la reforma de 1.983, realizaba una "operación dogmática", de carácter judicial posibilitada por los distintos preceptos al efecto contenidos en nuestro Código penal. No obstante, como ya he señalado, estimo que se excedía del marco penal posible de acuerdo con las reglas concursales, contraviniéndose, en suma, los límites señalados por el art. 25.1 (De interés, sobre esta Sentencia, Garcia de Enterria, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho.* Ed. Civitas. Madrid 1.984, p. 111 y ss.).

Ciertamente que las consecuencias directas del fallo, el reconocimiento del delito continuado, no tienen mayor relieve, por la meritada reforma del Código penal y su incorporación al mismo. Sin embargo, mayor entidad tiene su significación, en cuanto construcción jurídica que posibilita el establecimiento de marcos penales por el juez no claramente establecidos por el legislador. Especialmente tajantes, en su críti-

ca a esta resolución, han sido Cobo y Vives (*Derecho penal. Parte general.* Valencia 1.984, pp. 663-664), quienes consideran se trata de "un caso de creación judicial del derecho", que "representa un paso peligroso en el seno de un proceso de vaciamiento de contenido del principio de legalidad".

2.4. *Analogía*

Si sumamente criticables son, desde la perspectiva del principio de legalidad, las resoluciones hasta ahora citadas, no cabe decir lo mismo de la Sentencia de 27 de junio de 1.984 (B.O.E. 30 de julio de 1.984). En efecto, en esta resolución se acepta el amparo invocado frente a Sentencia del Tribunal Supremo condenando el aborto de española cometido en el extranjero. Criterio del Tribunal Supremo abiertamente criticado por la doctrina penal y que contravenía, como indica el Tribunal Constitucional, lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución, sancionándose conductas, no punibles en nuestro Código penal, mediante un *proceso analógico* en contra del reo o *in malam partem;* exigencias de tipicidad excluyen toda consideración analógica, salvo contravención del citado artículo, en definitiva del principio de legalidad (Sobre el tema existe ya una extensa bibliografía; puede verse la citada por Arroyo Zapatero, L., en Cuadernos de Política Criminal, núm. 24, 1.984, p. 679).

2.5. *Reserva de ley*

La debatida cuestión de la clase de *reserva de ley* existente en materia penal ha sido objeto de consideración en dos ocasiones. No es ahora el momento de entrar en el análisis de la cuestión, a partir de la necesidad de que dicha reserva sea absoluta (me remito para ello a mi ya citado trabajo sobre el principio de legalidad). Los referidos fallos del Tribunal Constitucional, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo y un recurso de amparo, tiene lugar sobre la supuesta inconstitucionalidad de la ley de 10 de diciembre de 1.979, por ser ordinaria (si bien debe señalarse su actual carácter de orgánica). Ambas Sentencias, de 23 de febrero de 1.984 (B.O.E. 9 de marzo de 1.984) y de 8 de marzo de 1.984 (B.O.E. 3 de abril de 1.984), sitúan sus fallos en el marco estricto de la cuestión planteada y sólo en los términos suscitados; la relación del art. 25.1 con el art. 81.1, insistiendo en que del art. 25.1 no cabe derivar la necesidad de Ley Orgánica en materia de legalidad penal. Ante estas consideraciones, concluye Arroyo que "ambas sentencias vienen a rechazar la tesis que defendía la materia

penal como materia de reserva de Ley Orgánica" (Cuadernos de Política Criminal, núm. 23, 1.984, p. 510). Sin embargo, mas bien consideramos que el Tribunal Constitucional, en el marco de resoluciones estrictamente centradas en el objeto central de lo solicitado, no ha entrado en el fondo del asunto, esbozando una tesis que, por otra parte, venía siendo común en la doctrina penal: del art. 25.1 no cabe deducir la exigencia de Ley Orgánica conforme el art. 81.1. Precisamente la crítica de siempre a la configuración constitucional del principio de legalidad era esa; que el art. 25.1 no garantizaba su dimensión formal, no determinaba la reserva de legalidad. Y, por lo tanto, había que acudir al conjunto de derechos objeto de protección penal en cada caso, a los derechos limitados por la sanción penal, y, en suma, a determinar cuál es el objeto final del Derecho penal para, a tenor de los arts. 53 y 81 y ss. de la Constitución y en función de la exigencia de reserva absoluta en materia penal llegar a las conclusiones procedentes. En realidad, estoy absolutamente de acuerdo con Cobo y Vives, cuando al analizar en profundidad las sentencias de referencia, concluyen que el Tribunal Constitucional "deja imprejuzgada la cuestión de si la reserva de ley en materia penal ha de ser o no orgánica" (*Introducción general; sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa,* en Delitos e infracciones de Contrabando. T. III de Comentarios a la legislación penal. Edersa. Madrid, 1.984. p. 29).

3. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y LEGISLACION SOBRE PELIGROSIDAD

3.1. *Planteamiento jurisprudencial*

Como señalé al comienzo de esta exposición, quisiera tratar, de modo más extenso a como han sido considerados los otros puntos relativos al principio de legalidad, el tema de la confrontación de la legislación sobre peligrosidad y el principio de legalidad, a partir del análisis de la reciente jurisprudencia constitucional al respecto, que de otra parte siquiera apunta posibles vulneraciones del principio *non bis in idem* en el seno de un sistema penal que, como el nuestro, recoge en la reacción punitiva del Estado tantas penas como medidas de seguridad.

Me estoy refiriendo fundamentalmente a las recientes Sentencias de 27 noviembre de 1.985 (B.O.E. 17 de diciembre de 1.985), de 14 de febrero de 1986 (B.O.E. 5 de marzo de 1986), y, aunque de menor relieve, la aun más reciente de 21 de febrero de 1.986 (B.O.E. 21 de marzo de

1.986). Más recientemente, de interés la Sentencia de 19 de febrero de 1.987 (B.O.E. 4 de marzo de 1987).

En la primera de estas sentencias se resuelve un recurso de amparo interpuesto por persona condenada en aplicación de lo previsto por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social sometiéndola a determinadas medidas de seguridad tras la apreciación de peligrosidad social y supuesta concurrencia de tráfico de droga; igualmente existía por esos mismos hechos condena a dos años y cuatro meses de privación de libertad, pendiente de adquirir firmeza por estar sustanciándose el correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo. Ante las alegaciones de parte, tendentes a considerar vulnerados los arts. 24.2, 25.1 y 2, 17 y 19 de la Constitución, vulnerado el principio *non bis in idem* al estimar doblemente sancionada una misma conducta, desde una perspectiva realista del cumplimiento de las medidas de seguridad, y las contrarias del Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional otorga el amparo en base a apreciar que la medida de seguridad impuesta lo fue sólo en base a un atestado policial, que no puede destruir la presunción de inocencia, ("en la hipótesis de que la decisión impugnada hubiese declarado la culpabilidad de aquel a quien impone no una condena, sino unas medidas de seguridad"). El amparo concedido lo hace depender, pues, el Tribunal de la efectiva declaración de culpabilidad en el proceso por peligrosidad, sobre la que hacer operativa, como se hizo, la presunción de inocencia.

En orden a adoptar su resolución el Tribunal estima como circunstancias que necesariamente deben tenerse en cuenta que la ejecución de las medidas tiene lugar, caso de ser privativas de libertad, en los mismos establecimientos de cumplimiento de las penas y "la evidencia de que la Sentencia dictada en causa penal condenó al recurrente por los mismos hechos que motivaron la aplicación de las medidas".

Para concluir en su decisión es fundamental, en suma, la siguiente declaración del Tribunal: "En el caso actual, en efecto, las medidas se aplicaron al recurrente por la realización de unos hechos (previstos en el art. 2.8 de la Ley 6/1.970) que pueden ser también subsumidos, como así ha sido, en un tipo delictivo (art. 344 del Código penal). Es evidente, por tanto, que la afirmación judicial de la autoría de unos tales hechos equivale a una declaración de culpabilidad, realidad ésta que no puede quedar oscurecida por la peculiaridad del procedimiento que se considera, procedimiento no ciertamente criminal, pero que concluye con una decisión que priva al declarado culpable de su libertad y del derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional y que *sólo*

formalmente (el subrayado es nuestro) se distingue de la pura y simple condena penal".

Es lógico que desde este planteamiento el propio Tribunal fuera sensible a las alegaciones hechas relativas a la posible vulneración del principio *non bis in idem*. Tras recordar la posición del Tribunal Constitucional respecto el mencionado principio y su deducción de lo establecido en el art. 25 de la Constitución, indica cómo dicho principio "impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta". El tribunal rechaza en este caso la apreciación de este principio, por haber hecho operativa la presunción de inocencia respecto la condena por peligrosidad, lo que "elimina la duplicidad de sanciones y, por tanto, el supuesto que haría posible la invocación del mencionado principio".

Igualmente significativa, en idéntica línea, se manifiesta la segunda de las resoluciones citadas, la de 14 de febrero de 1.986, incorporando el criterio formal de la necesaria previa condena por delito. Desde la perspectiva de la constitucionalidad de sólo las medidas post-delictuales, se requiere, necesariamente, previa condena por delito. El juicio de peligrosidad no es *bastante* para ello. Todo ello con independencia de que el artículo 2,8 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social recoja claramente un "tipo de hecho" propio del campo de la pena, según indica nuestro Tribunal Constitucional, y de la operatividad, en todo caso, del principio *non bis in idem*.

Criterio que establece la mencionada sentencia en los siguientes términos: "la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *non bis in idem*, intimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la "culpabilidad" y en el otro la "peligrosidad".

Por lo que se refiere a la tercera de las Sentencias citadas, la de 21 de febrero de 1986, su relevancia es menor por cuanto el Tribunal Constitucional no entra en el análisis de fondo de las alegaciones producidas al desestimar el recurso de amparo, al no haberse siquiera mencionado en

el proceso judicial anterior los derechos o libertades supuestamente transgredidos. Sin embargo, debe señalarse cómo por parte del recurrente vuelven a plantearse cuestiones esenciales relativas a la legislación de peligrosidad: su inconstitucionalidad conforme el artículo 25.1 de la Constitución o de sus artículos 17.1 y 25.2 desde una visión realista de la ejecución de las medidas.

Por su misma importancia interesa resumir los planteamientos de las referidas Sentencias de 27 de noviembre de 1985 y 14 de febrero de 1986:

- Condena de peligrosidad para la que se requiere concurrencia de medios de prueba, sin los que es operativa la presunción de inocencia del artículo 24.2. Más aún, imposibilidad de condena de peligrosidad, sin previa condena penal, en las medidas post-delictuales.

- concepción realista de las medidas de seguridad como instrumento jurídico equivalente a las penas, por el modo en que se ejecutan.

- identidad entre los hechos por los que se condena penalmente y los que "motivan" la condena por peligrosidad. Incluso, hay ocasiones en que la descripción legal de los estados peligrosos recoge auténticos "tipos de hecho".

- diferencia meramente *formal* entre ambas condenas.

- posible operatividad del principio *non bis in idem,* por razón de duplicidad de sanciones por los mismos hechos y por la puesta en marcha de dos procedimientos que pueden llegar teóricamente a conclusiones contradictorias respecto los hechos probados.

A nadie se le oculta la importancia de estas conclusiones por su incidencia en el terreno de la peligrosidad criminal y los límites que se producen a las reacciones jurídicas articuladas en nuestro derecho positivo, por más que algunas de las afirmaciones vertidas por las Sentencias comentadas sean técnicamente discutibles. Ello permite, no obstante, replantearse desde la perspectiva del principio de legalidad no sólo los aspectos puntuales traidos a colación por esta Sentencia sino el conjunto de la problemática que plantea la legislación de peligrosidad e incluso su misma subsistencia desde la referida óptica garantísta.

3.2. *Peligrosidad y principio de legalidad*

En primer término merece destacarse cómo el art. 25.1 de la Constitución no contiene alusión alguna a las medidas de seguridad, refiriéndose a la posibilidad de ser "condenado o sancionado" como consecuencia, tan sólo, de la realización de "delito, falta o infracción administrativa". Sin embargo el apartado 2 del mismo artículo alude expresamente a las medidas de seguridad, junto a las penas privativas de libertad, cuando se trata de garantizar constitucionalmente su orientación resocializadora. El art. 25.2, de más que deficiente textura y contenido contradictorio, por los términos en que se desarrolla su discusión parlamentaria (sobre el alcance del art. 25.1 y 2. vid. Cobo del Rosal, M. y Boix Reig, J.: *Garantías constitucionales del derecho sancionador y Derechos fundamentales del condenado: reeducación y reinserción social*, en Comentarios a la legislación penal. cit. T.I, pp. 191 a 227), ha sido recordado por el Ministerio Fiscal en ambos procedimientos ante el Tribunal Constitucional en orden a cifrar el carácter constitucional de las medidas de seguridad y, por ende, de la legislación sobre peligrosidad.

Debe observarse cómo en realidad sólo se citan las medidas de seguridad a efectos de ejecución, aludiéndose únicamente a "pena de prisión" cuando se trata de preservar los derechos fundamentales del "condenado". Se trata, como se ha dicho, de meras deficiencias del texto constitucional, debiéndose entender las mencionadas referencias no en sentido jurídico-formal sino desde una perspectiva material, que de otra parte vendría a abundar en la tesis sostenida por el máximo Tribunal, de identidad real de las consecuencias jurídicas dimanantes del proceso penal y del originado por peligrosidad.

No obstante, por su diverso presupuesto y fundamento, no cabe identificar pena y medida de seguridad, al menos teóricamente y como punto de partida, por mas que en la práctica, por muy diversas razones, sean lo mismo. En suma, al referido nivel discursivo, pena y medida son respuestas "distintas", con diverso fundamento (De interés, Rodriguez Mourullo, G.: *Significado político y fundamento ético de la pena y medida de seguridad,* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1985, p.4 y ss).

Otra cosa es la visión realista con que opera el Tribunal Constitucional y la identidad de fines, a menos a nivel ejecutivo, que a pena y medida de seguridad reconoce la propia Constitución, e incluso la perspectiva también realista a que se llega por la misma construcción, como ya se ha

afirmado, del art. 25.2 del texto constitucional. Sólo desde esta perspectiva podrán articularse formulaciones, ciertamente discutibles, que hagan posible la aplicación de exigencias garantistas concretas contenidas en el art. 25.1, en el que no se citan las medidas de seguridad.

3.3. *Análisis desde exigencias de seguridad jurídica*

Desde la configuración de un modelo constitucional de Estado de Derecho, en el artículo 1 apartado 1 de la Constitución, desarrollado, a estos efectos, en su art. 9.3, cabe señalar que el principio de legalidad, la irretroactividad de normas limitadoras de derechos, en suma la *seguridad jurídica* se convierte en quicio de toda normativa que afecte a los derechos del ciudadano. Desde esta perspectiva cabe avanzar que todo derecho de medidas tendrá siempre dificultades de encaje en dicho modelo, por cuanto su articulación en modo alguno podrá conjugarse con la requerida seguridad jurídica, no pudiéndo hacérsele compatible con el principio de legalidad, irrenunciable en el vigente Derecho penal, por su misma contradicción estructural.

No es el momento de hacer un análisis minucioso de la cuestión planteada (para ello vid. Jorge Barreiro, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*. Ed. Civitas. Madrid. 1976 y el libro colectivo *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*. Valencia 1974). Sí puede hacerse, sin embargo, una síntesis, vistas por ejemplo las previsiones de la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (L.P. y R.S.). El cuestionamiento de la compatibilidad de la normativa sobre peligrosidad y las ya aludidas exigencias constitucionales, procede tanto de la configuración de los presupuestos como de las consecuencias jurídicas (vid. Rodríguez Devesa, J. Mª).

De acuerdo con lo establecido en el art. 2 de la LP y RS el presupuesto viene dado por la concurrencia probada de alguno de los supuestos de estado peligroso incluidos en dicho precepto junto a la apreciación en el sujeto de la llamada "peligrosidad social". La mera lectura de los referidos estados de peligrosidad evidencia la mencionada falta de seguridad jurídica, lo que es más que patente a la hora de determinar el juicio de peligrosidad. Por lo que atañe a los estados de peligrosidad cierto es que en algunos casos concurre necesariamente la comisión de delito (caso de uno de los supuestos contenido en el número 8; tráfico de drogas), pero no es así en otros en los que si bien se establecen que determinados actos constituyen estado peligroso no presuponen la comisión de delito llegándose al extremo de presupuestos que reflejan actitudes o en cualquier

caso situaciones dificilmente objetivables (p. ej. supuestos de los números 1, 9 y 10). Estos últimos casos, en la medida en que son pre-delictuales, es decir, no requieren que el hecho generador del estado peligroso sea, a su vez, delictivo, se rechazan, por inconstitucionales, por un sector, cada vez más abundante, de la doctrina, no encontrándose entre las previsiones sobre peligrosidad contenidas en el Proyecto de Código Penal de 1.980 ni en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1.983 (PANCP).

En todo caso, el otro elemento configurador del presupuesto, la concurrencia de *peligrosidad social*, plantea toda suerte de objeciones desde la perspectiva constitucional. La inconcreción de tal clase de peligrosidad que excede el ámbito de lo criminal, no bastando pués que el carácter peligroso del sujeto lo sea, en función de la comisión de futuros delitos (interpretación avalada por el supuesto del núm. 10, salvo que se sostenga que por parte del legislador se pretendía una absurda redundancia) y la total falta de garantía por parte de los diversos métodos de prognosis, carentes de cientificidad (vid. Vives Anton, T.S.: *Métodos de determinación de la peligrosidad,* en Peligrosidad social y medidas de seguridad, cit. p. 389 y ss.) ponen de manifiesto lo dicho.

Desde la consideración como Derecho penal de la legislación de peligrosidad, eludiendo posiciones que pretenden otorgarle naturaleza administrativa, siquiera sea por mor de una profunda consideración de los derechos ciudadanos, aunque lógicamente no sólo por ello, no podremos hablar de un Derecho penal, todo él, de culpabilidad, de responsabilidad penal por el acto cometido, etc... Sería contradictorio con la inclusión de un derecho de medidas.

A igual conclusión se llega desde el análisis de la consecuencia jurídica; la medida de seguridad. Por más que se pretenda a nivel legislativo un acotamiento de las medidas, es lo cierto que su efectiva concreción es imposible a priori. Ciertamente, debe afirmarse que las medidas de seguridad, por su propia naturaleza, requieren de la indeterminación, en función del pronóstico y su efectiva posterior verificación.

3.4. *Acotamiento a la determinación de las medidas de seguridad*

Por más que sea contradictorio con su propia naturaleza, se pretende, desde diversas perspectivas, acotar el alcance de las medidas de seguridad, pretendiendo con ello argüir que, en tales casos, nos encontramos con un sistema jurídico de medidas acorde con exigencias propias del

principio de legalidad. Considero que con ello se consigue plasmar en mayor medida las contradicciones propias del sistema, evidenciando el núcleo del problema en los términos antes enunciados.

Como ya se ha indicado, por las razones ya señaladas, el primer acotamiento relevante tiene lugar con el rechazo doctrinal de las llamadas medidas pre-delictuales a las que se tacha, con razón, de incostitucionales. Debe tenerse en cuenta que, con este planteamiento, subsisten las post-delictuales, que junto con la problemática avanzada anteriormente plantearán, tal como se indica en la jurisprudencia constitucional objeto de esta conferencia, la relativa al principio *non bis in idem.*

El segundo momento, a mi entender trascendente, en este proceso de limitación o determinación de las medidas, tiene lugar mediante la introducción de la idea de *proporcionalidad,* ínsita de otra parte en el art. 25.1 de la Constitución. De ello es significativo el art. 88.1 de la PANCP: "Las medidas de seguridad serán necesariamente proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer". La simple lectura del texto propuesto pone de manifiesto, una vez más, el absurdo de establecer *límites contra natura.* Basar la proporcionalidad de la medida en un más que cuestionable juicio de prognosis, en una idea de "probabilidad" no deja de ser un contrasentido, por más que ello sea loable por la pretensión de ubicar el derecho de medidas en las coordenadas garantistas del Derecho penal, en evitación de desmanes que afecten a derechos y libertades fundamentales.

Este proceso paulatino de acotamiento a las medidas de seguridad, pone de manifiesto cómo se está produciendo un "corrimiento" de las categorías peligrosidad-medidas de seguridad a las específicas culpabilidad-pena, con las garantías que estas compartan. A este mismo proceso creo que responden las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia.

3.5. *Posición del Tribunal Constitucional. Crítica*

Por todo lo dicho, las sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1.985 y 14 de febrero de 1986 son, sin duda, más que lógicas incluso en las apreciaciones que realizan respecto la aplicación del principio *non bis in idem.* Desde la aludida perspectiva realista y el mencionado "corrimiento" de los contenidos de ciertas categorías jurídicas, cabe sostener la tesis de nuestro más elevado Tribunal.

Ahora bien, debe matizarse que dicha jurisprudencia sólo es aceptable desde el citado enfoque, lo que, hay que tener en cuenta, comporta, siquiera sea por vía indirecta la inconstitucionalidad de la legislación sobre peligrosidad en su conjunto, se encuentre incluida o no en el propio Código penal, dado que partiendo de la inconstitucionalidad de las medidas (estados) predelictuales, lo que ya es admitido doctrinalmente, habrá que llegar a igual conclusión respecto las postdelictuales en la medida en que supongan doble sanción, incidiendo en el principio *non bis in idem*.

Por vía teórica, con independencia de lo argumentado hasta ahora por el Tribunal Constitucional, puede llegarse a similares conclusiones. Y ello desde dos puntos de vista. De una parte, como ya se ha señalado, la propia esencia y estructura del juicio de peligrosidad es contraria *per se* a las exigencias de seguridad jurídica propias e inherentes al Estado de Derecho. Por otro lado, la cobertura constitucional a los derechos y libertades fundamentales, supone que cualquier limitación a los mismos, sin norma previa que la habilite y criterios de concreación suficientes es contraria a la dignidad humana (art. 10 de la Constitución). Como algún autor ha indicado, la protección constitucional de la dignidad humana comporta un reconocimiento implícito, igualmente constitucional, del principio de culpabilidad, incompatible con el juicio de peligrosidad, por más que a éste se le establezcan límites propios de aquél, como es requerir la condición de postdelictual o introducir el criterio de proporcionalidad. Limitaciones que, como ya se ha puesto de manifiesto, evidencian una absoluta contradicción por parte de sus proponentes. Limitaciones ciertamente relativas, por cuanto no operan en la concreción final de la medida de seguridad, ofreciendo tan sólo un límite o marco en cuyo seno se tendrá finalmente en cuenta el propio juicio de peligrosidad en orden a la concreción última de la medida.

Puede objetarse, como así se ha hecho, a este tipo de planteamientos, que el art. 25.2 de la Constitución en su primer inciso constitucionaliza las medidas de seguridad al referirse expresamente a ellas. Frente a ello cabe realizar muy diversas consideraciones.

Podría partirse de que impedir su incostitucionalidad no obliga a su regulación (sólo que no es inconstitucional); en tal caso habría que ir a una política legislativa sumamente restrictiva, que atendiera claramente a exigencias implícitas y explícitas del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva no sería incostitucional la exigencia de regulación al respecto, pero sí podría serlo en función de cómo se regule.

Cabe también interpretar que las medidas a que se refiere el art. 25.2 (se habla de sus fines) son tan sólo aquellas que *pueden* articularse en un Estado de Derecho, en los términos concebidos en nuestra Carta Magna; sólo aquellas que se prevén en nuestro Código penal ante la realización de hechos típicos por parte de inimputables o, en su caso, semiinimputables (de interés, trabajo citado de Rodríguez Devesa). A conclusión similar puede llegarse desde la interpretación de las tantas veces mencionada sentencia constitucional en la materia, por la operatividad del principio *non bis in idem*.

3.6. *Nota sobre el desarrollo del principio* non bis in idem

No es el momento de insistir en la relevancia del principio *non bis in idem,* de trascendencia material, evitando la duplicidad de sanciones, y de evidente relevancia procesal. Debe destacarse cómo el asentamiento definitivo del meritado principio en nuestro Ordenamiento jurídico discurre mediante un proceso progresivo de constitucionalización del mismo y un reconocimiento ciertamente depurado de dicho principio a nivel legislativo.

Del proceso de constitucionalización, mediante un reconocimiento implícito en el art. 25.1 de la Constitución, data de la S. de 30 de enero de 1.981 y la muy importante S. de 3 de octubre de 1.983, ambas del Tribunal Constitucional (al respecto mi trabajo sobre *El Principio de legalidad en la Constitución,* cit. pp. 71 y 72). Doctrina que adquiere alcance de gran interés, como hemos visto, para la legislación sobre peligrosidad en la S. de 27 de noviembre de 1.985.

A nivel legislativo ordinario es manifiesto que las reformas legislativas se van produciendo con un creciente respeto a las exigencias derivadas del principio *non bis in idem,* con formulaciones legales ciertamente acabadas y dignas de encomio desde una perspectiva técnico-jurídica. Basta citar, a título de ejemplo, el art. 77.6 de la Ley General Tributaria, modificada por Ley 10/1.985, de 26 de abril ("En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública reguladas en el Código penal, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los

hechos que los Tribunales hayan considerado probados") o el art. 610.2 de la PANCP.

De este proceso, que podríamos calificar de "plena instauración" del principio *non bis in idem* en nuestro Ordenamiento jurídico cabe concluir que las consecuencias de la vigencia del meritado principio afectan en su totalidad a todos los sectores jurídicos. Consecuencias materiales, no duplicidad de sanciones, y consecuencias procesales, es decir tanto la prioridad jurisdiccional, que comporta la preferencia en el enjuiciamiento por parte de los Tribunales y la plena eficacia en la Administración de los hechos declarados probados por éstos, como la no duplicidad de procedimiento que puedan generar contradicción respecto los hechos probados, son operativas también en el proceso de peligrosidad en relación con el correspondiente proceso penal.

Todo ello puede llevar aún más lejos en este caso. Podríamos concluir que el principio *non bis in idem* obliga a dar prioridad al proceso penal relativo a la comisión o no de un delito sobre el correlativo proceso por peligrosidad. Las consecuencias, antes relatadas, de dicho principio y el contenido sin duda mas garantista, por razones procesales y sustanciales, del primero (por tanto también en función de lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución), obligan a configurar otra consecuencia de carácter fundamentalmente sustancial, si bien aparentemente procesal, en orden a potenciar la prioridad del juicio de culpabilidad sobre el de peligrosidad. De lo contrario, el principio *non bis idem,* en la línea planteada por la Sentencia 27 de noviembre de 1.985, podría provocar una facultad de exclusión desde el proceso por peligrosidad, arbitraria en la decisión y, por supuesto, con muy limitadas garantías, por más que sea en alguna medida indeterminada en sus consecuencias.. A esta misma conclusión, por las razones ya apuntadas llega la Sentencia de 14 de febrero de 1.986, exigiendo la previa declaración de culpabilidad por la comisión de un delito, para poder imponer la correspondiente medida de seguridad post-delictual.

ADDENDA

Una vez realizado este trabajo, el Tribunal Constitucional en Sentencias de 11 de noviembre de 1.986 y 16 de diciembre de 1.986 ha resuelto que en materia penal debe darse la reserva de ley Orgánica cuando se afecta la libertad, es decir, cuando se trate de penas privativas de libertad. Sentencias vertidas sobre la referida ley de Control de Cambios, en

lo relativo a delitos monetarios, y que resuelve tan solo sobre cuestión objeto del recurso de amparo. Quedan, pues, pendientes otras cuestiones sobre el mismo tema, que ahora no se entra a analizar. Dejamos para un posterior trabajo el estudio de las mencionadas sentencias, en la línea de la tesis sustentada en este estudio: en el ámbito jurídico-penal *sólo* es admisible la *reserva absoluta de Ley Orgánica.*

UNA APROXIMACION SOCIOLOGICA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL *

SANTIAGO CAVANILLAS MUGICA

* En este trabajo han participado, en la preparación del cuestionario, realización del sondeo, tratamiento informático de los resultados y valoración de los mismos, los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares: Juana Camps Bosch, Alejandro del Campo Zafra, Carlos Florit Canals, María del Mar García Reviriego, Antonio González Navarro, Julio Hinarejos Campos, Domingo Jiménez Bestard, Miquel Angel Mas i Colom, María del Mar Meliá Ros, Cristóbal Mora Pons, Pere Ollers Vives, Antonio Perelló Salamanca, Catalina Pieras Sureda, Antonio Planas de Oleza, María Pilar Rupérez Cornell, Miguel Angel Sáinz Pérez, Francesc Segura Fuster, Francisco Javier Valls Flórez y Caterina Vivern Mairata. Algunos de estos alumnos firman, asímismo, los comentarios particularizados de los supuestos incluidos en la encuesta.

PRESENTACION

Las razones que han motivado este trabajo son múltiples y de diversa índole, unas mediatas y otras inmediatas.

El primer y más cercano estímulo lo ha constituido la lectura del libro *Le sentiment de la responsabilité* (1), concluido en el *Centre d'Etude de la Responsabilité* de la Universidad de Tours, bajo la dirección de Jean-Luc Aubert y Georges Vermelle. Esta obra, resultado de un trabajo muy similar al aquí expuesto, es, sin duda, un sugerente instrumento de reflexión para el jurista en una tema -el de la responsabilidad civil-, que, como explica Aubert, "está dominado por un riesgo permanente de ambigüedad" (2)

(1) Publicado en Tours en 1984.

(2) *Ob. cit.*, pág. 5.

Como segunda fuente de motivación, ésta más mediata, ha actuado la conciencia de la falta de adecuación existente entre las normas del Código civil sobre responsabilidad extracontractual, conceptual o formalistamente entendidas, y la realidad social de nuestro tiempo. Por ello es ésta una zona abonada para el estudio sociológico, que, tal como señala Frosini, "debe cumplir una labor continua de demixtificación del caracter formalista y sacral de las leyes escritas, obligando al jurista a confrontar las ideas y los hechos, las palabras y la realidad de las leyes, las normas escritas y las reglas no escritas, el Derecho en el código y el Derecho en acción" (3).

Hemos intentado acercarnos al método sociológico con espíritu "abierto, receptivo y crítico" (4), huyendo tanto de "la soberbia del jurista que pretende *dicere ius* sin ningún conocimiento de los problemas reales que la sociedad, a la cual ese Derecho debería imponerse como regla de vida o modelo de acción, cotidianamente propone" (5), como la "la nueva soberbia del sociólogo, que pretende individualizar un propio objeto específico de investigación, sin percatarse de que todo lo que es historia (o históricamente verificable) no puede nunca ser parcial o sectorial, sino que debe necesariamente implicar a todo el hombre en la riqueza de su individualidad y en la multiplicidad de sus relaciones sociales" (6). Ningún término en este trabajo debe considerarse absoluto ni cerrado, sino que se ha asumido la relatividad de la metodología sociológica, utilizándola como una de las muchas posibles aproximaciones al tema de la responsabilidad, especialmente interesante por su valor de sugerencia y contraste. En este sentido, empleando la terminología acuñada por Renato Treves, éste es un estudio de "sociología en el Derecho" y no de "sociología del Derecho" (7).

(3) *La sociologia del diritto: problemi e funzioni,* en Sociologia del diritto, 1974, 1, pág. 24. "El más acusado antídoto del positivismo legal o normativo (normativismo), así como de ciertas manifestaciones del idealismo metafísico, sigue estando representada por la conexión derecho - hechos sociales" (Hernández Gil: *Sociología del Derecho y sociologismo jurídico,* en Revista de Derecho Privado, 1970, pag. 939.

(4) García Cantero: *Notas para una Sociología de las obligaciones y de los contratos,* Anuario de Derecho Civil, 1979, pág. 749.

(5) Lipari: *Sociologia del diritto o diritto della sociologia,* en Sociología del diritto, 1974, 1, pág. 36.

(6) *Ibidem.*

(7) Define este autor (en *Introducción a la Sociología del Derecho,* Madrid, 1978, pág. 132) la "Sociología *en* el derecho" como aquélla "fundada sobre investigaciones empíricas realizadas en el ámbito del derecho para fines prácticos del propio derecho", mientras que la "sociología *del* derecho" "estudia los fenómenos jurídicos para sus propios fines teóricos y cognoscitivos, prescindiendo de considerar el problema de la utilización de los resultados que puede ser hecha por los prácticos". Y en otro lugar (*Tre concezioni e una proposta,* Sociologia del diritto, 1974, 1, pág. 8) explica que "el investigador empírico que quiere hacer

Como ha apuntado Carbonnier, "si existe una rama del derecho que haya manifestado una especial incompatibilidad de humor con la sociología es, entre otras, el Derecho civil", que, en expresión del mismo autor, "es de tal modo viejo, que no parece tener ya nada que aprender" (8). Son varias las razones, sin embargo, que invitan a superar tal incompatibilidad:

a) El primer motivo reside en el art. 3 1° del C.c., que reconoce como elemento interpretativo el de "la realidad social del tiempo" en que las normas han de aplicarse (9). Y no viene mal recordar como, según explica Díez-Picazo, la jurisprudencia de intereses tiende a convertirse en jurisprudencia de valores, no habiendo más juicios de valor actuantes y admisibles que aquéllos que son generales a la comunidad o grupo humano en el que el intérprete actúa" (10).

b) En segundo lugar, merece advertirse cómo el sustrato sociológico de la responsabilidad extracontractual es tan evidente y palpable como influyente. El de la responsabilidad es, por un lado, un tema en el que el tecnicismo jurídico no esconde el latente conflicto de intereses, que se presenta con bastante claridad al ciudadano medio. Por otro lado, como se ha señalado en casi todos los estudios sobre la responsabilidad civil, el régimen de la misma es dependiente, en menor o mayor medida, de la realidad social y, en particular, del sentimiento social de la responsabili-

---

sociología *del* derecho y no quiere limitarse a hacer sociología *en el* derecho, en mi opinión, no puede reducir su trabajo a recoger datos que sirvan para verificar ciertas hipótesis sin ver como estas hipótesis pueden insertarse en una teoría general del Derecho o sin juzgar como dichas hipótesis se encuadran en una concepción de la sociedad". La distinción entre "sociología *del* derecho" y "sociología *en el* derecho" se aproxima a la apuntada por Hernández Gil (en *ob. cit.*, págs. 939 ss.) entre "Sociología del Derecho" y "Sociologismo jurídico", categoría esta última en que pretende inscribirse el presente trabajo. La diferencia entre "sociología del Derecho" y "Sociologismo jurídico" (o "jurisprudencia sociológica") estriba en que en la primera "el conocimiento sociológico viene inserto en una disciplina distinta de la ciencia jurídica propiamente dicha - la sociología del Derecho -, mientras que en el segundo, sin pretensiones de exclusividad, se pretende como uno de los criterios para la investigación científico jurídica" (*ibidem*, pág. 946).

(8) Ambas citas en *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Madrid, 1974, pág. 359.

(9) Explica Torralba (*Comentario del art. 3.1.* en Comentarios a las reformas del Código Civil, vol. 1°, Tecnos, Madrid, 1977, págs. 162-163) que "el intérprete habrá de calibrar si los cambios en la realidad social justifican adaptaciones o nuevas interpretaciones precisamente en las normas que él está considerando". Añade el mismo auto que "la realidad social, que interesa al jurista, no cambia por el solo hecho de que se modifiquen las estructuras económicas, ni tampoco porque se produzcan grandes innovaciones técnicas. El cambio se produce sólo cuando dichas modificaciones e innovaciones influyen en la conciencia y en las valoraciones de las gentes, esto es, cuando cambia la llamada conciencia Social.

(10) *La interpretación de la ley*, en Anuario de Derecho Civil, 1971, pág. 731.

dad y de la disposición "psicológica" del hombre ante el daño (11).

c) Destaca, por último, la importancia que adquiere en la evolución de nuestro Derecho de daños la conciencia jurisprudencial del desajuste entre la responsabilidad del C.c. y la realidad social; argumento sociológico que no sólo se manifiesta en frecuentes llamadas al art. 3 1° del C.c. (12), sino también en expresiones de marcado tinte sociológico, como "razones de convivencia social que imponen la rigurosa aplicación del principio 'neminem laedere'" (s. de 24 de marzo de 1953) o "diligencia posible y socialmente adecuada" (s. de 13 de diciembre de 1971).

La tercera fuente de motivación es de orden didáctico. La degradación galopante del estado de la enseñanza del Derecho incita a que profesores y alumnos busquemos, en la escasa medida de lo posible, vías de escape a la alienación de la libertad de cátedra y de la libertad de estudio en manos del incontestable argumento de la falta de medios. El trabajo escogido satisface plenamente estos deseos, tanto por ser asequible para alumnos de tercer curso, como por poner de manifiesto la importancia que en la investigación y didáctica del Derecho tiene el factor experimental, en contraste con su minimización por la Administración universitaria. Además, y siempre desde un planteamiento didáctico, responde este trabajo al pensamiento de que el profesor no debe limitarse a la exposición lineal y uniforme del programa, sino profundizar en algún punto concreto, en busca de los valores subyacentes, no sólo para dotar a los alumnos de los medios inquisitivos necesarios para operar jurídicamente, sino para fomentar el aprendizaje de la actitud crítica.

---

(11) En la época de la codificación -resume Díez-Picazo en *La responsabilidad civil hoy*, Anuario de Derecho Civil, 1979, págs. 728 ss. La regla de responsabilidad por culpa se basa, entre otras cosas, en una "conciencia social habituada a unos esquemas, que no me atrevo a llamar mágicos, pero sí teológicos, en virtud de los cuales se acostumbra a ver por doquiera la mano de Dios (act of God). Cuando se sufre un daño que no resulta inmediatamente imputable (o acaso aunque lo resulte) está allí presente la mano de Dios. Dios lo ha querido como vía de castigo de otros pecados de un réprobo o para poner a prueba el temple del alma de quien lo sufre. De donde deriva, por la misma razón, una evidente capacidad de resignación".

En nuestros días, sin embargo, se ha producido la "irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas de los daños que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce" (De Angel: *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pág. 16).

Con mayor detalle ver Benabent: *La chance et le Droit*, Paris, 1973, especialmente págs. 20 ss y 62 ss.

(12) Sobre el argumento sociológico en la jurisprudencia objetivadora de la responsabilidad civil ver Cavanillas: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, en prensa.

Dado que el cuestionario empleado en el *Centre d'Etude de la Responsabilité* de Tours se realizó "desde" el Derecho francés y para ahondar en los problemas interpretativos que los artículos 1382 y ss. del *Code* presentan, se ha optado por elaborar un nuevo cuestionario conforme a la problemática del Derecho de daños español, pese a que lo contrario habría sido interesante a efectos comparativos.

Con el doble criterio de sondear las "zonas conflictivas" de la responsabilidad civil y permitir la comprensión del cuestionario por personas no conocedoras del Derecho, se han elegido los siguientes temas:

a) si nace responsabilidad de la culpa ordinaria, de la *culpa levissima*, del caso fortuito y de la fuerza mayor;

b) si lo anterior depende de la previa existencia de una situación de riesgo creado por el causante del daño;

c) *idem* de la existencia de seguro;

d) *idem* de la inclusión del daño en la esfera de una actividad empresarial;

e) *idem* en el caso de la responsabilidad profesional médica;

f) si, y en qué medida, los padres responden por los daños causados por sus hijos;

g) si, y en qué medida, los empresarios responden de los daños causados por sus dependientes;

h) ¿quién debe responder (propietario, usuario...) cuando no hay culpa?

i) ¿quién debe probar la existencia/inexistencia de culpa?

j) evaluación del *quantum* indemnizatorio en casos de muerte e incapacidad;

k) si el *quantum* indemnizatorio depende de factores como gravedad de la culpa, existencia de seguro o condiciones económicas de responsable y víctima.

De entre los numerosos instrumentos de la sociología, el método es-

cogido ha sido el de la encuenta por sondeo. La muestra de población se ha limitado a personas legas en Derecho. Esta decisión se debe, no sólo a que, como expresa Carbonnier, la Sociología jurídica está especialmente preparada "para captar las imágenes del Derecho en el gran público" (13), sino también a la necesidad de que la muestra no esté "contaminada" por el contacto o conocimiento del Derecho positivo y/o de la transformación jurisprudencial de la responsabilidad. El muestreo se ha realizado de forma aleatoria entre los conocidos, familiares, vecinos o amigos de los alumnos que han participado en este trabajo, lo que ha originado cierta descompensación en algunos aspectos, como el de la edad (14). La encuesta se ha efectuado en la Isla de Mallorca, habiendo sido contestados 200 cuestionarios.

Los cuestionarios se han elaborado en forma de test con varias respuestas posibles. Así mismo, en la portada del cuestionario se ha indicado al encuestado:" - Cuando crea que dos o más personas deben ser conjuntamente responsables, rodee con un círculo las dos o más letras correspondientes.- Recuerde que cuando usted dice que debe responder "la sociedad" será el Estado el que pague la correspondiente indemnización. El Estado obtiene sus ingresos de diversas fuentes y una de ellas lo es la de los impuestos.- La encuesta trata sobre responsabilidad *civil*. Esta es independiente de la penal (se da *además* de la pena, por ejemplo, prisión por un delito, o *aunque no haya* delito o pena). Consiste única-

(13) *Sociología jurídica*, Madrid, 1977, pág. 182.

(14) Los datos estadísticos descriptivos de la muestra son:

1. Sexo: masc. (45'5%); fem (54'5%).
2. Edad: de 18 a 25 (45%); de 26 a 40 (16%); de 41 a 60 (20%); de 61 en adelante (8%).
3. Estado: soltero (53%); casado (41%); divorciado (1%) viudo (4%); otros (1%).
4. Profesión: estudiantes (33%); religiosos (2%); negocios propios (5%); profesiones liberales (3%); funcionarios (5%); administrativos (en empresa privada) (7%); trabajadores manuales (3%); ama de casa (8%); docencia (10%); jubilado (2%); otros (13%); N.S./N.C. (9%).
5. Ingresos (amas de casa, estudiantes, etc.: ingresos familiares): menos de 1.000.000 anual (25%); entre 1 y 3 millones (55%); más de 3 millones (9%); N.S./N.C. (11%).
6. Estudios: sin estudios (1%); estudios primarios (17%); estudios medios (bachillerato. F.P.) (45%); estudios superiores (universidad) (35%).
7. Número de hijos entre 0 y 6 años: ninguno (88%); uno (11%); más de uno (1%).
8. Número de hijos entre 7 y 14 años: ninguno (83%); uno (14%); más de uno (3%).
9. Número de hijos de 14 a 18 años: ninguno (83%); uno (14%); más de uno (3%).
10. Número de hijos de más de 18 años: ninguno (78%); uno (8%); más de uno (14%).
11. ¿Tiene coche? Sí (66%); no (34%).
12. ¿Debe utilizarlo diariamente para recorrer más de 20 Kms. (como media)? Sí (21%); no (79%).
13. ¿Tiene perro? Sí (25%); no (75%)
14. La vivienda en que reside: es suya (80%); en alquiler (18%).
15. ¿Qué seguros tiene contratados? Ninguno (30%); solamente el del automóvil (44%); varios (26%).

mente en determinar si la víctima de un daño puede reclamar de alguien una cantidad de dinero con la que reparar dicho daño. Se dice entonces que ese alguien *responde civilmente*."

El objeto del sondeo ha sido la *opinión* del público sobre los supuestos prácticos planteados. Se ha pedido a los encuestados un juicio de valor en la siguiente forma: "Se le pregunta su opinión sobre cuál es la respuesta más justa, la que usted cree que debería darse con independencia de lo que digan las leyes y los conocimientos qeu usted tenga de ellas. En particular, cuando se trate de accidentes de automóviles, olvide que existe el seguro obligatorio."

En la redacción de los cuestionarios se han seguido las indicaciones de Carbonnier (15). En particular, se ha procurado redactar las preguntas "en el plano de los hechos y no en el del Derecho" (16). Así mismo se ha intentado evitar toda coloración sentimental en las preguntas (17), especialmente no situando al encuestado ni como víctima ni como causante del daño.

COMENTARIO GENERAL

1. *Responsabilidad por culpa*

La culpa, de acuerdo con los resultados de los cuestionarios, se erige en fundamento, si no único, sí principal, de la responsabilidad civil. La importancia de la culpa se desprende tanto de la unanimidad que ocasiona, como de la impresión de que la búsqueda de un culpable resulta la primera reacción de los encuestados ante el daño. La relevancia de la culpa se manifiesta en un triple aspecto, tendencial, pero constatable:

1°.- Siempre que hay culpa se responde (18).

---

(15) *Sociología jurídica*, cit., págs. 181 ss.

(16) *Ibidem*, pág. 187.

(17) *Ibidem*, pág. 187.

(18) Así se observa en los supuestos en que la culpa es clara: supuesto 1 (conductor que conscientemente pasa un semáforo en rojo): 94% de las opiniones responsabilizan al conductor (88% sólo y 6% junto con el propietario del vehículo); supuesto 3 (muerte en operación quirúrgica): nadie sostiene la irresponsabilidad del médico que opera en estado de embriaguez; el mismo resultado en el supuesto 4 (caída cable alta tensión) cuando la empresa eléctrica no ha colocado los sistemas de seguridad obligatorios por ley. Ver igualmente supuesto 1, caso 6 (I).

2º.- Si un sujeto ha incurrido en culpa, se abandona la búsqueda de ulteriores responsables. La imputación de responsabilidad *ex* culpa es atractiva y excluyente (19).

3º.- La mayor o menor gravedad de la culpa es el principal factor determinante del *quantum* indemnizatorio (20), por lo que se puede inducir que la visión general de la responsabilidad civil por culpa es sancionatoria o, con más concreción, penalmente retributiva (21).

2. *Responsabilidad sin culpa*

En un análisis *sintomático* (22) de las reacciones de los encuestados ante el cuestionario, se ha podido observar que, cuando el primer impulso de búsqueda de un culpable no tiene éxito, se produce una reacción de perplejidad, vacilación y hasta desazón. Ello ni significa, sin embargo, que la opinión pública desestime toda responsabilidad sin culpa, pero sí que, a nivel reflejo, es más fuerte el sentimiento de la culpa (sanción) que el de la reparación (seguridad). Sólo después de un proceso de reflexión se viene a admitir, en los términos que ahora veremos, una responsabilidad objetiva.

Un reducido sector de población (entre el 15 y el 30%) se mantiene firme en la idea de que no hay responsabilidad sin culpa (23). El resto adopta una posición fluctuante, que en todo caso supone que no se con-

---

(19) Ello se manifiesta, en primer lugar, en el supuesto 1, en que la opción de socialización directa de los riesgos o la de responsabilidad del propietario sólo aumentan conforme va disminuyendo la aportación en culpa del conductor.

En segundo lugar, abunda en la misma impresión la escasa acogida que tiene la responsabilidad del empresario por los daños causados en culpa por uno de sus dependientes (ver supuestos 9 y 10).

Es significativa también la comparación de los epígrafes I y II del supuesto 1, caso 6.

(20) Ver supuesto 17.

(21) Por ello, la opinión pública se muestra más complaciente cuando se produce lo que Tunc denomina mero "error de conducta". Así destaca el supuesto 3 (muerte en operación quirúrgica) en que un 12% de los encuestados estima que el médico no responde si ha actuado con impericia o torpeza, no haciendo correctamente lo que indican todos los manuales de medicina; muy cercano es el 7% que piensa que nadie, ni el causante menor de edad, ni sus padres, debe responder del incendio forestal originado por un cigarrillo mal apagado.

(22) Explica Carbonnier (*Sociología jurídica*, cit., págs. 188-189) que con el análisis sintomático el investigador interpreta, "más allá de las respuestas explícitas, los cambios de ritmo en la entrevista, los silencios, las vacilaciones, las manifestaciones de emotividad de los encuestados..."

(23) Ver supuesto 1, casos 4 y 5 (accidente de circulación por desmayo repentino del conductor y por rayo): 15% y 26% de los encuestados optan por que no responda nadie.

sidera que necesariamente la culpa sea fundamento único de la obligación de reparar (24). El nivel de fluctuación depende de dos variables: una que se refiere a la previsibilidad, evitabilidad, atipicidad o anormalidad el evento y hace decrecer la aceptación de la responsabilidad según se trate de un supuesto cercano a la *culpa levissima*, un caso fortuito (imprevisible e inevitable pero procedente de la esfera de control y actuación del responsable) o un evento de fuerza mayor (imprevisible, inevitable y externo); la segunda variable la constituyen ciertos elementos o factores (creación de un riesgo típico, riesgo de la explotación empresarial, existencia de un seguro de responsabilidad civil a favor del responsable) que acentúan estadísticamente el sentimiento de la responsabilidad (25).

Intensifica el grado de respuestas favorables a la responsabilidad la utilización por el hipotético responsable de un elemento peligroso, portador de un riesgo típico. Así se observa en los supuestos de atropello por automóvil (26), daños causados por un animal (27) o caída de un ca-

---

En el mismo sentido, el 22% que no hace responsable a la empresa eléctrica por la caída de un cable de alta tensión salvo si no ha colocado los sistemas de seguridad obligatorios por ley (supuesto 4). Igualmente, el 32% que opina que nadie debe responder de los daños originados en una pelea entre niños de una guarderia que no se han podido prevenir y evitar.

(24) En el mismo sentido, los comentaristas de la homóloga encuesta francesa señalan que se produce en la opinión pública "una adhesión espontánea a un sistema de responsabilidad de fundamentos muy diversificados, que van desde la responsabilidad por culpa probada, cerca de la responsabilidad moral, hasta una responsabilidad simplemente causal (Aubert, en *ob. cit.* pág. 6).

(25) Como punto de referencia se ha tomado un supuesto de responsabilidad pura sin concurencia de ningun factor que pudiera acentuar la responsabilidad (supuesto 2). El ejemplo, un tanto académico, es el de un peatón que tropieza con otro en la acera. Aproximadamente dos tercios de los encuestados consideran responsable al peatón que causa el accidente por culpa leve (caso 1). Cuando la culpa es *levísima* (caso 2) los partidarios de la responsabilidad quedan reducidos a un tercio. Sólo la mitad de estos mantienen la responsabilidad del peatón en un caso fortuito (caso 3) y esta cantidad se reduce nuevamente a la mitad (9%) cuando se trata de un supuesto de fuerza mayor (caso 4).

(26) En el supuesto 1, caso 1 (culpa del conductor) hay prácticamente unanimidad en considerarle responsable del atropello de un peatón. En el supuesto 1, caso 2 (*culpa levísima* tanto del conductor como del jinete del caballo) casi las tres cuartas partes de los encuestados responsabilizan a alguno de los levísimamente culpables, lo que pone de manifiesto la desigual respuesta que recibe respecto del caso homólogo de responsabilidad sin riesgo (supuesto 2, caso 2). El nivel de responsabilidad sigue siendo alto (cerca del 50%) en los eventos de caso fortuito (supuesto 1, casos 3 y 4). El último caso, idéntico al del supuesto 2, caso 4, genera casi tres veces más respuestas favorables a la responsabilidad.

Las diferencias reales entre los supuestos 1 y 2 pueden ser mayores habida cuenta de que en el primero se da la oportunidad de evitar la responsabilidad objetiva imputando los riesgos a la sociedad, posibilidad con la que no cuenta el encuestado en el supuesto 2.

(27) Los resultados del supuesto 1, caso 1, hacen innecesario el comentario: un 98% de

ble de alta tensión (28).

Igualmente atrae la responsabilidad la cualidad de empresario del supuesto responsable, si el suceso tiene lugar en la explotación de su empresa, aunque no es posible verificar exactamente el alcance de la influencia del factor "empresa" al concurrir siempre con otros elementos (29).

En todos estos supuestos de responsabilidad acentuada, se observa que la opinión pública no acepta en general como causas de exoneración, ni el mero cumplimiento de los reglamentos, ni la adopción de medidas que son insuficientes para evitar el daño (no agotamiento de la diligencia) (30).

Un último factor que favorece la responsabilidad es el seguro (31).

En la responsabilidad del médico no se observa, en cambio, propensión objetivadora, pero no deja de exigirse la utilización por el facultativo de una técnica, óptima para unos, media para otros (32).

3. *Socialización de los riesgos*

Socializar (que responda la "sociedad") los riesgos que no es posible imputar a un sujeto concreto es preferido por una parte de los encuestados que en su expresión máxima se acerca a la mitad de la muestra (33).

---

los encuestados opina que si un perro agresivo se escapa de una finca por romperse por causas desconocidas uno de los barrotes de la verja, y lesiona a un viandante, su propietario debe responder del daño causado.

(28) En el supuesto 4 un 45% de los encuestados opina que la compañía eléctrica responde siempre de la caída de un cable de alta tensión, "aunque no exista ningún sistema de seguridad capaz de evitar el accidente concretamente ocurrido".

(29) De todas formas, parecen significativos: el ya citado supuesto de los cables de alta tensión (supuesto 4); el supuesto 11 (carpintero que coloca el rótulo de un banco, cayendo éste, por causas desconocidas, sobre un peatón): un 94% de las respuestas apuntan al banco y/o al carpintero; el supuesto 12: 54% que imputan los daños debidos al mal funcionamiento de un ascensor a la empresa encargada de su mantenimiento pese a que "ha realizado las oportunas revisiones en los plazos que indica la ley"; el supuesto 10: 33% que opinan que la empresa debe responder junto al empleado que, al revisar los contadores eléctricos, realiza diversos robos en los domicilios.

(30) Ver supuestos 4 y 12.

(31) Es la opinión de un 32% de los encuestados, que se sienten partidarios del régimen de *assurance oblige* (ver supuesto 1, caso 6 (II)).

(32) Ver supuesto 3.

(33) Ver supuesto 1, caso 5.

Conforme más difícil es encontrar un responsable, más se acentúa el número de encuestados que opta por la responsabilidad social (34). Se ofrece, pues, como una solución *in extremis,* pero que encuentra siempre más partidarios que "dejar el daño donde cae" (que no responda nadie) (35).

4. *Responsabilidad por hecho ajeno*

En el varias veces citado trabajo del *Centre d'Etude de la Responsabilité* se concluye que, aun existiendo el sentimiento de la responsabilidad por hecho ajeno, "este sentimiento es muy *rudimentario* y los mecanismos de la obligación no son, por decirlo así, percibidos, hasta el punto de que se tiene a veces una desagradable sensación de *flottement*" (36). El comentario es perfectamente trasladable a esta encuesta.

Se pueden hacer, de todas formas, los siguientes observaciones, que son meramente tendenciales:

Parece que existen tres opiniones, con parecido número de seguidores, sobre el fundamento de esta responsabilidad: bien se basa en una culpa *in vigilando/eligendo/educando* (37), bien en una responsabilidad propia del padre o empresario, objetiva o por riesgo (38), bien en la necesidad de garantizar el pago de la responsabilidad, nacida en cabeza ajena que es presumible o posiblemente poco solvente (39).

---

(34) Obsérvese la evolución en el supuesto 1.

(35) En una proporción aproximada de dos a uno: ver supuesto 1, casos 2, 3, 4 y 5.

(36) Groutel, en *ob. cit,* pág. 19.

(37) Probablemente se incluye en este grupo el 28% de encuestados que estima que en el supuesto 5 (niño de 12 años, de carácter violento, que hiere a otro) los padres no responden si prueban que utilizaron una adecuada diligencia en su educación y vigilancia (respuestas b y c); también el 32% que entiende que a nadie cabe responsabilizar si un niño de cinco años causa lesiones a otro en una guardería, pese a estar suficientemente vigilados (supuesto 6).

Este punto de vista explicaría también, en parte, los escasos índices de responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes cuando estos incumplen sus órdenes o cometen un delito, por propia iniciativa, al tiempo que desempeñan sus funciones (supuestos 9 y 10).

(38) Probablemente y como máximo, el 19% que opina que los padres de una menor que causa un incendio responden directa y personalmente, con independencia de la solvencia, de su hija (supuesto 7, caso 2).

(39) 35% (29 + 6) y 34% (28 + 6) en supuesto 7, casos 1 y 2.

Un notable número de encuestados opina que la responsabilidad de los padres y empresario excede de la mera responsabilidad por culpa (40).

La acentuación de la responsabilidad de los padres no guarda relación con la edad del niño (41).

Resulta llamativo que para un buen número de encuestados, la comisión de delitos sexuales por el menor constituye una zona de irresponsabilidad paterna (42).

Se admite mayoritariamente que el traspaso de la guarda del menor (a una guardería) exonera de responsabilidad a los padres en perjuicio del guardador (43).

Más de la mitad de la muestra estima que un menor de 16 años de edad responde personalmente de sus actos (44).

Se entienden mayoritariamente como límites a la responsabilidad del empresario, el incumplimiento de órdenes y el abuso delictivo de funciones por parte del dependiente (45).

No hay opinión clara, en cambio, sobre el requisito de la relación de dependencia entre operario y empresario (46).

5. *Aspectos cuantitativos de la responsabilidad*

Existe absoluta diversidad de opiniones sobre la influencia de la culpa de la víctima sobre la obligación reparatoria, que para unos, se mantiene, para otros, se modera y para un tercer grupo de opinión, desaparece (47). La mayor parte de los encuestados, además, sostiene que la ac-

(40) Ver supuestos 5 a 8.

(41) El 32% que estima que nadie responde de las lesiones que fuera de toda previsibilidad/evitabilidad causa un niño de 5 años (supuesto 6) coincide con el 28% que no extiende la responsabilidad de los padres de un niño de 12 años más allá de la diligencia debida (supuesto 5). Las cifras de irresponsabilidad paterna son superiores en los supuestos 7 y 8 por hijos de 16 años, pero debe tenerse en cuenta que parte de los encuestados estima que el menor de 16 años responde de sus propios actos.

(42) Ver supuesto 8 y compárese con supuestos 5 y 7.

(43) Ver supuesto 6.

(44) Ver supuesto 7, sumando las respuestas a y c.

(45) Ver supuestos 9 y 10.

(46) Ver supuesto 11.

(47) Ver supuesto 14.

tuación de una víctima menor de edad es igualmente relevante (48).

Llama la atención, por último, lo ajustado a la práctica forense de las apreciaciones del *quantum* indemnizatorio en los casos de muerte e incapacidad (49), así como la opinión generalizada de que es más grave, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la incapacidad que la muerte (50).

6. *Conclusión*

En la opinión pública se observa la existencia de dos sentimientos superpuestos: uno, unánime, de que el que causa un daño culpablemente debe responder; otro, mayoritario, algo confuso, de límites inseguros, de que debe evitarse que la víctima quede sin reparación. Las manifestaciones tendenciales de este último sentimiento coinciden, en muchos supuestos, con la doctrina del Tribunal Supremo, que parece seguir el lema de Carbonnier: "para interpretar es bueno también estar de acuerdo con la opinión pública" (51). Es patente, en cambio, la desconexión opinión pública- legislador, doblemente grave si consideramos que es precisamente él, con todo el peso de la ley, el único capaz de concretar, en pro de la seguridad jurídica, de la economía y de la justicia, el amorfo pero evidente sentimiento de la responsabilidad objetiva. Y no debe pasar inadvertido el dato de que la propia opinión pública es consciente de esta falta de sintonía (ver última pregunta de la encuesta).

PRIMER SUPUESTO
El propietario de un coche se lo deja a un amigo

Caso 1: *Conduciendo este amigo el automóvil ve que el semáforo se ha puesto en rojo, pero como tiene prisa, se lo salta, atropellando con ello a un peatón. ¿Quién debe responder (pagar al peatón por los daños que se le han causado)?:*

a) el conductor (88%)
b) el propietario del coche (4%)
c) la sociedad (2%)
d) nadie (0%)
a + b (6%)

(48) En el mismo supuesto 14, caso 2.
(49) Ver supuesto 18.
(50) Ver supuesto 18.
(51) *Sociología jurídica*, cit., pág. 230.

Caso 2: *Circulando por una ancha carretera con buena visibilidad el mismo conductor inicia el adelantamiento, siempre conforme a las reglas del Código de la Circulación, de un caballo, que, montado por su dueño, discurre por la derecha de la carretera. El caballo, al verse adelantado, se espanta súbitamente y el conductor se ve obligado a realizar una maniobra brusca; el automóvil patina y arrolla a un ciclista que venía por el carril contrario. ¿Quién debe responder de los daños causados al ciclista?:*

a) el conductor (20%)
b) el propietario del automóvil (3%)
c) el dueño del caballo (38%)
d) la sociedad (17%)
e) nadie (4%)
a + b (2%)
a + c (12%)

Caso 3: *Se rompe súbitamente la dirección del coche y el conductor, pese a frenar rápidamente, no puede evitar el atropello de un peatón. El coche, que tiene cinco años de antigüedad, se revisaba anualmente sin que se hubiese observado ninguna anomalía. ¿Quién debe responder de los daños causados al peatón?:*

a) el conductor (37%)
b) el propietario del automóvil (15%)
c) el fabricante del automóvil (14%)
d) la sociedad (19%)
e) nadie (13%)
a + b (8%)

Caso 4: *El conductor sufre un desmayo repentino, cosa que jamás le había ocurrido, y el coche, sin control, arrolla a un peatón. ¿Quién debe responder de los daños causados al peatón?:*

a) el conductor (37%)
b) el propietario del automóvil (6%)
c) la sociedad (31%)
d) nadie (15%)

Caso 5: *Cae un rayo sobre el automóvil, provocando una momentánea pérdida del control del mismo, lo que da lugar al atropello de un ciclista. ¿Quién debe responder de los daños causados al ciclista?:*

a) el conductor (18%)
b) el propietario del automóvil (7%)
c) la sociedad (42%)
d) nadie (26%)

Caso 6: *En el caso de que el propietario del automóvil estuviese asegurado (en definitiva, el seguro va a pagar en su lugar):*

I. ¿modificaría la respuesta dada en el caso 1?:
a) no (84%)
b) sí, haría al propietario conjuntamente responsable con el conductor (9%)
c) sí, haría al propietario único responsable (5%)

II. ¿modificaría la respuesta dada en el caso 5?:
a) no (63%)
b) sí, haría responsable al propietario (32%)

COMENTARIO *

En el caso 1 se plantea a los encuestados un supuesto de culpa grave en que el conductor causante del daño obra con gran negligencia, infringiendo de propósito normas reglamentarias reguladoras de la circulación.

Ante este tipo de culpa, la respuesta en Derecho civil es clara: debe responderse de los daños causados (art. 1902). Así lo entiende la práctica unanimidad de los encuestados (88%). El resto de las respuestas (4% responsabiliza al propietario del vehículo y 6%, a ambos conjuntamente). Nos hace pensar en que, a pesar de la advertencia inicial de que no tuvieran en cuenta el seguro obligatorio, éste ha perdurado inconscientemente dirigiendo, algunas contestaciones.

A partir del caso 2 entramos en la zona de la culpa levísima o de la total ausencia de culpa. En el Derecho comparado (52), el campo de los accidentes de circulación es uno de los más afectados por el proceso de objetivación de la responsabilidad. Tradicionalmente se reconocen sólo tres causas de exención de responsabilidad: culpa de la víctima, culpa de tercera parte y evento natural. En algunos ordenamientos se han eliminado la segunda y la tercera, llegándose a matizar la primera de ellas, reduciéndola a los supuestos de daño provocado de propósito o con negli-

* Por Alejandro del Campo Zafra y Julio Hinarejos Campos.

gencia grave de la víctima. En la práctica de todos los países, los tribunales tienden a alinearse del lado de la víctima, actitud que responde básicamente a la idea del riesgo existente en el tráfico rodado, del que la sociedad ha de ser protegida.

La Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor española impone una responsabilidad objetiva atenuada, estableciendo dos excepciones: intervención en el resultado dañoso de culpa o negligencia *exclusiva* por parte de la víctima y fuerza mayor extraña a la conducción del vehículo o a su funcionamiento. Aunque este texto legal declara responsable al conductor del vehículo, en virtud del sistema de seguro obligatorio, será en realidad el asegurador del vehículo quien responda hasta la cuantía fijada legalmente. El que se establezca esta objetivación no significa que se elimine el juego del art. 1902, sobre todo para reclamaciones que excedan de las cuantías señaladas para el seguro obligatorio.

En el supuesto 1, caso 2, nos enfrentamos con un evento con culpa levísima. Al margen de lo que dispone la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, el T.S., siempre que exista la posibilidad de imputar la responsabilidad por culpa, por leve e imperceptible que ésta sea (p. ej., s. de 10 de julio de 1969 (53)), condena al causante del daño. En la s. de 25 de mayo de 1965 se plantea un caso prácticamente idéntico al cuestionado. La víctima pedía la reparación del daño al conductor del automóvil basándose en el art. 1902. El T.S. mantiene la responsabilidad del mismo, pues "debió prever el que, como es frecuente, la caballería se espantase", originando el resultado lesivo, "por lo que al no haber previsto este resultado como posible, y casi seguro, obró con negligencia originadora de responsabilidad".

---

(52) Ver Tunc: *Traffic Accident Compensation: Law and Proposals*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, cap. 14.

(53) Se deduce de los hechos que motivan esta sentencia que la culpa se debió casi exclusivamente a la víctima, como así aprecian las instancias inferiores, pues el ciclista atropellado, sin señalizar la maniobra, se desplazó intempestivamente a la izquierda, siendo arrollado por el automóvil que le seguía. El T.S., en cambio, opina que "no debe erigirse en principio capital del tráfico rodado el de la traslación unlateral de todas las consecuencias dañosas a los hombros del sujeto que desencadenó el peligro específico, antes al contrario, las ineludibles exigencias de la solidaridad social imponen como norma, a cuantos participan en el tráfico, la distribución de la carga del riesgo concreto entre todos los que, en la situación particular del peligro están en condiciones de coadyuvar a la evitación o disminución del resultado lesivo" y añade que "el conductor ha de optar por aquélla (maniobra anormal o de fortuna) que conforme a la técnica y a la experiencia sea la más oportuna y eficaz en el caso concreto para impedir la transformación en daño del peligro inminente originado por culpa ajena."

En contraste con la solución legal y jurisprudencial, la mayoría de los encuestados hace responder al dueño del caballo, ya solo (38%), ya junto al conductor (12%). Probablemente se piensa que el caballo es el que origina el accidente, influyendo el hecho de que la circulación de un animal por la calzada se ve hoy como algo anormal y originador de un "mayor riesgo". Se atiende más a la conexión causal entre la acción del caballo (con culpa levísima o sin culpa del jinete) y el daño que a la existente entre la culpa del conductor y éste daño.

En segundo lugar, las contestaciones se dirigen al conductor (20% como único responsable y 14% en responsabilidad compartida). Resultan significativos, por último, la desviación del 17% hacia la sociedad y el escaso 4% que opta por la irresponsabilidad.

El tercer caso nos enfrenta a un supuesto de caso fortuito consistente en la rotura imprevisible de un mecanismo del vehículo. Además de la Ley de Automóvil, que no reconoce esta caso como fuerza mayor, interesa la Ley del Consumidor, que, en su art. 28 establece una responsabilidad objetiva del fabricante para una serie de supuestos entre los que se incluyen los vehículos de motor (art. 28).

Además, en algunos supuestos de accidente por rotura de mecanismo, el T.S. ha seguido echando mano del argumento de la culpa levísima. para responsabilizar al causante del daño (54).

En cuanto a los resultados de la encuesta para este caso 3, de inmediato se observa una gran dispersión en las respuestas. Más de la mitad de ellas, sin embargo, atribuyen la responsabilidad (objetiva) al conductor (12%), al propietario del automóvil (15%), a ambos conjuntamente (8%) o al fabricante (14%), en el probable pensamiento de que son tales

(54) En el caso de la s. de 17 de noviembre de 1967, como consecuencia de la rotura de un elemento mecánico de un camión, al frenar éste, colisiona con una motocicleta causando la muerte al conductor de la misma y daños graves al acompañante. El T.S. declara subjetivamente responsable al conductor del camión fundamentándose en "la falta de revisión del vehículo" (correspondiendo la prueba de lo contrario al demandado) y "la falta de presencia de ánimo, nerviosismo del conductor en el momento del accidente (...) que le hizo perder el dominio del auto-camión a que todo conductor viene obligado en todo momento, conforme al Código de la Circulación".

En el caso de la s. de 6 de mayo de 1983 se rompe la pieza de reenvío de la dirección de un camión, perdiendo el control del mismo su conductor e invadiendo la acera, causando la muerte de una persona y daños a otra que allí se encontraban. El T.S. rechaza el criterio de la sentencia recaída en apelación, que, negando la existencia de culpa alguna, había de-

personas las que por su posición en relación al vehículo podían haber hecho algo más para evitar el evento dañoso. A esa idea respondería el aumento significativo de la responsabilidad del propietario con relación a los demás casos del supuesto 1. El resto se divide entre la sociedad (19%) y la no reparación (13%).

En el caso 4 se está de nuevo ante un caso fortuito, un evento absolutamente imprevisible e inevitable, que esta vez, sin ser extraño a la conducción, es ajeno a la calidad del vehículo y al funcionamiento de sus mecanismos. En la aplicación de la Ley del Automóvil es dudoso que este supuesto se considerara fuerza mayor exonerante. Por otra parte, no se observa ningún ápice de culpa que permita la aplicación del art. 1902.

Tratándose de un caso fortuito extraño al vehículo y su funcionamiento y exento de toda connotación culpabilista, es lógico que los encuestados resten responsabilidad al propietario hasta dejarla reducida a un 6% e incrementen hasta un 37% la del conductor, quizás en la idea de que el simple hecho de utilizar un vehículo implica un riesgo que debe acarrear responsabilidad. Resulta significativo el considerable aumento de las respuestas que optan por la sociedad (31%) o por nadie (15%).

En el caso 5 la caída de un rayo sobre el automóvil supone un caso de fuerza mayor por excelencia, totalmente extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo y, por ello, en la ley y en la jurisprudencia, causa de exención de responsabilidad.

Ante este evento de fuerza mayor son más los encuestados que excluyen una posible responsabilidad objetiva del conductor (sólo un 18%) o del propietario (7%). Por contra, vuelven a experimentar un gran aumento los porcentajes obtenidos por la sociedad (42%) y por la no atribución de responsabilidad (26%).

SEGUNDO SUPUESTO

Caminando por la calle una persona choca con otra, que, como consecuencia del accidente, sufre algunas lesiones

Caso 1: *El accidente se debe a que el peatón ileso caminaba enfrascado en la lectura de una revista. ¿Responde de los daños causados al otro peatón?:*

a) sí (69%)
b) no (30%)

Caso 2: *El accidente se debe a que el peatón ileso sufre un traspiés cuando caminaba con bastante prisa. ¿Responde de los daños causados al otro peatón?:*

a) sí (33%)
b) no (66%)

Caso 3: *El accidente se debe a que el peatón ileso sufre un repentino desmayo (cosa que nunca le había ocurrido), cayendo sobre la otra persona. ¿Responde de los daños causados a este otro peatón?:*

a) sí (17%)
b) no (83%)

Caso 4: *El accidente se debe a la caída de un rayo tan cerca del peatón ileso que le arroja contra el otro peatón. ¿Responde de los daños causados a este peatón?:*

a) sí (9%)
b) no (90%)

TERCER SUPUESTO

El paciente muere en una operación quirúrgica

En su opinión:

a) el médico responde siempre (6%)

b) sólo si la operación ha podido realizarse de mejor manera, aunque no es necesario que se hayan infringido las reglas médicas de una buena operación. Basta con que los mejores especialistas en la materia opinen que, sin que la operación esté mal hecha, se podría haber seguido otra técnica de mejores resultados o haber actuado con mayor habilidad (36%)

c) sólo si el médico ha actuado con impericia o torpeza, no haciendo correctamente lo que indican todos los manuales de medicina (46%)

d) sólo si el médico ha incurrido en una falta gravísima, como por ejemplo, operar en estado de embriaguez (12%)

e) nunca responde el médico (0%)

*COMENTARIO**

Mediante esta pregunta se pretende valorar el alcance que la opinión pública concede a la responsabilidad del médico. Para ello se ha elegido un supuesto llamativo como es la muerte de un paciente en una operación quirúrgica. Se han establecido cinco respuestas, que corresponden a los distintos criterios posibles a la hora de imputar la responsabilidad. De esta manera, la contestación *a* recoge el supuesto de responsabilidad objetiva: el médico responde siempre, exista o no negligencia por parte del mismo; las tres respuestas siguientes se refieren a casos en que existe culpa por parte del médico, abarcando los tres grados de la misma: culpa levísima *b*, si el cirujano no ha empleado la diligencia de los mejores especialistas en la materia; culpa leve *c*, cuando el médico no ha actuado con la diligencia exigible a un profesional; culpa grave (d), si el cirujano se ha comportado con gran negligencia, infringiendo los deberes mínimos de cuidado, como ocurre al operar en estado de embriaguez. Se completa el cuadro de posibles respuestas con la que exime al médico de responsabilidad en todo caso *e*.

En nuestro país, el C.c. regula prácticamente todos los posibles supuestos de responsabilidad civil en una sola declaración, la del art. 1902, no estableciendo una específica responsabilidad civil profesional basada en la exigencia de una diligencia distinta de la general, que llevaría, quizás, a la creación de unos tribunales profesionales que delimitasen cuándo un médico ha actuado negligentemente (55). Por lo tanto, se incurre en responsabilidad civil cuando se causan daños existiendo culpa en la actuación de una persona, cualquiera que sea la actividad que ésta desarrolle. Respecto al grado de diligencia exigible al médico, el criterio ob-

---

jado encuadrado el suceso en el caso fortuito, indemnizable en virtud de la Ley del Automóvil, pero sólo hasta la cuantía máxima cubierta por el seguro obligatorio. El T.S. estima que, aunque "el defecto existente en el sistema de dirección del vehículo no era apreciable por la simple conducción del mismo", hay culpa del conductor por "no haber sometido al vehículo a revisiones periódicas en talleres adecuados". Explica el T.S. que "ha de buscarse, perquiriéndolo con acucioso celo cuanto conduzca a la reparación del máximo daño causado a persona (...) que unánimamente se proclama inocente". Así mismo declara que "es indispensable detectar la existencia de alguna manifestación de culpa, siquiera mínima, pues sólo así puede generarse responsabilidad". Siempre "en beneficio de una víctima irreprochable en su conducta", el T.S. insiste en que "al riesgo latente producido genéricamente por la circulación del camión, se adosa, aflorándolo o revelándolo singularizadamente, surgiendo una culpa, tenue si se quiere, pero real y cierta, el dato de que los mecanismos del vehículo no se hallaban, desde tiempo antes, en perfectas condiciones".

(55) Ataz: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, pág. 237.

*Por Domingo Jiménez Bestard.

jetivo del buen padre de familia contenido en el art. 1104 debe transformarse en el criterio del "buen técnico en medicina" (56). Conforme al C.c., deberán tenerse en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar a la hora de valorar si ha existido infracción de los deberes de cuidado. El grado de competencia exigible al médico está relacionado con la competencia mínima presunta que se deriva del título profesional (57). Puede concluirse, entonces, que en el Derecho civil español no existe diferencia entre la culpa general y la culpa médica (58) (59).

En el Derecho comparado (60), se encuentran soluciones semejantes. Así, en Gran Bretaña y Estados Unidos el médico debe hacer aquéllo que es razonable en las circunstancias del caso; la diligencia exigible es la que habría empleado un médico de la misma preparación en esas circunstancias. La buena actuación médica es la normal, es decir, aquélla que es usual en la profesión. Distinta posición mantienen otros Derechos respecto de la responsabilidad del médico, excluyendo de la misma la culpa leve, por lo menos en supuestos graves o de emergencia, como ocurre en Alemania o Grecia. Según el art. 1176 del C.c. italiano, en el cumplimiento de las obligaciones profesionales, la diligencia va determinada con relación a la naturaleza de la actividad ejercitada, mientras que el art. 2236 señala que si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de la obra no responde de los daños excepto en casos de dolo o culpa grave.

La inmensa mayoría de los encuestados se inclinan por dos de las respuestas: para el 36%, el cirujano debe responder cuando hay culpa levísima y para el 46%, cuando exista culpa leve. Las restantes alternativas obtienen mucho menor respaldo. En estos resultados se aprecia que buena parte de los encuestados (36% de la culpa levísima y 6% de la responsabilidad sin culpa) es muy exigente con la actuación del médico. Quizás

(56) *Ibidem*, pág. 239.

(57) *Ibidem*, pág. 240.

(58) *Ibidem*, pág. 240

(59) No obstante, en la s. de 26 de mayo de 1986, en la que es demandado un médico por la existencia de responsabilidad contractual por negligencia profesional, se desestima la demanda "teniendo en cuenta que la acción ejercitada se basa en la supuesta culpa contractual, en la que, a diferencia de la extracontractual con base en el art. 1902 C.c., no rige el principio de incurrir en ella por culpa levísima".

(60) Todos los datos sobre Derecho comparado que figuran en este comentario proceden de la obra de Zepos/Christodoulou: *Professional Liability*, en International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, cap. 6, págs. 11 ss.

este alto porcentaje pueda explicarse por la especial sensibilidad que reviste el tema, al estar en juego la salud -en este caso, la vida- de la persona. No obstante, la mayoría relativa (46%) ajusta su criterio al de la simple culpa.

CUARTO SUPUESTO

La caída de un cable de alta tensión causa la muerte de una persona por electrocución

La Compañía eléctrica propietaria de la instalación responde de los daños producidos:

a) siempre, aunque no exista ningún sistema de seguridad capaz de evitar el accidente concretamente ocurrido (45%).

b) sólo si no ha colocado unos sistemas de seguridad no obligatorios pero que habrían evitado el accidente (27%).

c) sólo si no ha colocado los sistemas de seguridad obligatorios por la ley (22%).

d) nunca (0%).

*COMENTARI**

El que s'ha pretès amb la introducció d'aquest supòsit al treball i a l'encuesta és fonamentalment: a) veure si la jurisprudència qualifica d'alguna manera la responsabilitat de les empreses que produeixen danys i perjudicis als particulars com a conseqüència d'una activitat d'alt risc i perillositat i fer també una breu referència al Dret comparat; b) veure si els resultats de l'enquesta revelen la consciència per part dels enquestats d'aquesta desigualtat ente les parts mitjançant el grau de responsabilitat que atribueixen a l'empresa.

Han estat tres les sentències analitzades sobre responsabilitat extracontractual d'empreses elèctriques: s. de 5 de abril de 1963 (culpa extracontractual amb indemnització per mort per despreniment de cable d'alta tensió), s. de 22 de novembre de 1983 (culpa extracontractual; escalada a pal elèctric d'alta tensió per nin que mor per descàrrega elèctrica) i s. de 29 de juny de 1984 (culpa extracontractual; lesions causades a un treballador quan realitza treballs en el terrat d'una casa a conseqüència de descàrrega elèctrica).

*Por Francesc Segura Fuster.

Els arguments que trobam a aquestes sentències són:

a) responsabilitat pels danys produïts en l'exercici d'una activitat productora de risc o perillositat (61);

b) només la culpa exclusiva i manifesta del perjudicat eximeix de responsabilitat l'empresa (62);

c) el compliment dels requisits reglamentaris no és causa suficient per eximir la responsabilitat (63);

d) inversió de la càrrega de la prova (64);

e) suavització de la rigorosa prova dels fets (65);

f) exigència d'una màxima diligència fins al punt d'afirmar que la producció mateixa del fet implica negligència (66).

---

(61) Així, per exemple, la s. 22 de noviembre de 1983 diu: "... a todo lo cual ha de añadirse la orientación ya consagrada en la doctrina y la jurisprudencia que en la esfera del derecho de daños basan también el deber de indemnizar en la teoría del riesgo -ss de 27 de abril 1981, 10 mayo y 20 diciembre 1982 y 6 mayo 1983-".

(62) Així, la s. de 22 de novembre de 1983 diu que s'ha d'indemnitzar "... a no ser que el suceso tenga su causa en la culpa exclusiva y manifiesta del perjudicado, sin actuación culposa concurrente de la otra parte -ss. de 27 de mayo y 4 de octubre 1982-". En el mateix sentit la s. de 29 de juny de 1984.

(63) "Es suficiente para crear la responsabilidad que la Sentencia recurrida acoge, en ortodoxa aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial de no eludiría el mero cumplimiento de formalidades administrativas cuando se aprecia que han resultado insuficientes" (s. de 29 de juny de 1984); també la s. de 5 d'abril de 1963.

(64) "El sistema subjetivo viene evolucionando en la doctrina y en la jurisprudencia unas veces invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos ilícitos con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos..." (s. de 5 d'abril de 1963).

(65) "... de acuerdo con la tendencia doctrinal y jurisprudencial, ante los riesgos que la vida moderna crea o da origen, se suaviza la rigurosa exigencia de una prueba completa o plena de los hechos, frente a la peligrosidad de éstos, integrados en el caso de autos por el paso de una línea eléctrica de alta tensión sobre una vía pública sin red o cable fiador... todo lo cual aconseja dar cabida al principio de expansión de la apreciación de la prueba en beneficio del más débil" (s. de 5 d'abril de 1963).

(66) Són ben expressius aquest dos paràgrafs: -"... no sólo lo contrario a la ley es ilícito, sino que debe ir acompañado de la diligencia, elemento esencial para la exoneración de la responsabilidad (...), llegando a declarar la (sentencia) de 25 de marzo de 1954 que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo que prevenir, no hallándose completa la diligencia" (s. de 5 d'abril de 1963).

Aquest darrer requisit duu de fet a l'objectivació de la responsabilitat, perquè la simple producció del dany o perjudici implicarà la responsabilitat de l'agent productor, ja en tot cas es consideraran les mesures adoptades com a insuficients. D'aquesta manera pot afirmar-se que la jurisprudència en aquestes sentències adopta una postura clara de defensa de la part més feble en contra de l'agent productor del perjudici amb la seva activitat.

Pel que fa al Dret comparat (67), els diversos Estats adopten les següents posicions:

a) responsabilitat basada en la noció que l'electricitat és una cosa sota la guarda d'algú (68);

b) responsabilitat basada en la presumció de culpa del propietari (69);

c) responsabilitat basada en l'estricta responsabilitat (70);

-"... la mera observancia de las garantías exigidas por el Reglamento de 28 de noviembre de 1968 en materia de conducción eléctrica no exonera de responsabilidad cuando, como aquí ocurre, no han ofrecido resultado positivo alguno para evitar los daños previsibles y evitables".

(67) Totes les dades sobre Dret comparat que s'inclouen en aquest comentari procedeixen de Stone: *Liability for Damage Caused by Things*, International Encyclopedia of Comparative Law, vol-XI, cap. 5, págs. 48 ss.

(68) A França s'entén que l'electricitat és una cosa baix la guarda d'algú, sobre qui recau la presumpció de responsabilitat (art. 1384 C.c.). Perquè existeixi aquesta responsabilitat és necessari: a) demostrar que l'electricitat ha estat causa activa del mal; b) que no hagi tengut el seu origen en una actuació d'un home, ja que en aquest cas s'aplicaria la regla general de faltes (art. 1382), com per exemple pot ser le incorrecte instal.lació dels cables pels encarregats.

(69) La jurisprudència argentina exigeix que el propietari demostri que va actuar sense culpa si vol evadir la responsabilitat. En el mateix sentit la legislació danesa presumeix que hi ha hagut falta per part de qui opera l'estació d'electricitat.

(70) Al Regne Unit s'aplica el principi de l'estricta responsabilitat (*strict liability*) desenvolupada a la regla de "Rylands V. Fletcher". Segons aquesta, la producció d'un dany per transport o acumulació de matèries perilloses és un ús no natural del *Land*. Això no obstant, aquesta no s'aplica respecte, a) l'ús domèstic de l'electricitat, on s'ha de provar negligència de l'acusat; b) si el mal s'ha produit sense negligència i s'ha actuat amb autorització expressa de l'autoritat, no hi sol haver responsabilitat.

Als Stats Units hi ha una forta discussió sobre l'aplicació o no de la doctrina de l'estricta responsabilitat. Encara que actualment aquesta no s'aplica, hi ha un gran nombre d'autors que la reivindiquen.

d) responsabilitat basada en el desenvolupament d'una activitat perillosa (71);

e) responsabilitat estatutària (72).

Pel que fa a l'enquesta, les quatre opcions es corresponen correlativament amb les següents posicions: *a*: responsabilitat objectiva de l'empresa; *b*: responsabilitat exigida per no haver previst allò que és previsible i evitar allò que és evitable, encara que s'han complit els requisits reglamentaris; *c*: responsabilitat sorgida d'una actuació culposa i negligent amb incompliment de reglaments; *d*: exoneració de la responsabilitat en qualsevol cas.

Els resultats de l'enquesta demostren una clara tendència a l'objectivació de la responsabilitat de les empreses per danys causats en el desenvolupament de les seves activitats, en aquest cas d'una empresa elèctrica. La presa de postura de la majoria dels enquestats va, en conseqüència, més lluny que la mateixa jurisprudència, que, encara que de fet aplica una responsabilitat objectiva, no ho reconeix de forma expressa.

Cal fer ressaltar d'altra banda que en aquest supòsit la posició de més de la majoria absoluta dels enquestats (a + b) coincideix amb la jurisprudència en l'exigència d'una responsabilitat qualificada de l'empresa més enllà de la mera culpa o negligència, pels danys i perjudicis causats en l'exercici de la seva activitat, posició que en darrer terme ens duu a la responsabilitat objectiva, majoritàriament acceptada pels enquestats (73).

---

(71) La llei italiana tractaria aquesta responsabilitat a partir de l'art. 2050 del seu C.c., considerant certes activitats com a perilloses, bé per la seva naturalesa, o bé per la mena d'operacions que impliquen.

(72) Hi ha diversos supòsits de responsabilitat objetiva imposta per llei: Suissa, Bèlgica, Alemanya, països escandinaus...

(73) S'han estudiat les dades en relació a les edats, estudis i el fet de tenir fills menors a 14 anys o de no tenirlos. Els porcentatges coincideixen en la gran majoria de casos, tret d'alguns on el supòsit *c* s'imposa al *b*. Així, per exemple, respecte a les persones amb estudis primaris: *a*: 65%; *b*: 10%; *c*: 24%. També s'ha donat en el grup d'edat entre 14 y 60 anys: *a*: 49%; *b*: 20%; *c*: 27% i finalment al grup amb fills menors de 14 anys: *a*: 56%, *b*: 17%, *c*: 27%.

QUINTO SUPUESTO

Un niño de doce años, de reconocido carácter violento y pendenciero, en una riña hiere a otro niño con una navaja

Los padres de este niño deberán responder por los daños causados:

a) siempre, aunque le hayan educado y cuidado con una diligencia extraordinaria, con ayuda de psicólogos y pedagogos, controlando con especial minuciosidad las actividades del niño y los objetos que lleva consigo (64%)

b) sólo si se limitaron a educarle y vigilarle como es corriente; en relación a este suceso, por ejemplo, le habían prohibido llevar o utilizar navajas, habiéndole castigado el día en que le descubrieron una (15%)

c) sólo si le permitieron que llevara la navaja, aunque le advirtieran que tuviera cuidado (13%)

*COMENTARIO**

Con la formulación de este supuesto se ha pretendido conocer qué opinión tiene nuestra sociedad acerca de las responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos y, concretamente, si la mayoría opta por un sistema de responsabilidad objetiva -en el que los padres responden en todo caso- o por un sistema de responsabilidad por culpa -en el que los padres responden cuando han actuado negligentemente en la educación o vigilancia de sus hijos-.

Las respuestas que se han ofrecido a los encuestados son tres: en la primera de ellas *a* se sigue un criterio de responsabilidad objetiva, pues los padres responden aunque la educación y vigilancia hayan sido absolutamente diligentes; en la segunda respuesta *b* se recoge una responsabilidad por culpa leve y en la tercera *c* se refleja una actuación claramente negligente.

Teóricamente nuestro Ordenamiento jurídico (art. 1903 del C.c.) sigue un modelo de responsabilidad por culpa en el que la culpa se presume *iuris tantum*. Pero ello es sólo teóricamente, pues la práctica jurisprudencial se acerca a un sistema de responsabilidad objetiva o cuasiobjeti-

* Por Carlos Florit Canals.

va, requiriéndose una "rigurosa prueba de la diligencia" para exonerar de responsabilidad a los padres (74). El T.S. no señala ningún factor concreto como exoneratorio, por lo que resulta imprescindible acudir a los casos específicos resueltos por él para observar sus criterios y tendencias. Así, por ejemplo ,como señala García Vicente (75), al tratarse de juegos el T.S. distingue los peligrosos de los no peligrosos; la mera participación del menor en los primeros ya implica culpa de los padres, mientras que en los segundos la culpa se estimará en el caso de participación imprudente en el juego en principio no peligroso. En este contexto la s. de 4 de mayo de 1984 (76) fundamenta la responsabilidad en el riesgo que se genera con un juego peligroso y rechaza que pueda hablarse de caso fortuito cuando hubo una posibilidad de prever y, por ello, evitar los daños causados. En definitiva, subyace la idea de prohibir a los niños que jueguen de forma peligrosa (p.ej., s. de 30 de abril de 1969) (77).

Otro tema debatido es el de la prohibición paterna. ¿Es suficiente para exonerar a los padres que hubieran prohibido la actividad origen del daño? El T.S. entiende que no basta con prohibir, sino que es necesario que se tomen las medidas adecuadas para que la prohibición surta efecto (p.ej., s. de 15 de febrero de 1975 (78)).

El T.S., por último, no sólo condena por culpa *in vigilando*, sino también -según explica García Vicente (79)- por culpa *in educando*.

Si éste es el estado de cosas en España, en otros países hallamos una variedad de posibles respuestas (80): en los países de tradición germánica y de América latina existe una mayor indulgencia para con la actua-

---

(74) Ver García Vicente: *La responsabilidad civil de los padres por actos de los hijos menores: causas de exoneración*, Anuario de Derecho Civil, 1984, págs. 1035 ss.

(75) *Ob. cit.* págs. 1037 ss.

(76) En el supuesto, un niño lanza un petardo en un parque y causa lesiones en un ojo a una niña que se encontraba a seis metros de distancia. El T.S. califica el daño de previsible y fundamenta en parte el fallo en la responsabilidad por riesgo.

(77) Un grupo de niños divididos en bandos juega a lanzar piedras y uno de los niños se lesiona perdiendo la vista en un ojo. El padre del que lanzó la piedra responde,por no evitar que su hijo participara en un juego peligroso.

(78) Un menor participa en una cacería incumpliendo la prohibición de su tutor. En el curso de la partida de caza se le dispara el arma, hiriendo a otro cazador. El T.S. condena al tutor, no conformándose con su prohibición expresa de cazar.

(79) *Ob. cit.*, págs. 1046 ss.

(80) La información que figura en este trabajo sobre Derecho comparado procede, en su totalidad, de Le Gall: *Liability for Persons Under Supervision*, en International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, cap. 3, pág. 21.

ción de los padres; por el contrario, en los países europeos de tradición latina se da una mayor severidad. En general puede afirmarse que la educación del menor es tan sólo un elemento en la valoración de la diligencia de los padres.

De los resultados globales del sondeo se puede extraer una conclusión básica: una mayoría cualificada (64%) opta por un sistema de responsabilidad objetiva; aunque no sea despreciable el 28% que opta por exigir algún tipo de culpa, la tesis que de hecho viene aplicando el T.S. -aunque no nominalmente- es mayoritaria en nuestra sociedad.

Conectando los datos personales de la muestra con los de la encuesta, se advierte que entre quienes tienen hijos disminuye la preferencia por la responsabilidad objetiva, aunque, curiosamente, escapan a esta regla los padres de niños entre 7 y 14 años (la edad del niño del supuesto) (81).

SEXTO SUPUESTO

Un niño de cinco años causa a otro lesiones en un ojo en una pelea en la guardería. Pese a estar suficientemente vigilados, no se pudo evitar la repentina pelea

¿Responden por los daños causados?:

a) los padres (11%)
b) la guardería (48%)
c) nadie (32%)
a + b (8%)

---

(81)

Respuesta	Padres sin hijos	Padres con hijos en general	Padres con hijos 7 - 14 a.
a (resp. obj.)	66%	59%	68%
b (culpa leve)	12%	18%	18%
c (culpa grave)	9%	18%	9%
d (N.S./N.C.)	13%	5%	6%

*COMENTARIO**

Se pretende dilucidar en este caso si la responsabilidad que se deriva de los daños causados por un niño pequeño es una responsabilidad objetiva (*a* y *b*) o por culpa (*c*) y, tratándose de responsabilidad objetiva, si responden los padres, pese a no tener la custodia inmediata del menor en el momento del accidente (*a*) o la institución o persona que tiene por delegación la guarda efectiva del niño (*b*).

Los criterios para la determinación de la responsabilidad por daños causados por menor han ido evolucionando desde la responsabilidad por culpa presunta *in vigilando/in educando,* llegándose a adoptar cada vez más criterios de responsabilidad por riesgo u objetiva. Así, por ejemplo, la s. de 22 de abril de 1983 menciona "la inserción de un matiz objetivo en la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos *in potestate,* que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad".

Asunto diverso es si deben responder los padres o la entidad escolar o guardería que se ocupa del menor al tiempo del suceso, habida cuenta de que ambos vienen citados en el art. 1903. El T.S. sólo se ha expresado "cuasiobjetivamente" tratándose de responsabilidad paterna.

Lacruz, en la doctrina, se muestra contrario a la extensión de la responsabilidad de los maestros, valiéndose de tres argumentos: a) al extenderse su responsabilidad a los perjuicios causados por los alumnos solamente "mientras permanezcan bajo su custodia", no puede derivarse responsabilidad para los maestros "cuando falta una obligación de vigilar la actividad general (no sólo la escolar) de los estudiantes"; b) "aun siendo menores los escolares, no responderán los educadores de aquellos sucesos que entren en el normal desarrollo de la vida escolar, de modo que sólo podrían impedirse coartando de modo inadmisible la libre actividad de los discípulos"; c) en la realización de juegos y deportes (actividades que generan la mayoría de los daños) el maestro sólo debe responder, de acuerdo con los criterios de evitabilidad y imprevisibilidad del daño, "cuando hay podido evitar el accidente o permita a los escolares dedicarse a juegos peligrosos" (82).

---

* Por Antonio González Navarro.

(82) *Elementos de Derecho Civil.* t. II, vol. 1, 2ª, Barcelona, 1985, págs. 573-4.

En Derecho comparado (83) existen dos tendencias:

a) por un lado, se suele exigir la prueba de la culpa personal del profesor para poner en juego su responsabilidad con motivo de los perjuicios causados por los alumnos mientras se encuentran bajo su vigilancia;

b) por otro lado, en numerosos países, el Estado garantiza, con arreglo a distintas modalidades, la deuda de los enseñantes frente a los perjudicados. Así ocurre, por ejemplo, en Francia, desde la publicación de la ley de 5 de abril de 1937, por la que todos los enseñantes quedan liberados de la presunción de culpa y se instaura la responsabilidad del Estado en sustitución de los mismos.

Pese a ello, por los resultados de la encuesta, la opinión más extendida (48 + 8%) atribuye la reponsabilidad a la guardería, frente a un 11 + 8% de responsabilidad paterna. Es destacable el relativamente alto porcentaje (32%) que opina que nadie debe responder de los daños causados y que se inclina por una responsabilidad exclusivamente por culpa.

SEPTIMO SUPUESTO

Una chica de dieciseis años, en una excursión con sus amigas, provoca un incendio forestal al arrojar una colilla de cigarrillo mal apagada

Caso 1: *Los padres le permitían fumar.*

¿Quién responde de los daños ocasionados?:

a) la chica (29%)

b) los padres (25%)

c) los padres sólo si la chica no tiene dinero propio con que afrontar esta responsabilidad (29%)

d) nadie (7%)

a + c (6%)

(83) Los datos sobre el Derecho Comparado proceden de Viney: *La responsabilité: conditions*, París, 1982. págs 991 ss.

Caso 2: *Los padres le habían prohibido fumar tanto en casa como fuera de ella. ¿Quién responde de los daños ocasionados?*:

a) la chica (36%)

b) los padres (19%)

c) los padres sólo si la chica no tiene dinero propio con que afrontar esta responsabilidad (28%)

d) nadie (7%)

a + c (6%)

*COMENTARI**

La inclusió del supòsit a l'enquesta obeeix a la intenció de constatar, dins els límits que aquest sondeig ens permet, quina és l'opinió de la societat sobre el controvertit tema de qui ha de respondre pels actes comesos per adolescents, en aquest cas representats per una al.lota de setze anys.

Es tracta d'observar si la tendència de l'opinió pública és cercar una responsabilitat subjectiva, una culpa (*a* i *d*) o si, en canvi, s'aprecia una responsabilitat dels pares, cosa que demostraria una inclinació cap a la responsabilitat objectiva.

Una altra qüestió interessant per estudiar és si l'obligació de reparar dels pares constitueix una simple garantia subsidiària davant la manca de mitjans econòmics de la menor, o si constitueix una veritable responsabilitat civil.

A l'últim hem d'indicar també que la distinció que es fa entre els casos primer i segon es fonamenta en el propòsit d'examinar, en el cas que se'n faci respondre les pares, si aquesta obligació mostra qualque tret de culpa (els pares li permetien fumar) o si és plenament objectiva (els pares li havien prohibit fumar).

---

* Per Gabriel Koppen i Miquel Angel Mas i Colom.

El supòsit és extret d'una sentència de 14 de abril de 1977, en la qual el Tribunal Suprem atribueix efectivament la responsabilitat als pares basant-se en una culpa *in vigilando*, ja que "no se puede limitar a prohibir fumar a una menor en su presencia o fuera de ella, sino que debe atemperarse a las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trate". El T.S., en aquest i en altres casos anàlegs, es dirigeix a cercar una responsabilitat per culpa, intentant adequar-se a les exigències de l'art. 1903 del nostre C.c.; a pesar d'això, en el comentari que fa De Angel (84) a la sentència anteriorment esmentada, es qualifica l'argument culpabilístic utilitzat pel T.S., com de "pura retórica", ja que es considera que el que es fa realment és atribuir una responsabilitat objectiva als pares, independentment de qualsevol element subjectiu.

S'ha d'assenyalar, per altra banda, que la tendència general en el nostre país, en supòsits d'actes comesos per menors, és a l'objectivació de la responsabilitat, tant en la doctrina com en la jurisprudència, encara que això s'encobreixi sota arguments no del tot convicents (culpa *in vigilando* i *in educando*) (85).

Sortint de l'àmbit estatal, cal indicar que en el Dret comparat (86), sense poder establir regles de caràcter general, hi ha una tendència a prendre en consideració l'edat del menor en la determinació de la responsabilitat dels actes realitzats per aquests. En el cas de nins s'exigeix als pares una prova completa i excloent de la diligència observada per poder exonerar de la responsabilitat; en canvi, quan els fills són adolescents, a partir de quinze anys, la diligència exigida als pares o tutors és molt menor, fins al punt que se n'arriba a presumir la inocència, excepte en els casos en els quals el menor té una predisposició a realitzar actes danyosos.

Després d'aquesta petita introducció en la qual hem fixat els objectius i la resposta que la pràctica judicial ofereix al problema; podem passar a analitzar els resultats generals de l'enquesta, que són, des del nostre punt de vista, bastant interessants i que ens han sorprès en certs aspectes.

En primer lloc, crida l'atenció l'alt percentatge d'opinió a favor de l'atribució de l'obligació de reparar als pares (arriba a un 60% en el cas

(84) *Ob. cit.*, pág. 65.

(85) Ver Lacruz: *ob. cit.*, págs. 580-581.

(86) Totes les dades sobre Dret comparat que s'incloven en aquest comentari procedeixen de Le Gall: *ob. cit.*, págs. 20-21.

1). D'altra banda, en la comparació dels casos 1 i 2, observam també que l'element culpabilístic té escassa importància a l'hora d'establir la responsabilitat dels pares, que es manté sempre per sobre del 50%; existeix una diferència màxima entre els dos casos d'un 7%.

Assenyalàvem anteriorment que es podia distinguir una responsabilitat directa dels pares d'una responsabilitat subsidiària davant la falta de mitjans econòmics del menor. En el cas 1 podem constatar una preferència per la garantia subsidiària (35%) enfront de l'obligació directa (25%), diferència que s'accentua en el cas 2, en què es manté la primera (34%), mentre que disminueix la segona (passa a un 19%). Es curiós que un poc més d'un terç de la societat es mantengui constant en la consideració de la responsabilitat subsidiària dels pares independentment de qualsevol element subjectiu.

Si bé resulten interessants els resultats generals, crida molt més l'atenció l'estudi de les respostes obtengudes en atenció a dues variables concretes: esser pares de fills adolescents i ingressos.

a) Esser pares de fills adolescents.

La dada que més ens ha sorpres en analitzar l'enquesta, en atenció a aquesta variable, és que les persones que tenen fills adolescents s'atribueixen la responsabilitat en un índex més elevat en comparació amb les dades generals (un 67% enfront d'un 60%). A més s'inverteix la relació entre responsabilitat directa i subsidiària, de manera que la primera supera àmpliament la segona (38% enfront del 29% en el cas 1 i 35% enfront del 27% en el cas 2), en oposició als resultats estudiats anteriorment a nivell global. Per ventura podem justificar aquesta divergència amb el fet que els pares de fills adolescents hagin hagut de plantejar-se alguna vegada aquesta problemàtica i considerin la qüestió des d'un punt de vista més proper a la realitat.

b) Ingressos.

Respecte a la incidència del nivell d'ingressos en l'atribució de la responsabilitat, crida poderosament l'atenció el fet que, a major nivell d'ingressos, major és la imputació de l'obligació de reparar als pares, que passa d'un 48% en el menor nivell d'ingressos (menys d'un milió) a un 73% en el màxim nivell (més de 3 milions), cosa que constitueix una diferència considerable (25%). El que també resulta curiós és que es mantengui la diferència proporcional assenyalada anteriorment respecte a la

generalitat, tant entre la responsabilitat directa i subsidiària, com entre els casos 1 i 2.

Podem tal vegada, en aquest cas, establir un paral.lelisme entre l'estructura interna de la nostra societat i les relacions entre societats avançades i menys desenvolupades en el tema de la responsabilitat objetiva: a major benestar social, menor és la importància de l'element subjectiu, que resta relegada per la necessitat de la reparació dels danys i la salvaguarda d'aquest benestar.

OCTAVO SUPUESTO

Un chico de dieciséis años viola a una mujer en un paso subterráneo

¿Responden los padres?:

a) siempre (32%)
b) sólo si el chico evidenciaba un carácter peligroso (18%)
c) nunca (49%)

*COMENTARIO**

Este supuesto trata sobre los delitos sexuales y la responsabilidad civil de quien ejerce la patria potestad sobre el causante del acto ilícito. Se trata de observar si en el supuesto la opinión pública se manifiesta menos favorable a la responsabilidad paterna que lo que ocurre en los supuestos 5, 6 y 7.

La responsabilidad de los padres, justificada en el art. 1903 del C.c., se presenta en general en la doctrina y en la jurisprudencia en términos de objetividad o cuasi objetividad (87). En la jurisprudencia española (2ª Sala) se observa, sin embargo, una renuencia a aplicar tal responsabilidad objetiva en los supuestos de delito sexual (88). Lo mismo ocurre en países como Francia e Italia (89).

(87) Ver comentarios a los supuestos 5 y 7.
(88) Ver García Vicente: *ob. cit.*, pág.
(89) *Ibidem*.

* Por Francisco Javier Valles Flórez.

En la encuesta se manifiesta una división de opiniones, aunque con una tendencia marcada hacia la irresponsabilidad paterna (49%, de forma clara, y 18% , con matices).

Se observa, además, que las personas que tienen uno o más hijos, se muestran más favorables que la media a las soluciones de irresponsabilidad de los padres (90).

NOVENO SUPUESTO

El empleado conductor de una escavadora, incumpliendo las órdenes de su empresa, circula con las luces apagadas, siendo causa por ello de un accidente de circulación

¿Quién responde?:

a) el conductor (84%)

b) la empresa (7%)

c) nadie (2%)

a + b (7%)

DECIMO SUPUESTO

El empleado de una empresa eléctrica realiza diversos robos en domicilios aprovechando que debe entrar en ellos para leer los contadores

Además del empleado, ¿debe responder la empresa?:

a) sí (32%)

b) no (66%)

(90) Entre las personas que se adhieren a la respuesta *a* (responsabilidad en todo caso) solo un 10% tiene algún hijo, mientras que este porcentaje se eleva a un 20% para la respuesta *b* y un 22% para la *c*.

*COMENTARIO**

Ambos enunciados encuadran en nuestro cuestionario la responsabilidad civil extracontractual de la empresa por los actos ilícitos de sus operarios ejecutados en el cometido de sus funciones. En el supuesto noveno, claro exponente de un ilícito administrativo (91), concurre un incumplimiento de las órdenes del empresario, mientras que en el décimo se da un ilícito penal.

El art. 1903 del C.c. sienta la responsabilidad directa, de primer grado, del empresario por los actos de sus dependientes, responsabilidad altamente objetiva según la actual línea jurisprudencial (92). La desobediencia de órdenes del empresario y el abuso delictivo de funciones o la comisión de delito con ocasión de las mismas son supuestos límites controvertidos (93).

El Derecho civil francés, por ejemplo, va más allá que el español a la hora de calificar como objetiva la responsabilidad extracontractual del empresario y sus tribunales afirman constantemente esta obligación al declarar sin ambages responsables a los patronos de las infracciones de sus operarios, aunque se incumplan órdenes empresariales o se trate de ilícitos penales, excluyendo únicamente aquellos considerados "los más odiosos" (94).

En la encuesta se observa como primera tendencia, mayoritaria, la de imputar la responsabilidad al agente directo del daño, posición que parece lógica en un sistema sociojurídico preponderantemente subjetivo. Siendo los dos supuestos bastante similares, la opinión pública, sin embargo, se decanta por una mayor responsabilidad de la empresa en el décimo supuesto (32%) que en el noveno (14%). La diferencia puede deberse al diferente enunciado de los supuestos o al hecho de que en el supuesto décimo la representatividad del empleado es más evidente para la víctima (95).

---

* Por Caterina Vivern Mairata

(91) Art. 53 del Código de la Circulación.

(92) Ver Cavanillas: *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, págs. 35 ss. Ver igualmente ss. de 22 de diciembre de 1981 y 25 de octubre de 1980, entre otras.

(93) Sobre el abuso de funciones ver Lacruz: *ob. cit.*, págs. 577-578; sobre incumplimiento de órdenes: s. de 24 de febrero de 1969.

(94) Ver Viney: *ob. cit.*, págs. 888 ss.

(95) No hay que olvidar que gran parte de los entrevistados son usuarios de servicios del mismo tipo, lo que tal vez provoque una tendencia subconsciente a la imputación objetiva, por responsabilidad por riesgo o para cubrir la posible insolvencia del empleado.

El hecho de no haberse incluido otro supuesto de referencia en el que no hubiera, como ocurre en los dos comentados, paliativos a la responsabilidad civil, y el modo de formular el cuestionario son factores que probablemente han coadyuvado a que el resultado final sea un tanto sorprendente, en cuanto poco comprometido para el empresario (96).

UNDECIMO SUPUESTO

Un Banco encarga a un carpintero autónomo que coloque el rótulo del establecimiento. Al hacerlo, por causas no determinadas, el rótulo cae sobre un peatón, hiriéndole

¿Quién debe responder?:

a) el carpintero (35%)

b) el Banco (18%)

c) el Banco únicamente si algún empleado suyo dirigía y controlaba la operación (14%)

d) nadie (4%)

a + b (13%)

a + c (13%)

*COMENTARIO**

Debe distinguirse la responsabilidad del empresario por los trabajos realizados por sus trabajadores, de la que puede asumir por las personas que realizan para él una obra o servicio de forma autónoma. El caso que nos ocupa es este último, sometiéndose a la opinión pública el problema del tipo de relación que debe existir entre la empresa que actúa como co-

* Por Juana Camps Bosch.

(96) Se han relacionado las diferentes respuestas con las características generales posiblemente significativas de los encuestados (profesión, nivel de estudios, ingresos, edad, tenencia de de automóvil, seguros), sin poder llegar a diseñar un entrevistado tipo para cada una de las respuestas; únicamente se observa una ligera tendencia a imputar más ampliamente la responsabilidad al empresario cuando existe un mayor compromiso de seguros.

mitente y la persona o empresa contratada para que la primera responda directamente por los perjuicios ocasionados por la segunda en la realización de su trabajo.

El supuesto escogido presenta gran parecido con el de la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 31 de mayo de 1984, consistiendo los hechos en el encargo realizado por una sucursal bancaria a una entidad mercantil para que esta última coloquen un cartel anunciador. Al realizarse la obra, los operarios de esta entidad taladran unos cables telefónicos, sin que los empleados del Banco hayan dado ninguna indicación salvo la del lugar de fijación del letrero. La Audiencia sigue la línea jurisprudencial: declara responsable a la empresa autónoma en base a una rigurosa diligencia exigible por su profesión y menciona en *obiter dicta* la doctrina jurisprudencial según la cual el que encarga un trabajo a empresa o persona autónoma en su organización no debe responder de los daños ocasionados por ésta, a menos que se hubiese reservado la injerencia, dirección o participación efectiva en los trabajos (97).

En Derecho comparado (98) se observa que en los países de influencia inglesa se es más restrictivo a la hora de hacer responder al comitente, exigiéndose tanto el control y la dirección como la elección del trabajador. La jurisprudencia francesa es más rigurosa, sin embargo, conformándose con una subordinación jurídica entre las partes, consistente en el poder de dar órdenes y dirigir las operaciones, aunque no se ejercite este poder; tampoco es necesario que el comitente haya podido elegir libremente la persona del contratista.

En España, según explica Lacruz (99), "cuando la jurisprudencia implica al dueño de la obra es porque interviene en ella inmediatamente dando instrucciones y asumiendo una función directora".

La mayoría de las respuestas de los encuestados coincide con la doctrina jurisprudencial (35% de la respuesta *a*, 14% de la *c* y 13% de la respuesta *a* + *c*). Un porcentaje relevante de las respuestas, sin embargo, se muestra más rigurosa con el Banco (18% de la respuesta *b* y 13% de la respuesta *a* + *b*). Quizás ello se deba a la influencia de la idea o sentimiento de la gran superioridad económica de la entidad bancaria.

(97) Esta sentencia puede encontrarse en Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 1984, nº 9, págs. 260 ss.

(98) Ver Viney: *ob. cit.*, págs. 876 ss.

(99) *ob. cit.*, pág. 577.

DUODECIMO SUPUESTO

Al fallar, por causas desconocidas, el sistema de seguridad de las puertas de un ascensor, una persona cae por el hueco del mismo, falleciendo. La empresa encargada del mantenimiento de dicho ascensor ha realizado las oportunas revisiones en los plazos que indica la ley

¿Quién responde?:

a) la empresa encargada del mantenimiento del ascensor (50%)

b) los propietarios de la casa (3%)

c) los inquilinos de la casa (1%)

d) la sociedad (18%)

e) nadie (14%)

a + b (4%)

a + d (4%)

*COMENTARIO**

Esta pregunta responde al interés de conocer la opinión pública en un tema que se aleja de la responsabilidad subjetiva o por culpa, presupuesto que el Derecho moderno admite hipótesis en que la responsabilidad está fundada en argumentos de naturaleza diferente (idea del riesgo: *ubi commoda, ibi incommoda* y atribución automática o *ex lege* de la responsabilidad).

La cuestión refleja la problemática de la elección del sujeto responsable objetivamente por la muerte de una persona que cae en el hueco de un ascensor, esto es, la elección de un no culpable que debe responder por el daño causado; la opinión pública debe decidirse por la empresa encargada del mantenimiento del ascensor, que ha realizado las oportunas revisiones (*a*), los propietarios (*b*), los inquilinos (*c*), la sociedad (*d*) o que nadie deba responder (*e*).

---

* Por María del Mar Meliá Ros y Miguel Angel Sainz Pérez

Este conflicto concreto es objeto de estudio en dos sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1974 y 10 de octubre de 1975, aunque en ambos casos la demanda se circunscribía al sujeto posteriormente declarado responsable. En la primera sentencia se mantiene la responsabilidad de los propietarios, basándose en la inversión de la carga de la prueba, que a su vez se ampara en que "tratándose de ascensores el dueño es directamente beneficiado por el medio de producción del daño, ya que la instalación de un aparato, útil a tal finalidad, da al dueño una posibilidad de aumentar el valor en venta o en renta de la finca". En la segunda sentencia se condena a la empresa encargada del mantenimiento del ascensor, fundándose en que "una constante jurisprudencial de esta sala declara de forma cada vez más acusada, en el camino de la objetivación de la culpa civil, que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que el art. 1902 se refiere se presume siempre culposa a no ser que el actor acredite en debida forma, haber actuado, en el caso concreto, con diligencia irreprochable lo que no ha ocurrido en el presente caso".

En España, en algunos supuestos de responsabilidad objetiva la responsabilidad es del propietario; los argumentos legales se encuentran en los arts. 1907 y 1909 del C.c., de tinte más o menos objetivo. En otros, la responsabilidad es del poseedor; son ejemplos de ello el art. 1905 y el art. 1910; además, la Ley del Automóvil, en su art. 1, recoge una responsabilidad objetiva del conductor, lo mismo que ocurre, para el cazador, en la Ley de Caza (art. 33 5º). Por último, la responsabilidad se acerca a la empresa en la Ley de Navegación Aérea (art. 45), al igual que en la Ley del Consumidor, donde se establece una responsabilidad objetiva del fabricante, importador, vendedor o suministrador (100).

La mayoría de las leyes civiles en Derecho comparado (101) coincide en achacar de lleno la responsabilidad al propietario (en supuestos análogos de caída de estructuras o edificios), en base al argumento de que la víctima generalmente no posee los medios para descubir quién causó en realidad el daño. Incluso, dispone la ley alemana que el anterior propietario será responsable *in solidum* con el actual, si el daño ocurre antes del año de haber dejado de poseer. Sin embargo, contra la tesis general, la ley inglesa hace responsables a la persona que ocupa y controla los locales, al igual que la ley americana. En otro sentido, la ley alemana prevé

(100) Ver Bercovitz, R: *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes o servicios*, Estudios sobre consumo, nº 3, 1984, págs. 138 ss.

(101) Todos los datos sobre Derecho comparado que se incluyen en este conmentario proceden de Stone: *ob. cit.*, págs. 24 ss.

expresamente que el que se hace formalmente cargo del mantenimiento de un edificio deviene responsable.

La respuesta de la opinión pública respecto a la señalada pregunta consiste en considerar responsable en primer lugar a la empresa encargada del mantenimiento del ascensor (50%); en segundo lugar, es la sociedad la que debe responder (18%); siguiendo el orden de responsabilidad, en el tercer lugar los encuestados creen que nadie debe responder por el hecho (14%); en cuarto lugar, hay pequeños porcentajes que combinan la responsabilidad de la empresa con el propietario o la sociedad y, por último, con porcentajes mínimos, la responsabilidad del propietario y del inquilino.

Es evidente que la empresa resulta mayoritariamente elegida como responsable (si se suman las opciones *a*, *a* + *b*, y *a* + *d* resulta un 58%). La diferencia con el segundo peldaño es característica (18%); quizás los encuestados, al no encontrar un culpable y ser la respuesta difícil, se deciden por el patrimonio más solvente (*deep pocket*). En cambio, según el resultado de la encuesta, el propietario responde en escasa medida; la opinión pública no parece llegar a la conclusión de que el dueño obtenga un provecho sobre la propiedad y que, por ello, deba correr con los riesgos (102).

DECIMOTERCER SUPUESTO

El propietario de una villa tiene un perro alemán que dedica a la vigilancia de la misma. El perro, de carácter agresivo, suele estar suelto. Los altos muros de la villa impiden que salga al exterior. Ningún cartel anuncia la presencia del animal

Caso 1: Por causas desconocidas se rompe uno de los barrotes de la verja, escapándose el animal y mordiendo a una persona.

¿Debe responder el dueño frente a la persona dañada?

a) sí (98%)

(102)Una comparación de las respuestas generales con las particulares de los propietarios carece de relevancia, pues casi todos los encuestados son propietarios, pero aún así los porcentajes relativos varían muy poco y únicamente es apreciable en la responsabilidad de la sociedad, que los inquilinos desvían hacia la empresa (los propietarios, en un 48%, hacen responsable a la empresa frente al 55% de los inquilinos, contra lo ocurrido con la responsabilidad de la sociedad, en la que los propietarios la consideran responsable en un 19% frente a un 11% de los inquilinos, compensándose estas diferencias).

b) no (2%)

Caso 2: Un niño salta la verja para recoger su pelota, que ha caído en la villa, siendo atacado por el perro.

¿Debe responder su dueño de los daños causados?

a) sí (43%)

b) no (57%)

Caso 3: Una persona entra en la villa con intención de robar y el perro le ataca

¿Debe responder su dueño de los daños causados?
a) sí (12%)

b) no (88%)

*COMENTARIO**

La inclusión de este supuesto en la encuesta se debe, por una parte, al hecho de que el Cc dedica un artículo, el 1905, a regular la responsabilidad del dueño o poseedor de un animal y, por otra parte, a que se trata de un ejemplo claro de responsabilidad objetiva.

Con respecto al primero de los casos, podemos afirmar que se trata del supuesto típico correspondiente a la situación de hecho recogida en el Código. Es un ejemplo evidente de responsabilidad objetiva, que no admite ninguna duda en cuanto a su solución; el Cc, en su artículo 1905 señala textualmente que: "...es responsable de los perjuicios que causare, *aunque se le escape o extravíe* ...". No puede el propio texto legal señalar esta objetivación de la culpa de una manera más clara y diáfana. Del mismo parecer ha sido la jurisprudencia en las ss. de 26 de enero de 1972, 15 de marzo de 1982, 28 de abril de 1983; últimamente la s. de 28 de enero de 1986 (103) se ha mostrado, de una manera firme, claramente

* Por Cristobal Mora Pons y Antonio Planas de Oleza.

(103) En el caso, un vehículo colisiona con una vaca que se encontraba en la carretera y que se había escapado de una finca colindante a pesar de que el terreno en cuestión estaba completamente cercado. En su argumentación el T.S. señala que "el poseedor de animal responde del daño causado aún en el caso de que mediare caso fortuito" y en otro lugar resume perfectamente su posición en este tema cuando dice que "se trata de responsabilidad

favorable a la objetivación de la responsabilidad en la figura del propietario o poseedor del animal, si bien en ninguno de los casos citados el causante de los daños era un perro.

El segundo caso es algo más complejo: aquí el animal ni se escapa ni se extravía, sino que es un niño el que penetra en la villa y es atacado por el perro.

En este caso podría ser de aplicación el inciso final del propio artículo 1905 cuando señala que "sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o *de culpa del que lo hubiera sufrido*". Efectivamente, el daño no se habría producido de no haber entrado el niño. No obstante, se puede traer a colación la s. de 5 de abril de 1963, que se refiere al supuesto de un accidente sufrido por un niño mientras jugaba cerca de unos cables de alta tensión que no reunían las necesarias medidas de seguridad y dice que "se trataba de un niño de corta edad (...) al que no le es exigible una mayor previsibilidad de la peligrosidad del hecho, y en cambio sí al demandado le correspondía la obligación de prevenir todo posible riesgo, por el conocimiento que, como propietario de una línea de alta tensión, debe tener de los riesgos que puedan ocasionarse".

Finalmente, el tercer caso es el que mayores problemas presenta, al plantear un conflicto entre los derechos a la integridad física y a la propiedad privada.

Procedente del Derecho penal, la legítima defensa, para actuar como causa de exoneración, exige una necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Caso de no apreciarse esta proporcionalidad, cabe pensar que un juez civil optaría por la compensación de culpas.

En definitiva, de acuerdo con el art. 1905 y la jurisprudencia, en el primero de los casos estaríamos ante un caso de responsabilidad plena, en el segundo, de responsabilidad plena o, tal vez, compartida y, en el último de los supuestos, de responsabilidad compartida por compensación de culpas o, incluso, de irresponsabilidad del dueño del perro.

---

objetiva, exigible aunque no exista cualpa y por lo tanto cuando el semoviente se evade a pesar de que la cerca o valla reúne las condiciones que se entendieron adecuadas según una previón ordinaria".

También en el Derecho comparado se tiende a una responsabilidad objetiva, respondiendo en general el propietario de un animal de los daños que éste cause aunque no haya culpa por parte del dueño (104).

Con respecto al primer supuesto, los resultados obtenidos en el sondeo son de una gran claridad: la mayoría de los encuestados (98%) ha coincidido en opinar que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva del dueño, tal como lo establece el art. 1905.

En el segundo supuesto ya únicamente un poco menos de la mitad de los encuestados (43%) sigue manteniendo la posición de imputar la responsabilidad al dueño, mientras que el resto sostiene la opinión contraria.

En el último supuesto, la diferencia es muy significativa;sólamente una décima parte de las respuestas (12%) se inclina por imputar la responsabilidad al dueño del perro. (105).

DECIMOCUARTO SUPUESTO
Un automovilista circula a velocidad excesiva

Caso 1: *Atropella a un peatón que ha cruzado un semáfaro en rojo.*

a) debe reparar la totalidad del daño causado al peatón (26%)
b) la mitad (36%)
c) nada (34%)

Caso 2: *el que cruza un semáfaro en rojo y resulta atropellado es un niño de siete años*

a) debe reparar la totalidad de los daños (43%)
b) la mitad (24%)
c) nada (29%)

(104) Ver Stone: *ob. cit.* págs. 16 ss.

(105) No se observa divergencia en las contestaciones de los encuestados según tengan o no un perro. La máxima diferencia se produce en el caso 3: 10% de los poseedores de estos animales sostienen la responsabilidad de su dueño, mientras entre los no poseedores el porcentaje de tales respuestas es del 12%

COMENTARIO *

Con la inclusión de este supuesto en la encuesta se ha pretendido cuestionar a la opinión pública en torno a la conveniencia o no de distribuir el coste de los accidentes entre el agente y la víctima cuando concurre culpa de ambos. Dentro del supuesto genérico de la compensación de culpas se ha considerado necesario distinguir dos casos distintos, según la víctima sea o no sujeto imputable, con el fin de averiguar si la sociedad entiende que la no imputabilidad de la víctima -por ejemplo, cuando ésta es un menor- es una circunstancia relevante a la hora de moderar la responsabilidad.

Nuestra jurisprudencia ha distinguido básicamente dos tipos de supuestos cuando interviene culpa de ambas partes; por un lado, aquéllos en los que la culpa, bien del agente, bien de la víctima, es de tal magnitud que absorbe la de la parte cuya imprudencia es mucho menor -régimen que en realidad se ha aplicado a casos en los que la culpa de víctima o agente era tan pequeña que su ausencia no habría evitado el resultado dañoso- y, por otro, aquéllos en los que ambas conductas han contribuído de forma relevante a la producción del daño, (106), entre los cuales creemos que hay que incluir el supuesto que nos ocupa. En estos últimos casos, el T.S. mantiene que debe valorarse el grado de participación de ambas conductas en el resultado dañoso para determinar en qué proporción debe responder el agente, y ello lo justifica en la facultad que el art. 1103 concede a los tribunales de moderar la responsabilidad proveniente de culpa (107).

Por lo que respecta al supuesto de culpa del menor, jurisprudencia y doctrina entienden que cabe la moderación de la responsabilidad, inclu-

---

* Por María del Mar García Reviriego.

(106) A modo de muestra, sobre compensación de culpas: s. de 2 de febrero de 1976 y s. de 10 de mayo de 1963; sobre absorción de culpas: ss. de 23 de enero de 1970 y 13 de febrero de 1971.

(107) De Angel (*ob. cit.*, págs. 113-114), apartándose de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria (cfr. Lacruz: *ob. cit.* págs. 538) no halla justificación a la extensión de este precepto a la responsabilidad aquiliana, en base al argumento de que la valoración de la intensidad de las culpas, posible en el campo de la culpa contractual, no se adecúa a las características de la extracontractual, en la que es muy difícil valorar de modo fiable la influencia de cada conducta en el daño. Por ello considera que la moderación de la responsabilidad hay que encuadrarla en el terreno del juicio de equidad y que eso es lo que hace efectivamente el T.S. en buena parte de sus sentencias, aunque formalmente haya buscado el apoyo legal del art. 1103.

so cuando la víctima cuya actuación es, junto a la del agente, causa del daño no es imputable (108).

En Derecho comparado (109) se observa que en los países bajo influencia latina se admite la compensación de culpas (110), mientras que en los de influencia anglosajona rige la regla de la *contributory negligence*, por la que la víctima, culpable de su propio daño, no puede pretender reparación (111).

En el primero de los casos, el porcentaje que acepta el criterio de la moderación de la responsabilidad, con ser el mayor, es bastante pequeño y revela una importante discordancia entre la solución que prefiere la sociedad y la que mantiene la jurisprudencia. Resulta bastante sorprendente la importante proporción de encuestados (34%) que opina que el conductor no debe responder de nada. Este sector de opinión ha considerado, o bien que debe seguirse la regla de la *contributory negligence*, o bien que la culpa de la víctima absorbe la del causante del daño, idea que quizás puede provenir de la consideración de que la conducta culposa de la víctima responde a una voluntaria asunción del riesgo que supone cruzar un semáforo en rojo. Es posible también que parte de los que han dado esta respuesta no sea consciente de que el coste del accidente va a recaer sólo en la víctima, sino que lo que piensan es que debe exonerarse al conductor de responsabilidad, por entender que la víctima asume conscientemente un riesgo fácilmente evitable, siendo por ello su imprudencia mucho mayor que la del automovilista, y que procede abrir otras vías de financiación de los daños, como la de la seguridad social.

---

(108) En la jurisprudencia, por ejemplo, ss. de 27 de junio de 1983 y 15 de noviembre de 1982. Por la doctrina, Lacruz: *ob. cit.*, pág. 539.

(109) Los datos sobre Derecho comparado que se incluyen en este comentario proceden de Honore: *Causation and Remoteness of Damage*, en International Encyclopedia of Comparative law, vol XI, cap. 7, págs. 94 ss.

(110) Históricamente, en un primer momento y por imperativo de la ley de Pomponio, también el Derecho Romano sigue la regla de la irresponsabilidad en caso de culpa concurrente de la víctima. Dada su excesiva dureza fue reformándose en los paises de influencia de Derecho Romano, bien introduciéndose expresamente la regla de la compensación, bien mediante una relectura de la norma adecuándola a los nuevos imperativos sociales.

(111) En algunos paises del área del *common lan*, sin embargo, se va admitiendo la regla de la compensación de culpas. Explica Honore cómo una de las más importantes críticas que se ha hecho a la compensación de culpas es la de que la distribución de las pérdidas entre causante y víctima provoca una elevación del coste de los accidentes, que podría reducirse atribuyendo objetivamente a una de las partes la responsabilidad e instituyendo la obligación de concertar seguros que garanticen el buen funcionamiento del sistema; en este esquema se dejaría la compensación de culpas como criterio de solución residual para aquellos casos lo que, por circunstancias especiales, la sociedad estuviera de acuerdo en excluir el esquema general.

El considerable porcentaje de encuestados que contesta que el conductor debe reparar todos los daños (28%), si bien se aparta de la postura jurisprudencial de la compensación de culpas, no resulta demasiado sorprendente teniendo en cuenta la tesis de que una buena forma de reducir el coste de los accidentes es atribuir la totalidad de las pérdidas a una sola de las partes: la que esté en una posición más favorable para asegurarse, la que podrá prevenir y evitar mejor futuros accidentes, etc. En tal sentido, es una solución aceptable imputar los costes de los accidentes a los automovilistas, al desarrollar una actividad que conlleva unos riesgos que deben asumir, lo cual es, por otro lado, algo que han reconocido diversos ordenamientos al imponerles la obligación de concertar seguros y hacerles responder, en ocasiones, de auténticos casos fortuitos y con el sólo límite de la culpa *exclusiva* de la víctima (112).

El segundo caso sólo varía respecto del primero en que la víctima cuya conducta es concausa del resultado dañoso es un niño de 7 años. Hay un importe aumento del porcentaje de encuestados que contesta que el conductor debe reparar totalmente los daños (pasa del 28% al 43%), aumento que puede interpretarse como fruto de la idea de que a un niño de 7 años no puede exigírsele un comportamiento diligente ni consecuentemente imputársele una conducta imprudente. Correlativamente disminuye de forma sensible el número de personas que siguen optando por la compensación de culpas (24%), pese a ser la postura que mantienen jurisprudencia y doctrina.

(112) Es interesante observar la diferencia de respuesta a este supuesto según el encuestado sea o no propietario de automóvil. Mentras que el 42% de los propietarios contesta que el automovilista no debe responder, sólo el 20% de los que no poseen coche contesta lo mismo, siendo aún más significativo el dato de que de entre los propietarios de automóvil - que son un 66% de los consultados- sólo un 26% opta por la compensación de culpas, en tanto que la mayoría de los no propietarios -concretamente el 58%- está de acuerdo con el criterio que mantienen jurisprudencia y doctrina. Es un dato a anotar en este sentido que el sector más "imparcial" al caso está de acuerdo con la postura mantenida por el T.S.

DECIMOQUINTO SUPUESTO

Decimoquinto supuesto: Un ciclista resulta atropellado por un automóvil, sin que pueda saberse exactamente cómo ocurrió el accidente

a) siempre responderá el automovilista (8%)

b) nunca responderá el automovilista (4%)

c) depende de los casos; responderá el automovilista si lo que parece más probable es que el accidente se debiera a su culpa y no responderá si lo que parece más probable es que el accidente se debiera a culpa del ciclista u otra causa (85%)

DECIMOSEXTO SUPUESTO

Una persona resulta lesionada en un encontronazo entre dos peatones, sin que pueda saberse exactamente cómo ocurrió

a) siempre responderá el peatón ileso (2%)

b) nunca responderá el peatón ileso (8%)

c) depende del caso; si lo que parece más probable es que haya habido culpa de dicho peatón, responderá, y no responderá en el caso contrario (89%)

COMENTARIO *

Con los supuestos quince y dieciséis intenta averiguar si existe una inclinación hacia la presunción judicial de culpa o por el contrario a la presunción legal. ¿Deberá probar su "buena conducta" (diligencia debida) aquél en quien recaiga la mayor probabilidad de culpa o siempre será el causante del daño el que deba asumir el peso probatorio? ¿La responsabilidad o la culpa se presumen cuando y porque hay un alto índice de probabilidad de culpa (presunción judicial) o como regla automática sobre la carga de la prueba, que recae siempre en el causante dle daño (presunción legal)?

Los dos supuestos elegidos tiene características diferentes, pues en el primero se da una situación de "superioridad" de un sujeto sobre otro, jugando el factor riesgo un papel importante, lo que no ocurre en el segundo.

---

* Por Antonio Perelló Salamanca.

El supuesto 15 está basado en la conocida sentencia de 10 de julio de 1943. En ella, el T.S. condena al conductor que atropella a un ciclista que procede de una calle situada a la derecha del conductor, aunque concurren otros datos favorables a éste: escasa visibilidad, pendiente, ha hecho uso de señales acústicas... "El criterio de la responsabilidad objetiva -dice esta sentencia- no está consagrado en nuestras leyes; esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí sólo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción."

Nuestro Derecho positivo, en una primera impresión y partiendo del dato de que entre víctima y causante no media una relación contractual que justifique la presunción de culpa (arg. art. 1183), parece favorecer la tesis de que sea la víctima quien deba probar culpa y autoría (art. 1214). Esta fue la postura inicial del T.S., pero, al ir aumentando los casos de daños, sobre todo por ejercicio de actividades peligrosas, comienza a aplicar la presunción cuando hay probabilidad de culpa (ver s. de 26 de febrero de 1935 y 10 de julio de 1943) y termina por presumirla, a partir de la s. de 30 de junio de 1959, siempre, mientras el autor no demuestre su diligencia, "estableciendo la presunción de que ha existido conducta culposa en tanto no se demuestre cumplidamente lo contrario por el agente, sobre quien pesa la prueba de la causa de exoneración" (s. de 9 de marzo de 1984 y 13 de mayo de 1985, por ejemplo) (113).

Respecto a la encuesta, los dos supuestos son coincidentes en cuanto a la abrumadora mayoría (85 y 89%) que es favorable a la presunción judicial. Y sólo se da un ligero desplazamiento de los que en el primer supuesto opinan que siempre debe responder el automovilista hacia los que, en el segundo, optan por irresponsabilizar el peatón ileso. Quizás este último dato se deba a los citados factores de riesgo y desigualdad que concurren en el supuesto 15.

(113) Lacruz expone en *ob. cit.*, pág. 511, dos razones a favor de la presunción de culpa a) el causante del daño es un obligado a respetar la integridad de la persona y patrimonio ajenos, de modo que, al infringir su deber y causar daño, es el quien tiene que justificar el incumplimiento; b) si el art. 1903 obliga a responder, con presunción de culpa, por actos ajenos, a mayor abundamiento se habrá de presumir la culpa por actos propios. La doctrina al respecto es casi unánime, pero como opinión divergente cabe señalar la de Pantaleón (*cit.* en Lacruz, *ob. cit*, pág. 512), para quien la inversión de la carga de la prueba es "una directiva de política del Derecho contraria al sentido común, pero fundada en un claro juicio de valor... distinto al del legislador español de 1889".

DECIMOSEPTIMO SUPUESTO

Imagínese que tiene que señalar la cantidad debida como indemnización a la viuda de un peatón fallecido en un accidente

¿Tendrá en cuenta?:

a) si el responsable está asegurado o no; si lo está la indemnización será más elevada (8%)

b) las condiciones económicas del responsable y de la víctima. Si el responsable goza de una buena posición económica y la víctima no, la indemnización será más alta que si ocurre al revés (20%)

c) la importancia de la culpa en que ha incurrido el responsable; a culpa más grave, mayor indemnización (57%)

b + c (7%)
a + b + c (4%)

DECIMOCTAVO SUPUESTO

¿Qué cantidad (señale una cifra), fijaría usted como indemnización?

Caso 1: *El peatón atropellado ganaba un millón de pesetas al año: este sueldo era su único patrimonio. Deja viuda y dos hijos. Estos no reciben ninguna pensión.*

Si el responsable ha actuado de una forma absolutamente temeraria, está asegurado y goza de un consistente patrimonio, fijaría una indemnización de ...(114).

Si el responsable ha actuado con una pequeña culpa, no está asegurado y gana también un millón, fijaría una indemnización de ... (115)

---

(114) Las cantidades se han agrupado *a posteriori* en:
a) 1 millón o menos: 7%
b) 1.000.001 a 5.000.000: 22%
c) 5.000.001 a 10.000.000: 27%.
d) más de 10.000.000: 22%.

(115) a) 1 millón o menos: 35%.
b) 1.000.001 a 5.000.000: 27%.
c) 5.000.001 a 10.000.000: 7%.
d) más de 10.000.000: 5%.

Caso 2: *El peatón atropellado es un joven estudiante de 18 años, que queda absolutamente imposibilitado, imbécil total y sin ninguna posibilidad de recuperación o de valerse por sí mismo. Sus padres no tienen más hijos.*

Si el responsable ha actuado de una forma temeraria, está asegurado y goza de un patrimonio solvente, fijaría una indemnización de ... (116)

Si el responsable ha actuado con una pequeña culpa, no está asegurado y gana un millón al año, fijaría una indemnización de ... (117)

COMENTARI *

La transgressió del *neminem laedere* suposa restar subjecte a l'obligació de reparar o compensar el dany causat, compensació que en cas de mort o de greus lesions és impossible de calcular amb certesa i de forma reglada. Aleshores, el C.c., als arts. 1902 i 1103, deixa un ampli marge de discrecionalitat als jutges, la qual cosa ha estat confirmada per la Jurisprudència (118).

La quantificació de la indemnització en casos de mort i de lesions greus es sens dubte un dels temes en què hi ha més inseguretat jurídica dintre el camp de la responsabilitat civil i, per tant, en què manca més una aportació sociològica als organs aplicadors del Dret per resoldre el

---

* Per Pere Ollers Vives.

La relación entre el primer y el segunto supuesto ha sido:
a) ha mantenido la cifra: 7%.
b) la ha reducido, pero se mantiene por encima del 50%: 13%.
c) la ha reducido por debajo del 50%: 50%.

(116) a) 1 millón o menos: 4%.
b) 1.000.001 a 5.000.000: 17%.
c) 5.000.001 a 10.000.000: 18%.
d) más de 10.000.000: 35%.

(117) a) 1 millón o menos: 30%.
b)1.000.001 a 5.000.000: 22%.
c) 5.000.001 a 10.000.000: 10%.
d) más de 10.000.000: 9%.

La relación entre el primer y el segundo supuesto ha sido:
a) ha mantenido la cifra: 9%.
b) la ha reducido, pero se mantiene plr encima del 50%: 12%.
c) la ha reducido por debajo del 50%: 47%.

(118) Per exemple: ss. de 17 de novembre de 1980 i 17 de decembre de 1979.
(119) Cfr. supòsit 17.

problema, molts cops bàsic, del *quantum* indemnitzatori. Aquest és el principal motiu per incloure a l'enquesta el supòsit 18. Es volia, en primer lloc, saber com, sociològicamente, es valora la situació de la víctima (mort o incapacitat) i com les condiciones que envolten el responsable, tant econòmiques com de culpabilitat. Es cert que la limitació dels supòsits no permet arribar a conclusions particulars de cada factor concret (119). Tan mateix, els tribunals fan la valoració d'aquests factors imperceptible i, en tot cas, conjunta.

Ja dintre l'anàlisi de resultats hem de precisar la quantitat de qüestionaris no contestats -que se situa a l'entorn d'un 25%-, i això s'explica perquè hi hem acumulat, a més dels qui no responien per la intrínseca dificultat, els que responien amb quanties en relació al temps, la qual cosa té prou inconvenients en matèria d'execució i és poc corrent a la pràctica.

En el primer cas, primer supòsit, crida l'atenció el nivell des dades, que fan una mitjana de 6.730.769 ptas., quantia molt superior comperada amb les xifres realment imposadas a les sentències de T.S. de 1985, de les quals només una passa dels 5 milions, cinc están entre l'un fins als 5 milions i dues están al tram baix de fins a 1 milió (120).

La comparació s'ha de corregir amb el segon supòsit, en què es plantegen condicionants més a prop de la realitat (121). Aquí la mitjana resulta de 2.705.479, i aquesta quantia sí que està dins el marge que ens donen les sentències, com hem dit, de més de un milió dins a 5.

---

(120) De les senténcies del T.S. de 1985 sobre culpa extracontractual, el T.S. no en modifica cap quantia indemnitzatória. Només una, la de 29 de novembre de 1985 passa dels 5 milions (tal com venia imposada per la instància). Entre l'un i els 5 milions: s. de 25 de gener de 1985, 21 de maig de 1985, 7 de novembre de 1985, altra de 7 de novembre de 1985 i 22 de decembre de 1985.

Al tram baix de fins a 1 milió: ss. de 9 de octubre de 1985 i 31 de octubre de 1985. Cal esmentar la s. del Jutjat de Districte d'Inca de 28 de octubre de 1986: en un accident de circulació, amb culpa molt lleu, apreciada pel jutge com a imprudéncia simple, resulta especialmente afectat un jove de 26 anys, de manera que, segons els informes pericials, és incapaç total i, més encara, està en un estat vegetatiu irreversible, d'imbecil.litat máxima, de ceguesa total i d'agressivitat alta i no motivada. Hi ha assegurança obligatoria i voluntària del vehicle que va causar l'accident. El jutge imposa indemnitzaciós de 27 milions per danys morals als jove, 15 per als seus pares, 2 per danys materials i condena igualment a l'assegurança a constituir un dipòsit de 40 milions afectats a les despeses ocasionades per l'estat del jove incapaç.

(121) Als cas vists al T.S. en 1985 no hi sol haver un fort grau de culpa; hi ha dos casos en què apareix assegurança (ss. de 9 de octubre de 1985 i 7 de novembre de 1985) i la solvència patrimonial és, en general, desconeguda, encara que en el cas amb més indemnització hi havia empresa (hi ha empresa demandada en tots els casos excepte el de 7 de novembre de 1985) i, en un altre, l'Estat (s. de 22 de novembre de 1985).

En el segun cas, primer supòsit, la mitjana és la més elevada: 8.212.328. En el supòsit segon és de 3.563.380.

La proporció paralel.la entre els primers y els segons supòsits des dues cas demostra, d'una banda, la fiabilitat de les respostes, que tenen coherència, i, d'una altra, la poderosa influència dels factors condicionats del cas i del responsable.

De la comparació general entre els dos supòsits de mort i els dos d'incapacitat absoluta se'n dedueix una opinió generalitzada, molt marcada, que atribueix més indemnització per la incapacitat que no per la mort (122).

ULTIMA CUESTION

¿Cree usted que las leyes españolas tratan a las víctimas de daños (concediéndoles derecho a reclamar contra el causante del daño)?

a) mejor de lo que usted ha opinado en esta encuesta (11%)
b) igual (14%)
c) peor (57%)

(122) Els dades comparatives revelen només un indici que com més alt és el nivell econòmic de l'enquestat menos és la indemnització; amb l'edat no poden observar variacions o tendències significatives.

ASPECTOS DE LA MEDICION DE LA PENA

GABRIEL GARCIAS PLANAS

Dentro del tema de la medición de la pena, se intenta en el presente trabajo, analizar los criterios sobre como debe informarse la tarea judicial de determinación de la pena o de la fijación de la misma con motivo de la Reforma Parcial y Urgente de 1983; adelantando ya que dicha tarea no ha variado sustancialmente con la citada reforma.

Esta última Reforma, que tiene su precedente inmediato en el Proyecto de 17 de Enero de 1980, se enmarca dentro de un movimiento de Reforma Penal Europeo caracterizado, por lo que se refiere a los delitos, por pautas de criminalización de nuevas conductas delictivas siendo preciso llevar a cabo su tipificación, y por otras de despenalización adaptando nuestro texto punitivo a las exigencias constitucionales de un estado social y democrático de Derecho (1); junto a esos criterios de reforma en cuanto a los delitos se aborda también lo relativo a las sanciones penales, o sea lo relativo a las penas y medidas de seguridad.

Puede afirmarse que la crisis de la función que debe desempeñar el Derecho Penal no es más que un reflejo del planteamiento y cuestionamiento de la operatividad del sistema de sanciones penales en la Legislación vigente. Todo ello se plasma de manera inmediata a través de las insuficiencias y deficiencias que presenta el Derecho penitenciario, si bien también y en el ámbito estrictamente jurídico penal repercute en el planteamiento que se haga de cual deba de ser el sistema de sanciones; planteamiento que inmediatamente va a llevar ante la llamada crisis de las penas privativas de la libertad a la necesidad de articular de normas jurí-

(1) Angel de Sola Dueñas y Otros. Alternativas a la prisión. Instituto de Criminología de Barcelona. Barcelona 1986, pág. 20.

dicas los llamados sustitutivos penales o sustitutivos de las penas privativas de libertad. Toda esta supuesta nueva articulación del sistema de sanciones penales requerirá en su día de un planteamiento de la teoría de la pena, de su fundamento y de sus fines (2).

Los sustitutivos penales, fundamentados en la idea de prevención especial, pretenden incorporarse mediante mecanismos ex novo, aunque no se traten en la Reforma de 1983, sí se hacía en el Proyecto de 1980, y lo normal será que se incorporen en un futuro Código Penal (3), del que únicamente existe una propuesta de anteproyecto. Los sustitutivos penales, no afectan tanto a la fase de determinación o fijación de la pena por parte del Juez, como dentro de la función judicial al momento de imposición de la pena, y decisión por éste sobre su aplicación.

Es en la fase de fijación de la pena o de determinación cuantitativa de la misma cuando se muestra de especial transcendencia práctica la secular discusión doctrinal en torno a su fundamento y sus fines.

En este sentido, antes de la Reforma de 1983, y subsiste con ella, puede establecerse una discusión doctrinal sobre el significado que tengan los presupuestos que se indican en el artículo 61 apartado 4° y 7° "cuando no concurren circunstancias atenuantes o agravantes -artículo 61-4° hay que atender a la mayor o menor gravedad del hecho; y a la personalidad del delincuente para fijar la pena"; y el artículo 61-7° cuando ya hay un grado dentro del grado de pena también hay un arbitrio judicial, por tanto para fijar la pena, el artículo 61-7° establece los presupuestos en que la pena ha de fijarse en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito.

Es decir, el arbitrio judicial está tasado habiendo variado los marcos legales en que aquél deba producirse en el artículo 61 apartado 4° y 7° (4) donde se establecen unos presupuestos sobre los que se vierte una discusión doctrinal en torno a que si estos responden a la idea de que la fijación de la pena debe de producirse en función del hecho culpablemente cometido o por razones de prevención es decir, utilitaristas.

---

(2) Siendo éstos la prevención general y especial. Cobo del Rosal y Vives Antón. Derecho Penal. Parte General. Valencia 1984, pág. 677.

(3) Gonzalo Quintero y Francisco Muñoz Conde. La Reforma Penal de 1983. Barcelona 1983, pág. 15.

(4) Javier Boix Reig. Comentarios a la legislación penal. Tomo V. Vol. 1°. Madrid 1985, pág. 437.

A nivel estrictamente teórico a nadie se le oculta la importancia de dicha discusión doctrinal, que por otra parte evidentemente tiene la proyección práctica indicada, discusión doctrinal que data desde finales del siglo XIX y que se reproduce hoy en día incluso con unos postulados muy similares a los existentes a fines del siglo pasado; por ejemplo en la actualidad, el cuestionamiento de la culpabilidad, como fundamento de la punición, la aparición de nuevas concepciones de la misma que pretenden de manera absolutamente insatisfactoria basarse exclusivamente en las ciencias de la conducta; la aparición de posiciones que pueden calificarse hoy en día como neopositivistas y que recuerdan claramente a las mantenidas a finales del siglo XIX por la Escuela Positiva Italiana, la referencia por algunos autores a la imposición de penas en base a criterios de proporcionalidad, por otra parte difícilmente contrastables. Todo ello da lugar a teorías de la pena que son raramente compatibles con las exigencias que proceden del principio de legalidad en la Constitución Española.

Este planteamiento teórico que no pretende otra cosa que poner de manifiesto la relevancia de la discusión sobre los fines de la pena y su posterior proyección práctica es un planteamiento que tiene gran vigencia en todos los movimientos de reforma penal de Derecho positivo.

Para centrar cuales deben de ser los criterios en nuestro ordenamiento jurídico, que deben de informar la actividad judicial de fijación de la pena, procede en primer término acudir a nuestra Constitución e intentar determinar si hay alguna pauta constitucional que nos pueda servir de directriz general en esta materia.

Desde la propia previsión del artículo 1º que establece "que España se constituye en un estado de Derecho" con independencia de la fórmula "social y democrático" es un estado de Derecho y por lo tanto requiere una seguridad jurídica y la vigencia del principio de legalidad, principios, por otra parte, vueltos a proclamar de manera expresa en el artículo 9-3º de la Constitución; estas exigencias se plasman de manera concreta en lo previsto en el artículo 25 apartado 1º de la Constitución en el que solo desde una perpectiva material, no desde la formal, se regula el principio de legalidad".

"Nadie puede ser condenado" empieza diciendo dicho precepto de tal forma que al recogerse el principio de legalidad en sentido material, en este artículo recoge la llamada garantía penal, es decir a nadie se le puede imponer una pena sino está previsto en una Ley y si no es como consecuencia de un hecho constitutivo de delito tipificado como tal por una Ley. De conformidad con lo establecido en el mismo precepto, la

pena que se establece lo es en función del hecho cometido, de tal manera que si la pena que se debe establecer lo es en función del hecho, cometido, su extensión o quantum de la pena debe de serlo también de acuerdo con el hecho cometido y no por razones de otra índole, no por razón del hecho que pueda cometer el individuo, no por razón de la peligrosidad del individuo, no por razón por lo tanto de la prevención general ni de la prevención especial; así puede concluirse que el artículo 25-1º de la Constitución se establece en función del hecho cometido (5).

Algunos autores han pretendido encontrar en el artículo 25 apartado 2º en el que se recoge, como es sabido, la idea de resocialización como finalidad de la ejecución del cumplimiento de las penas privativas de libertad, algunos autores, insisto, han entendido que en este artículo 25-2º tal vez se contenga la previsión de que la idea de prevención especial, la idea de resocializar al delincuente debe informar el momento de determinación de la pena, así, si la finalidad de la pena es resocializarlo, naturalmente la pena deberá mediarse en función de dicha resocialización (6).

El artículo 25-2º de la Constitución conduce a concluir que este precepto tan sólo se refiere a la resocialización en el ámbito del cumplimiento de las penas privativas de libertad, es decir en el ámbito penitenciario; el artículo 25-2º por otra parte preserva al delincuente de todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y uno de ellos es precisamente el contenido en el artículo 25-1º y éste le da derecho al delincuente a la garantía jurídica, a la seguridad jurídica de que la pena tenga un límite máximo aunque no esté resocializado.

Cualquiera que sea por otra parte, la posición que se mantenga sobre la vigencia o no del principio de culpabilidad, lo cierto es que incluso aquellos autores que piensan que la pena puede fijarse por razón de la prevención, concluyen que debe haber un limite máximo a la pena a imponer al delincuente y este límite máximo, viene a decirse, es la culpabilidad y paradójicamente este criterio se mantiene por aquellos que niegan el principio de culpabilidad, es decir su cientificidad y por tanto su operatividad como fundamento de la pena; sin embargo, concluyen, que es preciso establecer un límite máximo a la pena como garantía del delincuente, luego el fundamento de la pena, la mediación de la pena por ra-

(5) "Como circunstancia inmanente al principio de legalidad". En este sentido Cobo del Rosal y Boix Reig. Derecho Penal y Constitución. Tomo I. Garantías constitucionales del Derecho sancionador. Madrid 1982, pág. 209.

(6) En este sentido Cobo del Rosal y Boix Reig. Ob. cit. pág. 219.

zones de prevención y el límite máximo de la misma será la culpabilidad, la contradicción que ello supone, es a todas luces evidente.

Cabe preguntarse qué quiere decir que incluso desde posiciones estrictamente prevencionistas se aluda a estos límites máximos de culpabilidad; quiere decir que a la generalidad de los autores lo que les preocupa son las garantías jurídicas del individuo, o sea el que ningún poder sin límite alguno establezca cualquier índole de sanción o la pena privativa de libertad en un quantum indefinido en función de supuestos ideales por concretar.

Establecida cual es la posición de la Constitución sobre el tema que comentamos, se plantea una segunda cuestión que también puede tener un asidero constitucional, cual es el de que si efectivamente la pena se establece por el hecho culpablemente cometido, el que desde otra posición si la pena se establece en función de la prevención pero con límite máximo de la culpabilidad, que sucede, si por razón de prevención especial, y sin que lo impida la prevención general, aunque se haya cometido culpablemente un hecho se opte por disminuir la pena por debajo de la sanción legalmente prevista para este hecho o incluso no imponer ninguna pena. Se puede contestar que la misma seguridad jurídica que establece el no sobrepasar un límite máximo debe de tenerse en cuenta para que por lo menos se cumpla un mínimo; no obstante si por razón de prevención general no hay inconveniente alguno y la prevención especial lo aconseja, generalmente se admite, el que no exista un límite mínimo de la pena o incluso que se deje de imponer una pena por razones de prevención especial. Así el principio de que una pena deja de ser justa sino es necesaria puede ser deducido del propio artículo 25-1° en la medida en que dicho precepto tan sólo alude a que "nadie puede ser condenado", lo que no dice es que se tenga que ser condenado cuando se cometa un hecho culpablemente, es decir hace el planteamiento a la inversa. El artículo 3 del Proyecto de Código Penal de 1980 aludía a que "no hay pena sin culpabilidad", por el contrario no establecía que siempre que hubiese culpabilidad tuviese que haber pena, y con la Reforma de 1983 el artículo 1° párrafo 2° dice que "no hay pena sin dolo o culpa", no dice que siempre que haya dolo o culpa tenga que haber pena; de modo que este principio de la necesidad de la pena, es un principio a tener en cuenta, generalmetne admitido con dos variantes posibles; una extrema que lleva a cabo una interpretación de deferir al Poder Judicial esta posibilidad, por tanto, a mi juicio variante criticable en un Estado de Derecho y otra variante que permita quebrantar ese límite mínimo de la pena siempre y cuando la propia Ley lo permita, siempre y cuando se establezca que por razón de prevención especial indiquen que en determinados casos no

hace falta que se cumpla ni siquiera el mínimo de la pena, haciendo operativo la suspensión del fallo, la remisión condicional etc.

Fuera del marco constitucional, en la Legislación vigente hasta la Reforma de 1983 en el Código Penal podían encontrarse criterios similares; aunque el principio de culpabilidad encontraba fisuras por la presencia de delitos cualificados por el resultado o por la existencia de la responsabilidad sin culpa o por la existencia de delitos de sospecha o presunción, quiebras al principio de culpabilidad mantenidas incluso después de la Reforma, sin embargo, en términos generales el principio de culpabilidad ya venía recogido siendo ya el criterio de imposición de la pena por el hecho culpablemente cometido con algunas instituciones que se centraban complementariamente en la readaptación del delincuente cuales eran la redención de penas por el trabajo, la remisión condicional etc.

Retornando al artículo 61 apartado 4° y 7°, hay que decir que no existe contradicción alguna entre uno y otro, sino que una vez está ya centrado el grado de la pena, por ejemplo prisión menor, concurriendo una circunstancia atenuante en donde con el actual y anterior sistema se impondrá la pena en grado mínimo tenemos ya el marco legal en el que el Juez se puede mover para fijar la pena; ¿porqué decidir unos meses más o menos?, entonces habrá que aludir al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito; así cuando el artículo 61-4° habla de la personalidad del delincuente está claro se refiere al delincuente que ha cometido un hecho delictivo, en consecuencia siendo la culpabilidad un juicio de reproche personal dentro de él debe tenerse en cuenta también la personalidad del delincuente, es decir, que el presupuesto de la personalidad del delincuente en el artículo 61-4° entra dentro del concepto de culpabilidad normativa que informa nuestro Código Penal y por tanto no hay contradicción entre los apartados 4° y 7°, ambos párrafos del artículo 61 hacen referencia a lo mismo a que la fijación judicial se hará de acuerdo con estos presupuestos, por el hecho culpablemente cometido. Esos presupuestos que limitan el arbitrio judicial deben tenerse en cuenta en un fallo condenatorio al objeto de poderse interponer contra el mismo Recurso de Casación.

Con la Reforma Parcial y Urgente no han variado sustancialmente los criterios fundamentadores de la mediación de la pena; lo que sí ha ocurrido con esta Reforma es la potenciación de los sustitutivos penales, que por supuesto no afectan al momento de fijación en la mediación de la pena sino al momento posterior del modo de imposición de esta pena una vez determinada.

En el Proyecto de Código Penal de 1980, lejano ya, pero base de la Reforma de 1983, el tema de la pena y concretamente de los sustitutivos penales tenía una alta significación; ya en su exposición de motivos al aludir a los criterios de fijación de la pena en la fase judicial, establecía "el nuevo Código concibe la pena como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido y que deberá orientarse siempre que sea posible a finalidades preventivas", presupuesto de la pena así entendida es la culpabilidad y posteriormente alude al principio de que no hay pena sin culpabilidad. Presupuesto de la pena pues, el hecho culpable, finalidad de la pena, la prevención especial a través, cuando ello es posible, de los sustitutivos penales.

El sistema de penas en este proyecto se simplificaba, se abandonaba la escala de penas del vigente Código Penal, para mantener únicamente las penas de prisión y de arresto de fin de semana y como dije se potenciaba los sustitutivos penales, que eran la remisión condicional, se introducía ex novo la suspensión del fallo, se introducían unas formas sustitutorias de la prisión, el sistema de días multas y desaparecía en el Proyecto de 1980, la redención de penas por el trabajo.

El Proyecto de Reforma Parcial de 1982, que tampoco llegó a término contiene preceptos que luego se plasman literalmente en la Reforma de 1983 y en lo referente a la teoría de la pena lo previsto en el Proyecto de 1980, con las ideas de la exposición de motivos, ya expuestas.

En cuanto a principios de teoría de la pena en la parte general, que afectan pues al Libro I del Código Penal modificadas por la Reforma debe hacerse incapié también en que la propia exposición de motivos de la Reforma de 1983 alude a la medición de la pena por la culpabilidad del hecho cometido, en concreto hay un párrafo muy significativo que dice "asímismo existe la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un derecho penal ajustado a Estado de Derecho por tanto asentado en las garantías del principio de culpabilidd y el de concrepción del hecho; tales principios hoy ajenos a nuestro ordenamiento punitivo anclado aun en los principios de determinación de la responsabilidad pennal propios del pasado siglo, no pueden ver tampoco retardados su incorporación al Derecho positivo, máxime teniendo en cuenta que no plantean problemas de adecuación al aun vigente Código, ya que entrañan esencialmente la posibilidad, hoy inexistente, de que los Tribunales dispongan de principios positivos que permitan avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal en el marco de las garantías antes mencionadas".

En el artículo 1 párrafo 2º, como antes apunté, se establece que no hay pena sin dolo o culpa, vigencia del principio de culpabildiad que por una parte a sensu contrario puede indicarse que lo que el artículo 1 párrafo 2º no establece es que siempre que haya culpabilidad tenga que haber pena y por otra parte establece de manera clara que la pena se impone por la culpabilidad y por tanto se evita cualquier responsabilidad penal en función de resultados que se cometan sin culpabilidad del sujeto (7), se evita asímismo cualquier responsabilidad criminal por razones sólo preventivas y se evita cualquier agravación de la pena por razones también de índole preventivo. De esta manera, si la pena es por la culpabilidad, la mediación de la misma también lo ha de ser.

En sede de circunstancias del delito, en la medida en que afectan a la graduación de la pena es muy importante tener en cuenta las modificaciones introducidas.

Desaparecen determinadas circunstancias atenuantes y en materia de agravantes es trascendental la reforma hecha en la reincidencia (8); antes, su efecto, a través de la multirreincidencia tenía una reelevancia político criminal de sumo interés, pues se permitía cambiar de grado de la pena y sólo en ese caso por razones de prevención especial; ello llevó a algunos autores ha mantener que ese incremento de grado podía comportar una vulneración del principio non bis in idem, en la medida en que por un hecho ya cometido y que ya había sido condenado se imponía la pena superior en grado en una condena posterior; en la actualidad pues, queda como simple agravente y refundida en el mismo número 10.15 con la reinteración.

Pasando ya al artículo 61 donde se establecen los distintos mecanismos de la concrección de la pena con la reforma de sus apartados 2º y 4º pues el -apartado 6º con motivo de la reforma de la reincidencia queda sin contenido-, se produce una disminución del arbitrio judicial en unos casos y en otros no; en cualquier caso las restricciones o ampliaciones del arbitrio judicial son siempre para producir efectos menos agravatorios en la pena. En el artículo 61-2º el arbitrio judicial se amplía, mientras que el 61-4º disminuye.

(7) Para Muñoz Conde y Quintero Olivares, ob. cit. pág. 26, esta ha sido la finalidad principal de la Reforma del artículo 1 del Código Penal.

(8) Según Rodríguez Mourullo. Comentarios al Código Penal. Tomo II, Barcelona 1976, pág. 279, la multirreincidencia presuponía la existencia de dos condenas precedentes. En este mismo sentido el T.S. en sentencia de 24 de Enero de 1972.

Otra modificación sustancial que afecta a la mediación de la pena es la del artículo 91, el arresto sustitutorio por impago de multa; la reforma consiste en la referencia expresa al presupuesto de insolvencia para hacer operativo el arresto sustitutorio por impago de multa; si el condenado, dice textualmente el artículo 91 "una vez hecha excusión de sus bienes no satisfaciere", la institución del arresto sustitutorio por impago de multa, al no contener con anterioridad a la Reforma de 1983, la expresión "una vez hecha excusión de sus bienes" originaba la discusión doctrinal de si era presupuesto del mismo la insolvencia del condenado o no. El Tribunal Supremo venía manteniendo, a mi juicio con acierto, que el presupuesto tenía que ser la insolvencia (9), y en este sentido la Reforma de 1983 lo que hace es clarificar algo que ya intuía en el propio Código Penal y que tenía además el soporte jurisprudencial.

No obstante un sector doctrinal mantenía que el artículo 91 contenía un auténtico derecho de opción entre pagar la multa o aun teniendo bienes, cumplir el arresto sustitutorio (10).

En cuanto a los sustitutivos pénales, en donde sí opera para su aplicación la prevención especial, se modifica de una parte la remisión condicional y de otra la redención de penas por el trabajo. Por lo que se refiere a la remisión condicional en el artículo 93 se amplía la posibilidad de aplicación en el sentido de que ello es posible aunque exista una condena previa por imprudencia y en lo referente a la redención de penas por el trabajo el artículo 100 del Código Penal se ha modificado en el sentido de dar entrada al Juez de Vigilancia para el control de la redención de penas por el trabajo, se extiende a la prisión provisional y se extiende también a las situaciones de penas de prisión mayor.

El Reglamento posterior a la Ley General Penitenciaria incluye un capítulo de beneficios penitenciarios en los artículos 256 y 257 en donde por razón de trabajo existe una sensible disminución de la pena que puede3 llegar incluso a ser superior a la del artículo 100.

La introducción de estos beneficios penitenciarios a través del Reglamento Penitenciario se incorpora en un momento legislativo en que se piensa en que a nivel de Código Penal, la redención de penas por el trabajo va a desaparecer; sin embargo luego resulta que la redención de pe-

(9) Sentencia de 21 de Junio de 1955.

(10) Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal. Tomo II. Madrid. pág. 336. En contra Del Toro Marzal. Comentarios al Código Penal. Tomo II, pág. 472, pues entendía que tal derecho no venía concedido por precepto legal alguno.

nas por el trabajo está en el Reglamento y que del Código Penal no desaparece e incluso se amplía. De modo que puede pretenderse que los beneficios penitenciarios del Reglamento por razón de trabajo se acumulen a los efectos beneficiosos que comporta el artículo 100. Recientemente el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad para el caso de que se condene a un sujeto por Quebrantamiento de condena -art. 334- y a la vez se impida con ello el beneficio de la redención de penas por el trabajo, por operar ambas consecuencias en planos diferentes (11).

En cuanto a la Parte Especial, Libro II, quiero recalcar en el presente trabajo, la medición de la pena en lo que afecta a los delitos contra la propiedad y contra las personas.

En los delitos contra la propiedad desaparece el sistema de determinación de la pena por las cuantías, únicamente se establece el límite de las 30.000 ptas. para los supuestos en que haya que diferenciar el delito de la falta. Pero en los hurtos, robo con fuerza en las cosas, estafas y por consecuencia de la remisión, las apropiaciones indebidas, hay un sistema de circunstancias específicas que permiten agravar la pena establecida para el tipo básico, o de concurrir alguna de estas circunstancias elevar la pena a un grado; algunas de estas circunstancias en cuyo estudio no vamos a entrar aquí pero de una somera lectura ponen de manifiesto un ataque al principio de legalidad y seguridad jurídica, cuando se alude a que "cuando el montante de lo económico sea de especial gravedad"; otras no están perfiladas debidamente y taxativamente descritas en el Código Penal y ello es una exigencia del principio de legalidad.

Además de lo expuesto se plantea el problema de si estas circunstancias son meras circunstancias agravatorias puestas en la Parte Especial, como si fueran agranvantes genéricas del Libro I o son elementos sustanciales del tipo; si son meras circunstancias agravatorias puede ser de aplicación el sistema de compensación previsto en el artículo 61; por el contrario, si son elementos esenciales del tipo penal, no cabe evidentemente hablar de compensación. En cualquier caso como expresa Muñoz Conde deben ser abarcadas por el dolo del autor (12).

En los delitos contra las personas, con motivo de la abolición de la pena de muerte, a raíz del artículo 15 de la Constitución, se dan algunas peculiaridades en lo que a la mediación de la pena se refiere.

(11) Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Julio de 1986.
(12) Derecho Penal. Parte Especial. Sevilla 1985, pág. 253.

En el delito de parricidio la pena es de reclusión mayor y en el delito de robo con homicidio la pena es también de reclusión mayor; con la Reforma de 1983 desaparece pues la pena de muerte para estos dos delitos y queda para estos dos supuestos la pena de reclusión mayor.

No obstante en el asesinato, artículo 406, la pena es de reclusión mayor en grado máximo (ejemplo de penas no impuestas en toda su extensión que contempla el artículo 56 párrafo 2º del Código Penal), y sin embargo el asesinato antes de la reforma estaba también castigado con la pena de reclusión mayor a muerte.

No parece coherente que unos delitos antes castigados todos con reclusión mayor a muerte ahora unos lo esten con reclusión mayor y otros con reclusión mayor en grado máximo.

Sólo cabría pensar, para buscar una razón a tal realidad que aquellos artículos cuyo texto legal fueron modificados en su día en la discusión parlamentaria, como es el parricidio y el robo con homicidio, a éstos se le puso la pena de reclusión mayor; y los otros que no fueron modificados en la discusión parlamentaria, como es el asesinato, al final, en el artículo 3 de la Ley se establece que "la expresión reclusión mayor a muerte contenida en los artículos ..... se sustituye por la expresión reclusión mayor en su grado máximo". Pero esto es una suposición carente de fundamentación.

No quiero concluir el presente trabajo, sin hacer, aunque sea una brevísima referencia, a la pena en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, que por otra parte, parece difícil su plasmación en un nuevo Código Penal ya que hace cuatro años, casi, de su existencia y no se ha transformado ni siquiera en Proyecto. En ella se establece en su artículo 34 que las penas privativas de libertad se reducen a la de prisión y a los arrestos de fin de semana, estableciéndose que la duración de aquella será de seis meses a veinte años y la de éstos de uno a veinticuatro fines de semana.

En el Capítulo II, artículo 63 y siguientes se establecen las reglas de aplicación de las penas, que al haber desaparecido las escalas, vigentes hoy, cambia sustancialmente.

Finalmente, los sustitutivos penales vienen recogidos en el artículo 74 y siguientes donde se establecen que los Tribunales por un plazo de dos a cinco años podrán suspender el fallo y otorgar la condena condicio-

nal, concretandose los requisitos necesarios para que ello pueda tener lugar.

Asímismo, se crea la sustitución de la pena, consistente, como refleja el artículo 82, en poderse sustituir la pena de prisión no superior a dos años por arrestos de fines de semana.

Estos sustitutivos penales de tanta transcendencia práctica, como se ha venido apuntando ya se anunciaron en un Proyecto que no llegó a ser discutido, posteriormente fueron silenciados por la Ley Orgánica 8/1983 y ahora es difícil concebir esperanzas tras cuatro años, casi, de Propuesta de Anteproyecto.

EL REFERENDUM EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

JOAN OLIVER ARAUJO

SUMARIO: 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS EN TORNO A LA INSTITUCION DEL REFERENDUM. 1.1. *Concepto y clases de referéndum*. 1.2. *La crítica al referéndum y las condiciones necesarias para lograr su validez democrática*. 2. LA INSTITUCION DEL REFERENDUM EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 2.1. *Cuestiones preliminares*. 2.1.1. El referéndum en el proceso constituyente. 2.1.2. Normativa reguladora de la institución del referéndum. 2.2. *Referéndums de reforma constitucional*. 2.2.1. Introducción. 2.2.2. Modalidades del referéndum de reforma constitucional. 2.2.2.1. Referéndum de reforma constitucional facultativo (art. 167). 2.2.2.2. Referéndum de reforma constitucional obligatorio (art. 168). 2.2.3. Algunas cuestiones procedimentales en torno a los referéndums de reforma constitucional. 2.3. *Referéndum consultivo (art. 92)*. 2.3.1. Introducción. 2.3.2. Procedimiento que debe seguirse para convocar un referéndum consultivo. 2.3.3. Objeto de la consulta: "decisiones políticas de especial trascendencia". 2.3.4. Alcance y significado del término "consultivo" aplicado a esta modalidad de referéndum. 2.4. *Referéndums autonómicos*. 2.4.1. Introducción. 2.4.2. Referéndum para que una proyectada comunidad autónoma pueda acceder a la autonomía plena por la vía rápida sin reunir los requisitos que exige la disposición transitoria segunda (art. 151-1). 2.4.3. Referéndum para aprobar los estatutos de autonomía de los territorios que sigan la vía rápida (art. 151-2). 2.4.4. Referéndum para modificar los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas que hayan seguido la vía rápida (art. 152-2). 2.4.5. Referéndum para la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca (disposición transitoria cuarta). 2.5. *Referéndum municipal*.

1. *ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS EN TORNO A LA INSTITUCION DEL REFERENDUM*

1.1. CONCEPTO Y CLASES DE REFERENDUM

El término "referéndum" aparece en los Parlamentos medievales, especialmente en Suiza. Se utilizaba para designar la técnica a través de

la cual los representantes de los territorios, cuando sobre un tema carecían de instrucciones concretas, no tomaban sus decisiones en firme, sino "ad referendum", es decir, "*refiriendo* el asunto a sus mandantes" y bajo la reserva de su ratificación (1).

La utilización técnica del vocablo "referéndum" *en nuestro país* es relativamente reciente. El "Discurso leído el día 9 de noviembre de 1895 en el Ateneo Científico y Literario de Madrid sobre el tema del referéndum" (2) por Segismundo Moret y Prendergast, más tarde Presidente del Gobierno, es, sin duda, una de las primeras ocasiones en que este término es utilizado en un ámbito académico. Tres años más tarde, Angel Ganivet, en sus *Cartas finlandesas,* conceptúa al referéndum como un tema de moda (3). Sin embargo, hasta 1917 no se publica en España un trabajo científico dedicado específicamente a este mecanismo de participación directa, en concreto me estoy refiriendo al libro de Julián de Reparaz y Astein titulado, precisamente, *El referéndum* (4). Añadamos, para concluir estas breves ideas sobre la introducción del vocablo "referéndum" en España, que en el Diccionario Manual de la Real Academia de 1927 se incluye, por primera vez, "una definición de referéndum como *consulta que se hace al pueblo sobre asuntos de interés común"* (5).

Ofrecer una *definición* precisa de lo que debe entenderse por "referéndum" no es una tarea exenta de dificultades, pues, como tendremos ocasión de estudiar con detenimiento, existe una pluralidad de modalidades de referéndums, con requisitos y efectos específicos. Esta polémica institución, que constituye "un verdadero exponente de las tensiones y contradicciones que traspasan al Estado de Derecho democrático" (6), permite, ocasionalmente y bajo ciertas condiciones, ejercer la soberanía al pueblo, "depositario último de la misma", de modo que sus resultados se impongan, sin excepción, a todos los órganos del Estado (7). En una

---

(1) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional español I,* Atomo Ediciones, Madrid, 1985, pág. 106; Aguiar de Luque, Luis: *Democracia directa y Estado constitucional,* Edersa, Madrid, 1977, págs. 50-51; Hernández Lafuente, Adolfo: "Los referéndums de autonomía en la II República" en *Revista de Estudios Políticos,* núm. 5, 1978, pág. 98; Duval, H.: *Référendum et Plébiscite,* Armand Colin, París, 1970, pág. 6; Pérez Serrano, Nicolás: *Tratado de Derecho Político,* Civitas, Madrid, 1976, pág. 700.

(2) Esti. Ip. Sucesores de Ribadeneyra, Madrid, 1895.

(3) Cfr. Ganivet, Angel: *Cartas finlandesas,* Madrid, 1898, pág. 31. Citado por Aguiar de Luque, Luis: *Democracia..., op. cit.,* pág. 240.

(4) Hijos de Reus, Madrid, 1917.

(5) Citado por Aguiar de Luque, Luis: *Democracia..., op. cit.,* pág. 243.

(6) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum" en *Diccionario del sistema político español* (dirigido por J.J. González Encinar), Akal, Madrid, 1984, pág. 791.

(7) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Cons-

primera aproximación, podemos definir el referéndum diciendo que es uno de los mecanismos de participación directa del ciudadano en la vida política, consistente en formular una pregunta al cuerpo electoral para que éste se pronuncie, con un sí o un no, sobre la misma, sin ningún tipo de intermediarios. Gilbert Bortoli, en un notable trabajo sobre la práctica del referéndum en Francia, nos da la siguiente definición: "procedimiento por el que el conjunto de los ciudadanos se pronuncia directamente sobre una cuestión de gobierno (texto o medida puesta en acción o que se está a punto de poner), en lugar de que esta cuestión sea resuelta por los representantes de los ciudadanos y los poderes constituidos" (8).

Hay que iniciar el estudio de las diversas modalidades de referéndum recordando que todas las *clasificaciones* son convencionales, un modo de ir entendiéndose y de ordenar mínimamente el trabajo. La mía, síntesis de muchas otras (9) y que por tanto no pretende tener el mérito de la originalidad, es necesariamente limitada e imperfecta:

A) *Por la necesidad o no de que se celebre el referéndum para la validez del acto*, puede ser obligatorio o facultativo (10). Mientras que el primero "tiene lugar *ope legis*, por imperativo constitucional", el segundo sólo se celebra cuando lo requiere un órgano (o porción del mismo) legitimado para ello (11). En España, por ejemplo, es referéndum obligatorio el que se precisa para llevar a cabo una reforma total de la Constitución (art. 168), y es facultativo el que puede celebrarse en el supuesto de una reforma parcial no esencial de la misma (art. 167).

---

tución española de 1978" en *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político*, núm. 3, primavera 1979, pág. 19.

(8) Cfr. Bortoli, Gilbert: *Sociología del referéndum en la Francia moderna*, L.G.D.J., París, 1965, pág. 1.

(9) Para elaborar esta breve clasificación hemos tenido en cuenta las que se han propuesto en los siguientes trabajos: De Esteban, Jorge y otros: *El régimen constitucional español I*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980, págs. 93-94; Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, págs. 107-108; Aguiar de Luque, Luis: *Democracia...*, *op. cit.*, págs. 115, 116, 318 y 319; Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980, págs. 146-147; Pérez Serrano, Nicolás: *Tratado...*, *op. cit.*, págs. 700-704; Biscaretti di Ruffia, Paolo: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 422-426; Ripollés Serrano, María Rosa: "Notas acerca de la Ley Orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum" en *Comentarios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, págs. 321-322.

(10) Con análogo criterio, cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, pág. 107.

(11) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 146.

B) Dentro del ámbito de los referéndums facultativos podemos hacer otra clasificación, en función de *quién está legitimado para solicitar su convocatoria*. Distinguimos entonces entre referéndums a iniciativa de un determinado número de electores, a iniciativa del Gobierno o de su Presidente, a iniciativa del Jefe del Estado y a iniciativa del Parlamento o de una porción del mismo. En España, por ejemplo, es facultativo a instancia del Presidente del Gobierno el referéndum consultivo del art. 92, y es facultativo a propuesta de una porción del Congreso o del Senado el referéndum de reforma parcial no esencial de la Constitución.

C) Atendiendo al *"contenido formal de la consulta"* (12), el referéndum puede ser normativo o no normativo. El primero, como es obvio, tiene por objeto una disposición normativa, el segundo, por su parte, versa sobre una decisión política (vg. anexiones o segregaciones territoriales, adhesiones a organismos internacionales, resolución de conflictos entre órganos constitucionales, etc.). En nuestro ordenamiento constitucional, es normativo el referéndum que se exige para aprobar los estatutos de autonomía de los territorios que sigan la vía rápida (art. 151-2), y es no normativo el referéndum que se exige para que una proyectada comunidad autónoma pueda acceder a la autonomía plena por la vía rápida sin reunir los requisitos que exige la disposición transitoria segunda (art. 151-1).

D) Los referéndums normativos, a su vez, pueden clasificarse en constitucionales y legislativos, en función del *rango jerárquico de la norma que se somete al veredicto popular*. En España, tiene carácter de constitucional el referéndum previsto en el artículo 168 para reformar la Carta Magna, por el contrario se han excluido de nuestro sistema político los referéndums legislativos *propiamente dichos* (13).

E) Dentro de los referéndums legislativos, *según que el texto normativo esté o no en vigor*, podemos distinguir entre referéndum legislativo de ratificación (14) y referéndum legislativo abrogatorio. El primero de

(12) En este caso utilizamos la gráfica fórmula del profesor Antonio Torres del Moral: *Principios...*, *op. cit.*, pág. 107.

(13) Debemos precisar, al objeto de evitar confusiones, que, en sentido literal, es "legislativo" el referéndum que se exige para aprobar el estatuto de autonomía de un territorio que siga la vía rápida (art. 151-2), pues lo que se somete a la decisión popular es una norma con rango de ley (en concreto, orgánica). Sin embargo, este "referéndum autonómico", que guarda importantes analogías con el de reforma constitucional, responde a unos planteamientos muy distintos a los del referéndum legislativo propiamente dicho (cuyo objeto es aprobar o derogar una ley).

(14) Paolo Biscaretti di Ruffia (*Derecho...*, *op. cit.*, pág. 422) utiliza en este supuesto la denominación referéndum "constitutivo".

ellos, que es el referéndum legislativo en sentido estricto, consiste en someter a la decisión del cuerpo electoral un proyecto de ley (en consecuencia, si el resultado es afirmativo se convierte en ley, y si es negativo el proyecto no llega a entrar en el ordenamiento). El segundo, en cambio, tiene por objeto una ley ya en vigor en el momento de celebrarse el referéndum (en consecuencia, en función de cuál sea el resultado, la ley será derogada o mantendrá su vigencia). En el texto definitivo de nuestra Constitución fueron suprimidas estas dos modalidades referendarias (15).

F) Atendiendo a *la obligación de los poderes públicos de acatar el resultado*, algunos autores han distinguido entre el referéndum vinculante y el meramente consultivo. Sin embargo, como tendremos ocasión de explicar, nos parece una distinción muy problemática, que precisa para ser aceptada de importantes aclaraciones.

G) En función del *ámbito territorial en donde se celebra la consulta*, podemos hablar de referéndums estatales (vg. los de reforma constitucional), referéndums regionales (vg. el previsto en el art. 152-2 para reformar los estatutos de autonomía de las comunidades especiales) y referéndums municipales (vg. los previstos en el art. 10-2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Como indicábamos al iniciar el estudio de la tipología referendaria, hay tantas clasificaciones como posibles perspectivas de análisis, lo que evidentemente obliga a una selección de las que se estimen más útiles e interesantes. Los siete puntos de vista que nosotros hemos utilizado, al habernos aportado un valioso material conceptual, nos facilitarán sensiblemente el análisis del referéndum en nuestro sistema constitucional.

1.2. LA CRITICA AL REFERENDUM Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA LOGRAR SU VALIDEZ DEMOCRATICA

El referéndum es una institución extremadamente polémica en la doctrina, lo cual no debe extrañar si se tiene en cuenta que ha sido utilizada con finalidades antagónicas y por "los regímenes políticos más dispares" (16). En efecto, aunque en una primera impresión se podría pen-

(15) Cfr. *infra* 2.1.1.: "El referéndum en el proceso constituyente".

(16) Cfr. Linde Paniagua, Enrique: "Artículo 92. Referéndum" en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978* (dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil), Edersa, Madrid, 1985, tomo VII, pág. 370.

sar que el referéndum es el método de decisión democrático por excelencia, pues el pueblo decide sin ningún tipo de intermediarios, hay que ser muy precavidos antes de "pronunciarse sobre su *santificación democrática*" (17). "La historia -como afirma Jorge de Esteban- nos enseña que han sido precisamente los enemigos de la democracia los que han utilizado con más frecuencia esta forma de consulta popular" (18). Y Karl Friedrich, en la misma línea, ha subrayado que "los plebiscitos constituyen uno de los métodos predilectos de los dictadores, buscando en su autoridad un fundamento legítimo" (19). Loewenstein, con la fina perspicacia jurídica que caracteriza toda su obra, explica la razón de esta llamativa popularidad del referéndum entre los enemigos de la libertad. A su juicio, dicha razón hay que buscarla en "el hecho de que la votación de (un) referéndum se puede manipular con propaganda y presión mejor que el procedimiento" de elección de una "asamblea representativa, ciertamente más racional" (20).

En España tenemos varias experiencias de referéndums celebrados en un contexto autoritario (21). La carencia absoluta de libertades, unida a una cuidada campaña oficial y a la imposibilidad de defender con eficacia respuestas distintas a la del partido único, convirtieron dichas consultas en un burdo mecanismo para legitimar ante la comunidad internacional un régimen político en el que el pueblo carecía de cualquier protagonismo.

Los reparos que, desde posiciones democráticas, se han formulado al referéndum pueden sintetizarse en tres puntos (22): primero, distinta lógica a la que responden la democracia representativa y el referéndum; segundo, facilidad de manipular el referéndum por quienes están en el Poder; y tercero, pérdida de utilidad y significado del referéndum en los regímenes políticos occidentales. Detengámonos, muy brevemente, en su análisis.

1. En primer lugar, se destaca la "distinta lógica" a la que responden la democracia representativa y el referéndum. Pues en tanto que aquélla

(17) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 92.

(18) *Ibidem.*

(19) Cfr. Friedrich, Karl: *La démocratie constitutionnelle*, P.U.F., París, 1958, pág. 513.

(20) Cfr. Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 329.

(21) En concreto, nos referimos a los plebiscitos de 1947 y 1966.

(22) Seguimos básicamente la exposición del profesor Luis Aguiar de Luque: "Referéndum", *op. cit.*, págs. 791-792.

se basa en la sustitución del pueblo por minorías que actúan en su nombre, éste constituye una clara manifestación de las concepciones democráticas radicales de Juan Jacobo Rousseau, críticas del sistema representativo y favorables al autogobierno. O dicho con otras palabras, en tanto que el Estado representativo se vincula al principio de soberanía parlamentaria, el referéndum deriva del principio de soberanía popular (23).

2. En segundo lugar, se afirma que el referéndum es, tal como demuestra la historia, fácilmente manipulable por quienes ocupan el Poder, y además favorece soluciones de carácter conservador, obstaculizando las decisiones de signo progresista. El primero de estos dos aspectos parece bastante indiscutible pues, desde Napoleón al general Pinochet, muchos dictadores lo han utilizado "para buscar -y forzar- un voto de adhesión incondicional" a su persona y a su sistema político (24). Las predilecciones, por ejemplo, de Hitler, Franco o Nasser por el referéndum no han hecho sino aumentar los recelos con que es contemplada esta institución. Por lo que se refiere al segundo aspecto de esta crítica, esto es, que el referéndum favorece respuestas de carácter conservador, me parece ya más discutible (25). El movimiento obrero francés, influido por las experiencias bonapartistas, participó durante muchos años de este recelo, hasta el extremo de rechazar decididamente la práctica referendaria (26). A nuestro entender, esta crítica debe matizarse, pues el referéndum es conservador sólo en el sentido literal de la palabra, esto es, tiende a favorecer el mantenimiento del *statu quo* existente al tiempo de celebrarse la consulta (sea éste objetivamente de derechas o de izquierdas). Y aun con esta precisión, esta crítica debe aceptarse con bastantes cautelas.

3. Finalmente, el profesor Aguiar recuerda que para algunos autores el referéndum ha perdido todo significado en los sistemas políticos occi-

(23) Cfr. Esmein, A.: *Elements de Droit Constitutionnel française et comparé*, París, 1921, vol. I, pág. 425.

(24) Cfr. Laboa, Juan M. y Vanaclocha, Francisco J.: "El referéndum en España" en *Historia 16*, núm. 7, noviembre 1976, pág. 24. Con análogo criterio, cfr. Elizalde Pérez, José María en el trabajo colectivo *Apuntes de Derecho Político I*, Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Político, Cáceres, 1979-1980, vol. II, pág. 68.

(25) En el mismo sentido, cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 792.

(26) El líder socialista francés Jules Guesde sintetiza gráficamente este planteamiento con la siguiente frase: "entre el cólera, que es el régimen parlamentario, y la peste, que es el plebiscitario, no se elige: se dice que no a uno y a otro". Citado por Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, pág. 69.

dentales, ya que "las consultas electorales (sobre la base de la rigidez de las estructuras partidistas) se han tornado en una fórmula que conjuga la designación de gobernantes con la elección de opciones políticas alternativas" (27). Dicho con otras palabras, cuando hay elecciones generales, y en la sociedad hay algún tema de especial trascendencia fuertemente controvertido (vg. legalización del aborto, ingreso en una estructura militar internacional, etc.), cada partido político en su programa electoral debe pronunciarse sobre el mismo. De esta manera, cada ciudadano no sólo elige determinados gobernantes, sino que también, simultáneamente, opta por una u otra solución al tema objeto de la controversia. Siendo, por tanto, a juicio de estos autores, innecesario e incluso perturbador la introducción del referéndum.

A nuestro juicio, sin negar que algunos de los reparos que se han dirigido contra el instituto del referéndum son realmente preocupantes, parece fuera de toda duda el carácter genuinamente democrático del mismo (28). Es cierto que su utilización ha servido con mucha frecuencia a regímenes políticos autocráticos y despóticos, pero también lo es que ni por su naturaleza ni por sus orígenes históricos se puede calificar al referéndum de antidemocrático, sino todo lo contrario (29). "Sin dejar de reconocer, pues, la ambivalencia que en la práctica política ha comportado acudir a fórmulas referendarias, y siendo también conscientes de la dificultad que encierra el ejercicio de la democracia directa o semidirecta en los Estados contemporáneos, el referéndum nos sigue pareciendo no sólo una fórmula inserta en la legitimidad democrática", sino también "un instrumento útil en la toma de decisiones colectivas" que requieran un especial consenso (30).

El profesor Jorge de Esteban, desde una perspectiva teórica, ha señalado las *tres condiciones* necesarias para lograr que el referéndum tenga "una validez realmente democrática" (31). *En primer lugar,* es imprescindible que la consulta se lleve a cabo en un Estado de Derecho, con todas las garantías formales y materiales que esta fórmula política implica. Esto comporta, como es obvio, "que el referéndum no es, ni

(27) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 792.

(28) *Ibidem*, pág. 791.

(29) Opinión coincidente puede encontrarse, entre otros, en los siguientes trabajos: Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 28; Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, pág. 71.

(30) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 24.

(31) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 92.

puede ser, más que otra de las varias instituciones utilizables en una democracia en donde exista ya un pluralismo político y unos derechos fundamentales garantizados. Pero, en ningún caso, puede ser la única vía de participación popular" en la vida política (32). *En segundo lugar,* es necesario que el referéndum recaida sobre una materia adecuada y que la pregunta esté correctamente formulada. "Un referéndum mal planteado o excesivamente técnico no supondrá la aclaración del tema" controvertido, ni dará "legitimidad a la consulta" (33). No es posible desconocer que la respuesta depende en gran medida "de los términos, más o menos hábiles, en que la interrogación al pueblo se haya formulado" (34). Finalmente, *en tercer lugar,* para la validez democrática de las consultas referendarias, se exige un adecuado control de los medios de comunicación de masas de titularidad pública y, muy especialmente, de la televisión cuando ésta emite en régimen de monopolio (35). En aras de la libertad de expresión, es imprescindible garantizar que las diversas organizaciones políticas, sociales, económicas, religiosas y culturales podrán acceder de forma equitativa a estos medios de comunicación públicos y, al mismo tiempo, habrá que adoptar todas las medidas de control necesarias para que el Gobierno no use de ellos abusivamente.

2. *LA INSTITUCION DEL REFERENDUM EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*

2.1. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1.1. *El referéndum en el proceso constituyente*

La Constitución española de 1978, tras varios debates parlamentarios de alto nivel, ha consagrado *tres grandes modalidades* de referéndums (de reforma constitucional, consultivo y autonómicos), alguna de las cuales engloba a su vez varias subespecies perfectamente diferenciadas. El *referéndum de reforma constitucional* puede ser, en función de la

(32) *Ibidem.*

(33) *Ibidem.*

(34) El profesor Nicolás Pérez Serrano (*Tratado...*, *op. cit.*, pág. 703) plantea este tema entre interrogantes.

(35) Sobre el uso de los medios de comunicación de masas, cfr., entre otros, De Esteban, Jorge: *Por una comunicación democrática*, Fernando Torres editor, Valencia, 1977; García Jiménez, Jesús (compilador): *Radiotelevisión española y la Constitución*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981; Aguilar, Miguel Angel (compilador): *Los medios de comunicación en la frontera democrática*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1982.

parte de la Ley Fundamental que se quiere modificar, facultativo (art. 167) u obligatorio (art. 168). El *referéndum consultivo,* que consiste en someter al veredicto popular "decisiones políticas de especial trascendencia", es único en su género (art. 92). Por el contrario, nuestra Constitución recoge, al menos, cuatro tipos de *referéndums autonómicos:* A) referéndum para que una proyectada comunidad autónoma pueda acceder a la autonomía plena por la vía rápida sin reunir los requisitos que exige la disposición transitoria segunda (art. 151-1); B) referéndum para aprobar los estatutos de autonomía de los territorios que sigan la vía rápida (art. 151-2); C) referéndum para modificar los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas que hayan seguido la vía rápida (art. 152-2); y D) referéndum para la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca (disposición transitoria cuarta). A estas tres grandes modalidades de referéndums -constitucional, consultivo y autonómico- debemos añadir una cuarta: *el referéndum municipal.* Pues aunque la Constitución no la reconoce expresamente, parece clara su admisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 149-1-32ª de la misma (36).

Esta pluralidad de tipos de referéndum que acabamos de enumerar es bastante engañosa, y no debe llevarnos a pensar que el mecanismo de las consultas populares directas tiene asignado un papel importante en nuestro sistema político. Por el contrario, a lo largo del proceso constituyente se fue haciendo patente que, en los principales partidos políticos, existía una notable dosis de desconfianza hacia los instrumentos de participación directa en general, y hacia el referéndum en particular. El resultado ha sido que en el Texto Constitucional definitivo el referéndum ha aparecido sensiblemente devaluado en todos los sentidos, lo que, en principio, no parece muy de acuerdo con los amplios términos con que el artículo 23 consagra el derecho a participar *directamente* en los asuntos públicos (37).

Los aspectos más llamativos de esta desconfiada y restrictiva trayectoria constitucional son tres: la supresión del referéndum legislativo de ratificación y del referéndum legislativo abrogatorio, la restricción de los sujetos legitimados para solicitar la celebración de un referéndum y la calificación de "consultivo" al referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia.

---

(36) Análoga interpretación puede verse en Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 798; Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, págs. 110, 111 y 125.

(37) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "La Ley Orgánica de Referéndum: Un comentario" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 58, 1980, pág. 168; Idem: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 793.

1. *Supresión del referéndum legislativo de ratificación y del referéndum legislativo abrogatorio*

Lo más destacado del último proceso constituyente en lo que afecta a la institución del referéndum es, sin ninguna duda, la *supresión del referéndum legislativo de ratificación y del referéndum legislativo abrogatorio*, modalidades que, amén de gozar de cierta tradición en el Derecho comparado (38), cuentan con algunos precedentes en el Derecho histórico español (39). En efecto, tanto en el Anteproyecto de Constitución

(38) El artículo 75 de la *Constitución italiana* recoge, con bastante detalle, el mecanismo del referéndum legislativo abrogatorio o derogatorio. El Presidente de la República debe convocar el referéndum "para decidir sobre la derogación (*abrogazione*) total o parcial de una *ley* o de un acto con fuerza de ley (esto es, un decreto-ley o una ley delegada) cuando lo soliciten 500.000 electores o cinco consejos regionales". Hay una serie de materias que, por su peculiar naturaleza, quedan excluidas de esta técnica: las leyes tributarias y presupuestarias, las de amnistía e indulto y las de autorización para ratificar los tratados internacionales. Precisamente para asegurar que estos límites sean respetados, la Ley reguladora de la Corte Constitucional, de 11 de marzo de 1953, otorga a este Tribunal la competencia para determinar qué peticiones de referéndum son admisibles y cuáles no en función de la materia. El derecho al sufragio en dichos referéndums se reconoce a todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados. Además, para garantizar el respaldo popular a la propuesta de derogación, se exige que en la votación hayan participado la mayoría de los electores y que la posición favorable a la abrogación de la norma haya alcanzado la mayoría de los votos válidamente expresados (no computándose, en consecuencia, las papeletas en blanco o nulas). Cfr., entre otros, Bettinelli, E.: "Itineraria della razionalizzazione della convenzione antireferendaria" en *Politica del Diritto*, IX, 5 (1978), págs. 513-559; Cruz Villalón, Pedro: "*El referéndum...*", *op. cit.*, págs. 151-152; Biscaretti di Ruffia, Paolo: *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 423-424; Resegno, U.: "Referendum e istituzioni" en *Politica del Diritto*, IX, 5 (1978), págs. 605-627.

Por otro lado, el artículo 11 de la *Constitución francesa de 1958* introduce, con importantes limitaciones, el referéndum legislativo de ratificación: "El Presidente de la República podrá, a propuesta del Gobierno durante los períodos de sesiones o a propuesta conjunta de las dos Cámaras, publicadas una u otra en el Diario Oficial, someter a referéndum cualquier *proyecto de ley* que se refiera a la organización de los poderes públicos, que entrañe la aprobación de un acuerdo de la Comunidad o tienda a autorizar la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pueda afectar al funcionamiento de las instituciones. Cuando el resultado del referéndum sea favorable a la adopción del *proyecto*, el Presidente de la República lo promulgará dentro del plazo previsto en el artículo anterior". Cfr., entre otros, Aguiar de Luque, Luis: *Democracia...*, *op. cit.*, págs. 149-183; Bortoli, Gilbert: *Sociología...*, *op. cit.*; Bouissou, M.: "La pratique référendaire en France" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, XXVIII, 2 (1976), págs. 265-286; Cadart, J.: "Les inconvénients et les dangers plebiscitaires du référendum d'initiative présidentielle et gouvernementale en France depuis 1958 et les remèdes désiderables" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, XXVIII, 2 (1976); Garrigou-Lagrange, Jean-Marie: "Le dédoublement constitutionnel. Essai de rationalisation de la pratique référendaire de la V[a] République" en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 4 de 1969, págs. 641-685.

(39) El artículo 66 de la *Constitución republicana de 1931* introducía en nuestro ordenamiento la figura del referéndum legislativo, al afirmar que el pueblo podía "atraer a su de-

(B.O.C. 5-I-1978) como en el Informe de la Ponencia (B.O.C. 17-IV-1978), el artículo que se corresponde con el número 92 del texto definitivo recogía tres clases de referéndums: sobre leyes aprobadas por las Cortes y aún no sancionadas, sobre decisiones políticas de especial trascendencia y sobre leyes en vigor (40). Sin embargo, al llegar a la Comisión

---

cisión mediante referéndum las leyes votadas por las Cortes". Este mecanismo de participación directa -que nunca se utilizó pues ni siquiera se llegó a dictar la ley que debía regular su procedimiento y garantías- presentaba las siguientes características: 1ª) El referéndum tenía por objeto "leyes votadas por las Cortes". Sin embargo, en su laconismo, aquel precepto no llegaba a precisar el plazo de que disponía el pueblo para poner en marcha este mecanismo y, en consecuencia, no quedaba claro si era un referéndum sobre leyes votadas por las Cortes y aún no promulgadas, o si, por el contrario, la consulta versaba sobre leyes ya en vigor. 2ª) La iniciativa correspondía exclusivamente al pueblo, en concreto debía solicitarlo el 15 por ciento del cuerpo electoral. Se trataba de una cifra bastante elevada (aproximadamente 1.900.000 ciudadanos), con el fin de evitar la proliferación de este tipo de consultas directas. 3ª) Había una serie relativamente amplia de materias que no podían ser objeto de referéndum: "la Constitución, las leyes complementarias de la misma, las de ratificación de convenios internacionales inscritos en la Sociedad de Naciones, los Estatutos regionales" y "las leyes tributarias". 4ª) La regulación de este instituto se encomendó a una ley especial (art. 66 *in fine*) que, como ya hemos dicho, no llegó a dictarse a causa de las especiales circunstancias en las que se desarrolló la breve etapa republicana.

Por otra parte, ya en la autocracia franquista, la *Ley de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945* introdujo de nuevo la figura del referéndum legislativo, aunque en este nuevo contexto político la iniciativa se atribuía exclusivamente al Jefe del Estado. De acuerdo con el artículo primero de esta Ley, cuando la trascendencia de determinadas leyes lo aconsejase o el interés público lo demandase, el Jefe del Estado podía, "para mejor servicio de la Nación, someter a referéndum los proyectos de leyes elaborados por las Cortes". Precisar con claridad la naturaleza de este mecanismo de participación directa no es fácil, pues la Ley de Referéndum era técnicamente muy deficiente, y sus tres artículos, breves y confusos, parecían buscar intencionadamente la vaguedad (cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum: de las Leyes Fundamentales al Anteproyecto de Constitución" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 2, 1978, págs. 94-95). Ello no obstante, podemos sintetizar en cuatro puntos sus rasgos jurídico-políticos más destacados: 1ª) Se trataba de un referéndum facultativo (a diferencia del previsto en el artículo 10 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado) y no vinculante. 2ª) Este referéndum -que sólo podía recaer sobre proyectos de leyes "elaborados" y aún no aprobados- estaba configurado como un trámite "excepcional en el proceso de elaboración de leyes ordinarias" (*Ibidem*, pág. 97). 3ª) Es opinión mayoritaria en la doctrina que con esta institución no se pretendía crear una vía directa de comunicación entre el Jefe del Estado y el pueblo, sino que, por el contrario, dicho "referéndum era un instrumento más del Gobierno para controlar la actividad legislativa de las Cortes, para que éstas se sintieran intimidadas ante la sola expectativa de su utilización y de este modo adecuaran su actuación a los dictados del Gobierno" (*Ibidem*, pág. 96). 4ª) A nuestro juicio, lejos de ser un mecanismo democratizador del régimen, la Ley de Referéndum -publicada inmediatamente después de la derrota de las potencias fascistas en la Segunda Guerra Muncial- aparecía con la finalidad de legitimar ante la comunidad internacional un régimen político fundamentado esencialmente en la fuerza de las armas.

(40) El artículo 85-1 del *Anteproyecto de Constitución* (B.O.C. de 5 de enero de 1978) ofrecía la siguiente redacción: "La aprobación de las leyes votadas por las Cortes Generales y aún no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación

de Asuntos Constitucionales del Congreso, la institución del referéndum sufrió una drástica restricción, fruto de una enmienda *in voce* del profesor Solé Tura consensuada entre todos los Grupos Parlamentarios a excepción del de Alianza Popular. El profesor Jordi Solé Tura al defender dicha enmienda, por la que se suprimían las dos modalidades de referéndum legislativo (el de ratificación y el abrogatorio), inició un interesante y denso debate que se prolongaría hasta el Pleno del Congreso de los Diputados. A su juicio, el referéndum sobre leyes aprobadas por las Cortes y aún no sancionadas "abre una extraña posibilidad de que la soberanía del Parlamento sea absolutamente menoscabada y establece, sobre todo, la posibilidad de conflictos muy serios entre Gobierno, Rey y Parlamento, puesto que se trata de leyes que ya han sido aprobadas pero que antes de ser sancionadas pueden ser sometidas a referéndum" (41). Por lo que se refiere al referéndum abrogatorio, el diputado de U.C.D. José Pedro Pérez-Llorca, al intervenir para apoyar la enmienda, afirmó que es una técnica que "plantea problemas similares, cuando no más delicados", que el referéndum legislativo de ratificación. En su opinión -expresando un temor que ya había puesto de relieve el diputado socialista Cordero en las Cortes Constituyentes de la Segunda República- el referéndum abrogatorio era nocivo para la estabilidad y el "armónico desarrollo" del sistema político, especialmente en el momento en que el Parlamento debía aprobar las leyes complementarias de la Constitución (42). En turno en contra, intervino el profesor Fraga Iribarne para mostrar su total disconformidad con estas supresiones, pues a su juicio el referéndum es una ventana abierta a la participación de las fuerzas sociales en la vida política sin tener que pasar por el tamiz de los partidos políticos, evitando caer en la dañina "partitocracia" (43). A esta última objeción, el profesor Solé Tura replicó diciendo que, en un país donde precisamente los partidos políticos han estado prohibidos durante cuarenta años, contemplar o denunciar el peligro de la partitocracia "es un mal

---

de leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos".

El *Informe de la Ponencia* de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (B.O.C. de 17 de abril de 1978), aceptando las enmiendas número 416 del Grupo Socialista y 529 del Grupo Mixto, modificó ligeramente el primer inciso del artículo 85-1 del Anteproyecto, aunque mantuvo sin variación las tres modalidades de referéndum: "Las leyes aprobadas por las Cortes y aún no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación de las leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos".

(41) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), núm. 81, 6 de junio de 1978, pág. 2937.

(42) *Ibidem*, pág. 2940.

(43) *Ibidem*, págs. 2939, 2941 y 2945. Define la "partitocracia" como aquel "momento en el cual los partidos no actúan como promotores de corrientes de opinión, de programas y de candidatos, sino como monopolizadores del proceso político".

servicio a la causa de la consolidación de la democracia que intentamos llevar adelante". Y añadió: "Aquí el problema que tenemos hoy no es el de la partitocracia, sino conseguir que los partidos funcionen, conseguir que los partidos sean representativos, que los partidos tengan fuerza, que los partidos sean reconocidos como intérpretes concretos de las grandes masas de la población, y eso es lo fundamental" (44).

Sometida a votación, la enmienda fue aprobada por treinta y tres votos a favor y dos en contra, sin abstenciones (45). En consecuencia, el primer apartado del entonces artículo 86 quedaría -con redacción que ya iba a ser definitiva- con el siguiente tenor: "Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos" (B.O.C. de 1 de julio de 1978). En el Pleno del Congreso de los Diputados se reprodujo el debate en términos muy similares, como consecuencia de la propuesta del profesor Fraga Iribarne de volver al texto de la Ponencia (46). Por 243 votos contra 16 dicha pretensión fue rechazada.

(44) *Ibidem*, pág. 2942.

(45) *Ibidem*, pág. 2945. Los dos votos en contra fueron de los diputados Fraga Iribarne y Barrera Costa.

(46) El profesor *Manuel Fraga Iribarne* solicitó con énfasis que se volvieran a consagrar las dos modalidades de referéndum suprimidas. De su interesante intervención entresacamos los siguientes fragmentos: "... entramos en una discrepancia absolutamente fundamenal sobre cuáles son las relaciones entre el ciudadano y el Estado y cuál es su posibilidad, además de un medio normal, que es la democracia representativa, de actuar por vías de democracia semi-directa... nosotros no somos jacobinos ni rousseaunianos... no buscamos la democracia sin partidos; lo que queremos es completarla y compensarla... Se trata de que..., de vez en cuando, haya una base para un rearme ciudadano, que es la base de la democracia y que además de los partidos haya una constante -ya lo dijo Tocqueville-, una gran constante plural de asociaciones voluntarias que... puedan promover sus causas paralelamente a esa síntesis y mediación que de ellas hacen los partidos... Creo... que sólo cuando hay un equilibrio... entre democracia representativa y democracia directa y semidirecta existe un sistema capaz de funcionar con realismo".

En turno de réplica, le contestó el diputado *José Pedro Pérez-Llorca*: "... En el fondo estamos aquí ante un problema valorativo de si vale más la pena que asentemos con nitidez el sistema parlamentario en toda su pureza, en nuestra Constitución, o lo podamos hacer convivir en ella con otros sistemas cuya eficacia en un sistema parlamentario no está bien probada... si con carácter constitucional adjuntáramos al sistema parlamentario unos instrumentos de democracia directa o semidirecta, estaríamos haciendo un régimen híbrido... estaríamos haciendo un régimen extraordinariamente frágil. Es evidente que si constitucionalizamos los supuestos que plantea el señor Fraga... todos ellos podrían producir conflictos graves; conflictos graves entre las Cámaras y el pueblo, conflictos graves entre las Cámaras y el Gobierno. Y hay que evitar estos conflictos; hay que dejar que el sistema parlamentario funcione, se enraíce -cosa difícil- en el pueblo...". *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 109, 13 de julio de 1978, págs. 4210-4219.

2. *Restricción de los sujetos legitimados para solicitar la celebración de un referéndum*

En los tres primeros textos del *iter* constituyente, la legitimación para pedir la convocatoria de alguno de los tres tipos de referéndums facultativos reconocidos en el entonces artículo 85 (esto es, el legislativo de ratificación, sobre decisiones políticas de especial trascendencia y el legislativo abrogatorio) estaba atribuida a una pluralidad de sujetos. Así, en el Borrador de Constitución divulgado por la prensa en noviembre de 1977 se otorgaba -en todas las modalidades- al Gobierno, al Congreso, al Senado, a tres Asambleas regionales y a 500.000 electores (47). En el Anteproyecto de Constitución, publicado en el B.O.C. de 5 de enero de 1978, se confería dicha iniciativa al Congreso, al Senado y a tres Asambleas de Territorios Autónomos en las tres clases de referéndums, y a 750.000 electores en el supuesto del referéndum legislativo abrogatorio. La Ponencia en su Informe (B.O.C. de 17 de abril de 1978), tras reestructurar el precepto con la oposición de UCD, legitimaba, en todos los supuestos, al Gobierno, al Congreso y al Senado, y, para convocar referéndums abrogatorios, a tres Comunidades Autónomas y a los electores en número no inferior a 750.000.

Aunque en estas primeras fases del proceso constituyente ya se apreciaba una tendencia progresivamente restrictiva en el tema de la iniciativa de los referéndums, especialmente si eran legislativos derogatorios, y aunque también es innegable que algunas de las enmiendas formuladas al artículo 85 acentuaban notablemente esta impresión (48), lo cierto es que "ninguna de ellas hacía presentir la drástica cirugía" a la que dicho artículo sería sometido en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (49). En efecto, al ser aprobada la enmienda *in voce* presentada en este trámite por el profesor Solé Tura, que ya hemos analizado par-

(47) Cfr. "Las actas de la Ponencia Constitucional" publicadas en la *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, págs. 295 y 297.

(48) La enmienda número 35 de D. Licinio de la Fuente (AP) proponía excluir de la legitimación para solicitar un referéndum a las comunidades autónomas. La enmienda 529 de D. Raúl Morodo (Grupo Parlamentario Mixto) excluía al Gobierno y a las Cámaras Legislativas, y la enmienda número 703 de D. Tomás García (Grupo Parlamentario Comunista) a estas últimas, pero no al Ejecutivo. Desde otra perspectiva, la enmienda 736 de D. José Miguel Ortí (UCD) elevaba a cinco el número de Asambleas regionales precisas para solicitar la celebración de un referéndum y exigía un determinado quórum de participación. En esta misma línea restrictiva, la enmienda número 779 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático pretendía excluir la iniciativa popular y la de las comunidades autónomas.

(49) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 151.

cialmente al estudiar la supresión de los dos tipos de referéndums legislativos, la facultad de solicitar la celebración de una consulta popular quedó restringida exclusivamente al Presidente del Gobierno (50).

Lo más llamativo -y posiblemente discutible- de este proceso restrictivo es la supresión de la *iniciativa popular* para exigir la celebración de un referéndum. Los argumentos de Heribert Barrera en el Pleno del Congreso de los Diputados oponiéndose a esta exclusión nos parecen especialmente sólidos. A su juicio, el que un determinado número de ciudadanos pudiera pedir la convocatoria de un referéndum evitaría "un posible divorcio entre la clase política y el país". Y añadía: "los partidos son sin duda instrumentos indispensables de la democracia, pero la oligarquía de los partidos o de los estados mayores de los partidos... me parece no solamente injusta, sino peligrosa para el futuro de la democracia, sobre todo si esto va acompañado de sistemas electorales que eliminan también, en gran parte, el contacto directo" con los representantes (51). José Pedro Pérez-Llorca, con argumentos mucho más pragmáticos, justificaba la supresión de la iniciativa popular para demandar un referéndum afirmando que esta facultad otorgaría a los grupos minoritarios, e incluso extraparlamentarios, un poder extraordinario que podría "crear conflictos graves al funcionamiento adecuado del sistema" (52).

3. *Calificación de "consultivo" al referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia*

La tantas veces citada enmienda *in voce* del profesor Solé Tura, además de suprimir las dos modalidades de referéndum legislativo y de restringir al Presidente del Gobierno la facultad de solicitar su convocatoria, calificó de "consultivo" al referéndum sobre "decisiones políticas de especial trascendencia". No vamos a analizar ahora el significado y el alcance jurídico-político de la agregación de este adjetivo, tema que trataremos con detalle al estudiar precisamente el referéndum consagrado en el artículo 92 (53). Lo que sí debemos destacar en este momento es que el propósito de los constituyentes al introducirlo fue, *sin ninguna duda,*

(50) El segundo apartado del entonces artículo 86, con redacción que aún iba a experimentar importantes alteraciones, rezaba así: "El referéndum será convocado por el Rey *con refrendo del Presidente del Gobierno* y previo debate del Congreso de los Diputados".

(51) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4215.

(52) *Ibidem*, pág. 4213.

(53) Cfr. *infra* 2.3.4.: "Alcance y significado del término *consultivo* aplicado a esta modalidad de referéndum".

el de recortar la eficacia decisoria de este mecanismo de participación directa (54).

De cuanto antecede se deduce claramente que bajo esta polémica, que aquí no hemos hecho más que apuntar, subyacía el problema de determinar en qué medida los mecanismos de participación directa debían "sobresalir en el juego político o ser meros correctores de la democracia representativa" (55). Este giro radical que experimentó la institución del referéndum en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso -similar al que había experimentado en el mismo trámite la regulación de la iniciativa popular- responde, como afirma certeramente el profesor Santamaría Pastor, "a la asunción decidida de una opción política nítida, consistente en el reforzamiento de los mecanismos de la democracia representativa. Frente a una primera postura, un tanto ingenua, de democratización a ultranza, los constituyentes apreciaron con toda claridad los peligros de un posible abuso de la *apellatio ad populum*" (56). Las causas principales de este giro espectacular, apoyado por todos los partidos políticos a excepción de Alianza Popular, fueron básicamente cuatro (57):

1ª. *El recuerdo inmediato de las connotaciones autoritarias y antipartidistas del referéndum en el régimen franquista.* Fue precisamente el profesor Solé Tura quien, en el Pleno del Congreso, recordó que las consultas populares durante la autocracia del general Franco, lejos de ser un instrumento de participación directa, fueron montajes propagandísticos encaminados a legitimar un sistema político en el que el pueblo no tenía ningún poder efectivo (58).

2ª. *La polémica experiencia italiana del referéndum abrogatorio.* El hecho de que la práctica totalidad de las fuerzas políticas presentes en el proceso constituyente valorasen negativamente la experiencia italiana en el tema del referéndum abrogatorio (59), pesó decisivamente en su

(54) Cfr. las intervenciones de D. Jordi Solé Tura (*D.S.C.D.*, núm. 81, 6 de junio de 1978, págs. 2937, 2938 y 2942) y de D. José Pedro Pérez-Llorca (*D.S.C.D.*, núm. 81, 6 de junio de 1978, pág. 2940; y *D.S.C.D.*, núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4213).

(55) Cfr. Alzaga Villaamil, Oscar: *La Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 585.

(56) Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso: "Artículo 92" en *Comentarios a la Constitución* (dirigidos por F. Garrido Falla), Civitas, Madrid, 1985, pág. 1315.

(57) *Ibidem.*

(58) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 109, 13 de julio 1978, pág. 4218.

(59) Manuel Fraga Iribarne (*D.S.C.D.*, núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4212) y Heribert Barrera Costa (*D.S.C.D.*, núm. 109, 13 de julio de 1978, págs. 4216-17), en su pre-

supresión. Los parlamentarios españoles estimaban que el referéndum abrogatorio italiano había "generado no pocos problemas y (había) enturbiado un tanto el ambiente político, facilitando un campo de juego idóneo a los partidos políticos marginales y extraparlamentarios y permitiendo sacar de los muros de los edificios que albergan las Cámaras las contiendas políticas, para llevarlas a la calle" a través de la recogida de firmas y subsiguiente referéndum (60). Además, estos recelos hacia el modelo italiano se vieron acentuados, en la Comisión del Congreso, por las peculiares características de la campaña que precedió a los dos referéndums que se celebraron en este país el 11 de junio de 1978, cuyo objeto era pronunciarse sobre la Ley de medidas de orden público y sobre la Ley de financiación de los partidos políticos (61).

3ª. *La repetida utilización del referéndum en la Vª República francesa con fines carismáticos.* Parece evidente que la convocatoria de cinco referéndums en once años (1958-1969), buscando fortalecer la figura de su primer Presidente, también se dejó sentir negativamente en el ánimo de los legisladores españoles (62).

4ª. *La imperiosa necesidad de fortalecer y potenciar los partidos políticos en España tras cuatro décadas de estar prohibidos.* Una vez más fue el profesor Solé Tura quien hizo oír su voz en el Parlamento. En esta ocasión, respondiendo a las críticas del profesor Fraga Iribarne en el sentido de que la supresión del referéndum era un "camino de servidumbre hacia la partitocracia", afirmó que fomentar el fortalecimiento de los partidos políticos nunca puede ser conceptuado de servidumbre, pues no es otra cosa que desarrollar el contenido del artículo 6 de la propia Constitución. Tras reconocer implícitamente que esta restricción del referéndum favorecía, en alguna medida, el protagonismo de los partidos políticos, agregó: "Queremos que los partidos se fortalezcan, que los partidos se desarrollen, que los partidos sean cada vez más representativos, más auténticamente representantes de lo que son las diversas formas de voluntad popular" (63).

---

tensión de mantener el referéndum derogatorio en el Texto Constitucional, valoraron *positivamente* la experiencia italiana del 11 de junio de 1978.

(60) Cfr. Alzaga Villaamil, Oscar: *La Constitución...*, *op. cit.*, pág. 581.

(61) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, págs. 151-52; Manzella, A.: "Il sistema parlamentare nel proietto costituzionale spagnolo" en *Politica del Diritto*, IX, 3 (1978), pág. 330.

(62) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, pág. 72.

(63) *Diario de Sesiones del Cogreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4218. En la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso (*D.S.C.D.*, núm. 81, 6 de junio de 1978, pág. 2942), el profesor Jordi Solé Tura ya se había pronunciado en términos muy similares.

Los redactores de la Constitución española, muy influidos por los cuatro temas que acabamos de indicar, regularon el referéndum con un espíritu marcadamente restrictivo, lo que ha conducido a "descafeinar" en buena medida dicha institución (64). Es indiscutible que en los primeros textos del *iter* constituyente las diversas modalidades de referéndum aparecían reguladas de "forma torpe e inconveniente", siendo susceptibles de engendrar problemas muy graves para el correcto funcionamiento del sistema (65). Pero los constituyentes, en lugar de intentar evitar los riesgos mejorando su regulación, optaron por suprimir los dos tipos de referéndums que más poder conferían a los ciudadanos y por restringir muy sensiblemente el referéndum sobre decisiones políticas. Como ha afirmado el profesor Tomás Villarroya, "si en otros tiempos o lugares se usó indebidamente del referéndum legislativo, lo pertinente no es suprimirlo, sino depurarlo y rescatarlo para la democracia. Pero, además -sigue diciendo el profesor de Valencia-, la democracia representativa, entre nosotros -y en otros lugares- aparece, en buena medida, expropiada por los partidos políticos: justo es que, en determinadas ocasiones, se conceda al pueblo la posibilidad de expresar directamente su voluntad" (66).

2.1.2. *Normativa reguladora de la institución del referéndum*

Los aspectos esenciales de la institución del referéndum están recogidos en la propia Constitución y en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum (B.O.E. 23-I-1980) (67). Junto a estos dos textos básicos, otras disposiciones como la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (B.O.E. 20-VI-1985), la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (B.O.E. 3-IV-1985) y el capítulo II del título VII del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982 (B.O.E. 5-III-1982), completan la regulación jurídica de las consultas populares directas en nuestro sistema constitucional. Por otra parte, y a los efectos de reglamentar los temas materiales y organizativos que se planteen en cada consulta referendaria, la disposición final segun-

(64) El profesor Oscar Alzaga Villaamil (*La Constitución...*, *op. cit.*, pág. 587) utiliza esta expresión refiriéndose al referéndum consultivo previsto en el artículo 92.

(65) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, págs. 109-110; Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 19.

(66) Cfr. Tomás Villarroya, Joaquín: "Comentario al libro *El régimen constitucional español I*" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pág. 346.

(67) Su artículo 8-4, como veremos, fue modificado por la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre (B.O.E. 24-XII-1980).

da de la Ley Orgánica del referéndum autoriza al Gobierno para dictar las normas "que sean precisas para el cumplimiento y la ejecución" de dicha Ley.

A) Dispersos en diferentes títulos del *Texto Constitucional,* encontramos numerosos artículos que se refieren al referéndum. Los más importantes son los siguientes: art. 62-C, facultad regia para convocarlos; art. 92-1 y 2, referéndum consultivo; art. 92-3, remisión a una ley orgánica de desarrollo; art. 149-1-32ª, competencia del Estado para su autorización; art. 151-1, referéndum de iniciativa autonómica; art. 151-2, referéndum para aprobar estatutos de autonomía; art. 152-2, referéndum para modificar estatutos de autonomía; art. 167-3, referéndum de reforma constitucional facultativo; art. 168-3, referéndum de reforma constitucional obligatorio; y disposición transitoria 4ª punto 1, referéndum para la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca. Es evidente que algunos de estos preceptos, "a pesar de estar incluidos en el texto articulado", son normas de Derecho transitorio, que ya "han agotado su eficacia jurídica" al haberse consumado el "proceso de construcción del Estado autonómico" (68).

B) El tercer párrafo del artículo 92 de la Constitución afirma que "una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución". El hecho de que el párrafo transcrito forme parte del artículo dedicado al referéndum consultivo, suscitaba la duda de si dicha ley debía referirse exclusivamente al referéndum consultivo y sus posibles variantes o si, por el contrario, debía regular los tres tipos de referéndums previstos en la Constitución (esto es, el constitucional, el consultivo y el autonómico). Esta duda fue, sin embargo, rápidamente aclarada, pues el contenido de la Ley Orgánica reguladora del referéndum, de 18 de enero de 1980, afecta indubitadamente a aquellas tres modalidades (69). Por el contrario, su disposición adicional precisa que "las disposiciones de la presente Ley no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios". En resumen, pues, el contenido de la L.O. 2/1980 es aplicable a los referéndums constitucionales, consultivos y autonómicos, pero no a los municipales.

---

(68) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios..., op. cit.*, pág. 110.

(69) Antes de aprobarse la L.O. 2/1980, esta solución ya había sido defendida por diversos autores: Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 30; Alzaga Villaamil, Oscar: *La Constitución..., op. cit.*, pág. 587.

Como es sabido, el *iter* parlamentario seguido por el Proyecto de Ley Orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum estuvo estrechamente ligado al proceso autonómico andaluz (70). En efecto, para poder entender el porqué de aquel precipitado e irregular procedimiento legislativo, a medio camino entre "la razón de Estado y la disciplina de partido" (71), no hay que olvidar el compromiso político adquirido por el Presidente Suárez de celebrar el referéndum de iniciativa autonómica para Andalucía el 28 de febrero de 1980. Se produjo entonces, como han afirmado los profesores Linde Paniagua y Herrero Lera, "una falta de sincronía entre los compromisos personales adquiridos por el Presidente del Gobierno y las previsiones legales en que se debía enmarcar el cumplimiento de aquéllos" (72), pues esta consulta popular sólo se podía celebrar si previamente había sido aprobada la Ley Orgánica reguladora del referéndum. Ante esta comprometida situación, el Gobierno de UCD remitió al Parlamento el Proyecto de Ley a mediados de noviembre de 1979 (73), solicitando que fuera tramitado por el procedimiento legislativo de urgencia. Tras el Informe de la Ponencia, la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso lo dictaminó en dos sesiones, siendo aprobado por el Pleno -en versión que ya iba a ser definitiva- el 28 de diciembre (74). En la sesión extraordinaria del 15 de enero de 1980, la Cámara Alta, a los efectos de que el Proyecto no tuviera que volver al Congreso, lo aprobó sin ninguna alteración, aunque para ello fue preciso que los senadores centristas y socialistas retiraran -bajo la presión de sus propios partidos- las enmiendas que habían presentado. No es de extrañar, pues, que, en este contexto, el parlamentario de UCD Antonio Pérez Crespo dijera que como senador "sentía un amargo sabor" por la marginación de que había sido objeto el Senado (75). A tenor de todo lo anterior, es evidente que la temprana

(70) Cfr., entre otros, Tomás Villarroya, Joaquín: "Proceso autonómico y observancia de la Constitución" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pág. 39; Ortega Alvarez, Luis: "La inconstitucionalidad de la reforma de la Ley Orgánica de Referéndum" en *Revista de Administración Pública*, núm. 97, 1982, pág. 175; Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley Orgánica de modalidades de referéndum" en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, primavera 1980, págs. 85-86; Ripollés Serrano, María Rosa: "Notas...", *op. cit.*, págs. 329, 330 y 339.

(71) Cfr. Ripollés Serrano, María Rosa: "Notas...", *op. cit.*, pág. 330.

(72) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley...", *op. cit.*, pág. 85.

(73) El Proyecto remitido por el Gobierno fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 97-I, serie A, de 23 de noviembre de 1979.

(74) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 59, 28 de diciembre de 1979. La votación arrojó el siguiente resultado: 258 votos a favor, 17 en contra y 3 abstenciones.

(75) *Diario de Sesiones del Senado* (Sesión Plenaria), núm. 38, 15 de enero de 1980.

aprobación de la Ley Orgánica del referéndum no se debió al deseo del legislador de articular rápidamente cauces de participación directa, sino a la necesidad de contar con la normativa precisa para poder convocar el referéndum andaluz de iniciativa autonómica (art. 151-1) (76).

Las consecuencias de esta precipitada aprobación de la Ley Orgánica del referéndum son principalmente tres. En primer lugar, el contenido de esta Norma es claramente desproporcionado, pues en tanto que los referéndums autonómicos previstos en el artículo 151 de la Constitución son reglamentados de forma exhaustiva, los referéndums constitucional y consultivo son objeto de una regulación breve y, en muchos aspectos, insuficiente (77). En segundo lugar, también debemos destacar que se trata de una ley notablemente restrictiva, que desconoce en buena medida "las posibilidades y virtualidades democratizadoras" del referéndum (78). Finalmente, en tercer lugar, hay que señalar que es una ley técnicamente muy deficiente, hasta el extremo que el profesor Torres del Moral afirma que sus "errores y defectos técnicos casi se cuentan por palabras" (79).

Si el proceso de elaboración de la Ley Orgánica del referéndum fue, como hemos visto, anómalo y polémico, sin que faltaran reiteradas acusaciones de inconstitucionalidad, debemos añadir ahora que el debate no se cerró con la aprobación de dicha Ley. Por el contrario, a raíz del insuficiente resultado producido en la provincia de Almería el 28 de febrero de 1980, que impedía a Andalucía constituirse en comunidad autónoma por la vía del artículo 151, se modificó el párrafo cuarto del artículo octavo de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero. Esta reforma -a la que se dio efectos retroactivos para poder considerar positivos los resultados negativos del referéndum andaluz- se formalizó en la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre (B.O.E. 24-XII-1980) (80).

---

(76) Con criterio análogo, cfr. Aguiar de Luque, Luis: "La Ley Orgánica...", *op. cit.*, pág. 168.

(77) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley...", *op. cit.*, págs. 87 y 89.

(78) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 793; Idem: "La Ley Orgánica...", *op. cit.*, págs. 170-71.

(79) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, pág. 109.

(80) Cfr. *infra* 2.4.2.: "Referéndum para que una proyectada comunidad autónoma pueda acceder a la autonomía plena por la vía rápida sin reunir los requisitos que exige la disposición transitoria segunda (art. 151-1)".

2.2. REFERENDUMS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

2.2.1. *Introducción*

"Desde sus mismos orígenes doctrinales, el referéndum ha sido considerado como instrumento adecuado para la ratificación de procesos de reforma constitucional" (81). Fue el marqués de Condorcet (1743-1794) quien, llevando hasta sus últimas consecuencias los planteamientos de Sieyès, elaboró la "primera formulación de los modernos referéndums constitucionales" (82). En su opúsculo publicado en 1789 bajo el título *Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens*, Condorcet afirma que es preciso que la Constitución sea elaborada por unos representantes extraordinarios, como defiende el abate Sieyès, pero añade que ello no es suficiente, sino que es necesario además que el conjunto de ciudadanos la ratifique. "El pueblo -escribe Condorcet- no ha delegado más que la función de redactar la Constitución, función que él no puede ejercer; pero (en) el rechazo o la aceptación expresa su verdadero deseo" (83).

Las influencias del pensamiento democrático de Condorcet son muy claras en el proceso revolucionario francés. Así, el Decreto de 21 de septiembre de 1792, buscando un fundamento legítimo al nuevo orden político, declaraba que "no puede haber Constitución que no haya sido aceptada por el pueblo". Este Decreto, como ha afirmado el profesor Aguiar, constituye el primer "reconocimiento jurídico" de "la participación popular directa en el poder constituyente" (84). Sin embargo, la plasmación más completa de las ideas de Condorcet la encontramos en el Proyecto de Constitución girondino de 1793, del que fue su principal artífice. En este texto se prevé la participación directa como mecanismo para aprobar y modificar la Constitución. En concreto, el artículo 10 del título IX afirmaba que la reforma constitucional sólo entraría en vigor cuando el nuevo texto hubiera sido aprobado por el pueblo (85).

Un rápido repaso a las vicisitudes de la institución referendaria durante estos dos últimos siglos, demuestra que ha sido precisamente en el tema de la aprobación y reforma de las Constituciones donde ha sido

(81) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 793.
(82) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: *Democracia...*, *op. cit.*, pág. 30.
(83) Cfr. Condorcet, Marqués de: *Sur la nécessité de faire ratifier la Constitution par les citoyens*, oeuvres completes, tomo XV, París, 1804, capítulo II.
(84) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: *Democracia...*, *op. cit.*, pág. 42.
(85) *Ibidem*, pág. 43.

aceptada con menos dificultad. Quizá, como afirma el profesor Julián Santamaría (86), porque reconcilia "la noción democrática de la participación directa con la noción conservadora de la rigidez constitucional" (87).

Desde la Constitución de Bayona de 1808 hasta la de la Segunda República de 1931, en ningún texto fundamental español se introdujo la necesidad de ratificación popular para modificarlo. En unos casos esta facultad de reforma se reconocía a las Cortes a través del procedimiento legislativo ordinario (vg. Constituciones de 1837 y 1876), en otros se establecían unos trámites agravados (vg. Constituciones de 1812 y 1869), pero en ninguna de ellas, repito, se preveía la consulta directa al pueblo. Fue durante el régimen del general Franco cuando, al objeto de ofrecer una imagen de legitimidad en el interior y ante la comunidad internacional, se incorporó la figura del referéndum constitucional. Así, el artículo 10 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947 preveía el referéndum obligatorio para modificar o derogar las Leyes Fundamentales (88). Esta técnica se utilizó en dos ocasiones: en julio de 1947 para aprobar la propia Ley de Sucesión (aunque esta consulta tenía su fundamento jurídico en el artículo 1 de la Ley de Referéndum Nacional de 1945) y en diciembre de 1966 para aprobar la Ley Orgánica del Estado (89). Por otra parte, al comienzo de la transición democrática, la Ley para la Reforma Política de 1976 volvía a introducir esta técnica, al afirmar que "el

(86) Cfr. Santamaría Ossorio, Julián: "Participación política y democracia directa" en *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, pág. 755.

(87) En el marco del *Derecho comparado* son numerosas las Constituciones que, con mayor o menor amplitud, incorporan el referéndum a su proceso de reforma. A título de ejemplo, cfr. art. 88 de la Constitución danesa de 1953, art. 89 de la Constitución francesa de 1958, arts. 46 y 47 de la Constitución irlandesa de 1937 y art. 138 de la Constitución italiana de 1947.

(88) El artículo 10 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947 decía así: "Para derogarlas o modificarlas (a las Leyes Fundamentales) será necesario, además del acuerdo de las Cortes, el referéndum de la Nación". Por su parte, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 establecía que "corresponde, particularmente, al Jefe del Estado: (...) c) Someter a referéndum de la Nación los proyectos de ley a que se refiere el párrafo segundo del artículo diez de la Ley de Sucesión".

La convocatoria de estos referéndums, a diferencia de los previstos en la Ley de Referéndum de 1945, estaba configurada como un acto debido del Jefe del Estado, ya que dicha consulta -que debía recaer sobre un texto previamente aprobado por las Cortes- era un trámite preceptivo en el proceso de reforma de las Leyes Fundamentales. Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum: de las Leyes...", *op. cit.*, págs. 97-98.

(89) El procedimiento para la celebración de estos dos referéndums se fijó por los Decretos de 8 de mayo de 1947 y 21 de noviembre de 1966.

Rey, antes de sancionar una ley de reforma constitucional", debía "someter el proyecto a referéndum de la nación" (art. 3-3).

La *Constitución española de 1978* está dotada de una fuerte rigidez, pues su título décimo (arts. 166-169), al regular los procedimientos de reforma constitucional, yuxtapone una serie de trámites y requisitos que muy raramente se encuentran juntos en el Derecho comparado (Santaolalla López). Se puede afirmar, sin duda, que la vigente es "la más rígida de todas las constituciones españolas" a excepción de la gaditana de 1812 (90). Antes de seguir adelante, hemos de precisar que no vamos a entrar en el estudio de los diversos trámites que deben seguirse para modificar la Constitución, ya que, como es obvio, es un tema ajeno al objeto de nuestro análisis, circunscrito a la institución del referéndum.

En nuestra Carta Magna se regulan dos procedimientos de reforma constitucional: el *ordinario* (art. 167), para las modificaciones menos importantes, que puede concluir o no con un referéndum; y el *extraordinario* (art. 168), para las alteraciones esenciales o totales, que necesariamente deberá finalizar con una consulta popular. Como vemos, se han incluido en nuestro sistema político dos tipos de referéndums de reforma constitucional: uno *facultativo* y otro *obligatorio*. Aunque ambas modalidades pretenden "acentuar el carácter rígido de la Constitución" (91), parecen responder a finalidades políticas distintas: "protección de las minorías en el referéndum previsto en el artículo 167, legitimación popular de la reforma en el supuesto contemplado por el artículo 168" (92).

Los referéndums de reforma constitucional están consagrados, en sus aspectos esenciales, en los artículos 167-3 y 168-3 de la Ley Fundamental, y escuetamente reglamentados en el artículo 7 de la Ley Orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Tal como ya hemos señalado, esta Ley, precipitadamente aprobada con el objeto de resolver el problema autonómico andaluz, muestra un preocu-

(90) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional español* 2, Atomo Ediciones, Madrid, 1986, pág. 434.

(91) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 165.

(92) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 793. *Desde una perspectiva teórica*, el profesor Cruz Villalón ha destacado el "contrapuesto significado político" del referéndum obligatorio y del referéndum facultativo: "mientras el primero se limita a perfilar el peso decisorio directo del cuerpo electoral, el facultativo se configura muy predominantemente como una facultad trascendental que la Constitución pone en manos de un determinado órgano (incluida una fracción de aquél), la de provocar la manifestación de la voluntad inmediata del pueblo, la consulta popular, *l'appel au peuple*". Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 146.

pante desinterés por resolver las diversas cuestiones que suscitan los referéndums de reforma constitucional (93).

2.2.2. *Modalidades del referéndum de reforma constitucional*

2.2.2.1. Referéndum de reforma constitucional facultativo (art. 167)

El artículo 167 de la Constitución establece lo que podríamos denominar el procedimiento de reforma constitucional ordinario, que debe seguirse cuando la modificación que se quiere introducir es parcial y no afecta al título preliminar, ni a la sección primera del capítulo II del título I, ni al título II. En estos casos, tras haber seguido los trámites procedimentales preceptuados (94), la reforma aprobada por las Cortes *podrá* ser sometida a referéndum para su ratificación. Es preciso para ello que lo "soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras" (art. 167-3).

Según se desprende de lo anterior, aunque en principio la celebración del referéndum no es un requisito indispensable para consumar la reforma constitucional, sí que lo es cuando lo solicitan en el plazo indicado un diez por ciento de los diputados o de los senadores. En cuyo caso, como es obvio, el texto reformado sólo entrará a formar parte del Ordenamiento Constitucional si obtiene el respaldo necesario del pueblo español. El porcentaje de parlamentarios exigido para provocar la convocatoria de este referéndum es, a nuestro juicio, moderadamente bajo, y lo convierte en un "trámite obligado" para cualquier reforma mínimamente controvertida (95). Como afirma el profesor Cruz Villalón, "habrá de tratarse de enmiendas constitucionales eminentemente técnicas o cuidadosamente pactadas para que no surja en ninguna de las dos Cáma-

(93) Cfr. Ramírez Jiménez, Manuel: *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 139; Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley...", *op. cit.*, págs. 87-88.

(94) El procedimiento ordinario de reforma constitucional está establecido en los dos primeros apartados del artículo 167: "1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de diputados y senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma".

(95) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 794; Ramírez Jiménez, Manuel: *La participación...*, *op. cit.*, pág. 128.

ras una décima parte de sus miembros dispuestos a provocar el referéndum" (96).

Un tema de particular interés es el de precisar si el Presidente del Gobierno puede disolver las Cortes antes de que hayan transcurrido los quince días dentro de los cuales los parlamentarios pueden solicitar la celebración del referéndum. Aunque algún autor ha defendido esta posibilidad (97), a nuestro juicio debe rechazarse decididamente, pues tal práctica constituiría un auténtico fraude de ley. Como ha indicado el profesor Torres del Moral, no es "constitucionalmente admisible que la mayoría, por medio del Gobierno, cercene esta garantía que la Norma Suprema ofrece a las minorías" (98).

El referéndum facultativo que prevé el artículo 167 es "defendible desde el prurito de hacer a la revisión lo más democrática posible". Sin embargo, como advierte el profesor De Esteban, "hay que tener en cuenta que sólo merecerá la pena de poner en marcha el costoso gasto de la consulta popular si la modificación que se propone es sustancialmente importante" (99).

2.2.2.2. Referéndum de reforma constitucional obligatorio (art. 168)

El artículo 168 de la Ley Fundamental introduce un procedimiento de reforma constitucional extraordinariamente agravado (100), que deberá seguirse en el caso de revisiones totales o parciales que afecten al título preliminar (arts. 1-9), a la sección primera del capítulo segundo del título primero (arts. 15-29) o al título segundo (arts. 56-65) (101). Este

(96) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 165.

(97) El profesor Enrique Alvarez Conde (*El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 316) ha escrito: "... los partidos mayoritarios... pueden impedir el ejercicio de esta facultad disolviendo, por medio del Presidente del Gobierno, las Cortes nada más aprobada la reforma, con lo cual el referéndum ya no podría ser solicitado".

(98) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. II, págs. 436-37.

(99) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, 96.

(100) Según los profesores Jorge de Esteban (*El régimen...*, *op. cit.*, pág. 96) y Antonio Torres del Moral (*Principios...*, *op. cit.*, vol II, pág. 442) será muy difícil, sino imposible, que esta vía llegue a utilizarse.

(101) Estos tres bloques comprenden: los principios políticos fundamentales de nuestro sistema constitucional (título preliminar), los derechos fundamentales y las libertades públicas (sección 1ª del capítulo II del título I) y la regulación de la Corona (título II).

Esta selección de materias es, según algunos autores, poco afortunada, pues incluye algunas de orden secundario (vg. las incompatibilidades del tutor del Rey o el reconocimiento de las banderas de las comunidades autónomas) y deja fuera, en cambio, otras de capital

procedimiento, que exige entre otros trámites la aprobación de la reforma por dos Parlamentos sucesivos (102), concluye preceptivamente con un referéndum de ratificación (art. 168-3). Se trata, pues, de un referéndum de carácter obligatorio, que tiene lugar *ope legis*, por mandato constitucional, sin que sea preciso que algún órgano solicite su convocatoria.

Aunque resulta lógico y encomiable que "se involucre al cuerpo electoral" siempre que se quiera modificar algún aspecto fundamental de la Constitución (103), creemos que el referéndum exigido en el último párrafo del artículo 168 ofrece algunas notas de incoherencia. En efecto, después de que las primeras Cortes hayan aprobado el principio de revisión constitucional serán inmediatamente disueltas y se convocarán nuevas elecciones, que "tendrán como punto central de la campaña la conveniencia o la inoportunidad de la revisión". "Si ésta resulta nuevamente aprobada por el Parlamento es porque los electores han dado su visto bueno a la iniciativa de reforma constitucional, otorgando su voto a los partidos que la defienden; de esta manera, la exigencia adicional de un referéndum posterior fijada en el artículo 168 resulta superflua y se convierte exclusivamente en un obstáculo más para desalentar el proceso revisionista" (104).

2.2.3. *Algunas cuestiones procedimentales en torno a los referéndums de reforma constitucional*

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum, "en los casos de referéndum constitucional previstos en los artículos 167 y 168 de la Constitución, será condición previa la comunicación por las Cortes Generales al Presidente del Gobierno del proyecto de reforma aprobado que haya de ser objeto de ratificación popular". "Recibida la comunicación se procederá, en todo

importancia (vg. el principio de igualdad o las garantías de los derechos fundamentales). Cfr., en este sentido, Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. II, pág. 437; Alvarez Conde, Enrique: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 317.

(102) El Congreso y el Senado deberán aprobar el principio de revisión constitucional por mayoría de dos tercios de cada Cámara, produciéndose acto seguido la disolución inmediata de las Cortes. Las nuevas Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión adoptada por las anteriores sobre el principio de revisión y "proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras". Posteriormente, el texto así aprobado deberá ser sometido a referéndum para su ratificación.

(103) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 96.

(104) Cfr. Tomás Villarroya, Joaquín: "Comentario...", *op. cit.*, págs. 342-43. Con criterio análogo puede verse Alvarez Conde, Enrique: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 319.

caso, a la convocatoria dentro del plazo de treinta días y a su celebración dentro de los sesenta días siguientes". Añadamos que si se tratara de un referéndum facultativo, la referida comunicación debería ir acompañada de la preceptiva solicitud del diez por ciento de los diputados o de los senadores.

Al hilo de este precepto, podemos plantearnos dos cuestiones: primera, ¿quién es el responsable de la convocatoria de estos referéndums?; y segunda, ¿puede subsanar el resultado afirmativo del referéndum los eventuales errores procedimentales que se hayan podido producir?.

A) El primer tema, esto es el de precisar *quién es el responsable de la convocatoria de los referéndums de reforma constitucional*, se plantea a partir de la consideración de que el Presidente del Gobierno, una vez que ha recibido la comunicación de las Cortes, está obligado a refrendar la convocatoria del referéndum en los plazos indicados, sin que pueda entrar a fiscalizar la corrección o incorrección del procedimiento seguido hasta entonces. Con lo cual resulta que el Jefe del Ejecutivo, al refrendar el acto regio de convocatoria, asume automáticamente la responsabilidad del mismo, sin que haya podido practicar ni tan siquiera el control de legalidad. A juicio de los profesores Linde Paniagua y Herrero Lera, esta incoherencia se habría podido evitar si el artículo 64-1 de la Constitución, al determinar los casos en que el refrendo debe proceder del Presidente del Congreso, hubiera incluido la convocatoria de estos referéndums (105).

B) Otro tema de indudable interés es el de *determinar si un referéndum con resultado positivo puede subsanar los eventuales errores cometidos en el procedimiento* parlamentario que ha conducido al texto de reforma constitucional finalmente sometido a ratificación popular. A juicio del profesor Torres del Moral, si el referéndum obtiene resultado positivo, "los defectos formales habidos con anterioridad quedan subsanados con la posterior intervención del pueblo" siempre que se den tres condiciones: 1ª) que la voluntad popular se haya expresado a través de sufragio universal, libre, directo y secreto; 2ª) que el resultado afirmativo del referéndum conste de forma fehaciente; y 3ª) que el defecto formal "no haya sido determinante del resultado". Defiende esta solución invocando el principio de conservación de los actos políticos y los am-

(105) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley...", *op. cit.*, págs. 95-97.

plios términos con que el artículo 1-2 de la Constitución consagra la titularidad popular de la soberanía (106).

2.3. REFERENDUM CONSULTIVO (ART. 92)

2.3.1. *Introducción*

La modalidad más novedosa y a su vez problemática de la institución referendaria (107) la consagra la Constitución en su artículo 92-1, al afirmar que "las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos". Añadiendo, el segundo apartado de este mismo precepto, que "el referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizado por el Congreso de los Diputados". El referéndum consultivo es, a nuestro juicio, una "figura interesante", tanto por sí misma como, sobre todo, por lo que significa de nuevo intento de incorporar a una Constitución eminentemente representativa algunas fórmulas de democracia directa (108).

Aunque esta modalidad referendaria aparece escasamente constitucionalizada en el Derecho comparado, debemos referirnos como un claro precedente al modelo sueco (109). Parece evidente que "el referéndum consultivo español responde al planteamiento de la Constitución de Suecia, es decir, se ha optado por incorporar a la Constitución la figura de la consulta popular, pero sin que ésta interfiera en el carácter representativo de nuestra democracia ni, sobre todo, en el funcionamiento del régimen parlamentario que se pretende implantar" (110).

---

(106) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. II, págs. 444-45.

(107) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 794.

(108) Valoración análoga puede verse en el trabajo del profesor Pedro Cruz Villalón: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 145.

(109) El actual artículo 4 del capítulo VIII de la Constitución sueca se limita a decir que "la ley establecerá las disposiciones imperativas por las que se regirán los referéndums *consultivos* organizados en el conjunto del país". Más explícito era el apartado segundo añadido en 1922 al entonces artículo 49: "En el caso de que la importancia y la naturaleza particular de una cuestión exija que la opinión del pueblo sea recabada antes de la decisión definitiva del asunto, el Rey y el Riksdag podrán, por medio de una ley hecha en común, decretar un referéndum general. Esta ley deberá precisar la cuestión o cuestiones a que responderá el referéndum, e indicar el tiempo y la manera del referéndum. Tiene derecho a participar en el referéndum cualquiera que tenga derecho a votar para la Segunda Cámara. Cerrado el referéndum, la cuestión será tratada conforme a las leyes fundamentales".

(110) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 159.

El artículo 92 de la Constitución, fruto de un laborioso proceso parlamentario que se prolongó hasta la Comisión Mixta Congreso-Senado y que -como hemos visto- restringió muy sensiblemente el alcance de la institución referendaria (111), es un precepto ambiguo que, desafortunadamente, apenas ha sido desarrollado por la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum. En efecto, el artículo 6 de dicha Ley, único que se refiere a esta clase de referéndum, se limita a precisar que la solicitud del Presidente del Gobierno al Congreso de los Diputados "deberá contener los términos exactos en que haya de formularse la consulta", y que la autorización de la Cámara Baja deberá ser por mayoría absoluta (112). Aspectos tan importantes como el objeto de la consulta, los efectos vinculantes o no vinculantes del resultado, la precisión de lo que debe entenderse por "decisión política de especial trascendencia" o la posibilidad de celebrar referéndums consultivos de ámbito infraestatal, son algunos de los numerosos temas que pasaron totalmente desapercibidos para los legisladores, únicamente preocupados por dar una rápida solución al problema autonómico andaluz.

Aunque no es previsible un uso frecuente de esta modalidad de referéndum, debemos recordar que recientemente ha sido utilizada en un tema extraordinariamente polémico: la decisión política del Gobierno en relación con la Alianza Atlántica (113). La apasionada campaña electoral que precedió a dicha consulta, unida a lo incierto del resultado has-

(111) Los aspectos más llamativos de esta desconfiada y restrictiva trayectoria constitucional son tres: la supresión del referéndum legislativo de ratificación y del referéndum legislativo abrogatorio, la restricción de los sujetos legitimados para solicitar la celebración de un referéndum y la calificación de "consultivo" al referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia. Cfr. *supra* 2.1.1.: "El referéndum en el proceso constituyente".

(112) El artículo 6 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, ofrece la siguiente redacción: "El referéndum consultivo previsto en el artículo 92 de la Constitución requerirá la previa autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, a solicitud del Presidente del Gobierno. Dicha solicitud deberá contener los términos exactos en que haya de formularse la consulta".

(113) En el *Boletín Oficial del Estado* de 7 de febrero de 1986 se publicó el Real Decreto 214/1986, de 6 de febrero, por el que se somete a referéndum de la Nación la decisión política del Gobierno en relación con la Alianza Atlántica. Para la celebración de este referéndum se dictaron numerosas normas complementarias, las más importantes son las siguientes: Real Decreto 215/1986, de 6 de febrero; Real Decreto 216/1986, de 6 de febrero; Real Decreto 217/1986, de 6 de febrero; Real Decreto 218/1986, de 6 de febrero; y Real Decreto 440/1986, de 28 de febrero. Para un estudio de esta consulta puede verse el trabajo del Equip de Sociologia Electoral de la Universitat Autònoma de Barcelona titulado: "El referéndum del 12 de marzo de 1986 sobre la permanencia de España en la OTAN y sus consecuencias para el sistema político" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 52, 1986, págs. 183-215.

ta el último momento (114), motivó numerosos artículos y comentarios. En ellos, al tiempo que se ponían de relieve las ambigüedades y los problemas inherentes al referéndum consultivo, se proponían diversas soluciones que, sin duda, nos servirán para perfilar mejor los contornos jurídicos de esta figura.

2.3.2. *Procedimiento que debe seguirse para convocar un referéndum consultivo*

Lo primero que hay que indicar es que el referéndum previsto en el artículo 92 de la Constitución tiene carácter *facultativo* (115), lo que significa que los poderes públicos pertinentes podrían adoptar la decisión política de especial trascendencia sin consultar previamente al pueblo. Dicho con otras palabras, se consulta al cuerpo electoral porque se quiere, no porque haya una obligación jurídica de hacerlo. Sentada esta precisión, debemos señalar que el proceso que conduce a la celebración de un referéndum consultivo se compone básicamente de tres fases: 1ª) propuesta del Presidente del Gobierno; 2ª) autorización del Congreso de los Diputados; y 3ª) convocatoria formal del Rey. Analicémoslas por separado.

1ª) *Propuesta del Presidente del Gobierno*

Parece evidente que la iniciativa en este tipo de referéndums corresponde de forma exclusiva al Presidente del Gobierno, quien libremente decidirá si pone en marcha o no el procedimiento que, en su caso, conducirá a la celebración de la consulta. Se trata, como vemos, de un "acto personalísimo" que no precisa siquiera del acuerdo previo del Consejo de Ministros (116), lo que sin duda contribuirá a fortalecer la figura de

(114) Los resultados que se produjeron el 12 de marzo de 1986 fueron mucho más progubernamentales de lo que era previsible a tenor de las encuestas electorales. En concreto, fueron los siguientes (*B.O.E.* de 2 de abril de 1986 y *B.O.E.* de 11 de abril de 1986):

Electores:	29.024.494
Votantes:	17.246.452
Votos afirmativos:	9.054.509
Votos negativos:	6.872.421
Votos en blanco:	1.127.673
Votos nulos:	191.849

(115) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen..., op. cit.*, pág. 96; Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, págs. 149 y 160; Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 37; Linde Paniagua, Enrique: "Artículo 92...", *op. cit.*, pág. 395.

(116) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley...", *op. cit.*, pág. 95.

su Presidente (117). Precisamente por esta razón, Pedro Cruz ha lamentado que no se haya seguido el texto del Anteproyecto de Constitución, que atribuía la iniciativa al Gobierno en su conjunto (118), con lo cual se hubiera eliminado "un elemento presidencialista suplementario, especialmente innecesario en esta materia" (119).

Una vez que el Jefe del Gobierno ha adoptado la decisión de proponer la celebración de un referéndum consultivo tiene que solicitar autorización al Congreso de los Diputados, indicando en dicha solicitud "los términos exactos en que haya de formularse la consulta". En cuanto a la valoración política del requisito de que la solicitud contenga expresamente concretada la pregunta que se desea formular, compartimos la opinión del profesor Ramírez, en el sentido de que se ha querido "huir, expresamente, de toda posible ambigüedad y, mucho más, de cualquier tipo de cheque en blanco puesto en manos del Jefe del Ejecutivo" (120).

2ª) *Autorización del Congreso de los Diputados*

Una vez recibida en la Cámara Baja la solicitud del Presidente del Gobierno, será debatida en el Pleno de la misma. Dicho debate, que deberá ajustarse a las normas previstas para el de totalidad, finalizará con una decisión concreta, que será comunicada por el Presidente del Congreso al del Gobierno (art. 161 del Reglamento del Congreso de los Diputados). Sólo si obtiene el voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados, el referéndum se entenderá autorizado; en caso contrario, la propuesta del Presidente del Gobierno habrá sido rechazada. Esta regulación suscita algunos comentarios:

— En primer lugar, vemos que el Congreso de los Diputados no sólo debate la conveniencia o no del referéndum, como parecía deducirse del texto del Anteproyecto de Constitución (121), sino que además tal deba-

---

(117) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 97.

(118) El artículo 85-3 del Informe de la Ponencia (*B.O.C.* de 17 de abril de 1978) estaba redactado con el siguiente tenor: "El referéndum será convocado por el Rey, *a propuesta del Gobierno*, por iniciativa propia o de cualquiera de las Cámaras".

(119) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 162.

(120) Cfr. Ramírez Jiménez, Manuel: *La participación...*, *op. cit.*, pág. 134; Idem: "Democracia directa y Constitución: problemática y desarrollo legislativo" en *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1982, pág. 37.

(121) El artículo 86-2 del Anteproyecto de Constitución una vez dictaminado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso quedó así: "El referéndum será convocado por el Rey con refrendo del Presidente del Gobierno y *previo de-*

te debe concluir necesariamente con una resolución, que de forma inapelable autorizará o prohibirá la convocatoria del referéndum. Como afirma el profesor Alzaga, en la iniciativa deben coincidir el Gobierno y la Cámara Baja, lo que "evita el peligro de que se convierta en un instrumento al servicio de un Gobierno, más o menos proclive a tentaciones cesaristas, a la hora de afrontar una pugna con las Cortes" (122).

— En segundo lugar, debemos indicar que la exigencia de que la autorización del Congreso sea por "mayoría absoluta" no venía establecida por la Constitución, sino que fue fijada por el art. 6 de la Ley Orgánica del Referéndum, lo que suscitó algunas dudas sobre su posible inconstitucionalidad. En nuestra opinión, tal requisito, aunque es evidentemente restrictivo, no puede ser tildado de inconstitucional, pues encuentra cobertura suficiente en los artículos 92-3 y 79-2 de la Ley Fundamental (123). El primero de estos preceptos remite a una ley orgánica la regula-

---

bate del Congreso de los Diputados" (*B.O.C.* de 1 de julio de 1978). La expresión "previo debate" era una fórmula extraordinariamente imprecisa que, tal como puso de relieve en el Pleno Heribert Barrera, podía originar grandes ambigüedades: "... es necesario un debate previo en las Cortes. ¿Cómo debe interpretarse esto?. ¿El debate tiene que ir seguido de un voto favorable del Congreso o bien basta con que haya debate y la conclusión del debate es indiferente?" (cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4215).

La Comisión de Constitución del Senado, aceptando la enmienda número 1067 del Grupo Socialista, sustituyó la expresión "previo debate" por "previa autorización" (cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 50, 6 de septiembre de 1978, págs. 2316, 2317 y 2321). El profesor López Pina justificó este cambio argumentando que era "un servicio a la claridad e inequivocidad que debe caracterizar la relación constitucional entre las instituciones". El artículo, que pasaba a ser el 91, ofrecía la siguiente redacción: "2. El Rey convocará el referéndum, con refrendo del Presidente del Gobierno y previa autorización del Congreso de los Diputados" (*B.O.C.* de 6 de octubre de 1978). Aunque con esta modificación el texto ganaba en claridad, el tema de la iniciativa del referéndum seguía quedando relegado al "limbo de la ambigüedad" (Cruz Villalón).

Por último, el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado volvió a retocar la redacción de este precepto, aunque manteniendo las innovaciones introducidas en la Cámara Alta: "El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados" (*B.O.C.* de 28 de octubre de 1978). Lo más novedoso de esta redacción definitiva fue: por una parte, la sustitución de la expresión "con refrendo del Presidente del Gobierno" por la locución "mediante propuesta del Presidente del Gobierno"; y, por otra, el cambio de la fórmula "previa autorización del Congreso" por "previamente autorizada por el Congreso", con lo cual queda claro que la autorización se refiere a la propuesta del Presidente del Gobierno y no a la convocatoria del Rey (Cruz Villalón).

(122) Cfr. Alzaga Villaamil, Oscar: *La Constitución..., op. cit.*, pág. 587.

(123) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "La Ley Orgánica...", *op. cit.*, pág. 171; Ramírez Jiménez, Manuel: *La participación..., op. cit.*, págs. 134-35; Santamaría Pastor, Juan Alfonso: "Artículo 92", *op. cit.*, pág. 1322.

ción de las "condiciones" de las distintas modalidades de referéndum, y el segundo autoriza a la propia Constitución y a las leyes orgánicas a establecer "mayorías especiales" para adoptar acuerdos en las Cámaras Legislativas. Dejado pues sentado, a la luz de estos preceptos, que esta exigencia de mayoría absoluta no vulnera el Texto Constitucional, debemos añadir que, a nuestro juicio, su introducción resulta altamente positiva, pues supone "un reforzamiento del consenso parlamentario exigido en torno a una consulta de esta naturaleza" (124). El requisito de la mayoría absoluta es, como afirma el profesor Torres del Moral, una "garantía" para la oposición y un freno al uso demagógico "de la consulta popular por parte de un Gobierno en dificultades", ya que "impide o dificulta su utilización como un sucedáneo de la confianza parlamentaria" (125).

— Por otra parte, hay que subrayar que la facultad de autorizar la celebración de un referéndum consultivo se atribuye al Congreso de los Diputados en exclusiva, siendo excluido el Senado como consecuencia del bicameralismo imperfecto que se quiso consagrar. Además, la autorización siempre debe otorgarse con anterioridad a la celebración del referéndum, siendo inadmisibles las hipotéticas convalidaciones *a posteriori*.

— Finalmente, queremos destacar que el Congreso de los Diputados autoriza o deniega una solicitud del Presidente del Gobierno, pero carece de competencias para proponer de *motu proprio* la celebración de un referéndum consultivo. Puede, por tanto, impedir su celebración, pero no puede obligar al Presidente del Gobierno a convocarlo (126).

3ª) *Convocatoria formal del Rey*

La última fase de este proceso la constituye la convocatoria regia que, como es obvio, tiene carácter totalmente obligatorio (127). De acuerdo con el artículo 2-3 de la Ley Orgánica del Referéndum, dicha convocatoria deberá formalizarse a través de un "Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente".

---

(124) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 163.

(125) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 122.

(126) Con análogo criterio, cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 39; Linde Paniagua, Enrique: "Artículo 92...", *op. cit.*, pág. 382.

(127) Cfr., entre otros, De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 96.

2.3.3. *Objeto de la consulta: "decisiones políticas de especial trascendencia"*

La delimitación precisa de lo que puede ser objeto de referéndum consultivo es, como se ha puesto de relieve (128), un tema complejo, pues la fórmula "decisiones políticas de especial trascendencia", que utiliza el artículo 92, adolece de una notable y tal vez premeditada oscuridad. Ya en los debates parlamentarios, Heribert Barrera puso de relieve la ambigüedad que encerraba dicha expresión, preguntándose: "¿Qué quiere esto decir exactamente?, ¿quién puede juzgar de la trascendencia?, ¿con qué criterio?" (129). A nuestro juicio, los constituyentes consagraron conscientemente un concepto jurídico-político indeterminado, "que evidencia el deseo de dejar en el convocante un margen de libertad de extraordinaria amplitud" (130). El profesor Aguiar de Luque ha precisado que por decisión política de especial trascendencia "hay que entender tan solo eso, decisión básica, cuya puesta en práctica puede implicar tanto una política legislativa acorde, como unas medidas de gobierno congruentes con la voluntad popular expresada en las urnas" (131). Se ha pretendido, según este mismo autor, que los poderes públicos puedan posteriormente, al concretar la decisión, "ponderar el resultado de la votación popular" (132).

Es doctrina generalizada (133) que el referéndum consagrado en el artículo 92 no puede utilizarse para aprobar proyectos de ley ni para derogar leyes en vigor, aunque estos textos contengan decisiones políticas de especial trascendencia. Dos argumentos avalan esta interpretación: por una parte, el propio tenor literal de este precepto (134); y, por otra,

---

(128) Cfr., entre otros, Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 794; Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 122; Linde Paniagua, Enrique: "Artículo 92...", *op. cit.*, págs. 377-78.

(129) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4214.

(130) Cfr. Linde Paniagua, Enrique: "Artículo 92...", *op. cit.*, págs. 377-78.

(131) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 795.

(132) *Ibidem*, pág. 796.

(133) En este sentido, cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, págs. 121-22; Linde Paniagua, Enrique: "Artículo 92...", *op. cit.*, págs. 378, 380 y 383; Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, págs. 39-40; Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, págs. 794-95; Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, págs. 153 y 160; Santamaría Pastor, Juan Alfonso: "Artículo 92", *op. cit.*, págs. 1317-18.

(134) Cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 160; Tomás Villarroya, Joaquín: "Comentario...", *op. cit.*, pág. 346.

el desarrollo del proceso constituyente, pues -como sabemos- las dos modalidades de referéndum legislativo fueron *expresamente* excluidas del Anteproyecto de Constitución (135). En este sentido, debemos indicar que la ubicación del artículo referente al referéndum consultivo en el capítulo dedicado a "la elaboración de las leyes" no tiene ninguna trascendencia jurídica. La razón de esta discutible colocación se debe precisamente a que en los primeros textos del *iter* legislativo este precepto incluía, junto al referéndum consultivo, el legislativo de ratificación y el legislativo abrogatorio. Al ser suprimidos en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, en vez de repensar el enclave en que debía situarse el ahora ya solitario referéndum consultivo, se mantuvo por inercia en el capítulo dedicado a regular el proceso de elaboración de las leyes, cuando precisamente esta modalidad referendaria no puede tener por objeto textos legislativos.

No obstante lo anterior, debemos señalar que, aunque la pregunta no puede tener un contenido normativo expreso (136), es muy posible que el resultado del referéndum provoque una determinada actividad legislativa (por ejemplo, en la hipótesis de que el Gobierno sometiera a referéndum su decisión política de despenalizar el aborto, es evidente que el resultado de esta consulta podría motivar la presentación de un proyecto de ley en consonancia con la voluntad popular). Como afirma el profesor Tomás Villarroya, "el texto literal del artículo 92 puede quedar eludido mediante un expediente fácil: se consulta al pueblo y el resultado de la consulta se articula en un texto legislativo" (137).

2.3.4. *Alcance y significado del término "consultivo" aplicado a esta modalidad de referéndum*

El tema más importante y a su vez más problemático que plantea el referéndum sobre decisiones políticas del artículo 92, es el de precisar el alcance y significado del término "consultivo", introducido -como sabemos- por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso al ser aceptada una enmienda *in voce* del profesor Solé Tura. Dicho con otras palabras, lo que ahora nos proponemos es *determinar si el resultado del referéndum vincula a los poderes públicos o si, por el contrario, sólo tiene carácter orientador, jurídicamente no vinculante.*

(135) Cfr. *supra* 2.1.1.: "El referéndum en el proceso constituyente".

(136) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 39.

(137) Cfr. Tomás Villarroya, Joaquín: "Comentario...", *op. cit.*, pág. 346.

Para abordar correctamente este problema resulta imprescindible acudir a los debates parlamentarios, al objeto de saber cuál fue la intención de los constituyentes al calificar de "consultivo" al referéndum sobre decisiones políticas. En primer lugar, hay que subrayar que su propósito fue, sin ninguna duda, el de recortar la eficacia decisoria de este mecanismo de participación directa, aunque no se llegó a precisar claramente en qué consistía este recorte. En bastantes momentos de los debates constitucionales, da la impresión de que los parlamentarios que defendían esta innovación (concretamente, Solé Tura y Pérez-Llorca) no se atrevían a decir que el resultado de un referéndum consultivo podía no ser vinculante para los poderes públicos, y soslayaban esta afirmación con diversos rodeos dialécticos (138). Fue el profesor Fraga Iribarne quien, oponiéndose a la enmienda del profesor Solé Tura, puso el dedo en la llaga, subrayando la "extrema gravedad" que supone someter al pueblo una decisión y luego "no tomar en consideración la opinión expresada" (139). Ante estas críticas, los defensores de introducir el término "consultivo" precisaron algo más lo que significaba para ellos este vocablo. El profesor Solé Tura parecía concebir el referéndum consultivo como un gran sondeo de opinión. A su juicio, este tipo de referéndum debería utilizarse cuando, ante situaciones extraordinarias, haya que adoptar decisiones políticas de especial trascendencia que ni el Gobierno ni las Cortes "quieran asumir con plenitud sin saber exactamente cuál es el estado de la opinión, y que se pueda levantar acta de esta opinión" (140). Por su parte, José Pedro Pérez-Llorca fue todavía mucho más claro. A su entender, el calificar de consultivo al referéndum sobre decisiones políticas traía como consecuencia que, si el nivel de abstención era

(138) El profesor Jordi Solé Tura se expresó en los siguientes términos: el referéndum sobre "decisiones políticas de especial trascendencia, si no se matiza, puede dar lugar también a que el Parlamento quede absolutamente colocado en un segundo plano y, desde luego, establecemos una dinámica que puede prácticamente, no sólo establecer grandes conflictos entre los diversos poderes, sino reducir también al Parlamento a un papel absolutamente mínimo". Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), núm. 81, 6 de junio de 1978, pág. 2937.

El diputado centrista José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, al adherirse a la propuesta del profesor Solé Tura, afirmó: "la explicitación del carácter consultivo de este referéndum decisionista, parece también una mejora desde nuestra actual contemplación del problema". Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), núm. 81, 6 de junio de 1978, pág. 2940.

(139) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), núm. 81, 6 de junio de 1978, pág. 2941; y *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4212.

(140) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), núm. 81, 6 de junio de 1978, pág. 2942.

muy elevado, los poderes públicos no estarían obligados a seguir la opinión mayoritaria, pues ésta no reflejaría realmente la voluntad popular (141). La réplica de Heribert Barrera al diputado de UCD fue inmediata. "¿Cómo puede imaginarse -decía- que se hará una consulta al pueblo, que el pueblo contestará en un cierto sentido y que luego no se le hará caso?". Tras agregar que este mecanismo puede dar lugar a "conflictos gravísimos", concluía diciendo que, en un sistema democrático, es inadmisible "pensar que alguien puede oponerse a la voluntad del pueblo, expresada en referéndum" (142). Hasta aquí lo que dieron de sí los oscuros debates parlamentarios en torno al significado del término "consultivo" aplicado al referéndum sobre decisiones políticas.

Por otra parte, dentro del ámbito doctrinal, se han defendido tres interpretaciones parcialmente distintas sobre el alcance que hay que atribuir a dicho término:

A) Para algunos autores el resultado de un referéndum consultivo *no vincula jurídicamente* a los poderes públicos que, en consecuencia, podrán actuar en sentido contrario al preferido por la mayoría de los ciudadanos. El profesor Alzaga Villaamil defiende esta interpretación, pero la matiza afirmando que "si el pueblo se manifiesta en términos muy netos en favor de una determinada opción, no es de prever, en el terreno del realismo político, que" el Gobierno o el Parlamento "se aventuren a ir contra la opinión popular manifestada a través de tal vía" (143).

B) Para otro sector de la doctrina, el referéndum no tendrá carácter vinculante cuando los resultados del mismo muestren "una ciudadanía escindida a nivel de votos", pero, en cambio, la obligatoriedad será total cuando una de las dos respuestas haya "alcanzado una amplia mayoría en el cuerpo electoral" (144).

(141) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 109, 13 de julio de 1978, pág. 4213.

(142) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Sesión Plenaria), núm. 109, 13 de julio de 1978, págs. 4214-15.

(143) Cfr. Alzaga Villaamil, Oscar: *La Constitución...*, *op. cit.*, pág. 587. El profesor Joaquín Tomás Villarroya ("Comentario...", *op. cit.*, pág. 346) también parece suscribir, de forma matizada, esta lectura: "el resultado del referéndum *no vincula* al órgano que debe adoptar la decisión consultada; pero, políticamente, parece difícil imaginar que tal órgano ignore el resultado".

(144) Cfr. Ramírez Jiménez, Manuel: *La participación...*, *op. cit.*, págs. 125-26. Análoga interpretación parece asumir el profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor ("Artículo 92", *op. cit.*, pág. 1317), cuando afirma que "resulta impensable que el órgano que hubiese de adoptar la decisión consultada lo hiciese en un sentido contrario al pronunciamiento *neto y rotundo* de la voluntad popular".

C) Finalmente, para un tercer grupo de autores -cuya opinión nosotros suscribimos- el resultado del referéndum es *jurídicamente vinculante,* con independencia de que la mayoría haya sido amplia o ajustada, y, por tanto, los poderes públicos están totalmente obligados por aquel resultado. Hacer caso omiso del mismo equivaldría -como ha afirmado gráficamente el profesor De Esteban- a un "verdadero golpe de Estado constitucional, puesto que el sujeto de la soberanía, en última instancia, es el pueblo y él debe ser quien tenga la última palabra en los asuntos de Estado sobre los que se le consulta" (145). Como señala, en esta misma línea, el profesor Torres del Moral, "está fuera de lugar que al pueblo se le asigne una función de consejo. Cuando el pueblo habla, no aconseja, ni sugiere, ni recomienda: decide" (146). Y nosotros añadimos: ¿cómo osarían el Gobierno o el Parlamento ir en contra de la opinión mayoritaria del cuerpo electoral, del que ellos son emanación?.

Dentro del grupo de autores que defienden el carácter rigurosamente vinculante del resultado de un referéndum consultivo, destaca por su solidez argumental la *construcción elaborada por los profesores Jorge de Esteban y Luis López Guerra* con motivo del referéndum sobre la Alianza Atlántica (147). Comienzan su exposición precisando que este tipo de referéndum debe recaer siempre sobre decisiones políticas *previamente* adoptadas por los órganos pertinentes y, fundamentalmente, por el Gobierno de la Nación. El esquema lógico que ha dibujado la Constitución -agregan estos autores- podría "resumirse diciendo que el Gobierno toma o anuncia una decisión y el pueblo se pronuncia sobre ella, favorable o desfavorablemente". El carácter consultivo del referéndum no significa que "el Gobierno haya de limitarse a *tomar nota*" y todo continúe como si no hubiera ocurrido nada. Por el contrario, a juicio de los profesores De Esteban y López Guerra, "la fuerza vinculante de un pronunciamiento popular, en un Estado definido constitucionalmente como democrático, no puede ser objeto de discusión, salvo que se cuestione el mismo contenido de la democracia". Sin embargo, acto seguido, aclaran que esta indiscutible fuerza vinculante "debe considerarse desde la perspectiva del objeto mismo del pronunciamiento popular". Aplicando estas premisas al referéndum sobre decisiones políticas del artículo 92, obtienen las siguientes conclusiones:

---

(145) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen..., op. cit.*, pág. 97.

(146) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios..., op. cit.*, vol. I, pág. 122.

(147) Cfr. De Esteban, Jorge y López Guerra, Luis: "Referéndum consultivo y decisión política" en el diario *El País*, 30 de enero de 1986, págs. 11-12.

A) Si la mayoría de los ciudadanos da su apoyo a la decisión adoptada por el Gobierno, éste está obligado a "su cumplimiento o puesta en práctica, en los mismos términos en que se hizo la pregunta".

B) El voto contrario, en cambio, supone "una oposición mayoritaria a una actuación política concreta" del Ejecutivo, sobre un tema que -no lo olvidemos- es de "especial trascendencia". Ante una situación de este tipo, los autores del trabajo que estamos analizando creen que se dan dos posibles salidas constitucionales:

1ª. Si el Gobierno considera que aquella decisión que ha sido rechazada por los ciudadanos forma parte esencial de su programa gubernamental, deberá disolver el Parlamento y convocar elecciones generales. Ya que si es evidente que el Ejecutivo está vinculado por la decisión popular, también lo es que no puede ser obligado a actuar contra sus convicciones más profundas, y hay que darle la posibilidad de que abandone el Poder. Visto desde otra perspectiva, esta convocatoria de elecciones anticipadas ofrecerá, a esta mayoría de ciudadanos contrarios a la decisión política sometida a referéndum, "la posibilidad de conformar una mayoría parlamentaria y un Gobierno capaces de ejecutar o llevar a cabo una decisión distinta a la que fue objeto de consulta".

2ª. La segunda salida constitucional se da cuando el Gobierno que ha perdido un referéndum consultivo considera que dicho resultado adverso "no afecta esencialmente a su programa global" y, en consecuencia, en vez de disolver el Parlamento, prefiere "revocar su decisión anterior y adoptar una nueva en consonancia con la voluntad popular mayoritaria".

Tanto si el Gobierno opta por una como por otra solución, es evidente que los resultados del referéndum le han vinculado. Como afirman los profesores De Esteban y López Guerra al concluir su trabajo, los electores, a través de este instrumento, "se convierten en sujetos constitucionales, directamente activos respecto a una decisión trascendente".

2.4. REFERENDUMS AUTONOMICOS

2.4.1. *Introducción*

Llamamos referéndums autonómicos a aquellos que tienen su ámbito territorial y humano circunscrito a una comunidad autónoma y que,

de una u otra forma, están insertos en el proceso de configuración del Estado autonómico. Se trata, sin duda, de la modalidad referendaria que "mayor eco" ha encontrado en nuestra actual Constitución (148), ya que se han introducido cuatro variantes de la misma: 1ª) referéndum para que una proyectada comunidad autónoma pueda acceder a la autonomía plena por la vía rápida sin reunir los requisitos que exige la disposición transitoria segunda (art. 151-1); 2ª) referéndum para aprobar los estatutos de autonomía de los territorios que sigan la vía rápida (art. 151-2); 3ª) referéndum para modificar los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas que hayan seguido la vía rápida (art. 152-2); y 4ª) referéndum para la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca (disposición transitoria cuarta). Estos cuatro tipos de referéndums autonómicos son rigurosamente obligatorios para poder alcanzar la consecuencia jurídica deseada (es decir, sin referéndum afirmativo no se podrá acceder directamente a la autonomía plena sin ser comunidad histórica, no se podrá aprobar o reformar un estatuto de autonomía de una comunidad especial, ni se podrá incorporar Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca).

A pesar de esta pluralidad de referéndums regionales, debemos indicar que realmente no se ha perseguido con ellos incrementar los cauces de participación directa de los ciudadanos en la vida política, sino más bien dar un sólido fundamento democrático a "una decisión de tanta trascendencia como es la que toca al proceso autonómico, base de la descentralización del Estado" (149). Sin embargo, hay que añadir para ser exactos que las tres modalidades principales de referéndum regional (dejamos ahora aparte el caso *sui generis* de Navarra) no debían utilizarse en todas las comunidades, sino sólo en aquellas que habían accedido o pretendían acceder a la autonomía plena por la vía rápida. Es evidente, por otra parte, que, al haberse concluido el proceso de construcción del Estado autonómico, los preceptos que consagran las dos primeras modalidades de referéndum regional ya han agotado sus efectos, pues, aunque están ubicados en el texto articulado, son verdaderas normas de Derecho transitorio (150).

Por lo que se refiere a la experiencia práctica de los referéndums autonómicos, debemos subrayar que la mayoría de los autores la han valo-

(148) Cfr. Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 796.
(149) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 97.
(150) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 110.

rado en términos negativos, aunque normalmente han precisado que las deficiencias se han debido a causas ajenas a la propia institución referendaria. En esta línea crítica, el profesor Tomás Villarroya ha señalado que "la convocatoria del referéndum para la ratificación de los Estatutos catalán y vasco se realizó de manera inconstitucional", que el referéndum andaluz de iniciativa autonómica motivó manipulaciones contrarias a la Constitución en la Ley Orgánica 2/1980, y, finalmente, que "la trayectoria del Estatuto gallego rompió literalmente el artículo 151 y, a la postre, concluyó en un voto con tal grado de abstención que debiera obligar a la meditación" (151). Sin ningún propósito de exhaustividad, expondremos, a continuación, algunos de los aspectos más destacados de estos cuatro tipos de referéndums autonómicos.

2.4.2. *Referéndum para que una proyectada comunidad autónoma pueda acceder a la autonomía plena por la vía rápida sin reunir los requisitos que exige la disposición transitoria segunda (art. 151-1)*

Los territorios que durante la Segunda República no habían plebiscitado afirmativamente proyectos de estatuto de autonomía sólo podían asumir *desde el principio* el techo competencial máximo, fijado para las comunidades históricas, si conseguían superar los obstáculos que establecía el primer párrafo del artículo 151 de la Constitución (152). Entre dichos obstáculos, el más difícil de franquear era, sin duda, la necesidad de que la iniciativa fuera "ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la *mayoría absoluta de los electores de cada provincia*". El artículo 8-4 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, precisó que, "celebrado el

(151) Cfr. Tomás Villarroya, Joaquín: "Comentario...", *op. cit.*, pág. 346; Idem: "Proceso autonómico...", *op. cit.*, págs. 25-64.

(152) El primer párrafo del artículo 151 de la Constitución está redactado con el siguiente tenor: "No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años a que se refiere el apartado 2 del artículo 148, cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada dentro del plazo del artículo 143-2, además de por las diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y dicha iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica".

"No queda claro -como afirma el profesor De Esteban- si tal acopio de obstáculos se ha establecido con la idea de poner rotundamente de manifiesto esa mayor conciencia particularista o, por el contrario, de lo que se trataba era de dificultar al máximo esta vía rápida a fin de que fuese prácticamente imposible su utilización". Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen constitucional español 2*, Labor Universitaria, Barcelona, 1982, pág. 360.

referéndum, si no llegase a obtenerse la ratificación por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de *cada* provincia", no podría "reiterarse la iniciativa hasta transcurridos cinco años". Andalucía, como es sabido, inició su proceso autonómico por la vía del artículo 151; sin embargo, el referéndum del 28 de febrero de 1980 se frustró al no obtener el quórum suficiente en la provincia de Almería (153). Al objeto de dar una solución definitiva a la delicada situación política que se había creado, el Parlamento -en medio de tensiones y proposiciones dispares- aprobó la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre, que añadía dos nuevos párrafos al artículo 8-4 de la Ley Orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum:

> "Celebrado el referéndum, si no llegase a obtenerse la ratificación por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia, no podrá reiterarse la iniciativa hasta trascurridos cinco años.
>
> *Esto no obstante, la iniciativa autonómica prevista en el artículo 151 se entenderá ratificada en las provincias en las que se hubiere obtenido la mayoría de votos afirmativos previstos en el párrafo anterior, siempre y cuando los votos afirmativos hayan alcanzado la mayoría absoluta del censo de electores en el conjunto del ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno.*

(153) El referéndum celebrado el 28 de febrero de 1980 en Andalucía fue *el único* que se convocó para reiterar una iniciativa autonómica. Sus resultados -en porcentajes sobre el censo- fueron los siguientes:

	VOTOS SI	VOTOS NO	VOTOS BLANCO
Almería	47'00	4'02	4'40
Cádiz	55'38	2'01	3'64
Córdoba	60'09	3'90	5'29
Granada	52'73	3'78	5'38
Huelva	52'80	2'16	4'10
Jaén	50'07	6'20	6'27
Málaga	50'77	3'08	3'24
Sevilla	65'17	2'99	4'27

Para el estudio de los aspectos jurídicos y políticos de esta consulta popular, pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: Del Castillo Vera, Pilar: "Referéndum en Andalucía en aplicación del artículo 151 de la Constitución" en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, primavera 1980, págs. 175-79; Tomás Villarroya, Joaquín: "Proceso autonómico...", *op. cit.*, págs. 37-52; Ortega Alvarez, Luis: "La inconstitucionalidad de...", *op. cit.*, págs. 171-204.

Previa solicitud de la mayoría de los diputados y senadores de la provincia o provincias en las que no se hubiere obtenido la ratificación de la iniciativa, las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán sustituir la iniciativa autonómica prevista en el artículo 151 siempre que concurran los requisitos previstos en el párrafo anterior" (154).

Con dicha innovación, calificada de inconstitucional prácticamente por toda la doctrina (155), se podían estimar afirmativos los resultados negativos del referéndum andaluz (156). Como ha afirmado el profesor Luis Ortega, la Ley Orgánica 12/1980 "constituye una auténtica ley medida, en cuanto que confiere rango normativo a los caracteres concretos" que acompañaron al referéndum andaluz de iniciativa autonómica (157).

2.4.3. *Referéndum para aprobar los estatutos de autonomía de los territorios que sigan la vía rápida (art. 151-2)*

La opción por la vía del artículo 143 ó por la del artículo 151 no sólo comportaba diferencias en el ritmo de acceso al techo competencial máximo, sino que también repercutía en la forma de elaborarse y aprobarse el correspondiente estatuto (158). Los territorios que podían alcanzar directamente el grado máximo de autogobierno, bien por haber plebiscitado afirmativamente proyectos de estatuto de autonomía durante la Se-

---

(154) La Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del día 24 de diciembre de 1980.

(155) Cfr., entre otros, Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 114; Tomás Villarroya, Joaquín: "Proceso autonómico...", *op. cit.*, págs. 39-42 y 50-53; Idem: "Comentario...", *op. cit.*, pág. 346; Ramírez Jiménez, Manuel: *La participación...*, *op. cit.*, págs. 130-31; Ortega Alvarez, Luis: "La inconstitucionalidad...", *op. cit.*, págs. 203-204.

(156) La Ley Orgánica 12/1980 incluía una disposición transitoria que le daba efectos retroactivos, con el fin de posibilitar su aplicación a Andalucía. "Lo dispuesto en la presente Ley -decía- será de aplicación a los referéndums de ratificación de la iniciativa autonómica celebrados con anterioridad a su entrada en vigor y desde la vigencia de la Constitución".

(157) Cfr. Ortega Alvarez, Luis: "La inconstitucionalidad de...", *op. cit.*, pág. 171. Con idéntico criterio, Santiago Muñoz Machado (*Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 258) ha afirmado: "La envergadura política del problema, después de diversos avatares, hizo que se buscara una solución particular que, aunque arropada en la forma de una modificación de la Ley Orgánica del Referéndum, consistió en la aprobación de una auténtica ley medida para el caso andaluz".

(158) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, vol. II, págs. 355 y 365.

gunda República (caso de Cataluña, País Vasco y Galicia) o bien por haber superado los obstáculos establecidos en el primer párrafo del artículo 151 (caso de Andalucía), debían someter sus proyectos de estatuto de autonomía a "referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado estatuto" (art. 151-2, 3º y 5º).

El procedimiento para elaborar el estatuto de autonomía de los territorios que seguían la vía rápida está básicamente regulado en los cinco párrafos del artículo 151-2 de la Constitución y en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Referéndum. Por razones obvias no vamos a entrar en el estudio de estos complejos trámites. Ahora sólo queremos subrayar que -tanto si había acuerdo entre la Comisión Constitucional del Congreso y la delegación de la Asamblea de parlamentarios regionales como si no lo había y, en consecuencia, el proyecto de estatuto debía tramitarse como un proyecto de ley- el texto propuesto debía gozar del respaldo popular manifestado a través de un referéndum afirmativo. En torno a este referéndum, que ya se exigía en el artículo 12 de la Constitución republicana de 1931 (159), queremos destacar que el quórum necesario de respuestas afirmativas era sensiblemente inferior al que se requería en el referéndum para ratificar la iniciativa autonómica. En este último supuesto era preciso, como hemos visto, que en cada provincia hubieran votado afirmativamente "la mayoría absoluta de los electores", en cambio para aprobar los estatutos de autonomía era suficiente "la mayoría de los votos válidamente emitidos en cada provincia" (art. 151-2, 4º y 5º de la Constitución y art. 9-2 de la LOR). Es evidente, pues, que en el referén-

(159) El artículo 12-b de la Constitución de 1931 señalaba que para la aprobación del estatuto de una región autónoma era preciso que lo aceptasen, por el procedimiento que señalase la ley electoral, "por lo menos las dos terceras partes de los electores inscritos en el censo de la región". Añadía este precepto que, si el plebiscito era negativo, no podía "renovarse la propuesta de autonomía hasta transcurridos cinco años". En la breve etapa republicana se llegaron a celebrar tres referéndums autonómicos, todos ellos con resultados positivos: el 2 de agosto de 1931 en Cataluña (porcentaje de votos favorables sobre el censo: 74'86), el 5 de noviembre de 1933 en el País Vasco (porcentaje de votos favorables sobre el censo: 84'05) y el 28 de junio de 1936 en Galicia (porcentaje de votos favorables sobre el censo: 73'96). Como señala el profesor Hernández Lafuente, destaca el "elevado porcentaje de votantes que acudieron a las urnas para manifestar su voluntad autonomista, superándose en los tres referéndums celebrados durante el periodo republicano el nivel de participación conseguido en las tres elecciones que en el mismo se convocaron... los datos revelan una inequívoca voluntad y entusiasmo en la actuación colectiva de estos pueblos que se movilizaron unánimemente por su autonomía". Cfr. Hernández Lafuente, Adolfo: "Los referéndums de autonomía...", *op. cit.*, págs. 97-119; Aguiar de Luque, Luis: *Democracia..., op. cit.*, págs. 244-251.

dum que ahora estamos analizando no se demandaba quórum mínimo de participación, y era suficiente con que la mitad más uno de los votos válidos hubiera sido favorable al texto estatutario propuesto, hecho este cómputo provincia por provincia (160). Este tipo de referéndum regional se ha utilizado en cuatro comunidades autónomas (Cataluña, Euskadi, Galicia y Andalucía) y en todas ellas, con diferentes porcentajes de participación y apoyo, los resultados han sido positivos (161).

2.4.4. *Referéndum para modificar los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas que hayan seguido la vía rápida (art. 152-2)*

Los estatutos de autonomía que se han elaborado y aprobado siguiendo los trámites preceptuados en el artículo 151-2 -esto es, los de las comunidades que han seguido la vía rápida- "solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y *con refe-*

---

(160) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 44.

(161) La convocatoria de los referéndums sobre los Estatutos vasco y catalán se hizo, ante la falta de desarrollo legislativo del art. 92-3 de la Constitución, por la vía del decreto-ley (Real Decreto-ley 13/1979 y Real Decreto-ley 14/1979, ambos de 14 de septiembre). Esta técnica suscitó en la doctrina serias dudas sobre su corrección constitucional. Cfr. Linde Paniagua, Enrique: "Anotaciones a los Decretos-leyes de convocatoria de los referéndums autonómicos en el País Vasco y Cataluña: vigencia de la Constitución y reserva de ley orgánica" en *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979, págs. 411-17; Tomás Villarroya, Joaquín: "Proceso autonómico...", *op. cit.*, págs. 26-30.

Los resultados que se produjeron en los cuatro referéndums celebrados en aplicación del segundo párrafo del art. 151 de la Constitución fueron los siguientes (en porcentajes sobre los votantes):

A) *Cataluña (25-X-1979)*: Sí (88'1), No (7'8), Blanco (3'5) y Nulos (0'5). Cfr. Equipo de Sociología Electoral de la Universidad Autónoma de Barcelona: "El referéndum del Estatuto de Autonomía en Cataluña" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, 1979, págs. 197-213; Ollero Butler, Fernando: "El referéndum para la autonomía de Cataluña" en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 213-225.

B) *Euskadi (25-X-1979)*: Sí (90'2), No (5'1), Blanco (3'4) y Nulos (1'1). Cfr. Del Castillo Vera, Pilar: "Referéndum del Estatuto de Autonomía en el País Vasco" en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 5, invierno 1979-1980, págs. 201-211; Corcuera Atienza, Javier y Pérez Calvo, Alberto: "En torno al referéndum del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Notas sobre el subsistema de partidos vascos" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, 1979, págs. 179-196.

C) *Galicia (21-XII-1980)*: Sí (73'3), No (19'7), Blanco (4'6) y Nulos (2'2). Cfr. Sánchez González, Santiago: "Referéndum sobre el Estatuto de Autonomía de Galicia" en *Revista de Derecho Político*, núm. 9, primavera 1981, págs. 219-220.

D) *Andalucía (20-X-1981)*: Sí (89'3), No (7), Blanco (2'8) y Nulos (0'7). Cfr. Mellado Prado, Pilar: "El referéndum sobre el Estatuto de Autonomía andaluz" en *Revista de Derecho Político*, núm. 13, primavera 1982, págs. 213-215.

réndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes" (art. 152-2 de la Constitución). El artículo 10 de la Ley Orgánica 2/1980 precisa que este referéndum requerirá el cumplimiento previo de los trámites de reforma establecidos en el estatuto de autonomía que se quiera modificar, o, "en su defecto, de los que fueran precisos para su aprobación, debiendo ser convocado (el referéndum) en el plazo de seis meses desde el cumplimiento de los mismos".

El requisito constitucional de que cualquier reforma de los estatutos elaborados por la vía del art. 151-2 deba ser ratificada por el pueblo, a través de un referéndum, ha sido recogido y desarrollado por los cuatro estatutos de autonomía de las comunidades especiales (arts. 56 y 57 del Estatuto catalán, arts. 46 y 47 del Estatuto vasco, arts. 56 y 57 del Estatuto gallego y arts. 74 y 75 del Estatuto andaluz). Con este requisito, justificado por el hecho de que su aprobación también requirió la participación directa de los ciudadanos (162), se ha querido acentuar el carácter rígido de la "norma institucional básica" de la comunidad autónoma (163). Por otra parte, aunque ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Referéndum han previsto el quórum preciso para ratificar la reforma de los estatutos, parece lógico entender que se exigirá el mismo porcentaje que se demandó para aprobarlos (esto es, la mayoría de los votos válidamente emitidos), y también parece evidente que el cómputo deberá efectuarse provincia por provincia (164).

Añadamos a lo anterior que el Estatuto de Autonomía del País Vasco contiene, en el tercer apartado del artículo 47, un tipo *sui generis* de referéndum de reforma estatutaria: el exigido para suprimir el artículo 17-6-b-inciso segundo (165), que faculta a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para intervenir en Euskadi, bajo la responsabilidad exclusiva del Gobierno de la Nación, "en supuestos de especial urgencia" (166).

---

(162) Cfr. De Esteban, Jorge: *El régimen...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 98 y vol. II, pág. 369.

(163) Con análogo criterio, cfr. Cruz Villalón, Pedro: "El referéndum...", *op. cit.*, pág. 165.

(164) El artículo 5-2 de la Ley Orgánica del Referéndum, ubicado en el epígrafe dedicado a "Disposiciones generales", precisa que "la circunscripción será, *en todo caso*, la provincia".

(165) El artículo 47-3 del Estatuto vasco, situado en el capítulo IV bajo el título "De la reforma del Estatuto", está redactado con el siguiente tenor: "El segundo inciso de la letra b) del número 6 del artículo 17 del Estatuto podrá ser suprimido por mayoría de tres quintos del Congreso y el Senado y aprobación del Parlamento Vasco, con posterior *referéndum* convocado al efecto, debidamente autorizado".

(166) El artículo 17-6-b-inciso segundo del Estatuto de Euskadi dice así: "En supuestos

Para concluir este epígrafe queremos plantear la cuestión de determinar si los estatutos de las comunidades autónomas de segundo grado hubieran podido exigir, amparándose en la cláusula abierta del art. 147-3, que la reforma de los mismos fuera aprobada en referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes (167). En torno a este tema hay que subrayar que la doctrina se ha mostrado dividida. Mientras que algunos autores se inclinan por aceptar esta posibilidad invocando "la libertad que al respecto establece el artículo 147-3" (168), otro sector doctrinal estima que sería "poco consecuente" interpretar los preceptos constitucionales en el sentido de admitir que fuese más agravado el procedimiento de reforma de un precepto cualquiera del Estatuto, por insignificante que fuera, que el de aprobación del Estatuto entero (que, como sabemos, en las comunidades de vía lenta no exige referéndum) (169).

2.4.5. *Referéndum para la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca (disposición transitoria cuarta)*

La provincia de Navarra -por sus peculiaridades históricas, políticas y culturales- fue "objeto de una previsión singular" (170) en la disposición transitoria cuarta de la Constitución. En el primer párrafo de la misma se establece que, a efectos de su posible incorporación a la Comunidad Autónoma Vasca, "en lugar de lo que establece el artículo 143 de la Constitución, la iniciativa corresponde al Organo Foral competente-esto es, al Parlamento de Navarra (171)-, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Para la validez de dicha iniciativa -sigue diciendo este precepto- será preciso, además, que *la decisión del Organo Foral competente sea ratificada por referéndum expresamente convocado al efecto*, y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos". Lo primero que debemos señalar es que el procedimiento

---

de especial urgencia y para cumplir las funciones que directamente les encomienda la Constitución, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán intervenir bajo la responsabilidad exclusiva del Gobierno, dando éste cuenta a las Cortes Generales. Las Cortes Generales, a través de los procedimientos constitucionales, podrán ejercitar las competencias que les corresponda".

(167) Cfr. Oliver Araujo, Joan: "La reforma del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares" en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1985, págs. 102-103.

(168) Cfr. Entrena Cuesta, Rafael: "Artículo 147" en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 1600. En el mismo sentido, cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 127.

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

(170) *Ibidem*, pág. 276.

(171) El artículo primero del Real Decreto 121/1979, de 26 de enero, precisó que el "Organo Foral competente" a que alude la disposición transitoria cuarta de la Constitución es el Parlamento Foral de Navarra.

de integración de Navarra en Euskadi es, en la actualidad, impracticable, pues no ha encontrado el más mínimo desarrollo ni en la Ley Orgánica del Referéndum ni en la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (172).

En torno al referéndum previsto en la disposición transitoria cuarta de la Constitución -que trae su causa inmediata en el Real Decreto-ley 2/1978, de 4 de enero (173)- podemos destacar los siguientes aspectos:

1º) Para la validez de la iniciativa es preciso que la decisión de las Cortes de Navarra sea ratificada en referéndum por la mayoría de los votos válidamente emitidos. Como vemos, lejos de establecerse las dificultades extremas del art. 151-1, se exige el mismo porcentaje de apoyo popular que el demandado para aprobar los estatutos de autonomía de los territorios que han seguido la vía rápida (art. 151-2).

2º) Aunque la disposición transitoria cuarta no precisa el ámbito territorial y personal de esta consulta, parece claro, como afirman los profesores Linde Paniagua y Herrero Lera, que "es el de la provincia de Navarra y el cuerpo electoral de la citada provincia" (174).

3º) En tercer lugar, debemos subrayar que, de acuerdo con el precepto que estamos comentando, la iniciativa de incorporación adoptada por el Parlamente navarro debe ratificarse en "referéndum expresamente convocado al efecto". Lo que comporta que esta consulta no podrá "acumularse a otras ni entenderse incluida en una más amplia" (175).

4º) Indiquemos, por otra parte, que el segundo párrafo de la disposición transitoria cuarta, violentando tal vez "su condición de transitoria",

(172) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, págs. 109-110; Aguiar de Luque, Luis: "Referéndum", *op. cit.*, pág. 797; Santamaría Pastor, Juan Alfonso: "Artículo 92", *op. cit.*, pág. 1320.

(173) El Real Decreto-ley 2/1978, de 4 de enero (B.O.E. 6-I-1978), que regulaba el procedimiento para decidir la incorporación de Navarra al Consejo General del País Vasco, precisaba que "en el caso de que el Organo Foral competente decidiese aprobar la presencia de Navarra en el Consejo General del País Vasco, será necesario, para que tal acuerdo alcance validez, que *esta decisión sea ratificada por el pueblo navarro mediante consulta popular directa* a través del procedimiento y en los términos que determine el Gobierno de acuerdo con la Diputación Foral" (art. 2).

(174) Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "El referéndum en la Constitución...", *op. cit.*, pág. 45.

(175) *Ibidem*.

permite plantear "indefinidamente" el tema de la incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca (176). En efecto, de acuerdo con el mismo, si la iniciativa no prosperase, podría volverse a reproducir siempre que no fuera en el mismo "período de mandato del Organo Foral competente", y en todo caso cuando hubiera transcurrido un plazo mínimo de cinco años.

Finalmente, queremos recordar que el artículo 47-2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco ha establecido, en líneas generales, el procedimiento que deberá seguirse una vez que se hayan cumplido los dos trámites que integran, según la disposición transitoria cuarta de la Constitución, la fase de iniciativa del proceso de incorporación (esto es, la aprobación por mayoría absoluta del Parlamento de Navarra y el referéndum afirmativo entre los electores inscritos en los censos de esta provincia). Sin entrar ahora en el análisis de este procedimiento (177), duramente criticado por el profesor Tomás Villarroya (178), lo que sí queremos destacar es que deberá finalizar con *un nuevo referéndum* que, según reza el inciso final del citado precepto, deberá ser en este caso "del conjunto de los territorios afectados" (179).

2.5. REFERENDUM MUNICIPAL

Para finalizar la exposición de las diversas modalidades de referéndum previstas en el ordenamiento constitucional español debemos refe-

(176) Cfr. Tomás Villarroya, Joaquín: "Proceso autonómico...", *op. cit.*, pág. 60.

(177) El artículo 47-2 del Estatuto de Euskadi, ubicado en el título dedicado a su reforma, dice que "en el caso de que se produjera la hipótesis prevista en la disposición transitoria cuarta de la Constitución, el Congreso y el Senado, en sesión conjunta y siguiendo el procedimiento reglamentario que de común acuerdo determinen, establecerán, por mayoría absoluta, qué requisitos de los establecidos en el artículo 46 (que regula el procedimiento ordinario de reforma) se aplicarán para la reforma del Estatuto, que deberán en todo caso incluir la aprobación del Organo Foral competente, la aprobación mediante ley orgánica, por las Cortes Generales, y *el referéndum del conjunto de los territorios afectados*".

(178) El profesor Joaquín Tomás Villarroya ("Proceso autonómico...", *op. cit.*, pág. 61) ha comentado el artículo 47-2 del Estatuto vasco en los siguientes términos: "asume la regulación de un tema que debiera corresponder, principalmente, a Navarra; prevé la reunión conjunta del Congreso y del Senado en un supuesto que la Constitución no contempla; encomienda a las dos Cámaras la fijación de un procedimiento indeterminado; le permite seleccionar los requisitos fijados en el artículo 46 del mismo Estatuto".

(179) Esta precisión final resulta, según el profesor Joaquín Tomás Villarroya ("Proceso autonómico...", *op. cit*, pág. 61), dudosamente constitucional, pues parece estar en "contradicción directa" con el artículo 151-2, 4º y 5º de la Ley Fundamental, que exige que el Estatuto sea aprobado *en cada provincia*.

rirnos a las consultas populares de ámbito municipal. En efecto, aunque la Constitución no las reconoce expresamente, su admisión en nuestro sistema político parece bastante evidente en virtud de lo dispuesto en el artículo 149-1-32ª de la misma (180). Además, por si quedaba alguna duda, la disposición adicional de la temprana Ley Orgánica del Referéndum precisó que los preceptos de dicha Ley "no alcanzan en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización". A pesar de que esta disposición excluye a los referéndums municipales del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 2/1980, los reconoce de forma inequívoca y además, indirectamente, precisa algunos aspectos de esta modalidad referendaria. Ha sido, sin embargo, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985 (181), quien ha fijado los caracteres esenciales de las consultas populares municipales. Su artículo 71, situado dentro del capítulo dedicado a la "información y participación ciudadanas", está redactado con el siguiente tenor: "De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda Local" (182).

Analizando estos dos preceptos -la disposición adicional de la Ley Orgánica del Referéndum y el artículo 71 de la Ley de Bases del Régimen Local- descubrimos cuales son los aspectos más destacados de los referéndums municipales:

— En primer lugar, vemos que sólo pueden someterse a consulta po-

(180) El artículo 149-1-32ª de la Constitución ofrece la siguiente redacción: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 32ª. Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum".

(181) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (*Boletín Oficial del Estado* de 3 de abril de 1985).

(182) El artículo 18 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local precisa que: "1. Son derechos y deberes de los vecinos: (...) f) Pedir la consulta popular en los términos previstos en la Ley". A nuestro juicio, se trata de una mera concreción del genérico derecho de petición consagrado en el artículo 29-1 de la Carta Magna, sin que tal solicitud vincule jurídicamente a los órganos municipales.

pular los asuntos especialmente relevantes de índole municipal, con lo cual es evidente que deberán excluirse los referéndums que recaigan sobre materias que no sean de la competencia de los Ayuntamientos y aquellos otros cuyo resultado pudiera tener repercusiones supramunicipales (183).

— En segundo lugar, constatamos que hay un límite por razón de la materia de carácter absoluto: los asuntos relativos a la Hacienda Local, aunque tengan especial relevancia para los vecinos, no podrán someterse al veredicto popular. La justificación de esta exclusión hay que buscarla en la particular naturaleza de los temas fiscales, especialmente aptos para su utilización demagógica.

— En tercer lugar, observamos que, para que un Alcalde pueda someter a consulta popular un asunto municipal, es preciso el acuerdo previo del Pleno del Ayuntamiento por mayoría absoluta y la autorización del Gobierno de la Nación. No pueden negarse, a nuestro juicio, algunas coincidencias procedimentales con el referéndum consultivo consagrado en el artículo 92 de la Constitución, que exige -como sabemos- la autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta (184).

— Finalmente, en cuarto lugar, se determina que el ámbito de los referéndums que celebren los Ayuntamientos será el de "sus respectivos territorios", quedando en la penumbra la posibilidad de celebrar consultas de ámbito comarcal, provincial o regional (185).

Por otra parte, debemos precisar que algunos Estatutos de Autonomía se han hecho eco de la posibilidad de que se celebren referéndums municipales, asumiendo competencias en esta materia. A título de ejemplo, recordemos que el artículo 15-2 del Estatuto de Andalucía afirma que "corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo del sistema de consultas populares locales en el ámbito de Andalucía, de conformidad con lo que dispongan las leyes a que se refiere el apartado

(183) Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso: "Artículo 92", *op. cit.*, pág. 1320.

(184) Con anterioridad, los profesores Linde Paniagua y Herrero Lera habían defendido que la modalidad de los referéndums municipales "está comprendida en el referéndum consultivo del artículo 92". Cfr. Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley...", *op. cit.*, pág. 94; Linde Paniagua, Enrique: "Artículo 92...", *op. cit.*, pág. 381.

(185) A pesar del silencio legal, se inclinan por admitir esta posibilidad, entre otros, los siguientes autores: Aguiar de Luque, Luis: "La Ley Orgánica de...", *op. cit.*, pág. 168; Linde Paniagua, Enrique y Herrero Lera, Miguel: "Comentario a la Ley...", *op. cit.*, pág. 94.

3 del artículo 92 y el número 1 y 32 del artículo 149-1 de la Constitución, correspondiendo al Estado la autorización de su convocatoria". Cláusulas del mismo tenor pueden verse en el artículo 10-2 del Estatuto de Cataluña, en el art. 32-1-8 del Estatuto de Valencia y en el art. 31-3 del Estatuto de Canarias.

A juicio del profesor Torres del Moral, estos referéndums municipales "darán a los ciudadanos la oportunidad de autogobierno en los problemas más próximos y presumiblemente más conocidos. La vieja idea de que la democracia directa sólo es posible o resulta más viable en las comunidades reducidas puede tener aquí su plasmación más evidente" (186).

(186) Cfr. Torres del Moral, Antonio: *Principios...*, *op. cit.*, vol. I, pág. 128.

LA LEGISLACION PENAL MILITAR DE SUECIA

ANTONIO MILLAN GARRIDO

El Derecho penal militar ofrece, por lo que a técnica legislativa respecta, distintos sistemas de incriminación, que van desde su tratamiento en cuerpo normativo único, con las restantes disposiciones judiciales militares, hasta su consideración dentro del Código penal.

a) El sistema que puede considerarse tradicional incluye todas las normas penales (sustantivas, orgánicas y procedimentales), asi como, con frecuencia, las disciplinarias, en un solo texto normativo. Es la técnica utilizada en los vigentes Ordenamientos de Angola, Argentina, Chile, Estados Unidos, Francia, Gabón, Grecia, Israel, Líbano, Marruecos, Mauritania, Méjico, Perú, Portugal, Siria, Túnez y Zaire, entre otros. Fue, asimismo, el sistema adoptado por el Código de Justicia Militar español de 1945, texto, aun parcialmente vigente, que reúne las leyes orgánicas, procesales, penales y disciplinarias, asi como disposiciones administrativas o civiles cuya inclusión no responde más que a una razón histórica.

Entre otros condicionamientos políticolegislativos, ha favorecido la implantación de esta técnica el que con ella se propicia el conocimiento general de las leyes penales militares y se facilita su manejo sobre todo al no profesional en Derecho, lo que, particularmente, tienen en cuenta aquellos ordenamientos en los que aún no se ha alcanzado la completa tecnificación de la Justicia militar.

En si, como técnica, este sistema no ofrecería otros inconvenientes que los derivados de la obligada general consideración de materias dispares y la mayor dificultad en una eventual reforma.

No obstante, el sistema responde con frecuencia a un concepto autonomista del Derecho castrense, generalizado en la doctrina hasta los

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 15 (PALMA DE MALLORCA 1986).

años cuarenta (1), que, por lo que a la legislación penal militar hace referencia, se traduce en textos integrales, cuyo contenido y planteamiento sustancial no se ajustan a los postulados de la moderna ciencia jurídico-penal y a los principios constitucionales vigentes en nuestro entorno sociocultural.

Así, los textos integrales, al incluir una completa parte general, conducen en la práctica a innecesarias repeticiones y comportan, en todo caso, el riesgo de la derivación hacia principios contrarios a los postulados básicos que deben informar la completa legislación penal del Estado (2).

Por otra parte, el sistema, en cuanto se funda, con frecuencia, en un concepto decimonónico de la "disciplina" o el "servicio" que alcanza a instituciones civiles y valores que exceden del ámbito de las Fuerzas Armadas, comporta una hipertrofia del Derecho penal militar, respecto al cual se olvida su fundamento último: la específica tutela del potencial bélico del Estado (3).

b) Un segundo sistema se basa en la consideración y tratamiento de los delitos militares en un texto autónomo, quedando relegadas a otras leyes las normas orgánicas y procedimentales. Es la técnica que siguen, entre otros, los Ordenamientos de la República federal de Alemania, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Burundi, Colombia, Corea del Sur,

(1) En este sentido, afirma Querol cómo el Derecho militar "es independiente y su independencia se basa en principios y fundamentos racionales que le asignan un fin y vida propios... Nada importa que... exista un claro paralelismo entre las instituciones jurídico-militares y las de otras ramas del Derecho común, ni siquiera que algunos preceptos de las leyes castrenses sean a veces eco fiel o reproducción más o menos literal de otros preceptos de las leyes ordinarias. Precisamente, el hecho de que la legislación militar contenga repeticiones exactas de algunos artículos del Código penal común... demuestra que, al preferir la copia a la referencia, se obedece al intento consciente de mantener la autonomía respecto al Derecho general y conseguir que las leyes militares formen un cuerpo completo de disciplina que normalmente baste a la solución de todos los casos previsibles, sin necesidad de tener que acudir a los preceptos comunes para completarlas. Todo lo cual indica que el Derecho militar goza de indisputable sustantividad". Cfr. De Querol y De Duran, F., *Principios de Derecho militar español, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945*, t. I, Edit. Naval, Madrid s.f,, p. 19.

(2) Cfr. Lopez-Rey y Arrojo, M., "Análisis político criminal del proyecto oficial de Código penal español", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XXXIV (1980), p. 320.

(3) *Vid*, en referencia a nuestro Código de Justicia Militar de 1945, Millan Garrido, A., *Prólogo* al "Código penal militar y legislación complementaria", Edit. Tecnos, Madrid, 1986, p. 20.

Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Finlandia, Guatemala, Holanda, Honduras, Irak, Italia, Noruega, Paraguay, Suiza, Taiwan, Thailandia, Turquía y Uruguay.

Este sistema, sin embargo, no responde, en modo alguno, a una concepción sustancial unitaria del Derecho penal militar. Entre estos Códigos o leyes penales especiales, siguen siendo mayoría (Bolivia, Brasil, Guatemala, Holanda, Honduras) los textos integrales, para los que valen las consideraciones antes formuladas. Algunos de ellos, además, incluyen el Derecho disciplinario que, de esta forma, no logra autonomía en su concepción y tratamiento.

Las legislaciones más modernas (entre ellas, nuestro Código vigente) van adoptando, por el contrario, el principio de especialidad, tradicional sólo en algunos Ordenamientos de influencia germánica. Conforme a tal principio, la ley penal militar se limita, con brevedad y sencillez, a consignar sus particularismos, con referencia, en lo demás, a la legislación común. Por supuesto, quedan relegadas de estos textos las normas disciplinarias, objeto de una regulación propia que atiende a su naturaleza específica.

c) La tercera posibilidad consiste en incluir los delitos militares y demás particularismo que comporta el Derecho punitivo castrense en el Código penal. Tal sistema de incriminación conjunta o unitaria, que aparece generalizado en los países del Este europeo (Albania, Alemania Democrática, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, URSS y Yugoslavia), ha tenido también acogida en otras legislaciones penales, como las de Corea del Norte, Costa de Marfil, República Popular China o Etiopía. En nuestro contexto sociocultural, tras la entrada en vigor en 1970 del Código penal militar austriaco (4), sólo el Ordenamiento sueco se inscribe en este sistema técnicolegislativo.

Al respecto, se destaca cómo el que la legislación penal militar no excepcional, que se basa en idénticos principios que el Derecho común punitivo, se encuentre marginada del Código penal es algo accidental y que responde simplemente a una tradición histórica concreta, cuando no a una razón de oportunidad legislativa (5). Tecnicamente, no sólo no exis-

(4) En Austria, por ley de 3 de noviembre de 1945 se incluyeron los delitos militares, hasta entonces comprendidos en el Código penal militar de 1855, en la ley penal general austriaca que actualizaba el Código penal de 1852. Desde 1945 hasta la entrada en vigor de la *Militärstrafgesetz* de 30 de octubre de 1970 también la legislación austriaca siguió la fórmula de la incriminación unitaria.

(5) Cfr. Rodriguez Devesa, J.M., *Derecho penal español, Parte general,* Décima edi-

ten reparos que impidan la inclusión en el Código penal de un sector de la legislación especial, a la que, desde ese momento, dado el carácter meramente topográfico de la "especialidad", deja de pertenecer la materia incorporada, sino que tal absorción, como he observado en otro lugar (6), ofrece el atractivo de la simplificación y depuración de la legislación penal militar sustantiva, la que, por otra parte, queda no sólo sustancial sino también formalmente sujeta a los principios que, en su parte general, el Código penal establezca.

El Derecho penal militar sueco se contiene, según lo señalado, en el Código penal, fundamentalmente en sus capítulos XXI y XXII. Con anterioridad, rigieron el Código penal militar de 7 de octubre de 1881 y el de 23 de octubre de 1914 (en vigor desde el 1 de julio de 1916).

El Código penal vigente es el promulgado en 1962, con vigencia de 1º de enero de 1965. Este Código (7), considerado en su momento como el más moderno y progresivo de los textos penales europeos, sustituye al de 16 de febrero de 1864 e incorpora, refundiéndolas, todas las reformas parciales operadas hasta entonces en la legislación sueca.

Conforme a una técnica generalizadora mantenida en Suecia, las leyes penales (el Código penal, si se prefiere) forman parte del Código general del Reino, integrando el "titulo de los delitos", cuya primera versión se remonta a 1734.

Dicho título fue reemplazado por el Código de 1864, texto que tuvo que ser objeto de importantes reformas parciales o leyes complementarias en 1902 (protección de la infancia), 1906 (libertad condicional), 1921 (abolición de la pena de muerte), 1935 (minoría de edad), 1937 (nuevo sistema de medidas de seguridad) y 1945 (reforma del régimen penitenciario), entre otras.

---

ción revisada y puesta al dia por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1986, pp. 34-35.

(6) Cfr. Millán Garrido, A., *Nota introductoria* a la traducción de "Los títulos X y XI del Código penal rumano", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 37 (1979), p. 221.

(7) *Vid.* "Código penal sueco", traducido por A. Illescas Gómez, en *Información Jurídica*, núms. 294-295 (1967), pp. 3-109. Asimismo, "Code pénal suédois", dentro de *Les Codes Pénaux Européens*, Publié par le Centre Français de Droit Comparé, Comité de Legislation étrangère et Droit international, pres. M. Ancel, tome IV, Paris, 1971, pp. 1829-1914.

Sobre el contenido jurídicopenal militar del Código, Jiménez y Jiménez, F., "La nueva legislación penal militar sueca", en *Revista Española de Derecho Militar*, nº 20 (1965), pp. 87-95; Thomas, P., "Aperçu de quelques legilations penales militaires", en *Revue de Droit pénal militaire et de Droit de la guerre*, nº XIII-2 (1974), pp. 369-371.

En realidad, desde 1910 se trabajaba ya en la elaboración de un nuevo Código, para lo que se constituyeron dos Comisiones en 1930. Fruto de los primeros trabajos fueron la Ley de 12 de junio de 1942 sobre los delitos patrimoniales y la Ley de 30 de junio de 1948 reguladora de los delitos contra la seguridad del Estado y la Administración.

Ambas disposiciones fueron incluidas en el Proyecto de Código penal publicado en 1953. Tras una minuciosa revisión desarrollada a partir de 1956, el texto fue promulgado en 1962 como "título de los delitos" del Código general de Suecia.

Con posterioridad a 1965, el Código penal ha sido objeto de reformas parciales que, entre otros, han afectado a los capítulos XXI y XXII. De aqui el interés que pueda ofrecer una traducción actualizada de los mismos en esta nota de legislación comparada.

La traducción quedaría, sin embargo, incompleta si no se hiciera referencia a otros preceptos que, no incluidos en los indicados capítulos, los complementan, integrando la legislación penal militar.

Asi, el capítulo XXXII trata de las penas especiales a los funcionarios y de las penas aplicables a los militares. Su artículo 6° dispone que "las penas disciplinarias especiales para los militares son la detención militar y la multa disciplinaria. La detención militar tendrá una duración mínima de tres días y una duración máxima de treinta días y se ejecutará en una prisión militar. La multa disciplinaria consiste en retener el sueldo o en la entrega de una suma de dinero que venga fijada por disposiciones especiales dictadas a tal efecto y será impuesta en la parte correspondiente a un día de sueldo como mínimo y veinte días como máximo ".

Añade el artículo 7° que "disposiciones especiales regularán la imposición de la pena disciplinaria como pena común para varias infracciones, asi como la posibilidad de imponer, en caso de infracción cometida por un militar, una pena disciplinaria en sustitución de la pena de multa o una pena de multa en sustitución de una pena disciplinaria... La determinación de la sanción aplicable a una persona que, no siendo militar, fuera reo de complicidad en una infracción punible con pena disciplinaria, se efectuará como si hubiesen sido previstos por la ley dias-multa en lugar de una pena disciplinaria".

Por su parte, al tratar el capítulo XXIV de la legítima defensa y de los otros casos de necesidad, se establece (art. 3°) que "en caso de motín o durante el combate o en cualquier otro caso en que los atentados contra

la disciplina militar presentaren un peligro especial, el militar podrá recurrir al empleo de la violencia necesaria contra el subordinado a fin de mantener la disciplina", derecho que podrá ser ejercitado contra todo aquél que prestare asistencia al culpable.

Finalmente, en el capítulo XXVII, al regular la condena condicional, se establece (art. 1°, 2) que no podrá hacerse uso de ella "en las infracciones cometidas por militares a no ser que la suspensión del fallo pareciere posible sin peligro para la disciplina militar y para el mantenimiento del orden en las Fuerzas Armadas".

Sigue la versión castellana de los capítulos XXI y XXII en su redacción vigente. La traducción, si bien contrastada con la versión francesa, se ha realizado sobre el texto inglés amablemente facilitado por la Embajada de Suecia. En esta tarea me prestaron una valiosa ayuda, como expertos, los Profesores José Carlos Millán y Virginia Miller.

CAPITULO XXI

DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Artículo 1°.- El militar que rehuse obedecer una orden, la acate con negligencia o demore indebidamente su ejecución, sin ser evidente que tal orden era ajena al servicio, será condenado, por *desobediencia*, con una sanción disciplinaria o con prisión de hasta un año.

Art. 2.- Cuando la infracción tipificada en el artículo anterior se considere de carácter delictivo grave se impondrá, por *desobediencia grave*, la pena de prisión hasta cuatro años. Para apreciar la gravedad del carácter delictivo de la infracción se tendrá especialmente en cuenta si la orden concernía a un acto de servicio de gran importancia, si la infracción fue cometida ante la tropa reunida o por varios de común acuerdo.

Si el pais estuviese en guerra y la infracción hubiera sido cometida durante el combate o en cualquier otra circunstancia en la que el ataque a la disciplina militar suponga un especial peligro, se impondrá la pena de hasta diez años de prisión o cadena perpetua.

Art. 3.- Si un grupo de militares manifestase la intención de alzarse colectivamente por la fuerza contra un superior, se impondrá, por *motín*, a los instigadores la pena de hasta seis años de prisión y a los demás participantes una sanción disciplinaria o la pena de prisión hasta cuatro años.

Cuando los participantes en el motín hubieran realizado colectivamente actos de violencia en personas o bienes, los instigadores y los jefes serán condenados a la pena de hasta diez años de prisión o a cadena perpetua y los demás participantes a la pena de hasta seis años de prisión.

Si el motín tiene lugar con el pais en guerra y se produce durante el combate o en cual-

quier otra circunstancia en la que el ataque a la disciplina supone un especial peligro, la pena será de hasta diez años de prisión o de cadena perpétua.

Art.- 4.- El militar que no obedeciera una orden que, dentro de sus atribuciones, le hubiese sido dada por un centinela y otro militar en el desempeño de un servicio de guardia o mantenimiento del orden, será condenado, por *desobediencia* a centinela, con una sanción disciplinaria o con prisión hasta un año.

Cuando la infracción revistiese carácter delictual grave, la pena será de hasta cuatro años de prisión.

Art.- 5.- El superior que abusare de su autoridad para obligar a un subordinado a hacer, soportar o no hacer algo al margen de sus atribuciones, será condenado, por *abuso de autoridad*, con una sanción disciplinaria o con prisión hasta un año.

La misma sanción se impondrá cuando, indebidamente, el superior corrija al subordinado en el servicio o fuera de él, le obligue a realizar trabajos especiales o le niegue algún beneficio, así como cuando, injustificadamente, pusiere en peligro la vida o la salud del subordinado.

Cuando la infracción revista carácter delictivo grave, la pena será de hasta cuatro años de prisión.

Art. 6.- Al militar que, sin autorización, diere órdenes a otro militar se le impondrá, por *ejercicio ilícito de mando*, una sanción disciplinaria o la pena de prisión hasta un año.

Cuando la infracción carácter delictivo grave, la pena será de hasta cuatro años de prisión.

Art. 7.- El militar que, con violencia o amenaza, atacare a otro militar, cuando éste se encontrare en acto de servicio, para coaccionarle a su realización o para impedírselo o en cualquier otra circunstancia relativa al servicio, será condenado, por *violencias o amenazas a un militar*, con sanción disciplinaria o prisión hasta dos años o, cuando la infracción revista carácter delictivo leve, con sanción disciplinaria o prisión de hasta seis meses. Cuando, por el peligro que comporta para la disciplina militar o por cualquier otra razón, la infracción revista carácter delictivo grave, la pena será de hasta cuatro años de prisión.

Si, estando el país en guerra, un militar cometiese este delito contra un superior, centinela o cualquier otro militar en servicio de guardia o de mantenimiento del orden público, será condenado a pena de prisión hasta diez años. Si la infracción revistiese carácter delictivo leve, a sanción disciplinaria o pena de hasta seis meses de prisión. Si la infracción se hubiera cometido durante el combate o comportara especial peligro para la disciplina militar, podrá imponerse la pena de cadena perpétua.

Art. 8.- El militar que insultare a otro militar en acto de servicio o con ocasión del mismo, será condenado, por *ultraje a militar*, a una sanción disciplinaria o a la pena de hasta seis meses de prisión.

Art. 9.- Cuando, en otros casos, un militar mostrase falta de respecto hacia un superior o desprecio por sus subordinados, o cuando, de cualquier otra manera, adoptase una actitud inconveniente con respecto a otro militar, siempre que la conducta tuviese lugar duran-

te el servicio o con ocasión del mismo, se le impondrá, por *comportamiento inconveniente*, una sanción disciplinaria.

Art. 10.- El militar que, oralmente, ante un grupo de militares reunidos o en situación análoga, incitase o, de cualquier otro modo, tratare de inducir a la insubordinación o a cualquier otro acto por el que los militares faltarían al cumplimiento de sus deberes, será condenado, por *incitación a la rebelión militar*, a una sanción disciplinaria o a la pena de hasta un año de prisión.

Cuando el autor hubiese tratado de provocar una infracción grave o, por cualquier otra causa, la infracción revista carácter delictivo grave, podrá imponerse la pena de hasta cuatro años de prisión.

Art. 11.- El militar que, de manera ilícita, abandonase o no se reintegrase a la unidad de las fuerzas armadas en la que se encuentra destinado o, en su caso, al lugar en que presta sus servicios, será condenado, por *ausencia arbitraria*, a sanción disciplinaria o a la pena de hasta seis meses de prisión.

La ausencia arbitraria durante un estado de alerta o cuando el pais se encuentra en guerra será castigada con sanción disciplinaria o con la pena de hasta dos años de prisión.

Art. 12.- Cuando la ausencia arbitraria, dada su duración, real o prevista, o la naturaleza del servicio, hubiese sido o podido ser gravemente perjudicial para la instrucción o hubiese entrañado o podido entrañar otro perjuicio importante para el servicio, se impondrá, por *deserción*, una sanción disciplinaria o la pena de hasta dos años de prisión.

La deserción durante un estado de alerta se castigará con la pena de hasta dos años de prisión. Cuando el pais se encontrase en guerra, la pena será de prisión hasta diez años.

Art. 13.- El militar que en el ejercicio de las funciones de jefe de una unidad de las fuerzas armadas, efectuando un servicio de guardia o en el desempeño de cualquier misión similar, abandonare indebidamente su puesto o que, como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas o de cualquier otra forma, se colocare en condiciones de no cumplir su servicio será condenado, por *abandono de puesto*, a una sanción disciplinaria o a la pena de hasta dos años de prisión.

El abandono de puesto encontrándose el pais en guerra será castigado con sanción disciplinaria o con la pena de hasta cuatro años de prisión; si la infracción hubiese sido cometida durante el combate o comportase especial peligro para la disciplina militar, la pena será de prisión hasta diez años o de cadena perpétua.

Art. 14.- El militar que, en acto de servicio, se encontrase bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de cualquier otro producto análogo, de tal manera que su capacidad para la realización del servicio deba considerarse disminuida, será condenado, por *embriaguez durante el servicio*, a sanción disciplinaria o a la pena de hasta un año de prisión.

Art. 15.- (*suprimido*)

Art. 16.- El militar que, en un lugar o sobre un terreno utilizado por las fuerzas armadas, promoviere alborotos o, de cualquier otro modo, realizase actos susceptibles de provocar escándalo público, será condenado, por *comportamiento desordenado*, a sanción disciplinaria.

Art. 17.- (*suprimido*)

Art. 18.- El militar que faltare, por negligencia, incompetencia o incapacidad, a las obligaciones que le incumben conforme a los reglamentos, circulares u otras disposiciones de carácter general, las instrucciones particulares o las reguladoras del servicio mismo, será castigado, por *infracción del servicio oficial*, con una sanción disciplinaria, si la conducta no está específicamente penada.

Cuando la infracción fuese grave se impondrá la pena de hasta un año de prisión.

El que un militar participe en una huelga o acción similar no será considerado en ningún caso como infracción del servicio oficial.

Art. 19.- En los casos de preparación, conspiración u omisión de denuncia de un motín, así como en los de tentativa, preparación, conspiración u omisión de denuncia de una deserción en estado de alerta o tiempo de guerra, se aplicará lo dispuesto en el capítulo XXIII. Las mismas normas se aplicarán en los casos de tentativa o de preparación de violencia o amenazas a militar o de conspiración para la comisión de dicha infracción en el caso de que si se hubiese consumado la infracción no hubiere revestido ésta carácter delictivo leve.

No podrá castigarse la complicidad en la infracción del servicio más que cuando dicho acto, en sí mismo, comporte un incumplimiento de los deberes del servicio.

Art. 20.- Son militares, a los efectos de este Código, los que, en calidad de oficiales de regimiento, oficiales de compañía, oficiales de pelotón, oficiales de sección, oficiales de la reserva o clases de tropa, prestaren servicio en las fuerzas armadas, las mujeres durante la instrucción para oficiales, los reclutas a los que no se ha concedido autorización para realizar servicio sin armas y los miembros de la guardia territorial durante todo el tiempo que, en virtud de esa condición, estuvieren adscritos al servicio militar. Son, asimismo, militares, en la medida en que el Gobierno así lo indique, teniendo en cuenta las necesidades del mando y otras condiciones generales del servicio, los que, de cualquier otro modo, estuvieren encuadrados en las fuerzas armadas o se hubieren aislado como voluntarios, durante todo el tiempo en que, por tal condición, estuvieren adscritos al servicio militar. No se considerará adscrito al servicio militar al que disfrute de permiso de, al menos, dos meses. El Gobierno dictará disposiciones más específicas que regulen la condición de integrante de las fuerzas armadas.

Fuera del tiempo en que estuvieren afectas al servicio, las personas designadas en el párrafo primero del presente artículo serán consideradas como militares cuando, en función del vínculo que las une al servicio, fueren atendidas en hospital militar o estuvieren recluidas en un establecimiento penitenciario castrense, cuando en un lugar o terreno utilizado por las fuerzas armadas o de cualquier otro modo se presentaren en público con uniforme militar, o con referencia a su deber o información o cualesquiera otras concretas obligaciones derivadas del servicio.

El militar que tuviere asignado mando sobre otro militar es el superior de éste. El militar con respecto al cual otro militar tuviere asignado mando es el subordinado de éste.

Art. 21.- Quien ostentase la condición de militar conforme a disposiciones gubernamentales no podrá ser condenado con arreglo a este capítulo cuando preste servicio en un

Cuerpo civil del Estado, dentro de un Cuerpo militar en tareas de naturaleza civil o como autoridad de gobierno local.

Art. 22.- Las disposiciones del capítulo XX, artículo 5, serán de aplicación con independencia de lo previsto en este capítulo.

CAPITULO XXII

DISPOSICIONES ESPECIALES PARA TIEMPOS DE GUERRA

Art. 1.- El que cuando el país se encuentre en guerra:

1° impidiera actuar, indujere a error o traicionare a militares o a otras personas al servicio de la Defensa nacional o las incitare al motín, a la deslealtad o al derrotismo;
2° entregara por traición, destruyere o dañare fortificaciones, material de guerra o fábricas, depósitos, instalaciones de energía, vías de comunicación, navíos o cualesquiera otros elementos importantes para la Defensa nacional o para el abastecimiento del país;
3° extendiere, con afirmaciones inexactas, la desmoralización entre la población;
4° procurare al enemigo soldados, equipo, provisiones o apoyo; o
5° cometiere cualquier otro acto de traición similar, si el acto es susceptible de irrogar un perjuicio considerable a las fuerzas armadas nacionales o, de cualquier otra manera, a la Defensa nacional o al abastecimiento del país, o implica una considerable ayuda para el enemigo, será condenado, por *traición,* a la pena de cuatro a diez años de prisión o a cadena perpetua.

Cuando un acto de los descritos en el párrafo primero del presente artículo sólo en pequeña medida pudiera irrogar perjuicios a la Defensa nacional o al abastecimiento del país o implicare una asistencia al enemigo más reducida que la indicada en el párrafo primero, se impondrá, por *atentado contra la seguridad exterior del Estado,* la pena de hasta seis años de prisión.

Cuando el acto consistiere en procurar al enemigo servicios o provisiones o en prestarle cualquier otra ayuda en el territorio por él ocupado y el mismo estuviese justificado por necesidades personales de sostenimiento u otras circunstancias personales, el autor quedará exento de pena.

Art.- 2.- Cuando un acto de los señalados en el artículo 1° anterior fuere cometido por imprudencia, se impondrá, por *negligencia perjudicial para el interés nacional,* la pena de hasta cuatro años de prisión.

Art.- 2 bis.- Aquel que, encontrándose el país en estado de alerta o en guerra, divulgase públicamente, transmitiese a una potencia extranjera o permitiese la aparición de una noticia falsa u otras informaciones inexactas generadas para poner en peligro la seguridad del Reino, será sancionado, por *divulgación de rumores peligrosos para la seguridad del Reino*, con una multa o con la pena de prisión hasta dos años.

Art.- 3.- El militar que, encontrándose el país en guerra, se pasare al enemigo o, de cualquier otro modo, se rindiera voluntariamente a éste será condenado, por *deserción al enemigo,* a la pena de cuatro a diez años de prisión o a cadena perpetua.

La misma pena se impondrá a cualquier ciudadano sueco que, encontrándose el país en guerra, tomase las armas contra el Reino, si dicho acto no fuese constitutivo de traición.

Art. 4.- El militar que indebidamente, encontrándose el pais en guerra, enviare mensajes a miembro de las fuerzas armadas enemigas o persona que residiere en territorio enemigo o, de cualquier otro modo, se pusiere en contacto con ellos, será condenado, por *inteligencia con el enemigo,* a una sanción diciplinaria o a la pena de hasta dos años de prisión.

Art. 5.- Cuando, encontrándose el pais en guerra, durante el combate o en otras circunstancias en las que el atentado a la disciplina militar comporte un especial peligro, el militar que aconsejare a otros militares rendirse al enemigo o, de cualquier otro modo, efectúe, en presencia de militares, un acto capaz de provocar la deslealtad o el desánimo, será condenado, por *derrotismo bélico,* a la pena de prisión de cuatro a diez años o a cadena perpetua. Si el peligro fuese poco grave la pena será de hasta seis años de prisión.

Art. 6.- El militar que, encontrándose el pais en guerra, hiciere circular entre otros militares falsos rumores o cualesquiera otras afirmaciones inexactas capaces de provocar la deslealtad o el desánimo, será condenado, por *propagación de rumores perjudiciales para la Defensa nacional,* a una sanción disciplinaria o a pena de hasta dos años de prisión.

Art. 7.- Los militares que, en estado de alerta o encontrándose el pais en guerra, tuvieren indebidamente una reunión referente a temas cuya discusión pueda facilmente provocar insubordinaciones o deserciones o sembrar el temor o el desaliento entre los militares, serán condenados, con independencia del grado de participación, por *reunión ilegal,* a pena disciplinaria o a la de hasta dos años de prisión. Quedará exento de pena quien participare en la reunión incitado o autorizado por un superior.

Art. 8.- El militar que, intencionadamente o por negligencia y encontrándose el pais en estado de alerta o en situación de guerra, faltare al cumplimiento de las obligaciones que le incumben para preparar un dispositivo de defensa, una unidad militar para el combate, para suministrar municiones o, de cualquier otro modo, preparar operaciones militares, será condenado, por *incumplimiento de las obligaciones relativas a preparativos militares,* a la pena de hasta seis años de prisión.

Cuando la infracción prevista en este artículo fuere cometida intencionadamente y revista carácter delictual grave, dado que por el hecho en si se viere comprometido el éxito de las operaciones militares o por cualquier otra razón, se impondrá la pena de cuatro a diez años de prisión o la de cadena perpetua.

Art. 9.- El militar que, encontrándose el pais en guerra y desempeñando las funciones de jefe de una unidad de las fuerzas armadas, entregare al enemigo una posición de combate, material de guerra o cualquier otro elemento de importancia considerable en el desarrollo de la guerra, o se rindiese al enemigo con su unidad sin haber recurrido para la defensa a los medios y recursos de que dispusiera, sin haber tomado las medidas de destrucción prescritas o sin haber opuesto una resistencia especialmente ordenada, será condenado, por *capitulación,* a la pena de seis a diez años de prisión o reclusión perpetua.

Art. 10.- El militar que, encontrándose el pais en guerra, se abstuviera, intencionadamente o por negligencia, durante el combate o con ocasión del mismo, de cumplir con su deber de hacer la guerra hasta el último momento, será condenado, por *negligencia en el combate,* a la pena de hasta seis años de prisión.

Cuando la infracción prevista en este artículo fuere cometida intencionadamente y revista carácter delictual grave, porque el hecho comprometiera el éxito de las operaciones militares, su autor desempeñara un puesto de responsabilidad o por cualquier otra causa,

se impondrá la pena de cuatro a diez años de prisión o cadena perpetua.

Art. 11.- El que, en operaciones bélicas, empleando medios de combate capaces de provocar sufrimientos inútiles, haciendo uso abusivo del emblema de la Cruz Roja o, de cualquier otra forma, actuare violando los tratados en vigor concluidos con potencias extranjeras o los principios generales reconocidos en el Derecho de gentes, será condenado, por *infracción contra el Derecho de gentes*, a la pena de hasta cuatro años de prisión; cuando la infracción fuere menos grave, podrá imponerse una multa o, si el autor fuese militar, una sanción disciplinaria. Aquél que, fuera de las operaciones bélicas, incumpliera las obligaciones derivadas de tales tratados o principios relativos a la protección de heridos, enfermos y náufragos militares en tierra o mar, prisioneros de guerra o personal civil en tiempo de guerra o concernientes de cualquier otra forma a la ocupación y actuando así causare heridas, sufrimientos físicos o morales a las personas o cualquier otra clase de daños o perjuicios de consideración será condenado igualmente por infracción contra el Derecho de gentes.

Cuando la infracción revistiera carácter delictivo grave se impondrá la pena de dos a diez años de prisión o la de cadena perpetua. Para apreciar la gravedad de la infracción se tendrá especialmente en cuenta si fue cometida por la realización de gran número de actos aislados o si, a causa de esta infracción, hubiesen resultado muertas o heridas numerosas personas o se hubieren causado daños materiales de consideración.

Art. 12.- En los casos de tentativa, preparación o conspiración en los delitos de traición, atentado a la seguridad exterior del Estado o deserción al enemigo serán de aplicación las disposiciones del capítulo XXIII. Será, asimismo, considerado como conspiración el hecho de entrar en relación con el enemigo para preparar, hacer posible o facilitar la comisión de cualquiera de las infracciones señaladas con anterioridad. En los casos de preparación o de conspiración durante el tiempo en que el país se encontrare bajo la amenaza de guerra, ocupación militar u otras hostilidades, la conducta será punible aunque no se rompan las hostilidades.

Al que se abstuviese de denunciar una traición, un atentado contra la seguridad exterior del Estado o una deserción al enemigo será también de aplicación lo dispuesto en el capítulo XXIII. Tales normas se aplicarán, incluso, cuando el que se abstuvo no sabía, pero debía comprenderlo, que alguna de las infracciones indicadas estaba en curso de realización.

Art. 13.- Cuando, durante la guerra, quien cometió la infracción tenía razones para creer que su comportamiento estaba autorizado por los usos bélicos, la pena podrá ser reducida. Si concurriesen circunstancias especialmente atenuatorias el infractor quedará exento de pena.

Art. 14.- Durante el estado de alerta o cuando el país se encuentre en guerra, se considerarán militares, además de los que tuviesen tal condición conforme al artículo 20 del capítulo 21 o normas que lo desarrollen, todas las personas afectas al servicio de las fuerzas armadas siempre que el Gobierno no decrete otra cosa. Cuando el país esté en guerra, las disposiciones relativas a los militares serán también aplicables a los miembros de la Policía que, sin estar afectos al servicio de las fuerzas armadas, debieran participar en la defensa del Reino, a la Guardia de seguridad, conforme a lo previsto en el artículo 10 del Acta reguladora, así como a los integrantes de protección civil, obligados por decreto gubernamental a efectuar trabajos en dependencias de las fuerzas armadas.

El que, de cualquier otra manera, cuando el pais estuviere en estado de alerta o en situación de guerra, se encontrare encuadrado en una unidad de las fuerzas armadas en campaña o en condiciones análogas, será también considerado como militar.

Las disposiciones dictadas para los militares serán de aplicación, en lo posible, a los prisioneros de guerra, beligerantes internados por guerra en la que el Reino permaneciere neutral, asi como a los extranjeros que figurasen entre los prisioneros de guerra o los beligerantes internados a fin de proporcionarles cuidados médicos o asistencia espiritual.

Art. 15.- Si, cuando el pais se encontrare en guerra, se llevase a cabo alguno de los actos descritos en el capítulo XXI o en el presente contra un Estado aliado, contra sus fuerzas armadas o contra cualquier persona que perteneciera a éstas, serán igualmente aplicables las disposiciones que regulan el mismo acto cometido contra el Reino, sus fuerzas armadas o sus militares.

Art. 16.- En la medida a que hubiere lugar y en consideración al peligro de guerra a que el pais se hallase expuesto o a otras circunstancias excepcionales provocadas por una guerra, el Gobierno podrá ordenar que las disposiciones contenidas en los capítulos XIX y XXI, asi como en el presente para el caso de que el pais se encontrare en guerra, sean igualmente aplicables, en lo posible, por lo que se refiere a infracciones cometidas en época distinta.

Cuando el pais estuviere total o parcialmente ocupado por una potencia extranjera sin que se produzca resistencia armada, las disposiciones contenidas en los capítulos indicados con anterioridad para el caso de que el pais se encontrare en estado de guerra serán igualmente aplicables, en lo posible, por lo que se refiere a las infracciones cometidas durante dicho período. A este respecto, las disposiciones referentes a la Defensa nacional serán de aplicación al movimiento de resistencia y las concernientes al enemigo a las fuerzas de ocupación.

Art. 17.- Es equiparable al enemigo, a los efectos de este capítulo, toda potencia extranjera con la que el pais no se hallare en guerra, si existe el peligro de que dicha guerra pueda producirse.

Art. 18.- Disposiciones especiales determinarán el comienzo y el final del estado de alerta.

Art. 19.- (*suprimido*).

LA INFLUENCIA DE LUIS JIMENEZ DE ASUA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL

SEBASTIAN URBINA

La Institución Libre de Enseñanza, que constituyó el medio de expresión y actuación de la burguesía liberal en el terreno de la enseñanza y de la cultura en general, prolongó sus beneficiosos efectos hasta las primeras décadas del siglo veinte.

Fué discípulo de esta Institución, el sociólogo y criminólogo Constancio Bernaldo de Quirós, quien apoyó decisivamente para que la Junta de Ampliación de Estudios, en 1913, eligiera a Jiménez de Asúa para otorgarle una pensión de estudio en el extranjero, concretamente en Francia, Alemania, Suiza y Suecia. Con tal motivo y terminada ya su tesis doctoral sobre "La sentencia indeterminada", pasa una breve estancia en París con el profesor Garcon, luego en Suiza donde trabaja con los profesores Gautier y Stoos, estudiando el proyecto de Código penal de la Confederación Helvética, que dará lugar a la publicación de un libro con el título "La unificación del Derecho penal en Suiza". También tiene ocasión de trabajar en Berlín en los seminario del profesor Franz von Lizst, terminando su viaje de estudios en Suecia en 1915, en la Universidad de Lund donde el profesor Thyren estaba elaborando el proyecto de Código penal sueco.

En este mismo año, y ya de vuelta a España, inicia su actividad docente en la cátedra de Derecho penal de Madrid, logrando dicha cátedra por oposición en 1918.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 15 (PALMA DE MALLORCA 1986).

El viaje de estudios que realiza Jiménez de Asúa le permite conocer no sólo a destacados profesores de Derecho penal sino también los sistemas utilizados en las diversas Universidades que visitó.

La enseñanza del Derecho penal que Jiménez de Asúa puso en práctica a su llegada a España no puede desconectarse de su visión o concepción de la Universidad. De ahí que para comprender sus concepciones pedagógicas, sea necesario exponer la función de la Universidad desde la óptica de Jiménez de Asúa. Las funciones fundamentales de la Universidad serían las siguientes: profesional, cultural, investigadora y formadora de los grupos directores.

En cuanto al aspecto profesional, sigue el criterio orteguiano de rechazar a los "técnicos bárbaros". Si bien la Universidad debe formar profesionales competentes, no pude hacer dejación de la responsabilidad de formar ciudadanos, y para Jiménez de Asúa un ciudadano universitario por lo menos, debe saber opinar de música, de pintura, literatura, arquitectura, política etc., añadiendo a su conocimientos específicos los conocimientos generales que le convertirán en verdadero profesional y ciudadano (visión global del conocimiento que recuerda los postulados educativos de Augusto Comte, como revolución espiritual previa a toda revolución política).

Junto a estas funciones profesional y cultural, la de carácter investigador, si bien se considera imprescindible, es objeto de una matización, en el sentido de que tal labor no debe ser realizada en el trabajo normal y cotidiano de las aulas universitarias sino en Institutos especiales, aunque estén situados en la propia Universidad. El motivo de tal diferenciación es que Jiménez de Asúa no considera que tan excepcional quehacer, como así lo denomina, pueda realizarse habitualmente por cualquier estudiante. Combatiendo lo que considera un error, el que todo estudiante que pase por un seminario tenga que hacer investigación, dice Jiménez de Asúa: "Hay que investigar en la Universidad. Pero con quienes tengan vocación de investigadores y conocimientos bastantes para la tarea. Cuando se encuentre un joven con vocación de sabio hay que guiarle, procurarle cuantos medios necesite y ponerle en camino de perfeccionarse en su altísima y noble faena. Pero no falsificarla y decir que está investigando un muchacho de primero o segundo curso de carrera, porque copie doce párrafos de tres libros escritos en castellano y alcance de todos...". (1).

(1) Luis Jiménez de Asúa, "El Criminalista", 2ª serie, Tomo III, Zavalía editor, Buenos Aires, 1960, pág. 178.

Prosigue Jiménez de Asúa con la última de las funciones de la Universidad, la formadora de grupos dirigentes, refiriéndose con ello no sólo a los gobernantes sino a los hombres de mayor cultura, que podrán señalar nuevos caminos y nuevas formas de vida. Dice en este sentido: "La Universidad es la máxima aristocracia; lo que requiere vocación intelectual de profesores y estudiantes; no puede venir cualquiera a la Universidad; mejor dicho, sí puede venir cualquiera, no importa su situación económica; lo que sí interesa es que tenga una vocación extraordinaria, decisiva, por la intelectualidad; eso es lo que son las Universidades. El hablar de una Universidad popular es una *contradictio in terminis;* al contrario, la Universidad es la máxima élite que un país debe tener para formar su élite, la élite que debe dirigirlo". (2)

Por eso no es partidario de la confusión entre los que llama seminarios científicos, a los que se dedicarian los alumnos con especial vocación y capacidad, y los seminarios profesionales, para aquellos alumnos que pretenden dedicarse al ejercicio de la profesión que hayan elegido.

El sistema del llamado seminario profesional se basaba en las clases prácticas y representaba uno de los pilares del método pedagógico de Jiménez de Asúa. Consistía fundamentalmente en los siguiente: el trabajo práctico que realizaba en la Cátedra de Derecho Penal de Madrid, por medio de los casos penales, se debatía entre sus ocho ayudantes, el profesor auxiliar y el propio Asúa, antes de ser presentado a los estudiantes. Diez días después se volvían a reunir en el domicilio de Jiménez de Asúa para que todos los profesores expusieran su punto de vista sobre el caso. Después de un largo debate se llegaba a un acuerdo (no menciona la posibilidad de desacuerdo) sobre la solución que debía darse y sobre los razonamientos que conducían a tal solución. Al día siguiente, los profesores se reunían con los alumnos y escuchaban la solución que éstos habían dado al caso. Los alumnos estaban divididos en diez secciones, es decir, tantas como profesores. Los alumnos tenían que presentar sus soluciones por escrito, leyéndose una de ellas para iniciar el debate. Posteriormente, el profesor de la correspondiente sección calificaba los trabajos, aclarándose también las posibles dudas. (3)

---

(2) L.J. de A, "El Criminalista", 2ª serie, tomo IV, Zavalía editor, B. Aires, 1960, pág. 144.

(3) L.J. de A, "El Criminalista", 1ª serie, tomo V, editorial La Ley, B. Aires, 1945, págs. 100 a 103.

¿Qué aporta Jiménez de Asúa desde 1916 en que ocupa la cátedra de Derecho penal?.

En primer lugar, la disminución de la importancia de la clase magistral dentro del contexto global de la labor docente. Y esta disminución de su importancia se realizó por medio de clases más sencillas y elementales, lo que se debía a su convicción de que la verdadera labor docente se materializaba a través de un contacto más íntimo con el alumnado y con una mayor atención al trabajo de dogmática jurídica, en directa colaboración con los alumnos. Así pues, la exposición doctrinal, a través de la clase magistral, que Jiménez de Asúa consideraba excesiva, tanto por la importancia que se le concedía como por el nivel demasiado elevado, fué atenuado por el seminario profesional con la finalidad primordial de formar profesionales competentes. Dice Jiménez de Asúa en este sentido: "La sociedad ha confiado a las Universidades la formación de sus médicos, abogados, etc., en garantía de que la estilográfica con que escriben la receta no sea una ametralladora, ni el escrito del letrado, una ganzúa contra el pobre litigante...". (4)

Por lo tanto, el primer aspecto docente comprende tanto la clase magistral, a la que no podía renunciar, según sus propias palabras, por el excesivo número de alumnos, y el seminario profesional consistente en las clases prácticas mencionadas.

Desde esta perspectiva, su gran preocupación era la superación de la dicotomía entre teoria y práctica, a fin de que los alumnos pudieran aplicar la doctrina que estudiaban a los supuestos de hecho que el profesorado presentaba, como remedio de la actividad profesional que en su día tendrían que realizar.

En segundo lugar, igual empeño puso Jiménez de Asúa en la desvalorización del tradicional examen, ya que no pudo eliminarlo del todo, igualmente, según decía, por el elevado número de alumnos. Sin embargo, la existencia de diez profesores en su cátedra de Derecho penal, incluido el mismo, permitian un seguimiento aceptable de los alumnos a través de los casos prácticos que se han mencionado, superando, por lo menos parcialmente, el carácter memorista del tradicional examen por el más reflexivo de los casos prácticos penales.

(4) L.J. de A, "El Criminalista", 2ª serie, tomo III, cit., págs.31 y 32.

Junto a este primer aspecto que podemos llamar profesional, está el otro aspecto, el investigador. Opina así Jiménez de Asúa: "... esta labor de ciencia y de investigación no puede hacerse en las aulas ordinarias de la Facultad de Derecho. La faena de cultura jurídica, que puede competir a los seminarios, se cumple mejor, cuando hay Institutos de Altos estudios... Junto a mí, en las aulas, en el seminario, en la Biblioteca, en mi propia casa y hasta en el paseo ya que sólo se forman discípulos en el íntimo contacto con el maestro-, se han iniciado primero, cuajado después y perfilado al fin, todos los profesores, sin una sola excepción, que desde 1923 han ido ocupando las cátedras universitarias de Derecho penal en España". (5)

Jiménez de Asúa establece una primera distinción entre el alumno, que estaría situado dentro de las coordenadas del seminario profesional, y el discípulo, que tiene un tratamiento distinto, tanto a nivel personal como a nivel científico. No es ocioso mencionar a algunos de los discípulos que realizaron trabajos de investigación dirigidos por Jiménez de Asúa: Joaquín Garrigues y Díaz Cañabate, José Antón Oneca, José Arturo Rodríguez Muñoz, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Isaias Sánchez Tejerina, Emilio González López y tantos otros.

Desde su seminario de Derecho penal y desde el Instituto de Estudios penales de Madrid, desgraciadamente de corta vida, llevaba a cabo una labor científica de alto nivel. El referido Instituto, que contaba con profesores de tanta nombradia como Constancio Bernaldo de Quirós, José Sanchís Banús, Mariano Ruiz Funes, José Antón Oneca y el propio Jiménez de Asúa, entre otros, representaba de alguna manera la continuación de la importante labor que a principios de siglo iniciara el ilustre criminólogo Rafael Salillas. Se impartían materias como Criminología, Psiquiatria, Psicopatología, Biología criminal, Pedagogía correccional, Métodos de identificación judicial, etc. Precisamente fue Jiménez de Asúa quien introdujo en su cátedra nociones criminológicas. No por casualidad perduró en su vida una utopía criminológica, es decir, la esperanza de que algún día el Derecho penal sería absorbido por la Criminología. No obstante, se dió perfecta cuenta de que, hasta la llegada de la sociedad sin contradicciones a la que aspiraba, la dogmática jurídica constituía el baluarte más eficaz frente a la prepotencia del Estado y como defensa de las grantías ciudadanas.

---

(5) L.J. de A, "El Criminalista", 1ª serie, tomo V, cit., págs. 90 y 92.

Si es cierto que la aportación de Jiménez de Asúa, como de cualquier otro investigador, debe entenderse y afrontarse desde la sociedad que le tocó vivir, no podremos desconocer que, junto al planteamiento parcialmente elitista de un militante socialista al que se le podrá reprochar, por ejemplo, no haber planteado el problema de la división entre trabajo manual y trabajo intelectual, está el hecho de que Jiménez de Asúa aportó una modernización en la enseñanza del Derecho penal, elevando el nivel científico, no solamente en cuanto a la formación de futuros profesionales que, no lo olvidemos, debían completar sus conocimientos profesionales para no convertirse en "técnicos bárbaros", sino también por medio de su labor profesoral en el Instituto de Estudios penales y su dirección de vocaciones científicas. La incorporación a España de las experiencias acumuladas en su viaje de estudios por las Universidades de Suiza, Alemania o Suecia, permitió que un hombre de su capacidad y vocación universitarias acortara el tremendo distanciamiento entre teoría y práctica y, prestigiando y elevando el nivel de la dogmática jurídica, consiguiera resultados docentes, y no sólo docentes, que no son usuales ni siquiera en la Universidad de nuestros días.

JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

35. **Protección jurisdicional de los derechos fundamentales de la persona.** Extrajeros. Derecho a la colegiación como odontólogo de un profesional argentino; estimación del recurso. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.* (*).

36. **Protección jurisdicional de los derechos fundamentales de la persona.** Extranjeros. Derecho a la colegiación como odontólogo de un profesional argentino; estimación del recurso. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

37. **Protección jurisdicional de los derechos fundamentales de la persona.** Expediente sancionador a Secretario de un Ayuntamiento; suspensión preventiva; no viola los principios constitucionales de presunción de inocencia y de derecho a la tutela judicial efectiva. Desestimación del recurso. *Sentencia de 12 de Junio de 1986.*

38. **Protección jurisdicional de los derechos fundamentales de la persona.** Expediente sancionador a Secretario de un Ayuntamiento; no viola ningún precpeto constitucional el hecho de que suspendido de funciones preventivamente se obligue a dicho funcionario a continuar residiendo en el término municipal. *Sentencia de 12 de Junio de 1986.*

39. **Urbanismo.** Suspensión por el Alcalde de los efectos de una licencia de obras otorgada por subrogación por la Comisión Provincial de Urbanismo; viabilidad de tal suspensión al apreciarse infracción urbanística grave. Procedimiento especial del art. 118 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *Sentencia de 17 de Junio de 1986.* (*).

40. **Urbanismo.** Suspensión por el Alcalde de los efectos de una licencia de obras otorgada por subrogación por la Comisión Provincial de Urbanismo; viabilidad de tal suspensión al apreciarse infracción urbanística grave. Procedimiento especial del art. 118 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *Sentencia de 24 de Junio de 1986.*

41. **Fondo de garantía salarial.** Negativa de este organismo a ejecutar lo que acordó en conciliación ante la Magistratura de Trabajo. Estimación del recurso. *Sentencia de 1 Julio de 1986.*

42. **Fondo de garantía salarial.** Abono a su cargo de parte de la indemnización en caso de despido improcedente. *Sentencia de 1 de Julio de 1986.*

43. **Regulación de empleo.** La intervención de la Jurisdicción contencioso-administrativa se limita a revisar los actos de la Administración quien a su vez se limita a constatar la existencia objetiva de una situación de crisis y el cumplimiento de las formalidades legales. No es competencia de la misma enjuiciar la conducta del empresario. *Sentencia de 1 de Julio de 1986.*

44. **Licencias.** Expediente para la apertura de nueva farmacia; el iniciarse uno a instancia de un farmacéutico interesado, no excluye que el Colegio Profesional pueda iniciar otro con el mismo objeto. *Sentencia de 1 de Julio de 1986.*

45. **Urbanismo.** Declaración de ruina, estudio de los distintos supuestos de la misma. Compatibilidad entre las competencias municipales en materia de ruina y las de la Comunidad Autónoma en la conservación del Patrimonio Histórico Artístico. *Sentencia de 1 de Julio de 1986.* (*)

46. **Fondo de garantía salarial.** Indemnizaciones sustitutivas en caso de insolvencia empresarial. Es aplicable la normativa en vigor al declararse tal insolvencia. *Sentencia de 4 de Julio de 1986.*

47. **Procedimiento administrativo.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que puedan ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres"; nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consideración. *Sentencia de 7 de Julio de 1986.* (*)

48. **Procedimiento administrativo.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que puedan ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres"; nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consideración. *Sentencia de 7 de Julio de 1986.*

49. **Procedimiento administrativo.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que puedan ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres"; nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consideración. *Sentencia de 7 de Julio de 1986.*

50. **Licencias.** Expediente para la apertura de nueva farmacia; interpretación jurisprudencial del concepto de núcleo de población de más de 2.000 habitantes. *Sentencia de 7 de Julio de 1986.*

51. **Urbanismo.** Declaración de ruina. Estudio del concepto de daño no reparable por medios técnicos normales y el de ruina económica. *Sentencia de 7 de Julio de 1986.*

52. **Extranjeros.** Permiso de trabajo por cuenta propia. Estimación del recurso dadas las características peculiares del trabajo. Discrecionalidad y arbitrariedad. *Sentenia de 11 de Julio de 1986.*

53. **Liquidaciones tributarias.** Nulidad de notificación de la misma, sin haberse notificado previamente el acta de constancia de hechos levantada por la inspección. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

54. **Liquidaciones tributarias.** Extravio de la documentación justificativa de un facturación por parte del sujeto pasivo. Aplicación del art. 114 de la Ley General Tributaria. Desestimación del recurso. *Sentencia de 11 de Julio 1986.*

55. **Vía de apremio.** Oposición a la misma; motivos tasados. Art. 137 de la Ley General Tributaria y 94.4 del Reglamento General de Recaudación. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

56. **Impuesto sobre el lujo.** Automóviles de alquiler; estudio de la normativa aplicable. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

57. **Impuesto municipal sobre la radicación.** Unidad de local aunque

parte del mismo no este abierto al público. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.* (*)

58. **Impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos, (Plus Valía).** Disolución de sociedades al amparo de la Ley 44/88; carácter transitorio de dicha norma. Desestimación del recurso. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

59. **Procedimiento administrativo.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que puedan ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres"; nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consieración. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

60. **Procedimiento administrativo.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que puedan ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres", nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consideración. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

61. **Urbanismo.** Area natural de especial interés. Es Trenc. Imposibilidad de control de una norma con rango de Ley de esta Comunidad Autónoma por parte de la Jurisdicción contencioso- administrativa. Inexistencia de los supuestos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.* (*)

62. **Procedimiento administrativo.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que puedan ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres", nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consideración. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

63. **Procedimiento administrativo.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que puedan ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres"; nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consideración. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

64. **Recurso contencioso electoral.** Impugnación de la proclamación de

Senadores por la Junta Electoral Provincial. Se deben examinar sólo las concretas alegaciones efectuadas, no consideraciones de carácter general. *Sentencia de 19 de Julio de 1986.*

65. **Impuesto municipal sobre la radicación.** Cajas de Ahorro. Oficinas en locales de Protección Oficial. Inaplicación de las bonificaciones establecidas para las Viviendas de Protección Oficial. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

66. **Vía de apremio.** Impuesto de Sucesiones. Oposición a la misma; motivos tasados. Art. 137 de la Ley General Tributaria y 95 del Reglamento General de Recaudación. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

67. **Impuesto de tráfico de empresas.** Exclusión de su ámbito de los bares sitos dentro de un establecimiento hotelero. Estimación del recurso. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

68. **Concesión de dominio público.** Cánon, modificación irregular del mismo. Estimación del recurso. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

69. **Concesión de dominio público.** Cánon, modificación irregular del mismo. Estimación del recurso. *Sentencias de 23 de Julio de 1986.*

70. **Concesión de dominio público.** Cánon, modificación irregular del mismo. Estimación del recurso. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

71. **Recurso contencioso-administrativo.** Inadmisibilidad del mismo por extemporáneo. El período vacional del mes de Agosto no puede excluirse del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

72. **Odontólogos.** Negativa del Colegio de Baleares a la colegiación de un profesional. Inadmisibilidad del recurso por no haberse agotado la vía administrativa. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

73. **Tasas municipales por licencia de obras.** Inclusión en la base imponible de la misma del coste de la ejecución material de la obra, y además el beneficio industrial y los honorarios de arquitecto y aparejador. *Sentencia de 23 de Julio 1986.* (*).

74. **Reclamación económico administrativa.** No reclamación por el Tribunal administrativo del exepdiente interesado por el recurrente. Nulidad de actuaciones. *Sentencia de 23 de Julio 1986.*

75. **Tasa sobre el juego.** Bingo, cartones no utilizados; derecho a la devolución del importe ingresado y canje de los mismos. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.* (*).

76. **Impuesto de tráfico de empresa.** Exclusión de su ámbito de los bares sitos dentro de un establecimiento hotelero. Estimación del recurso. *Sentencia de 23 de Julio 1986.*

77. **Derecho administrativo sancionador.** Petición de condonación de sanción fiscal. Estudio de los artículos 127 y 128 del Reglamento de Procedimiento Económico administrativo. *Sentencia de 23 de Julio 1986.*

78. **Licencias.** Apertura de farmacia. Interpretación de la normativa. Principio pro apertura. Estimación del recurso. *Sentencia de 23 de Julio 1986.* (*).

79. **Derecho administrativo sancionador.** Sanción a agencia de viajes; excursión sin guía turístico; procedencia de la sanción. *Sentencia de 23 de Julio 1986.* (*).

B) TEXTOS JURISPRUDENCIALES

35

35. **PROTECCION JURISDICIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.** Extranjeros. Derecho a la colegiación como odontólogo de un profesional argentino; estimación del recurso. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO. Conforme al artículo 13 de la Constitución Española, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, y el Decreto 1676/1.969 de 24 de Julio y Orden Ministerial de 25 de Agosto del mismo año regulan la convalidación de estudios extranjeros por los correspondientes españoles y la concesión de validez profesional en general, mientras por otro lado entre España y Argentina rige el Convenio Cultural firmado el 23 de Marzo de 1.971 ratificado el 27 de Febrero de 1.973, que establece el reconocimiento de títulos con criterio de reciprocidad, y como se ha otorgado por el Ministerio la convalidación concediendo al Título de Odontólogo argentino validez profesional para su ejercicio en España, el recurrente D.O.A.B. goza del mismo derecho que los españoles para el ejercicio de la profesión referida, y pueden ejercer el derecho de asociarse que dispone el artículo 22 de la Constitución, y por otra parte como el artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1.974 de 13 de Febrero dispone que quién ostente la titulación requerida y reuna las condiciones señalads estatutoriamente, tendrán derecho a ser admitidos en el colegio profesional que corresponda, y el párrafo segundo del mismo artículo dispone que es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer, el recurrente Sr. B. tiene derecho igual que los españoles a inscribirse en el Colegio de Odontólogos donde pretenda ejercer su profesión. Por ello, desde el momento que se le ha denegado su petición de colegiación por silencio administrativo, sin que conste por tanto la causa o motivo debidamente fundado, el recurrente es objeto de un trato desigual y discriminatorio sin que exista razón para ello, lo que constituye infracción del principio de igualdad que regula el artículo 14 de la Constitución. En el expediente administrativo remitido por el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de esta Región, no consta resolución ni acuerdo alguno, ni siquiera de puro trámite, ya que solo lo integra la documentación presentada por el recurrente.

SEGUNDO. Por lo expuesto procede, previo rechazo de la inadmisibilidad opuesta, dar lugar a la demanda, declarando el derecho del recurrente a ser admitido en el Colegio Oficial de odontólogos y Estomatólogos de la Región por reunir las condiciones para ello, anulando y dejando sin efecto el acto desentimatorio por vía del silencia administrativo por infracción del artículo 14 de la Constitución; debiéndose imponer las costas a la parte demandada por imperativo del articulo 10 de la Ley 62/1.978.

FALLAMOS: I) SE RECHAZA la cuasa de inadmisibilidad alegada por el Letrado del Estado y entrando a conocer del fondo de la cuestión.

II) SE ESTIMA el presente recurso contencioso-administrativo especial tramitado coinforme a la Ley 62/1.978 que fué interpuesto por el ciudadano argentino D. O.A.B. contra la desestimación por silencio administrativo de su petición de colegiación efectuado al Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la XIII Región, y en su consecuencia SE DECLARA el derecho del recurrente D. O.A.B. a ser admitido en el referido Colegio de Odontólogos, por reunir las condiciones para ello y SE ANULA y SE DEJA SIN EFECTO el acto impugnado por haber violado el derecho fundamental de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española; CONDENANDO a la demandada a estar y parar por dichas declaraciones. (Ponente: Julio A. LLovet Alabau)

39

39. **URBANISMO.** Suspensión por el Alcalde de los efectos de una licencia de obras otorgada por subrrogación por la Comisión Provincial de Urbanismo; viabilidad de tal suspensión al apreciarse infracción urbanística grave. Procedimiento especial del art. 118 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *Sentencia de 17 de Junio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO 1º. La adecuada resolución de los temas planteados en este proceso aconseja exponer previamente la siguiente sucesión cronológica de hechos que se desprenden de los expedientes administrativos aportados: a) el 17 de agosto de 1.983 D. D.M.R. presentó en el Ayuntamiento de Palma de Mallorca solicitud para que se le concediera licencia municipal a fin de proceder a la construcción de un edificio para locales y viviendas acogidos al régimen de Protección Oficial en solar sito en dentro de dicho término; 2) en sesión celebrada el 2 de septiembre dle mismo año el Ayuntamiento, sin haber resuleto sobre aquella petición, adoptó el acuerdo de aprobar inicialmente el proyecto de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma y de suspender el otorga-

miento de licencias de parcelación, demolición y edificación en determinadas zonas del Municipio hasta el transcurso del plazo fijado en el artículo 8º - 3 del R.D. -Ley 16/81, de 16 de octubre, o la aprobación definitiva del Proyecto; 3) dicho acuerdo fué publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Baleares el 6 de septiembre de 1.983; 4) el 12 de septiembre de 1.985 D. D.M., dado que había vencido el plazo de dos años establecido por el mencionado R.D. - Ley 16/81 como máximo para el mantenimiento de la suspensión, sin que interín se hubiera procedido a aprobar definitivamente el Proyecto de Revisión del Plan General, reiteró del Ayuntamiento de Palma de Mallorca que se le concediera la licencia de obras que había solicitado; 5) el 22 de octubre siguiente el Sr. M. se dirigió a la comisión Provincial de urbanismo en petición de que por haber transcurrido el plazo de dos meses reglamentariamente previsto, computado el periodo de suspensión, sin que el Ayuntamiento hubiera notificado ninguna resolución expresa relativamente a su solicitud, procediera aquel Organismo por vía de subrogación a conceder la licencia de obras interesada al amparo de lo prevenido en el artículo 9 nº 7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; 6) el Boletín Oficial de la Provincia de fecha 1 de noviembre de 1.985 publicó el acuerdo de aprobación definitiva de la Revisión del Plan General de ordenación urbana de Palma; 7) la Sección Insular de Mallorca de la Comisión Provincial de Urbanismo en sesión celebrada el 13 de diciembre de 1.985 tomó el acuerdo de entender otorgada la licencia por silencio administrativo a favor de D. D.M.R.; y 8) en fecha de 12 de febrero de 1.986 recayó Decrto del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Palma de Mallorca por el que, con fundamento normativo en los artículos 186-1º del texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el artículo 34- 1º del Reglamento de Disciplina del referido Ayuntamiento, se ordena la suspensión inmediata de los efectos de la licencia concedida al Sr. M. en virtud de subrogación de competencias por la Comisión Provincial de Urbanismo, por considerar que dicha licencia es constitutiva de infracción urbanística grave contemplada en los artículos 226-2º de la Ley del Suelo y 54-3 del Reglamento de Disciplina Urbanística, por cuanto que el terreno a edificar se halla afectado por la alineación de la Carretera Militar y está incluido en la Unidad de Actuación nº 26-1º de la Revisión del Plan General, por lo que, previamente a que la parcela pueda edificarse, los propietarios afectados deben ceder gratuitamente al Ayuntamiento los terrenos destinados a viales o espacios libres y, además, costear la urbanización.

2º Iniciado el proceso especial que se tramita conforme a la regulación prevenida en el artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa mediante traslado directo del referido Decreto municipal efectuado por la Alcaldía en cumplimiento de lo que dispone el nº 3 del artículo 186 de la Ley del Suelo las cuestiones que en él deben resolverse son: a) si pervive todavía la postestad que el nº 1 del artículo 186 de este último texto legal confiere al Alcalde para disponer la suspensión de los efectos de una licencia u orden de ejecución y consiguientemente la paralización inmediata de las obras iniciadas a su amparo cuando el contenido de dichos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave; b) si la mencionada potestad suspensiva corresponde al Alcalde exclusivamente respecto de licencias otorgadas por el órgano municipal competente o si también cuando han sido concedidas por órganos extraños mediante justificada subrogación en el ejercicio de la competencia municipal; c) normativa a que debe someterse el otorgamiento de la licencia, caso de ser distintas las vigentes en el momento de la solicitud y en el de la concesión; y d) si el contenido de la licencia atribuida a D. constituye infracción urbanística manifiestamente grave.

3º A la primera de las enunciadas cuestiones corresponde respuesta afirmativa, por cuanto que el Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de junio 1.983, 16-mayo, 17-octubre y 20-diciembre-1984, 3 y 28-octubre y 31-diciembre 1.985, se ha pronunciado en el sentido de que, dada la especialidad del artículo 186 de la Ley del Suelo, sobrevive al nuevo orde-

namiento instaurado por el artículo 8 de la Ley 40/81, de 20-octubre- y consiguientemente también a la Ley 7/1.985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que deroga en aquélla--, como se deduce de que el Real Decreto 3.1873/81, de 29 de diciembre que establece una tabla de preceptos vigentes y derogado como consecuencia de la publicación de la Ley 40/1.981, deroga los artículos 49.2 y 3, 50 y el artículo 224. 1 de la Ley del Suelo, pero no se refiere al artículo 186, el cual, en consecuencia, ha de reputarse vigente, y así lo expresa la sentencia dictada por esta Sala de fecha de 20 de octubre de 1.984.

4º. Esta misma sentencia, siguiendo el criterio recogido en las del Tribunal Supremmo de fecha 20 de octubre de 1.980, 15 de marzo de 1.983 y 13 de marzo de 1.984, también declara que, en aplicación conjunta de los artículos 186 y 220 de la repetida Ley de Suelo, las Alcaldías tienen facultad para suspender, por razones de manifiesta infracción urbanística grave, los efectos de las licencias que concedan las Comisiones Provinciales de Urbanismo; conclusión que la Sentencia de 15 de marzo de 1.983 aludida funda en que las licencias de construcción otorgadas por las Comisiones Provinciales de Urbanismo a través del cauce subrogatorio del artículo 9 del Reglamento de Servicios, tienen como única finalidad remediar el silencio de la Administración Municipal y ello hace que, cumplida dicha finalidad deban considerarse sometidas al mismo régimen de impugnación establecido para las licencias de procedencia municipal por tener idéntica naturaleza que éstas; en que el artículo 186 del texto Refundido y el 34 del Reglamento Disciplina Urbanística, regulan el ejercicio de la facultad de suspensión conferida al Alcalde en términos de generalidad sin condicionamiento alguno en razón al órgano administrativo de quién proceden las licencias y a que no cabe confundir el órgano que ejerce la competencia municipal de concesión de licencias de obras --normalmente distinto del Alcalde-- como aquél en que se residencia la referida facultad de suspensión y al cual no puede imponerse una restricción que no viene expresamente prevista en la Ley y que es contraria al beneficio jurídico que supone la potenciación de defensa de la legalidad urbanística.

5º La polémica existente en torno a cuál sea el momento determinante de la normativa y ordenación urbanística a aplicar, si el de la fecha en que se solicita la licencia, --tesis a que se acogió la Comisión Provincial de Urbanismo y que defienden en este proceso el Letrado del Estado en su preceptivo informe, el particular peticionario y la Comunidad Autónomma--, o aquél en que por la Administración se resuelve la petición --tesis que mantiene el Ayuntamiento--, ha quedado zanjado por el Tribunal Supremo en Sentencias tales como las de 1 de diciembre de 1.981, 3 de febrero, 30 de junio y 2 de noviembre de 1.982, 16 de junio, 12 y 19 de noviembre de 1.984, etc, en el sentido de que la concesión de licencias de obras debe acomodarse al planeamiento en vigor en el momento de la decisión, siempre que ésta se adopte oportunamente, es decir, dentro de los plazos fijados en el artículo 9º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, e, inversamente, de acuerdo con las normas urbanísticas válidas en el tiempo en que se solicitaron, si la resolución fué extermporánea; y ello porque, como sintetiza la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este territorio fecha a 25 de noviembre de 1.985, en el procedimiento administrativo la instancia del particular que lo abre es solo el primer eslabón de una cadena que no se cierra hasta que la Administración pronuncia la última palabra por lo que, en términos generales, aquélla no está vinculada sino al ordenamiento vigente en el momento de su decisión; sería, además, absurdo conceder una autorización para la realización de una construcción que, desde el mismo momento en que se otorga, nace frustrada por el vicio de hallarse fuera de ordenación, lo que equivale a dictar un acto infringiendo el ordenamiento jurídico aplicable en ese momento; y si, por otra parte, una licencia deberá ser revocada cuando desaparezcan las circunstancias que motivan su otorgamiento, o sobrevinieran otras que, de haber existido, habrían justificado la derogación --artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales--, el absurdo es igualmente manifiesto

si, a pesar de ello, la licencia se otorga para tener que revocarla inmediatamente después; y sin que por último, pueda esgrimirse la teoría del derecho adquirido del peticionario, ya que el derecho en su efectividad práctica no puede considerarse existente "a priori", porque constituye sólo un derecho en potencia, que solo se convierte en acto mediante las comprobaciones pertinentes y la remoción de las limitaciones existentes, lo que no tiene lugar hasta que la Administración se pronuncia sobre el particular. De todo lo cual se sigue con proyección a este caso concreto que, denunciada la mora ante la Comisión Provincial de Urbanismo el día 22 de octubre de 1.985 y habiendo sido publicada en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente al 1 de noviembre siguiente, la aprobación definitiva del Proyecto de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma de Mallorca, claro es, con arreglo a la doctrina antes expuesta, que la licencia pretendidamente ganada por el Sr. Monserrat merced al juego del silencio positivo en virtud del transcurso de un mes desde la denuncia de la mora sin habérsela notificado resolución expresa, y que el acuerdo adoptado por aquel Organismo el 13 de diciembre de 1.985 le reconoce, ha de regirse por el nuevo planeamiento y no por las normas que estaban vigentes al tiempo de deducirse la petición.

6º El ejercicio de la potestad suspensiva que contempla el nº 1 del artículo 136 de la Ley del Suelo, tien como presupuesto material el que el contenido de la licencia entrañe manifiesto incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas (artículo 226.2), teniendo declarado repetidamente el Tribunal Supremo (así en Sentencias de 20-septiembre, 30-octubre y 31-diciembre-1.985, entre las más recientes), que el carácter manifiesto de las infracciones alude a que sean patentes, claras, inequívocas, notorias, apreciables sin necesidad de consumir esfuerzos interpretativos o exegéticos, debiendo bastar el simple enfrentamiento del texto del acuerdo con la literalidad de las normas; características que sin duda son de apreciar en el caso de autos ya que en palabras de la Sentencia de 2 de mayo de 1.984 del Alto Tribunal, es de fácil percepción la hipoteca que representa para el futuro la autorización de una obra que venga a impedir, o a dificultar o entorpecer el desarrollo de un elemento del planteamiento urbanístico tan importante como es el sistema viario; por lo que el Decreto nº 1112 de la Alcaldía de Palma de Mallorca que acuerda la suspensión inmediata de los efectos de la licencia concedida por silencio positivo a D. es ajustado a Derecho, de suerte que procede declararlo así y, en consecuencia, anular la referida licencia de conformidad a lo dispuesto en el nº 5 del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO: En el procedimiento especial nº 54/86, seguido de acuerdo con los trámites establecidos en el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional se declara que el Decreto nº 1112 de la Alcaldía de Palma de Mallorca de 12 de febrero de 1.986 que suspende los efectos de la licencia concedida por la Sección Insular de Mallorca de la Comisión Provincial de Urbanismo el 13 de diciembre de 1.985 a D. para construir un edificio en terrenos de es conforme a Derecho y, por consiguiente, se anula dicha licencia, por constituir infracción urbanística manifiestamente grave; sin hacer especial imposición de las costas procesales. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

45

45. **URBANISMO.** Declaración de ruina, estudio de los distintos supuestos de la misma. Compatibilidad entre las competencias municipales en materia de ruina y las de la Comunidad Autónoma en la conservación del Patrimonio Histórico Artístico. *Sentencia de 1 de Julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I.- Se impugna en los presentes recursos contencioso-administrativos el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 31 de octubre de 1.984 que declaró en estado de ruina legal la edificación sita en la calle nº de esta ciudad por estar incursa en los supuestos previstos en los apartados a y b del número 2 del artículo 183 de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, y que ordenó a la propiedad a que procediera a la demolición de la citada edificación, previa la presentación y aprobación del proyecto técnico facultativo; y asimismo contra la desestimación por la mencionada Comisión Permanente por acuerdo de 27 de diciembre de 1.984 del recurso de reposición interpuesto contra el anterior acuerdo, alegando fundamentalmente la defensa letrada de J.P. y de A.Ll. que las reparaciones necesarias en el edificio son inferiores al 50% del valor del inmueble; y la representación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares le falta de competencia del Ayuntamiento para dictar dichos acuerdos al encontrarse endavado dicho edificio en el Casco Antiguo de la ciudad declarando conjunto histórico Artístico en la Comisión del Patrimonio Histórico Artístico de Mallorca, de acuerdo con el Decreto 11 de ese Gobierno Autónoma de 9 de febrero de 1.984, dicha atribución.

II. El Tribunal Supremo de la nación en sentencias como las de 22 de diciembre de 1.978, 30 de septiembre de 1.980, 8 de julio de 1.983, 5 de junio de 1.984 ha expresado con meridiana claridad la doctrina, seguida por esta Sala de Justicia entre otras sentencias en la de 20 de junio de 1.985, de que el artículo 183 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana que dispone en lo que nos afecta que "cuando alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso el (Reglamento, digo) Ayuntamiento de oficio o a instancia de cualquier interesado declarará y acordará la total o parcial demolición, previa audiencia del propietario y de los moradores, salvo inminente peligro que lo impidiese, procediendo declarar el estado ruinoso en el caso de daño no reparable técnicamente por los medios normales (2 a)) o cuando el coste de la reparación sea superior al 50% del valor actual del edificio o plantas afectadas, encierra en la caracterización del estado ruinoso de la edificación un concepto jurídico indeterminado susceptible de determinación por los Tribunales de justicia de lo contencioso en base a ponderar crítica e imparcialmente las circunstancias enumeradas en el párrafo 2 del artículo 184 de la ley del suelo; y basados los acuerdos de la Corporación en la existencia de los supuestos de estado ruinoso previsto en las letras a y b del número 2 del mencionado precepto de la ley del suelo cabe indicar que basta la apreciación de cualquiera de ellos para que se encuentre ajustada a derecho tal declaración, por lo que (los) enjuiciando por razones de economía procesal, dadas las alegaciones de la recurrentes, si el coste de las reparaciones exigidas para la consolidación del edificio sito en la calle Salas número 18, ascienden a más del 50 por ciento, del valor actual del edificio, procede señalar que habiendo acuerdo sobre dicha valoración en los diversos informes periciales realizados tanto por el Aparejador del Ayuntamiento, como por B.N., como

por los tres arquitectos en la prueba pericial practicada en el presente recurso, que la fijan en términos de una irrelevante fluctuación entre nueve y diez millones de pesetas, atendiendo a la vetustad y depreciación del edificio; existe también a juicio de este Tribunal la certidumbre, por la descripción física del edificio, del examen de los dictámenes periciales, que el coste de reparación es superior con creces al 50 por ciento del valor actual del edificio, pues tanto el exhaustivo informe del Aparejador Municipal al que hay que atender con valoración preferente por razones de objetividad según señala la doctrina del Tribunal Supremo que fija este coste de reparación en el expediente administrativo de 29.903.080 pesetas distinguiendo minuciosamente las obras necesarias para mantener la seguridad (24.183.080) de las necesarias para mantener la habitabilidad (5.720.000) que deben obviamente sumarse a las anteriores, como del informe practicado en autos que delimita el valor de restauración a 71.128.750 pesetas, atendiendo al deterioro progresivo que ha sufrido el edificio desde el anterior dictamen municipal, permiten rechazar el informe del Arquitecto B.N., de 14 de Noviembre de 1.983 que sólo se limita a observar que el coste de las reparaciones no alcanza el cincuenta por ciento de dicho valor (diez millones) por lo que procede estimar la existencia del supuesto previsto en el artículo 183. 2 b) de la vigentes ley del suelo, y consecuentemente declarar ajustada a derecho las resoluciones municipales impugnadas que declaran el edificio sito en la calle Salas nº 18 de Palma de Mallorca en estado de ruina legal.

III. La posible colisión de competencias entre el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y los órganos de la Comunidad Autónoma de Baleares, que devienen respectivamente de las facultades que les atribuye la legislación urbanística y la legislación del Patrimonio Artístico, en orden a la declaración del estado ruinoso de un edificio protegido, ha sido resuelta con referencia a la antigua Dirección General del Patrimonio Artístico, a quién sucede en el ámbito de esta Comunidad Autónoma las Comisiones del Patrimonio Histórico-Artístico de Baleares, por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 7 de mayo de 1.984 reiterando, recogiendo un cuerpo de doctrina, que: "a) la situación de posible ruina de un edificio es una cuestión de puro hecho --artículo 170 de la Ley del Suelo (R. 1956, 973, 867 y N. Dicc. 30144)-- pues un edificio puede encontrarse en ruina con independencia de consideraciones jurídicas o estéticas; pero ello no quiere decir que declarada la mina de un edificio histórico-artístico haya de ser seguida de su demolición, porque en tales supuestos consideraciones culturales pueden imponer la conservación a ultranza del inmueble, con las reparaciones, reconstrucciones o sustituciones que se estimen precisas por haber pasado ya a segundo plano la estricta relación dominical del propietario con el edificio en aras del interés público, quedando subordinada la propiedad privada a los superiores intereses de la comunidad en mantener su legado histórico-artístico, cuya conservación se proclama en la Ley de 13 de mayo 1.983 (R. 729 y N. Dicc. 23163), en su Reglamento de 16 de abril de 1.936 (R. 794 y N. Dicc. 23164), en el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (R. 1976, 1192 y N. Dicc. 30298 nota), en el Reglamento de Planeamiento y actualmente en el artículo 46 de la Constitución; b) subordinación que permanece aunque la declaración de ruina y la comunicación de demolición sea anterior a la iniciación del expediente de declaración de Monumento o Conjunto Histórico-Artístico, pues a partir de este inicio es inexcusable la autorización de la Dirección General del Patrimonio Artístico, exigible en cualquier evento en tanto no se haya producido la demolición del edificio; c) los supuestos de ruina son justamente límites a la obligación general de conservación de los edificios que impone a los propietarios la legislación urbanística, y, en su caso concreto, el artículo 24 de la Ley de 13 de mayo 1933, por la que se regula el Patrimonio Artístico Nacional y el 17 de su Reglamento de 16 de abril de 1.936, si bien la armonía de esos preceptos requiere que la obligación de oenservar impuesta por la legislación del Patrimonio Artístico se detenga allí donde se detiene la obligación de conservar en general, esto es, en el hecho de la declaración administrativa de encontrarse un edificio en estado de ruina, pues a partir de este

momento solo por intereses comunitarios debe prevalecer la subsistencia del inmueble, siendo por tanto la comunidad la que tiene que subvenir esta necesidad y puede, por ello, expropiar el bien inmueble, según el artículo 26, párrafo 5º de la Ley de 13 de mayo 1933 y 66 del Texto Refundido de la Ley del Suelo."; por lo que cabe concluir, por los mismos razonamientos expresados por el Alto Tribunal, que la declaración de ruina del edificio es competencia de la Administración local a tenor del artículo 183 de la Ley del suelo, aunque se requiera el posterior concurso de la Comisión de Patrimonio Histórico-Artístico para aprobar los proyectos de obran sean de demolición o de otra naturaleza, de los edificios protegidos de su jurisdicción, sin perjuicio de que cualquiera de las Administraciones públicas pudiera proceder a su costa a la reconstrucción y consolidación del edificio en cuanto por la declaración de ruina del edificio pone límites al deber de conservación por parte del propietario, e incluso a la expropiación, criterio que se mantiene en la vigente Ley 13/1.985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico español, que en su artículo 37 observa que la Administración Competente podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bién declarado de interés cultural siendo dicha afectación causa justificativa de interés social por la expropiación por la Administración, por lo que en definitiva, correspondiendo a la Administración local la declaración del estado ruinoso del edificio en cuestión, sin perjuicio de la competencia concurrente con la Administración local de la Comunidad Autónoma para aprobar su posterior demolición procede desestimar los presentes recursos al ser las resoluciones ajustadas a derecho.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ha decidido:

1º.- Desestimar los presentes recursos contencioso-administrativos. (Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

47

47. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.** Bares "barra americana". Orden de cierre por "actividades que pueden ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente a las buenas costumbres": nulidad de la misma por falta de audiencia al interesado, independientemente de cualquier otra consideración. *Sentencia de 7 de Julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Se impugna en el presente recurso el Decreto del Alcalde de P.C. titular del establecimiento denominado Bar el cierre del mismo en el

plazo de 24 horas como consecuencia "de realizar actividades que pueden ser inconvenientes o peligrosas para la juventud y atentar gravemente contra las buenas costumbres, así como carecer de la pertinente licencia municipal" y le apercibió para que en el caso de que incumpliera la orden de cierre fuera clausurado por la Policía Municipal; y el Decreto de la citada Autoridad de 14 de marzo de 1.985 que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el anterior Decreto, por entender la defensa letrada de la recurrente que dichos acuerdos son nulos al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, al haberse dictado por la autoridad manifiestamente incompetente, al no estar prohibido por la ley los bares con personal femenino, vulnerándose por esas resoluciones el derecho a la igualdad, la prohibición de la indefensión, la tutela efectiva de los tribunales y la libertad de empresa, derechos protegidos por la Constitución española, oponiéndose la representación de la Administración demandada a la estimación del recurso al entender que el procedimiento administrativo fue el adecuado al carecer el local de licencia municipal.

II. La Constitución española después de proclamar en su artículo 1 que España se constituye en un Estado de Derecho, ordena en su artículo 9 la sujección de los ciudadanos, todos los poderes públicos sin excepciones a la misma Constitución, al resto del ordenamiento jurídico, garantizado, en el párrafo 3 de este precepto, los principios de legalidad y de la seguridad jurídica, para declarar concretamente en su artículo 10 el poder de los Tribunales para controlar la legalidad de la actuación administrativa; y sentados estos principios procede señalar que el Derecho del Alcalde de Palma de Mallorca de 12 de noviembre de 1.984 se apoya en el expediente en el que únicamente consta un informe sin firmas de dos agentes innominados del cuerpo de policia municipal que sobre unas hojas sin precisar fechas, previamente redactada se expresa que la licencia municipal "no la exhibe y al parecer no la tiene", "que la actividad desarrollada en el local puede ser inconveniente o peligrosa para la juventud y que puede atentar gravemente contra las buenas costumbres" por prostitución, declarando cuatro vecinos, de los que no aparecen sus firmas, dos de los cuales se sienten molestados por dichas actividades, y otros dos no; y un informe del Jefe del Negociado de Sanidad y Medio Ambiente del Ayuntamiento en el que se proponen las medidas posteriormente adoptadas por el Presidente de la Corporación, de donde se evidencia que existen dos series de argumentaciones para decantar el cierre, unas atentatorias a las buenas costumbres y otras referidas a la ausencia de la preceptiva licencia municipal, las cuales se establecen con caracter presuntivo "puede", y no con caracter definitivo sin apoyarse en la mínima actividad probatoria, exigible a la naturaleza del procedimiento, pero es que además la indeterminación en la que se realiza ese atentado entre las buenas costumbres, valor que no tiene su reflejo preciso definido en la Constitución, y que entra en confrontación con el respeto a otra serie de derechos, como el de la libertad o el derecho a la intimidad de los ciudadanos, por mas que esta Sala pueda encontrar encomiable la protección de los derechos de los menores de edad, de la adolescencia, de la infancia, para poder dar cobertura al acto recurrido debería derivar en la práctica delictiva o ilegal de esas actividades que presuntamente se imputan al Bar Espléndido, que este Tribunal deduce del posterior expediente, que se trata de un bar denominado de "barra americana" la cual como ha observado el Tribunal Supremo no constituye en principio una actividad prohibida por las leyes; predica por tanto prima facie la ilegalidad de los Decretos recurridos en esta jurisdicción; y en lo que se refiere a la presumible falta de licencia, la Administración no ha establecido tampoco en la fase de instrucción del expediente de modo concreto la realidad de su existencia por lo que sin más razonamientos se podría deducir la nulidad de dichos acuerdos al no encontrarse suficientemente motivados en clara infracción del artículo 93 de la Ley procedimental administrativa ni haberse desarrollado la instrucción del expediente conforme a lo preceptuado en los artículos 81 y siguientes de la citada ley procedimental, pero es que además la medida de cierre del establecimiento del Bar E., que en sí encierra

una medida sancionatoria, se ha dictado sin la preceptiva audiencia al interesado, cuyo olvido, además de provocar la consiguiente indefensión del administrado, produce por la intensidad del vicio la nulidad de los Decretos impugnados en esta jurisdicción, por infracción de lo dispuesto en el artículo 91 de la ley de procedimiento administrativo, tal como se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo expresada entre otras sentencias en la de 29 de marzo de 1.984 que afirma que tras la Constitución "la observancia de Garantías como la del trámite de audiencia del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo es inexcusable"; recordando que dicho precepto ha sido plenamente reforzado en el artículo 105 c) de la Norma fundamental al decir que la ley regulará el procedimiento a través del cual debe producirse los actos administrativos, garantizando cuando proceda, la audiencia del interesado", y reiterada en las sentencias del Alto Tribunal de 27 de abril de 1.984 y 11 de mayo de 1.984, sin que la posterior audiencia de la recurrente en el trámite del recurso de reposición y ante esta jurisdicción puedan sanar las infracciones señaladas, al no poder este Tribunal declarar la subsanación o convalidación del actuar de la administración, dada la condición de nulidad de dichos actos por infracción del artículo 47 de la ley procedimental administrativa.

III. El Código Penal vigente en su artículo 573 tipifica como falta la apertura de establecimientos de cualquier clase sin licencia de la actividad, cuando fuese necesario, y es principio general del Derecho Administrativo el poder de las Administraciones locales para cerrar aquellos establecimientos que se abran sin la correspondiente licencia, lo que tiene reflejo en la ley de régimen local y en el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales al exigir licencia para la apertura de establecimientos industriales y mercantiles, pero el ejercicio de esta potestad administrativa no puede ejercerse con inmediatez salvo que, la licencia hubiere sido denegada formalmente y expresamente por el ayuntamiento con la observancia del procedimiento legal, aseveración que no tiene aplicación cuando en el caso de autos, existe una inconcreción de la actuación jurídica del Establecimiento, que da soporte a los actos impugnados que goza de permiso del Gobierno Civil, justificando la recurrente el pago de diversas tasas municipales, lo que impide a este Tribunal, de acuerdo con las sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1.984 pronunciase sobre la procedencia o no de otorgar la licencia municipal que subyace en el fondo del presente recurso al no contener los acuerdos municipales recurridos los elementos de juicio necesarios y por el principio de congruencia procesal, no alcanzando, por tanto, el valor de cosa juzgada a esa declaración, por lo que cabe señalar en definitiva que al decretarse el cierre del Establecimiento del Bar Esplendida, sin la observancia de las mínimas formalidades procedimentales exigidas por la ley procedimental administrativa procede de acuerdo con el artículo 48.2 de la citada Ley declarar la nulidad de los Derechos impugnados, estimando consecuentemente el recurso en atención a los anteriores razonamientos, lo que obvia a este Tribunal de la necesidad de entrar a conocer las otras infracciones alegadas por la recurrente.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala de los Contencioso-Administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ha decidido:

1º Estimar el presente recurso, declarando la nulidad de los Decretos del Alcalde del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 12 de Noviembre de 1.984 y 14 de marzo de 1.985 por no ser ajustados a derecho y no hacer expresa imposición de costas. (Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat).

57

57. **IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE LA RADICACION.** Unidad de local aunque parte del mismo no este abierto al público. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Como resulta de los Antecedentes expuesto se impugna en el presente recurso la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de 31 de julio de 1.984 que desestimó la reclamación formulada por la Sociedad Anónima R.B. contra la liquidación del Impuesto de Radicación correspondiente al año 1.983 girada por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, por la utilización de un local con fachada a las calles S. y M. de esta Ciudad por entender la defensa letrada de la sociedad recurrente que dicha resolución no es ajustada a derecho al haberse aplicado indebidamente el Real Decreto 3250/76 en lo que se refiere a determinar la base imponible del impuesto de radicación, al no aplicar las bonificaciones establecidas en el artículo 64 del mencionado decreto, oponiéndose la representación del Estado a la estimación del recurso.

II. El artículo 66 del Real Decreto 3250/1.976 de 30 de diciembre sobre impuestos de las Corporaciones locales, incluido dentro de la sección tercera del capítulo 21 dedicado al impuesto municipal sobre la radicación, establece en su párrafo 3 a) como regla para determinar la base imponible de este impuesto que "será liquidado por unidad de local o establecimiento", determinación del objeto del impuesto que cabe integrar de conformidad con lo señalado en el artículo 60 del referido Decreto que considera locales a las edificaciones, construcciones e instalacines, así como las superficies, cubiertas o sin cubrir, abiertas o no al público que se utilicen para cualesquiera actividades comerciales, observando el artículo 67. 4 Decreto examinado que cuando se trate de locales que tengan fachada a dos o más vías públicas, clasificadas en distinta categoría se aplicará la tarifa que corresponda a la vía de categoria superior siempre que en este exista acceso directo al recinto y de normal utilización, así en forma de chaflán, preceptos que en lo que nos afecta, han sido desarrollados por la orden de 31 de mayo de 1.977 que determina en su artículo cuarto que a los efectos del impuesto de radicación cabe entender que se produce la ruptura de la unidad del local tan solo cuando la separación de superficies se deba a la existencia de vías públicas o se trate de edificaciones distintas, y así dentro de estos supuestos, con criterio extremadamente restrictivo sostiene que no se entenderá rota la unidad del local cuando exista comunicación del examen del expediente administrativo y de la propia prueba pericial practicada en sede de este recurso que se concreta en la existencia de escaleras, un ascensor y un montacargas, que unen ambas edificaciones e incluso sin la utilización de medios eléctricos, procede considerar ajustada a derecho en este punto la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares.

III. El artículo 64 del Real Decreto 3250/1.976 enumera una serie de bonificaciones en la cuota exigible del impuesto sobre la radicación, recogidas en la Ordenanza del Impuesto del Ayuntamiento de Palma, entre las que se encuentra la de un 45% en los edificios destinados a almacén cerrado al público situados en lugar distinto al del establecimiento principal, lo que exige para gozar de la bonificación que se prueba no solo el destino especifico del edificio sino también que este se encuentre en lugar distinto del establecimiento princi-

pal, presupuesto que no concurre en el caso de autos que se trata de dos edificaciones contiguas unidas a los efectos de quedar sujetas a este impuesto, como ha quedado anteriormente razonado, por lo que procede desestimar la pretendida aplicación de la bonificación solicitada ante esta jurisdicción; e igual criterio cabe observar respecto de la inodservancia por la Administración liquidadora y por el Tribunal económico-administrativo de lo presunto en (el artículo 10 de) la Ordenanza fiscal sobre la radicación pues su artículo 10 que desarrolla lo establecido en el artículo 66. 2 del Real Decreto 3250/1.976, excluye para la determinación de la base imponible los espacios dedicados para finalidades sociales del personal de la empresa tales como salas de actos y conferencias, aparcamientos de vehículos, pero dichas exenciones cabe interpretarlas de acuerdo con el encabezamiento del precepto examinado "por razón de su destino meramente accesorio o finalidad social" del espacio que permite su exclusión, conceptos que no cabe predicar del espacio dedicado a almacén y ocasionalmente a garaje de los directivos y trabajadores de la empresa; y tampoco del altillo sito en la calle Massanet del que no se ha probado, de conformidad con el artículo 114 de la Ley General Tributaria su función accesoria o su dedicación permanente a finalidades sociales, por lo que procede en definitiva desestimar en todas sus pretensiones el presente recurso al estar ajustada a derecho la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de 31 de julio de 1.984 a que se concreta esta litis.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala Contencioso-Administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ha decidido:

1º Desestimar el presente recurso.

2º No hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

61

61. **URBANISMO.** Area natural de especial interés. Es Trenc. Imposibilidad de control de una norma con rango de Ley de esta Comunidad Autónoma por parte de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Inexistencia de los supuestos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. La Sociedad Anónima S.C. y la entidad mercantil anónima de nacionalidad sueca impugnan a través del presente recurso contencioso-

administrativo la ley 3/1.984 de 31 de mayo del Parlamento de las Islas Baleares de declaración de Es Trenc/Es Salobrar de Campos como area natural de especial interés, solicitando que esta Sala de Justicia plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra la ley 1/1.984 de 14 de mayo del Parlamento de las Islas Baleares de ordenación y protección de areas naturales de interés especial, y la referida Ley de protección de Es Trenc/Es Salobrar, suplicando asímismo que se anule el acuerdo del Conseljo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 30 de agosto de 1.984 que declaró inadmisible el recurso de reposición interpuesto por los hoy recurrentes contra la ley de declaración de Es Trenc/Es Salobrar como area natural de especial interés, y estimó abrir un expediente administrativo en contra a la reclamación de indemnización de 1.167.574.045 pesetas, solicitada de esa Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en su escrito de contestación a la demanda que se declare inadmisible el recurso por falta de jurisdicción o subsidiariamente que se desestime el mismo, y oponiéndose asímismo la Federación S. Balear del Partido a la admisibilidad o estimación de la demanda.

II. La Constitución española de 1.978 que configura a España como un Estado de Derecho, reserva a la jurisdicción del Tribunal Constitucional el enjuiciamiento de las leyes y de las disposiciones normativas con fuerza de ley, según proclama su artículo 161, correspondiendo a los Tribunales de Justicia, como poder sometido únicamente al imperio de la ley, conforme expresa el artículo 117 de la Norma Fundamental, el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa a tenor del artículo 106 de la Prima le, por lo que está vetado por mandato constitucional a los Tribunales de los Contencioso-Administrativo el conocer de la constitucionalidad de las leyes pudiendo conocer únicamente de la nulidad de las leyes preconstitucionales opuestas a la Constitución y en cuanto es el Tribunal Constitucional quien goza del monopolio exclusivo de ejercer esa potestad de control de constitucionalidad de las leyes; control de las leyes que se refiere no solo a aquellas emanadas de las Cortes Generales, sino en plano de igualdad de las leyes emanadas de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, criterio que no ofrece dudas a la luz de la fundamentación de la propia Constitución --dado el papel relevante con que se define a las Comunidades Autónomas dentro del sistema de poderes territoriales del Estado, que gozan de una personalidad política propia, dotadas de una Asamblea legislativa como recogen todos los Estatutos de Autonomía y productores por tanto de normas legislativas--, y de la previsión expresa que contiene el artículo 153 de la Constitución que establece que el control relativo a la constitucionalidad de las disposiciones normativas confuerza de ley de las Comunidades Autónomas se ejercerá por el Tribunal Constitucional, mientras que la jurisdicción contencioso-administrativa ejercerá el control de la administración autonómica y de sus normas reglamentarias; disposición que se reitera en el artículo 43 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, aprobado por ley orgánica de 25 de febrero de 1.983 cuando dispone que las leyes del Parlamento de la Comunidad Autónoma estarán excluidas del recurso contencioso-administrativo y únicamente sujetas al control de su constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional; por lo que siendo indubitado el caracter de ley de la declaración de "Es Trenc-Salobrar de Campos" como area natural de especial interés pues así fue aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares, sin que sea relevante a estos efectos el que haya sido aprobada por la Comisión Permanente legislativa de Ordenación Territorial previa Delegación legislativa Plena efectuada por el Pleno del Parlamento de acuerdo con su Reglamento, promulgada como tal en nombre del Rey por el Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y publicada en el Boletín Oficial de esa Comunidad el 22 de junio de 1.984 como ley 3/1.985 de 31 de marzo, procede rechazar el pretendido caracter de Disposición General con que la definen los recurrentes negando su valor de ley, y por consiguiente declarar inadmisible las referidas pretensiones de las actoras de que se declare la nulidad de la ley a tenor de los razonamientos expuestos y del artículo 1 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

de 27 de diciembre de 1.956 que permite únicamente en sede de este orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación, en lo que nos afecta, con las disposiciones de categoria inferior a la ley, y en relación con el artículo 82, a) de la referida Ley jurisdiccional al carecer este Tribunal de jurisdicción para su enjuiciamiento, lo que exime de entrar a conocer de las diversas infracciones constitucionales, legales y competenciales, formales y materiales alegadas por la defensa Letrada de las Sociedades demandantes.

III. Solicitan asimismo los recurrentes que se plantee por este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con las leyes del Parlamento de las Islas Baleares de ordenación y protección de areas naturales de interés especial y de declaración de "Es Trenc-Salobrar de Campos" como area natural de especial interés, pero el artículo 163 de la Constitución establece como meridiana claridad cuando un organo judicial está legitimado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley ante el Tribunal Constitucional, cuando la norma con rango de ley sea aplicable al caso, dependiendo el fallo de su validez y considere el Tribunal qué puede ser contraria a la Constitución; elementos que se precisan en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al afirmar "Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. El órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión", preceptos que han sido interpretados con una cierta flexibilidad por el Tribunal Constitucional según se observa en la sentencia de 21 de junio de 1.983 "con el objeto de ayudar a la depuración del ordenamiento jurídico de sus preceptos inconstitucionales extendiendo así el imperio de la Constitución como norma suprema gracias a una eficaz cooperación entre los organos judiciales y el Tribunal Constitucional", pero que en todo caso contienen la exigencia de requerir la presencia como requisitos indudables para el correcto planteamiento de la cuestión, como expone la sentencia del supremo intérprete de la Constitución de 22 de noviembre de 1.983, y se reitera entre otras en concisos términos la de 24 de febrero de 1.984, "1) que la ley, cuya constitucionalidad se cuestiona sea aplicable al caso que debe decidier el Juez o el Tribunal proponente de la cuestión; 2) que el fallo que haya de dictarse en el proceso "a quo" depende de la validez o falta de las normas cuestionadas o, lo que es lo mismo, que existe una directa relación entre validez o invalidez de la norma y fallo a dictar; 3) que al plantearse o proponerse la cuestión se ofrezca una fundamentación suficiente de la inconstitucionalidad y de la relación entre la norma cuestionada y el fallo..." por lo que al ser inadmisible por falta de jurisdicción el presente recurso es evidente que no concurren el segundo de los requisitos, pues de la validez o no de las leyes cuestionadas no depende el fallo, por lo que implicitamente tampoco las leyes impugnadas son aplicables directamente a la solución del caso, al rechazarse la demanda por un motivo regulado en la ley jurisdiccional, por lo que consecuentemente, al no poder fundamentar los posibles elementos esgrimidos por las demandantes de inconstitucionalidad de esas normas y contrastarlas con la doctrina del Tribunal Constitucional expone en su doctrina de 23 de noviembre y 21 de diciembre de 1.982, sobre las leyes 2/1.982 y 6/1.982 objetivamente coincidentes del Parlamento de Cataluña como Paraje de interés nacional del Macizo de Pedraforca que fueron declaradas parcialmente constitucionales la primera y plenamente constitucional la segunda, procede rechazar el planteamiento de las cuestiones de incosntitucionalidad pretendidas por las recurrentes, de conformidad con las defensas de la Comunidad Autónoma y de la Federación Balear del Partido S., al no concebirse la cuestión de inconstitucionalidad como una pretensión autónoma en sí

desligada de su planteamiento en proceso concreto pues otra solución sería un fraude en cuanto sería reconocer indirectamente legitimidad para interponer recurso de inconstitucionalidad si bien a través de la vía de las cuestiones inconstitucionales a otras personas u organos de los expresados en el artículo 162. 1 a) de la Constitución.

IV. Se impugna además a través del presente recurso contencioso administrativo la resolución del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 30 de agosto de 1.984 que declaró inadmisible el recurso de reposición interpuesto por los actores contra la Ley de declaración de Es Trenc-Salobrar de Campos como area natural de especial interés; y cabe recordar que es principio general del Derecho que contra las leyes no cabe entablar ningún recurso de naturaleza administrativa ni obviamente por tanto, un recurso de reposición como él interpuesto ante el Presidente de la Comunidad Autónoma, habiendo quedado razonado suficientemente como la Constitución permite el control de las leyes, diferenciado del control de las normas y actos administrativos, por lo que es plenamente ajustado a derecho la resolución impugnada, a tenor del artículo 113 y siguientes de la Ley procedimental administrativa, que declaró inadmisible el recurso de reposición incorrectamente planteado por razón del objeto sin que se pueda estimar vulneración del artículo 24 de la Constitución, porque la tutela judicial efectiva que proclama el referido precepto no equivale, como reiteradamente ha sostenido el Tribunal Constitucional, el obtener una Sentencia de los Tribunales favorable a los intereses de las partes, sino solo una respusta de los Tribunales de Derecho a las pretensiones de las partes, debiendo rechazar las demás infracciones legales aducidas por las recurrentes en cuanto que no guardan conexión con el suplico planteado, y asímismo la falta de legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma en cuanto que a este última pretensión se refiere esta perfectamente legitimada por la demandada a tenor del artículo 29. 1 a) de la Ley reguladora de esta jurisdicción, habiendo quedado relevado su examen respecto de las demás cuestiones al haberse declarado sobre las mismas la inadmisibilidad del recurso.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo de esta Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ha decidido:

1° Declarar inadmisible la pretendida nulidad de la Ley 3/1.984 de 31 de mayo del Parlamento de las Islas Baleares de declaración de Es Trenc-Salobrar de Campos" como area natural de especial interés".

2° Rechazar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucional solicitadas contra las leyes 1/1.984 de 14 de marzoy 3/1.984 de 31 de mayo del Parlamento de las Islas Baleares.

3° Desestimar el recurso interpuesto contra el acuerdo del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 30 de agosto de 1984 al ser ajustado a derecho.

4° No efectuar expresa imposición de las costas. (Ponente: José Manuel Bandrés Sanchez Cruzat).

73

73. **TASAS MUNICIPALES POR LICENCIA DE OBRAS.** Inclusión en la base imponible de la misma del coste de la ejecución material de la obra, y además el beneficio industrial y los honorarios de arquitecto y aparejador. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Como resulta de los antecedentes expuestos, se impugna en el presente recurso la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares de 25 de abril de 1.985 que desestima la reclamación efectuada por la representación de la Sociedad Anónima A. contra la liquidación practicada por el Ayuntamiento de Palma por el concepto de la tasa de licencia de obras, solicitando la recurrente se declare ambos actos desajustados a derecho; oponiéndose la representación del Estado a la estimación del recurso; y anotando el papel revisor que ostenta este Tribunal sobre las resoluciones de los Tribunales económico administrativo procede señalar que la cuestión que centra en exclusividad la discusión jurídica del caso concierne a determinar si la base del gravamen para la liquidación de la tasa de licencias para construcciones y obras cabe determinarla en 197.812.888 pesetas como estableció el Ayuntamiento en su liquidación partiendo de la suma del coste de la ejecución material (162.661.695 pesetas) del beneficio industrial (24.339.255 pts.) de los honorarios del arquitecto y aparejador (10.751.533 pesetas) y entendió el propio Tribunal Económico Administrativo en su resolución de 25 de abril de 1.985 en atención al certificado de 5 de noviembre de 1.984 expedido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares que fijó el presupuesto de ejecución material de la obra de reforma del Hotel en 162.661.695 pesetas; ó en 162.661.695 como pretende el recurrente al incluirse en esa cantidad todos los conceptos que conforman el coste real de la obra; y cabe considerar que según la Ordenanza fiscal aplicada por el Ayuntamiento la base del gravamen de la exacción examinada esta viene delimitada por el coste real y efectivo de la obra, siendo la liquidación inicial practicada con carácter provisional, según el artículo decimoprimero de la ordenanza, viniendo obligadas las personas interesadas a la obtensión de la licencia en hacer constar toda la información necesaria para la exacta aplicación de la exacción (artículo séptimo de la ordenanza) por lo que tanto la liquidación practicada como la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial que lo confirma son ajustadas a derecho porque el expediente administrativo para la exacción de la tasa se inició con la solicitud del permiso para verificar obras de reforma en el Hotel M., estimando el Arquitecto Municipal en su informe de 23 de febrero de 1.984 que 197.812.888 era el presupuesto real de la obra en atención a que el presupuesto presentado al Colegio de Arquitectos por el Arquitecto encargado de la obra para ser visado el 14 de septiembre de 1.983 ascendía a la cantidad de 162.661.695 de pesetas desglosado en 27 partidas en las que no se incluía ni el beneficio industrial ni los honorarios a devengar, siendo con posterioridad a la liquidación de la tasa cuando la sociedad recurrente presento un nuevo presupuesto por importe coincidente con el anterior de 162.661.695 pesetas pero rebajando todas las cantidades invertidas en obras para poder incluir el beneficio industrial y los honorarios del Arquitecto y Aparejador, por lo que cabe en definitiva, sin perjuicio de la liquidación definitiva desestimar el presente recurso, al no quedar desvirtuada la legalidad de los actos impugnados, ni poder atender al nuevo certificado expedido por el Arquitecto el 13 de marzo de 1.986 que teniendo en cuenta el coste del 75% de la obra ejecutada

fija en la misma cantidad el presupuesto de reforma del Hotel que el establecido en su informe posterior a la liquidación provisional practicada por el Ayuntamiento de Palma.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ha decidido:

1º Desestimar el presente recurso.

2º No hacer expresa imposición de las costas. (Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat)

75

75. **TASA SOBRE EL JUEGO.** Bingo, cartones no utilizados; derecho a la devolución del importe ingresado y canje de los mismos. *Sentencia de 23 de Julio 1986*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Como resulta de los antecedentes expuestos se impugna en el presente recurso la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares de 30 de julio de 1.985 que desestimó la reclamación formulada por la Sociedad C.P. contra la resolución del Delegado de Hacienda de Baleares de 5 de noviembre de 1.983 que denegó el canje de Cartones de bingo que obraba en poder de la recurrente el 31 de diciembre de 1.980 y la devolución de la Tasa sobr el juego; y anotyando el papel revisor que este Tribunal ostenta sobre las resoluciones de lso Tribunales económico-administrativos procede observar que la orden ministerial de 12 de diciembre de 1.980 estableció un plazo improrrogable para que con motivo del cambio del tipo fiscal de los cartones de bingo se procedería al canje de los cartones antiguos que finalizaba el 31 de marzo de 1.981, por lo que habiéndose dirigido la Sociedad recurrente al Servicio Nacional de Loterías y a la Delegación de Hacienda de Baleares con posterioridad a la fecha indicada, hay que estimar ajustadas a derecho en este punto la resolución del Tribunal Económico Administrativo impugnada, que estimó caducado su derecho a obtener el caje de los cartones.

II. El artículo 11 de la Ley de 26 de diciembre de 1.953 reguladora de Tasas y Exacciones para fiscales establece que procederá la devolución de las tasas y exacciones que sean exigibles por la prestación de un servicio o desarrollo de la actividad cuando tal servicio no se preste o aquella actividad no tenga lugar, o no se preste o desarrolle en la forma adecuada, añadiendo a esta precisió el artículo 5 del Decreto 3059/1.961 de 1 de diciembre que aprobó el Texto Refundido de Tasas Fiscales que procederá la devolución cuando la actividad no se desarrolla por causas no imputables al sujeto pasivo, matizando el contenido del artículo 217 de la ley de reforma del sistema Tributario de 11 de junio de 1.964 que hablaba de que procede la devolución cuando la actividad no se desarrolle en modo absoluto o adecuadamente; y hay que poner en relación estos preceptos con el Real Decreto ley 16/1977 de 25 de febrero sobre régimen penal administrativo y fiscal de los juegos de suerte, envite

y azar, y apuestas que en su artículo tercero define el hecho imponible de estos juegos como constitutivos de la autorización, celebración u organización de juegos de suerte, envite o azar, y establece que será base imponible de la tasa las cantidades que los jugadores dediquen a su participación de los juegos que tengan lugar en los distintos locales, instalaciones o recintos donde se celebren juegos de suerte, envite o azar, disposiciones que se desarrollan en el Decreto 682/1977 del 11 de marzo que prevé que en el caso del bingo la exacción se realiza mediante liquidación que anticipadamente practica la Delegación de Hacienda en el momento de la adquisición de los cartones tomando como base el número y valor facial de los mismos, de donde se deduce que la orden ministerial de 12 de diciembre de 1.980 el remitir a la normativa del juego del Bingo en el caso de que no sea posible el caje aunque solo prevee las causas del cese de la actividad o caducidad de la autorización para que proceda consecuentemente la devolución de los cartones no puede vulnerar lo dispuesto en los preceptos cuestionados previstos en normas de superior rango, pues lo cierto es las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Provincial impuganada se apoya en la orden Ministerial de 15 de noviembre de 1.981 que el Letrado del Estado no considera aplicable por razones de temporalidad, por lo que aplicada la normativa que regía en el momento de la adquisición de los cartones se observa que realmente no se produjo la actividad de juego que constituye el hecho imponible de la tasa por lo que la Administración está obligada a la devolución del importe facial fiscal al no ser directamente imputable a la recurrente sujeto pasivo de la tasa, el hecho de que los cartones no sean utilizados por los jugadores bien por cierre ocasional del local por motivos laborales, estacionales u otros, bien por la no participación de clientes en las cantidades estimadas por los organizadores del bingo, por lo que de conformidad con el referido artículo 5 del Decreto 3059/1.966 de 1 de diciembre procede anular en este punto la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares al no ser ajustada a derecho quedando obligada la Administración demandada a devolver a la recurrente el valor facial de los cartones aprobados y utilizados sin que proceda devolver el importe del cartón del bingo que se consiera, en asimilación a la normativa sobre sellos y letras, como una tasa derivada de la actividad de la Administración en organizar los servicios requeridos para la autorización de los juegos de esta naturaleza.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ha decidido:

1º Estimar en parte el presente recurso, debiendo anular la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Baleares de 30 de julio de 1.985 al no ser ajustada a derecho y declarar el derecho de la Sociedad recurrente a que le sea devuelta por la Administración demandada el importe de la tasa devengada en la parte correspondiente al valor facial de los cartones aportados.

2º No hacer expresa imposición de las costas.

(Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

78

78. **LICENCIAS.** Apertura de farmacia. Interpretacion de la normativa. Principio pro apertura. Estimación del recurso. *Sentencia de 23 de Julio 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Como resulta de los Antecedentes expuestos se impugna en el presente recurso, los acuerdos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Baleares de 11 de mayo de 1.983 y del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de 23 de septiembre de 1.983 que denegaron al recurrente la autorización para la apertura de una nueva oficina de farmacia en la parroquia de N.S.J del término municipal de S.E.R. en la Isla de Ibiza por condierar estas resoluciones que no existe un verdadero núcleo de población en ese espacio más que el que cuenta con 410 habitantes cifra inferior a los 2.000 habitantes exigidos por el artículo 3.1 b) del Real Decreto 909/1.978 de 14 de abril, solicitando la defensa letrada del recurrente la nulidad de los mencionados acuerdos, y oponiéndose la representación del Colegio demandadof a la estimación del recurso.

II. El Real Decreto 909/1.978 de 14 de abril sobre establecimiento, transmisión e integración de las oficinas de Farmacia, regula en su artículo 3 los criterios normativos que permiten a los Colegios oficiales de Farmacéuticos autorizar la apertura de nuevas farmacias, estableciendo en la letyra b del parráfo 1, frente al criterio general de exigir 4.000 habitantes por oficina de farmacia, la posibilidad de autorizar dicha apertura "cuando la que se pretende instalar vaya a atender a un núcleo de población de, al menos, dos mil habitantes, observando el parágrafo 2 del mencionado precepto que debe haber en este supuesto más de quinientos metros de distancia respecto de la farmacia más cercana, y esta disposición ha sido reiteradamente interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que a trvés de numerosas sentencias se ha ocupado de definir con precisión los elementos que integran la base fáctica de la autorización, el concepto de núcleo de población y el requisito de los dos mil habitantes, sin atender en lo que contradiga a lo dispuesto en el Real Decreto a los parámetros enunciados en la Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 21 de noviembre de 1.979 que desarrollaba el citado Real Decreto, que en lo que nos afecta, en su artículo 3 imponia una nueva serie de elementos que debían concurrir en el supuesto fáctico para poder autorizar una nueva farmacia; y se ha ocupado de enseñar que esta normativa debe ser enjuiciada desde el principio "pro apertura" de farmacias al coincidir la necesidad de satisfacer los intereses generales de un núcleo de población y sus habitantes con la libertad del ejercicio profesional de los farmacéuticos; y sus habitantes con la libertad del ejercicio profesional de los farmacéuticos; y descendiendo al examen concreto del caso, centra su enjuiciamiento en valorar si el núcleo donde se solicita la apertura el farmacéutico recurrente puede reunir dicha consideración y si los habitantes a que va a atender la nueva farmacia superan los 2.000 habitantes, despejada indubitadamente la separación que existe entre las farmacias colindantes, y la quie se pretende instalar, según certifica el Secretario del Ayuntamiento de S.E.R. separada de la farmacia de P.V. en 1.750 metros, 9'200 kilómetros del núcleo urbano de S. G. y de las enclavada en el núcleo urbano de S.E. unos 15 kilómetros, procede valorar si la parroquia de N.S.J. constituye un núcleo urbano concepto que debe entenderse según la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1.984 como comprensivo tanto "como un conjunto de edificaciones contiguas

unas a otras como dispersas, si no obstante forman parte de un mismo sector, participando de la necesidad de unos mismos servicios", doctrina que devalua prima facial los argumentos esgrimidos en las resoluciones impugnadas que después de reconocer la existencia de núcleo de población en la parroquia de N.S.J. expresan que no en el sentido del concepto "de la legislación vigente y la jurisprudencia del Tribunal Supremo" al ser el núcleo extensivo sino incluyendo terreno rústico y habitantes diseminados, y que permite deducir a esta Sala que dicha Parroquia constituye un núcleo de población homogéneo y diferenciado a los efectos de la normativa examinada aplicable a la apertura de oficinas de farmacia dada la extensión del núcleo y el número de viviendas existentes en la parroquia (1.277 según certifica el secretario en su informe aportado en sede de este recurso de 8 de mayo de 1.985) y se observa del examen de la documentación de planos obrante en el expediente, y ya solo procede enjuiciar si se da el segundo requisito discutido del número de habitantes y aunque una certificación del Secretario del Ayuntamiento de S.E. acredite que referente al Patrón municipal de habitantes de 31 de marzo de 1.982 la población censada en la Parroquia de N.S.J. en su extensión de 26 km^2 es de 1.738 habitantes, viviendo en el núcleo no disperso aproximadamente 410 habitantes (folios 19 y 20) no puede desconocer esta Sala la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta el artículo tercero uno b) del Real Decreto 909/1.978 de 14 de abril cuando exige que la oficina de farmacia que se pretenda instalar vaya a atender a un núcleo de población sitos en zona turística hay que acudir para realizar acertadamente el cómputo no solo a los habitantes censados sino a la población temporal, por lo que acreditado por el Secretario del Ayuntamiento de S.E. la cifra de 5.103 de habitantes si se ocuparan todas las viviendas existentes y por la policia municipal que evaluo en seis mil habitantes en periodo estival en la Parroquia de Jesús, procede al apreciar la existencia de los elementos a que se refiere el mencionaod precepto del Real Decreto de 14 de abril de 1.978 anular los Acuerdos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Baleares y del Consejo General al no ser ajustados a derecho, debiendo declarar el derecho del recurrente a que le sea concedida la autorización para abrir una nueva oficina de farmacia en el núcleo de población de la Parroquia de N.S.J. en el término municipal de S.E.R. de la Isla de Ibiza al haber iniciado el expediente de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.3. primero del Real Decreto 909/1.978 de 14 de abril.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca ha decidido:

1º Estimar el presente recurso contencioso-administrativo, debiendo anular los acuerdos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Baleares de 11 de mayo de 1.983 y del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de 23 de septiembre de 1.983 y declarar el derecho de la recurrente a que le sea concedida la autorización para abrir una neuva oficina de farmacia en el núcleo de Población Parroquia de N.S.J. en el término municipal de S.E.R. en la Isla de Ibiza.

2º No efectuar expresa atribución en materia de costas.

(Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

79

79. **DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.** Sanción a agencia de viajes; excursión sin guía turístico; procedencia de la sanción. *Sentencia de 23 de Julio 1986*

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Como resulta de los antecedentes expuestos, la Sociedad Anónima Viajes U.E. impugna en el presente recurso la resolución del Consejo de Gobierno de la comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 26 de octubre de 1.984 que desestimó el recurso de alzada interpuesto entre el acuerdo del Conseller de Turismo de 11 de julio de 1.984 que impuso a la Sociedad recurrente una sanción de 50.000 pesetas como consecuencia de la infracción del artículo 41. 3 de la Orden Ministerial de 9 de agosto de 1.974; y para el acertado enjuiciamiento del caso hay que señalar como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en su sentencia de 3 de octubre de 1.983 que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución los límites de a) legalidad, que determina la necesaria cobertura de la postestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadoras; c) el respeto a los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial, por lo que alcanzando la sanción impuesta por la Conselleria de Turismo de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares su cobertura legal en la Ley 48/1.963 de 8 de julio, centra el examen del recurso valorar si existe la falta sancionada, como pone de relieve la Agencia de Viajes recurrente al no producirse infracción del artículo 41, y de la Orden del Ministerio de Información y Turismo de 9 de agosto de 1.974 porque ni se realizaba una excursión recorriendo lugares de interés turistico, habiéndose negado diversos guias de turismo por motivos de reinvindicación laboral a prestar sus servicios en esa época y la escasez de guias en la Isla de ibiza; y cabe observar anotando la presunción de veracidad de las actas de infracción de los Inspectores e actividades turísticas conforme reitera la doctrina jurisprudencial, que no ha quedado desvirtuada el acta de infracción que dió base a la sanción recurrida por no haber realizado ninguna actividad probatoria en sede de este recurso de recurrnte, sin que se pueda estimar que una visita en autocar con la denominación Vuelta o Visita a la Isla que incluye la visita a Salinas, San José, San Antonio y Santa Eulalia, no presenta el interés turístico que necesite del correspondiente guia de turismo o la utilización de guias locales tal como prevé la normativa reguladora de las actividades Turísticas, sin que debido a la fecha en que se realizó la inspección 10 de abril de 1.984, en temporada turística media, se pueda apreciar como causas que eviten la comisión de la infracción la falta o dificultades de encontrar guias, por lo que concretados los hechos de una manera precisa que no han quedado desvirtuados por la recurrente, que se subsanen en la falta tipiticada en la orden ministerial referida, y valorada por esta Sala la proporcionalidad y la ponderación de la sanción impuesta, procede desestimar el recurso, y declarar ajustadas a derecho las resoluciones impugnadas en esta jurisdicción.

FALLO: En atención a todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Excma. Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, ha decidido:

1º Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo.

2º No hacer expresa imposición de costas.

(Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

C. INDICE ANALITICO.

Actas Inspección, 53
Actos administrativos discrecionales, 52
Apremio, vía de, 55, 66
Audiencia al interesado, 47, 48, 49, 59, 60, 62, 63

Bares "barra americana", 47, 48, 49, 59, 60, 62, 63.

Cajas de Ahorro, 65
Colegios profesionales, 44, 72, 78.
Comisión Provincial de Urbanismo, 39, 40
Concesión administrativa, 68, 69, 70.

Derecho a la presunción de inocencia, 37.
Derecho a la tutela judicial efectiva, 37
Despido improcedente, 42.

Elecciones, 64.
Extranjeros, 35, 36, 52.
Espacios naturales, 61.

Farmacias, apertura, 44, 50, 78.
Fondo de Garantía Salarial, 41, 42, 46.
Funcionarios públicos:
deber de residencia, 38.
suspensión de funciones 37, 38.

Juego de bingo, 75.
Jurisdicción Laboral, 41, 42.

Impuesto de Tráfico de Empresas, 67, 76.
Impuesto municipal de Plus Valía, 58
Impuesto municipal de Radicación, 57, 65.
Impuesto sobre el Lujo, 56.
Inspección de Hacienda, 53.

Leyes autonómicas, 61.
Licencias, 39, 40, 44, 50, 73.
Liquidaciones tributarias, 53, 54.

Odontólogos, 35, 36, 72.

Patrimonio histórico-artístico, 45.
Permiso de trabajo, 52.
Procedimiento económico-administrativo, 74.
Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, 35, 36, 37, 38.

Recurso contencioso-administrativo, 71, 72.
Recurso contencioso electoral, 64.
Regulación de empleo, 43.
Ruina, 45, 51.

Sanciones administrativas, 79.

Tasas, 73, 75.
Trenc, Es, 61.
Tribunal Económico-administrativo, 74.

Urbanismo:
Declaración de ruina, 45, 51.
Infracciones, 39, 40.
Licencias, 39, 40, 73.
Viviendas de Protección Oficial, 65.

II. SALA DE LO CIVIL (I)

A. INDICE CRONOLOGICO

118. **Excepción de falta de legitimación pasiva.** Contrato concluido por administradores de una sociedad anónima en fase de fundación: responsabilidad de los mismos frente al tercero con el que contrataron de la que sólo quedarían liberados si se inscribe la sociedad y el contrato es ratificado por la sociedad dentro del plazo de tres meses. Ratificación expresa o tácita. Consecuencias de la ratificación no seguida de la inscripción del ente: queda incorporado al círculo de los legitimados. No afecta a la legitimación de la sociedad su denominación diferente a la adoptada en fase de formación. *Sentencia de 5 de mayo de 1986.**

119. **Contrato de mediación o corretaje.** En contrato atípico de permuta con prestación subordinada de obras. La retribución debe exigirla el gestor exclusivamente del comitente u operante o de la persona que hizo el encargo; sin que sobre ello pueda prevalecer la disposición undécima del baremo de comisiones de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en los contratos de permuta. Costas de la segunda instancia: no se condena al apelante a pesar de confirmarse la sentencia recurrida por fundamentarse la sentencia en distintas consideraciones jurídicas que la sentencia apelada. Art. 710,2 in fine de la LEC. *Sentencia de 6 de mayo de 1986.**

120. **Separación matrimonial.** Petición de divorcio en vía reconvencional: conformidad de las partes y concurrencia de la causa de divorcio 4ª del art. 86 C.C. Alimentos: cuantía. Modificación por la Sala atendidas las circunstancias de hecho acreditadas en autos. Custodia del menor. *Sentencia de 6 de mayo de 1986.*

121. **Cuasi contrato de gestión de asuntos ajenos sin mandato.** Requisitos. Presunción "iuris tantum" de que las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa. Responsabilidad del dueño, semejante a la del mandante. *Sentencia de 6 de mayo de 1986.*

122. **Tercería de dominio.** Falta de acreditamiento de la titularidad del bien que se reivindica. Mala fe y condena a la actora de las costas de la primera instancia y del recurso de apelación. *Sentencia de 8 de mayo de 1986.*

123. **Propiedad horizontal.** Acción de impugnación de acuerdos al amparo de la norma 4ª de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de Julio de 1960. Plazo de caducidad de 30 días, comprensible tanto de los hábiles como de los inhábiles. Distinción entre acuerdos contrarios a la ley (art. 6,3 C.C.) y los demás contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal o a los Estatutos. Estimación del recurso de apelación interpuesto con condena en costas de la primera instancia. *Sentencia de 8 de mayo de 1986.*

124. **Acción declarativa de dominio.** Doble venta. Inexistencia de inscripción registral de las respectivas escrituras públicas, por lo que no se aplica el principio de la fe pública registral. Preferencia de titularidad conforme al art. 1473,3 C.C. Posesión material del actor, acreditada en autos, así como existencia de la buena fe exigida en el art. 1473,3 in fine, referida al momento de la compraventa. Estimación en la alzada de la falta de legitimación pasiva del Estado, por cuanto el Agente Recaudador de Tributos del Estado se limitó a tramitar el correspondiente expediente por débitos tributarios de la entidad vendedora al actor empleado. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 9 de mayo de 1986*.*

125. **Reclamación de cantidad.** Extinción de la obligación por rebaja del precio de la compraventa: falta de prueba. El hecho de otorgar escritura pública del bien vendido no determina la pretendida reducción del precio. *Sentencia de 9 de mayo de 1986.*

126. **Propiedad horizontal.** Nulidad del acta de la Junta General Ordinaria. Falta de acreditamiento de los hechos constitutivos de la pretensión actora. Presunción de certeza y exactitud del contenido de un acta estampada en el correspondiente libro, no desvirtuada por prueba en contrario. *Sentencia de 9 de mayo de 1986.*

127. **Separación matrimonial.** Infidelidad recíproca. Limitación temporal en el uso de la vivienda familiar a favor de la esposa, hasta tanto se proceda a la liquidación del inmueble. Pensión compensatoria: extinción de este derecho, entre otros motivos, por el hecho de vivir maritalmente con otra persona. *Sentencia de 10 de mayo de 1986.*

128. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato. Transpaso del local arrendado de modo distinto al previsto por la Ley: inexistencia; presunción "iuris tantum" de que el poseedor actual, que lo hubiere sido en la época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio. Cierre del local arrendado durante más de seis meses en el curso de un año. Concepto de "cierre", en estrecha relación con el concreto contenido contractual sobre el destino o actividad del local. Desestimación del recurso, sin imposición de costas de la alzada (art. 149 LAU) por no apreciarse temeridad en el apelante. *Sentencia de 10 de mayo de 1986.*

129. **Contrato de compraventa.** Resolución por incumplimiento. Entrega de cosa no apta para su destino. Desestimación de la pretensión por cuanto de la prueba practicada se desprende la ausencia de insatisfacción total por parte del comprador. Diferencias entre prestación diversa y vicios de la cosa entregada. *Sentencia de 14 de mayo de 1986.*

130. **Responsabilidad extracontractual.** Responsabilidad por culpa: limitaciones jurisprudenciales en el criterio subjetivista de la culpa. Inversión de la carga de la prueba, agotamiento de la diligencia exigible y responsabilidad por riesgo. Culpa "in vigilando": inexistencia. *Sentencia de 15 de mayo de 1986.*

131. **Competencia.** Cuestión de competencia por declinatoria. No es extemporánea la cuestión de competencia que se suscita pasados los seis primeros días del término concedido para contestar la demanda, plazo aplicable a las excepciones dilatorias en el juicio de mayor cuantía, pero no a las cuestiones de competencia por declinatoria. Irrelevancia, por cuestiones de economía procesal, del vicio que afecta a la resolución del Juez de Primera Instancia; circunstancia que motiva la facultad de la Sala de no hacer especial imposición de costas de la alzada. *Sentencia de 16 de mayo de 1986.*

132. **Medidas provisionales.** Incidente sobre modificación de medidas provisionales. Irregularidades procesales en la tramitación: irrele-

vancia, por el principio de economía procesal y por no haberse causado indefensión a las partes. Régimen de visitas: se señalan por el Juez en atención a las circunstancias que concurran en cada supuesto, en atención al interés del menor. El incumplimiento del cónyuge de facilitar las visitas al otro cónyuge no provoca que se le confíe la guada y custodia, sino, en su caso, la correspondiente sanción, civil o penal. Pensión alimenticia. Improsperabilidad de la petición sobre pensión compensatoria, por no ser medida provisional. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.*

133. **Medidas provisionales.** Incidente de régimen de visitas. Limitación o suspensión del derecho de visita del progenitor en caso de grave incumplimiento de los deberes respecto de los hijos (art. 94 C.C.): improsperabilidad por falta de prueba. Enfermedad gravemente contagiosa del progenitor y del abuelo del menor que provoca la suspensión de las visitas mientras exista peligro de contagio. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.*

134. **Juicio de desahucio.** Arrendamiento de industria, y no del local de negocio, a tenor de la prueba practicada. El no expresar la demanda la renta arrendaticia pactada carece de toda consistencia, ya que la acción actora es de desahucio de una industria por expiración del término pactado (art. 1565 C.C.). Desestimación del recurso con condena en costas a la parte apelante. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.*

135. **Tutela judicial del derecho al honor de las personas.** Deber de información de un periodista. Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión (art. 20 C.E.) y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 C.E.). Requisitos que han de concurrir para que se permita dañar el honor. Interés público y utilidad social; verdad histórica; lenguaje respetuoso. Doctrina jurisprudencial. Derecho de rectificación: su ejercicio no supone una obligación para el lesionado en su honor, sino una facultad. Incompetencia de jurisdicción en favor de la penal: desestimación de la excepción por extemporaneidad de su alegación y por interpretación de la correspondiente normativa (Exposición de Motivos de la L.O. de Protección del Derecho al Honor y art. 1,2 de la citada Ley). Nulidad de actuaciones (al amparo del art. 13,3 de la Ley de 26 de Diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona): improsperabilidad por cuanto no se dan los supuestos de aplicación del art. 238 de la L.O.P.J. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.* *

136. **Contrato de compraventa.** Adquisición por extranjeros de inmuebles en España. Normativa legal aplicable. Interpretación restrictiva en atención a la integridad del territorio nacional y a los fines de la defensa militar. Autorización del Ministerio de Defensa y necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad: requisitos de carácter constitutivo, cuya ausencia provoca la nulidad de pleno derecho. *Sentencia de 17 de mayo de 1986**.

137. **Separación matrimonial.** Sevicias del esposo e infidelidad y ejemplo corruptor de la esposa. Guarda y tenencia de los hijos: se concede en beneficio de los hijos. Uso de la vivienda familiar: al pasar la guardas y custodia al padre, a éste corresponde el uso de la vivienda. Pensión compensatoria: se extingue por vivir maritalmente con otra persona. Imposición de las costas del recurso a la actora apelante. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.*

138. **Contrato de préstamo mutuo con interés.** Falta de legitimación activa del actor, por no acreditar el carácter de sucesor: improcedencia a la vista de la prueba practicada. No puede impugnar válidamente la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del proceso se la ha reconocido. Documento acreditativo del acuerdo de voluntades de los contratantes. Estipulaciones a favor del tercero (el menor, actor, beneficiario de la prestación). Desestimación del recurso con condena en costas de la alzada. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.*

139. **Contrato de transporte marítimo.** Resarcimiento por daños en la mercancía transportada. Causa productora de los daños. Obligaciones de la Compañía porteadora: a falta en el conocimiento de embarque de la modalidad del servicio a realizarse, es preciso estar a lo que dispone el art. 625 C. Co. Improsperabilidad de la acción por falta del presupuesto necesario establecido en el art. 925,2 C. Co.: exteriorización de la voluntad de exigir la responsabilidad. Apreciación por el juzgador aun sin expresa alegación de parte. Doctrina jurisprudencial. Plazo para el ejercicio de la acción: es de caducidad. Contrato de seguro. Cobertura del daño, a tenor de la póliza suscrita. *Sentencia de 26 de mayo de 1986**.

140. **Arrendamientos urbanos.** Local de negocio. Resolución de contrato. Incumplimiento por el arrendamiento recurrente de la obligación de tener satisfechas las rentas vencidas y consignads (art. 148,2 LAU). Doctrina jurisprudencia. Indebida admisión del recurso por el Juez "a quo". Cierre del local por más de seis meses en el cur-

so de un año, sin justa causa. Naturaleza y clase del negocio instalado en el local arrendado. Declaración de improcedencia de la admisión del recurso, con condena en costas al apelante por apreciarse temeridad y meros propósitos dilatorios (art. 149,2 LAU). *Sentencia de 22 de mayo de 1986.*

141. **Contrato de compraventa.** Resolución por incumplimiento. Requisitos. Verdadero y propio incumplimiento: interpretación jurisprudencial. Falta de pago de la parte del precio aplazado: importancia cuantitativa y enorme quebranto causado en el equilibrio contractual. Voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento: la demuestra la misma inefectividad del precio, y el hecho de que parte apreciable de la cantidad cobrada lo fuera mediante actuación judicial. Valoración jurisprudencial de este requisito con pautas objetivas. Presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria, respecto de la venta de bienes inmuebles, de requerir judicial o notarialmente al comprador: valor de intimación al comprador para que se allane a la resolución de la obligación. Declaración de voluntad unilateral de carácter receptivo, que implica la necesidad de que sea conocida por el comprador o, al menos, la posibilidad legal de que lo sea. Necesidad de cumplimiento de sus obligaciones por parte de quien ejercita la acción resolutoria: no obsta a ello el incumplimiento de obligaciones accesorias o de escasa entidad. Devolución de las cosas, objeto de contrato, con sus frutos y del precio con sus intereses. Compensación, con parte del precio que los actores han de devolver por efecto de la resolución del contrato, de ciertas cantidades que satisficieron a terceros acreedores de los demandados: acción de reembolso dimanamente del art. 1158 C. C. Derecho de resarcimiento de daños, ex art. 1124, al contratante perjudicado por el incumplimiento: daño emergente y lucro cesante. Nulidad de las actuaciones procesales relacionadas con determinada Entidad por falta de personalidad jurídica para ser legitimada pasivamente: falta de incripción en el Registro Mercantil de la escritura constitutiva de la sociedad anónima: la falta de dicha inscripción no convierte a la sociedad anónima en figura societaria regular o irregular de otra clase, careciendo de capacidad para ser parte al no gozar por sí de personalidad jurídica. *Sentencia de 26 de mayo de 1986*.*

142. **Separación matrimonial.** Uso de la vivienda conyugal: en ausencia de hijos, o que éstos no se hallen bajo la patria potestad, el uso de la vivienda familiar corresponde al cónyuge no titular si su interés fuera el más necesitado de protección, sin que obste la alegación

del apelante de que la vivienda es propiedad de las hijas del primer matrimonio del marido, que la adquirieron por compraventa después de presentada la demanda de separación y una vez acordadas las medidas provisionales. Pensión compensatoria: desequilibrio económico del cónyuge por causa de separación. *Sentencia de 26 de mayo de 1986.*

143. **Divorcio.** La disolución de vínculo conyugal comporta la pérdida del derecho a exigir alimentos, toda vez que ya no existe el soporte de la relación de parentesco de que dimana tal derecho. Pensión compensatoria: absorbe y sustituye la pensión alimenticia, cuantificándose según el desequilibrio económico producido. *Sentencia de 31 de mayo de 1986.*

144. **Excepción de legitimación "ad causam".** Improcedente acogida de dicha excepción por el Juez "a quo", ya que se trataría en todo caso de una falta de litisconsorcio activo. Improsperabilidad de tal excepción, por cuanto cualquier copropietario puede ejercitar los derechos de la comunidad, aprovechando su gestión a los demás comuneros en lo que les sea favorable, sin perjudicarles en los adverso. Estimación del recurso en la cantidad que ha quedado acreditada en autos. *Sentencia de 28 de mayo de 1986.*

145. **Contrato de seguro marítimo.** Concepto. Interpretación de la póliza. Falta de prueba de la compañía aseguradora de hallarse en el supuesto establecido en la cláusula de exclusión: riesgo cubierto por la póliza. Apelación: ámbito. *Sentencia de 28 de mayo de 1986.*

146. **Arrendamientos urbanos.** Pretensión de resolución de contrato de arrendamiento: causa 11ª art. 104 en relación con el nº 3 art. 62, ambos de la LAU (cierre del local durante más de 6 meses en el curso de un año). Concepto de cierre (art. 62, nº 3 LAU): doctrina de la Sala. Diferencias entre contrato de arrendamiento de local de negocio (art. 1, nº 1 LAU) y los de depósitos o almacenes y escritorios u oficinas (apdos. 2 y 3 del nº 2 del art. 5 LAU, respectivamente): doctrina del T.S. Interpretación de los contratos (reglas de los arts. 1.281 a 1.289 C.C.): lo estipulado por las partes fue un puro arrendamiento de local de negocio. Resolución de la relación arrendaticia. *Sentencia de 30 de mayo de 1.986.*

147. **Sucesión testamentaria.** Regulada por un testamento ológrafo y otro, de rango complementario -codicilo-, suscrito posteriormente. Participación realizada por el mismo testador (art. 1.056 C.C.),

aunque sin comprender todos sus bienes inmuebles; no por ese hecho es nula (doctrina del T.S.). Los bienes inmuebles no distribuidos por el testador, y sólo ellos, han de ser objeto de participación hereditaria complementaria (art. 1.079 C.C.). Participación realizada por dos de los herederos (apelantes-demandados) sin intervención alguna de la otra heredera (actora-apelada): dicha partición es nula e ineficaz en cuanto a la adjudicación de los bienes inmuebles del causante que éste no atribuyó específicamente a ninguno de los tres herederos. Nulidad de las correspondientes inscripciones registrales. *Sentencia de 31 de mayo de 1.986.*

148. **Divorcio.** Pensión alimenticia: el derecho a exigir alimentos (art. 143,1 C.C.) tiene como presupuesto indispensable la preexistencia de un vínculo conyugal válido. Pensión compensatoria (arts. 97 a 101 C.C.): cumple también, cuando es menester y en primer término, la función asistencial característica de la prestación de alimentos, a la que absorbe y sustituye de existir con anterioridad, siendo ésta justamente una de las circunstancias que habrán de ponderarse para evaluar el importe de la pensión por desequilibrio (art. 97, nº 7). *Sentencia de 31 de mayo de 1.986.*

149. **Daños y perjuicios.** Seguro obligatorio. Atropello causado por máquina-excavadora, falleciendo la víctima. Ambito de cobertura de aquel Seguro. Normativa vigente (Ley y Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, arts. 1 y 2, respectivamente): daños causados "con motivo de la circulación del vehículo" (Código de Circulación, art. 5, apdo. a). Doctrina del T.S.: interpretación extensiva de los términos "lugar transitable" y "transitar". Confirmación de la sentencia apelada, que condenó a la entidad aseguradora demandada al pago de la indemnización. *Sentencia de 31 de mayo de 1.986.**

150. **Desahucio.** Contrato de arrendamiento de solar. Resolución por expiración del término contractual, declarada por el juez "a quo". Nulidad de actuaciones aducida, en primer término, por la demandada-apelante, que insta, subsidiariamente, la revocación de la resolución recurrida al ser objeto del contrato de arrendamiento un local de negocio (con prórroga legal forzosa), y no un solar (sujeto a la legislación civil común) como sostiene la sentencia impugnada acogiendo la tesis de la parte actora. Desestimación por la Sala de ambos pedimentos. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 4 de junio de 1.986.*

151. **Daños y perjuicios. Seguro voluntario de automóviles.** Excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil (art. 1.968,2 C.C.) alegada por la entidad aseguradora apelante-demandada: desestimación: la demanda de pobreza presentada por el actor-apelado interrumpió la prescripción (art. 1.973 C.C.), por cuanto en ella se designaba suficientemmente el objeto de la demanda principal (doctrina jurisprudencial). Seguro voluntario de automóviles: la indemnización reclamada por el actor no está cubierta por dicho seguro. Reducción por la Sala de la cantidad señalada por el juez "a quo" en concepto de indemnización, fijándola en la cifra máxima cubierta por el seguro obligatorio al tiempo de ocurrir el siniestro. *Sentencia de 4 de junio de 1.986.*

152. **Acción revocatoria o pauliana (arts. 1.111 y 1.291,3 C.C.).** Compraventa realizada en fraude de acreedores. La acción revocatoria, dado que se encamina aprivar de eficacia a contratos válidamente celebrados pero que, sin embargo, producen un perjuicio injustificado a un tercero, tiene carácter excepcional y subsidiario que determina que, lo mismo que las restantes acciones rescisorias, sólo pueda ejercitarse cuando el acreedor carece de todo otro recurso legal para obtener el cobro de su crédito: arts. 1.111, 1.291,3 y 1294 C.C. y doctrina del T.S. Carácter fraudulento del acto del deudor impugnado: dicho requisito, de índole subjetiva, puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio a los acreedores ("animus nocendi"), como por la simple conciencia en ese sentido ("scientia fraudis"): doctrina del T.S.. Rescisión del contrato. *Sentencia de 5 de junio de 1.986.**

153. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria (art. 97 C.C.): se configura, no como un auxilio para hacer frente a las necesidades indispensables, sino como una prestación conpensatoria de la disparidad que la disolución o separación del matrimonio pueda crear en las respectivas condiciones de vida de los esposos. Determinación por la Sala, a la vista de las circunstancias concurrentes (art. 97), del "quantum" de la referida pensión). *Sentencia de 5 de junio de 1.986.*

154. **Responsabilidad civil ex delicto.** Indemnización de daños y perjuicios (art. 1.902 C.C.). Daños personales sufridos a consecuencia de accidente de tráfico. Conocimiento de los hechos por la Jurisdicción penal, que declaró la inexistencia de responsabilidad criminal. Doctrina del T.S.: las sentencias penales absolutorias, fuera del su-

puesto prevenido en el art. 116, pár. 1º LECrim. (inexistencia del hecho del que la responsabilidad civil hubiese podido nacer), no vinculan a los Tribunales del orden jurisdiccional civil, quienes tienen facultades, no sólo para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual (arts. 1.903 y 1.902 C.C.), sino también para apreciar conjuntamente la prueba y sentar sus propias declaraciones a cerca de la realidad fáctica. Derecho a la presunción de inocencia (art. 24 C.E.): ámbito: doctrina del Tribunal Constitucional. Principio de inversión de la carga de la prueba en beneficio del damnificado accionante: doctrina del T.S.: queda excepcionalmente relevado de probar el supuesto de hecho constitutivo de su derecho al resarcimiento del daño quien aparezca víctima de un hecho de la circulación. *Sentencia de 6 de junio de 1.986.**

155. **Daños y perjuicios.** Art. 1902 C.C. Accidente de tráfico. Principio de responsabilidad por culpa, inspirador de nuestro sistema positivo. Doctrina del T.S.: moderación del criterio subjetivista de la culpabilidad. Culpa de la propia víctima, que no elimina la falta de cuidado también reprochable al conductor del vehículo: coculpabilidad, que ha de traducirse en una minorización importante de la cantidad a satisfacer en concepto de reparación (doctrina del T.S.). Seguro voluntario de responsabilidad civil: garantía máxima cubierta. Costas en primera instancia (art. 523 LEC.) *Sentencia de 9 de junio de 1.986.*

156. **Interpretación de los contratos.** Compraventa con pago de precio aplazado. Pacto de pago de intereses sobre los plazos anuales vencidos: interpretación de las correspondientes cláusulas contractuales. Reglas de interpretación: arts. 1.281 a 1.289 C.C. Principio de interpretación sistemática (art. 1.285): doctrina del T.S. Art. 1.289: tratándose de circunstancias accidentales y teniendo el contrato carácter oneroso, las dudas deben resolverse en favor de la mayor reciprocidad de intereses entre los contratantes. *Sentencia de 9 de junio de 1.986.*

157. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición a la ejecución. Motivos: a) "falta de legitimidad pasiva", en expresión de la dirección Letrada del demandado-apelante (cuyo encaje sistemático hubiera debido efectuarse a través del nº 4 del art. 1.467 LEC., y no de la excepción dilatoria 4ª del art. 533 LEC., como se hizo en principio); y b) falta de provisión de fondos. Desestimación de ambos motivos en pri-

mera instancia y que procede reiterar en segunda, con imposición de costas al apelante. *Sentencia de 10 de junio de 1.986.*

158. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria. Cuantía de la prestación: la fijada por el juez "a quo" se considera ponderada por la Sala: los 26 años transcurridos desde la celebración del matrimonio y el hecho de que en todo ese tiempo la actora-apelante no tuviera más ocupación que el cuidado del hogar y la familia, constituyen también circunstancias valorables para fijar la pensión (art. 97, núms. 4 y 6, C.C.). Uso de la vivienda conyugal, copropiedad de ambos litigantes: no es aplicable el pár. 3º del art. 96, que obliga a limitar prudencialmente el tiempo de disfrute de dicho domicilio cuando éste se concede no habiendo hijos y con carácter excepcional al cónyuge que no es su titular. *Sentencia de 10 de junio de 1.986.*

159. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Excepción de fuerza mayor extraña a la conducción (art. 1 Texto Refundido Ley 122/1.962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor) opuesta por la entidad aseguradora ejecutada. Caso fortuito y fuerza mayor: diferencias entre una y otra figura: doctrina científica y jurisprudencial al respecto. No puede apreciarse la excepción esgrimida por la entidad ejecutada por no darse en el supuesto de autos la inevitabilidad del accidente, basamento de la fuerza mayor. Confirmación de la sentencia de remate. *Sentencia de 12 de junio de 1.986.*

160. **Acción revocatoria o pauliana (arts. 1.111 y 1.291 a 1.299 C.C.).** Concurso voluntario de acreedores. Acción revocatoria ejercitada por la Sindicatura del concurso. Requisitos para la viabilidad de la acción revocatoria: naturaleza del crédito en que se funda la acción: doctrina científica y jurisprudencial. Actos o negocios susceptibles de rescisión por fraude: cualesquiera de contenido patrimonial de los que se derive la producción del perjuicio injusto en que la rescisión se fundamenta: doctrina científica, del T.S. y de la Sala. La acción revocatoria tiene carácter excepcional y subsidiario que determina que, lo mismo que las restantes acciones rescisorias, sólo pueda ejercitarse cuando el acreedor carece de todo otro recurso legal para obtener el cobro de su crédito: arts. 1.111, 1.291, 3 y 1.294 C.C. y doctrina del T.S. Requisito subjetivo del fraude: doctrina del T.S. Rescisión del contrato. *Sentencia de 13 de junio de 1.986.*

161. **Régimen económico-matrimonial: Liquidación.** Procedimiento a seguir y órgano competente: en ejecución de la sentencia de separación y ante el juez de familia. Normativa aplicable. Medidas provisionales: duración. Regulación legal. La conducta de la demandada-apelante la hace merecedora de la condena en costas de la primera instancia, que se le imponen también en segunda. Confirmación de la resolución apelada. *Sentencia de 13 de junio de 1.986.*

162. **Sociedad civil irregular.** Régimen: reglas concernientes a la comunidad de bienes. Determinación de la propiedad privativa o común de ciertos bienes inmuebles. Obligación de rendir cuentas de la gestión al frente de los negocios sociales o comunes. No deseando uno de los socios permanecer en la comunidad, tiene derecho a su división mediante la adjudicación de los elementos patrimoniales que la integran a los socios, conforme a las reglas de la división de la herencia. Revocación parcial de la resolución impugnada. *Sentencia de 19 de junio de 1.986.*

163. **Filiación.** Acción de reclamación de filiación no matrimonial (arts. 127 a 135 C.C.). Investigación de la paternidad. Sentido de la nueva normativa (arts. 39,2 C.E. y 127,1 y 135 C.C.): se da entrada, tratándose de filiación por naturaleza, al capital principio de que en el establecimiento de las relaciones jurídicas de filiación debe tener absoluta primacía, en caso de controversia, el respeto a la verdad biológica, con la importante consecuencia procesal de que, en la averiguación del hecho biológico gererante, son admisibles todo tipo de pruebas: doctrina de la Sala y del T.S. Práctica de las pruebas biológicas propuestas (expresamente admitidas por el C.C., art. 127): negativa del demandado a someterse a ellas. Doctrina de la Sala: la explícita recepción de estos procedimientos probatorios en nuestro Ordenamiento debiera conllevar también la de los poderes procesales precisos para su empleo. No obstante, ese silencio legal no impide atribuir a la negativa del demandado el valor probatorio de un manifestación procesal de que tuvo relaciones sexuales con la madre en condiciones que hacían posible la generación de los hijos y de que, además, tiene la personal certeza de ser el auténtico padre. Estimación del recurso interpuesto por al apelante-actora: resulta acreditado el vínculo paterno-filial. *Sentencia de 19 de junio de 1.986.**

164. **Tercería de mejor derecho.** Supone en definitiva un conflicto entre dos créditos. Doctrina jurisprudencial en torno al art. 1.924, apdo. 3-B C.C. ("los créditos que sin privilegio especial consten por sen-

tencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio"). Análisis de la existencia y legitimidad de los dos créditos que han entrado en colisión. Autocontratación: tratamiento legal, doctrina científica y jurisprudencial. Confirmación de la resolución apelada. *Sentencia de 20 de junio de 1.986.*

165. **Seguro voluntario de automóviles.** Interpretación de la póliza. Contrato de seguro de responsabilidad civil: concepto: es aquel por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado. Régimen legal de dicho contrato. Interpretación de la expresión "terceras personas" (art. 4 de la póliza suscrita). El lesionado tenía, cuando fue atropellado, la consideración de tercera persona a los efectos del seguro concertado por los litigantes. *Sentencia de 20 de junio de 1.986.*

166. **Responsabilidad decenal (art. 1.591 C.C.).** Falta de legitimación pasiva: opuesta por quien fue demandado (y condenado en primera instancia) como constructor, cuando no consta en autos elemento probatorio alguno que avale ese carácter de constructor que se le atribuye: estimación de la excepción en segunda instancia. Concepto jurisprudencial de "ruina" (art. 1.591 C.C.): en él que se incluyen, entre otros defectos, los desprendimientos de ladrillos de la fachada. Doctrina de la Sala y de T.S. en torno al art. 1.591 C.C. Determinación en segunda instancia de la responsabilidad del arquitecto y del aparejador. Deberes que competen a estos profesionales: normativa al respecto y doctrina de la Sala. Ninguna responsabilidad les atañe por los defectos de la obra (vicios de construcción). *Sentencia de 23 de junio de 1.986.*

167. **Divorcio.** Pensión compensatoria. Pretensión del apelante -actor de que se señale cantidad inferior a la fijada por el juez "a quo". No puede prosperar, dado que el divorcio ha estado precedido por otro pleito de separación matrimonial, cuya sentencia estableció en favor de la mujer una pensión mensual del mismo importe, de manera que la modificación que aquí se postula ineludiblemente hubiera requerido la alegación y prueba de haber acaecido alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge (art. 100 C.C.), circunstancia que, sin embargo, no es de apreciar. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 23 de junio de 1.986.*

168. **Separación matrimonial.** Demanda desestimada en primera instancia. Criterio de la Sala: en este género de procesos debe el juzgador rehuir de una actitud pasiva frente a las deficiencias que aprecie en la actividad procesal de las partes, no siempre imputables al justiciable, y en los casos en que no exista falta absoluta de elementos probatorios, pero sí insuficiencia de los aportados, hacer uso de las diligencias para mejor proveer, a lo que directamente incita el apdo. i) de la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/1.981, de 7 de julio. Procede dar lugar a la demanda de separación. Revocación de la sentencia recurrida. *Sentencia de 25 de junio de 1.986.*

169. **Contrato de compraventa: Resolución.** Contrato de compraventa de bien inmueble. Presupuestos para el triunfo de la acción resolutoria estatuida en el art. 1.504 C.C.: doctrina de la Sala y del T.S.: a) que el comprador no haya pagado el precio o parte de él en el plazo o plazos pactados y que se acredite de manera indubitada la voluntad del mismo deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido; b) que el comprador haya sido requerido judicialmente o por acta notarial; c) que el vendedor haya cumplido todas las obligaciones que le incumbían cuando ejercite la acción. Confirmación de la sentencia apelada, dándose lugar a la resolución del contrato. *Sentencia de 25 de junio de 1.986.*

170. **Competencia territorial.** Cuestión de competencia por declinatoria. Prioridad entre el juicio universal de quiebra y el expediente de suspensión de pagos a efectos de establecer la competencia territorial: doctrina del T.S. Domicilio social de la entidad quebrada. El domicilio del deudor no es por sí sólo elemento determinante del fuero, pues el art. 63, nº 9 LEC. requiere que en tal lugar se esté conociendo de alguna ejecución (doctrina del T.S.). Lugar de cumplimiento de las obligaciones (regla general del art. 62, nº 1 LEC. para el ejercicio de acciones personales). Confirmación de la resolución impugnada, que desestimó la cuestión incidental de competencia. *Sentencia de 27 de junio de 1.986.*

171. **Separación matrimonial.** Litis-expensas, impuestas en primera instancia al apelante-demandado. Evidente anormalidad que supone que el juez "a quo" resuelva en la sentencia definitiva que pone término a los autos principales sobre materia que debió decidir por los trámites de las medidas coetáneas (art. 103 nº 3 C.C. y D.A. 4ª Ley 30/1.981, de 7 de julio); y que, además, omita en la resolución toda referencia a los motivos por los que establece aquella condena y en esa cuantía (art. 372, 3 LEC.). Presupuestos para la imposición de

las litis-expensas: que el compelido al pago posea capacidad económica para sufragar los gastos que el litigio ocasione a su cónyuge: concurrencia. *Sentencia de 27 de junio de 1.986.*

172. **Juicio incidental: Régimen de visitas y pensión alimenticia.** Pensión alimenticia (arts. 92 y 93 C.C.). Determinación del quantum. Revisión anual de la cantidad señalada en tal concepto: pero no según el I.P.C. publicado por el I.N.E., sino en relación al incremento o disminución del sueldo y demás remuneraciones que perciba el alimentante: doctrina de la Sala y del T.S. Régimen de visitas (art. 94 C.C.): no concurren motivos graves que aconsejen limitar o suspender el ejercicio del derecho de visitas (art. 94 C.C.), no siendo suficiente a tales fines la preferencia de la hija de pasar las vacaciones con su madre, ni la circunstancia de que en ocasiones el padre tenga que viajar debido a su trabajo. *Sentencia de 27 de junio de 1.986.*

173. **Compraventa: Nulidad.** Laudo arbitral de equidad: pretensión de que se declare su nulidad (al no acogerse la recusación de dos de los tres árbitros que laudaron). No puede prosperar: contra este laudo no cabe otro recurso que el de nulidad ante la Sala 1ª del T.S. y por los motivos taxativamente señalados en la Ley (art. 30 Ley 22 de diciembre de 1.953). Excepción de falta de legitimación activa: desestimación. Apelación: configuración. Responsabilidad civil derivada de la penal (arts. 1.092 C.C. y 19, 101 y 102 C.P.), declarada por la Jurisdicción penal: vincula a los órganos de la Jurisdicción civil. *Sentencia de 27 de junio de 1.986.*

174. **Sucesión hereditaria.** Derechos legitimarios. Excepción de litispendencia: desestimación en segunda instancia. Los llamados juicios universales sucesorios son verdaderos procedimientos de jurisdicción voluntaria: doctrina procesal. Doctrina del T.S. en torno al art. 533, 5 LEC. Derechos legitimarios de la esposa sobre la herencia de su difunto marido, mediando sentencia de separación matrimonial dictada por causa de injurias graves mutuamente inferidas. Art. 45 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares: requisitos para que un cónyuge sea legitimario del otro. Revocación de la sentencia apelada. *Sentencia de 28 de junio de 1.968.*

175. **Divorcio.** Pensión alimenticia: determinación de la cuantía. Modificación del convenio regulador de la separación: no procede, al variar las circunstancias esenciales que lo motivaron por actos volun-

tarios del cónyuge que ahora reclama su modificación. *Sentencia de 30 de junio de 1986.*

176. **Separación matrimonial.** Infracción de los deberes conyugales. Abandono de los hijos de forma reiterada por el cónyuge que los tiene a su cuidado. Valoración probatoria. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 30 de junio de 1986.*

177. **Separación matrimonial.** Pago de la pensión alimenticia y de los atrasos. Irrenunciabilidad del derecho de alimentos (art. 161 C.C.) e irrenunciabilidad, salvo autorización judicial, de los derechos de los hijos (art. 166 C.C.). La pensión alimenticia está dirigida a los hijos, y la obligación legal de los padres no puede ser exonerada, por el motivo que fuere, por el cónyuge que tiene a su cuidado los hijos comunes. *Sentencia de 30 de junio de 1986.*

178. **Sociedad Civil.** Liquidación: determinación del estado de cuentas de la sociedad. Valoración de las pruebas aportadas a los autos. Aplicación de las reglas legales que rigen la partición de las herencias. *Sentencia de 2 de julio de 1986.*

179. **Separación matrimonial.** Causa: infracción de los deberes conyugales. Prueba de detectives: no tiene valor de testifical al no haber sido ratificada en autos por la persona que redactó el informe; no obstante, la apreciación conjunta de la prueba practicada demuestra la veracidad del hecho originador de la causa de separación matrimonial. Determinación de la pensión alimenticia. *Sentencia de 4 de julio de 1986.**

180. **Juicio ejecutivo.** Insistencia del letrado de la parte recurrente al acto de la vista oral. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 4 de julio de 1986.*

181. **Separación matrimonial.** Incongruencia: se solicita la separación por abandono injustificado del hogar, y se concede por difícil convivencia; se aprecia al infringir la sentencia del juez "a quo" el art. 359 LEC, modificando la causa de pedir esgrimida en la demanda. Determinación de la pensión compensatoria: no puede entrar a discutirla la Sala por cuanto el actor lo solicitó en el acto de la vista oral, sin que hubiese sido solicitado con la demanda, por lo que se incurriría en incongruencia, vulnerado el principio de preclusión procesal. Igualmente, se revoca la sentencia del juez "a quo" por cuanto otorgaba medidas complementarias no solicitadas por el ac-

tor en la demanda. *Sentencia de 7 de julio de 1986.**

182. **Separación matrimonial.** Causa: infracción de los deberes de asistencia, infidelidad conyugal y abandono injustificado del hogar (art. 82, 1ª y 2ª C.C.). Valoración de la prueba aportada en autos. Estimación parcial de la apelación. *Sentencia de 7 de julio de 1986.*

183. **Beneficio de justicia gratuita.** Ocultación de medios de vida. Denegación del beneficio al extralimitarse de los previstos en la ley (art. 17 LEC.) Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 7 de julio de 1986.*

184. **Ejecución de obras con suministro de material.** Dicho contrato debe encuadrarse en el art. 1598, 2 CC., entendiéndose aprobada la obra cuando sea satisfecho el precio, y no como entiende el apelante, al encuadrarlo en el art. 1598, 1 CC., aprobándose la obra a la entrega de la misma, ya que este supuesto sólo opera en aquellos contratos en que se pacta la obra a "satisfacción del propietario"; debe, en consecuencia, desestimarse la petición del apelante de rechazar la demanda por ser ésta interpuesta a los dos años y medio de la terminación de la obra. Vicios de construcción: valoración probatoria, con especial incidencia de los dictámenes periciales obrantes en autos. Compensación de obras omitidas por otras realizadas fuera de presupuesto: no debe apreciarse por cuanto ello supondría la modificación unilateral del contrato, vulnerando el principio "pacta sunt servanda", afirmando el Ordenamiento jurídico que la validez y eficacia de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes (art. 1256 CC.). *Sentencia de 9 de julio de 1986.*

185. **Ejecución de sentencia de separación matrimonial.** Modificación del convenio regulador de la separación. No ha lugar al no haberse producido negligencia o descuido en el cónyuge que tiene a su cuidado los hijos comunes. Valoración probatoria. *Sentencia de 9 de julio de 1986.*

186. **Juicio ejecutivo.** Accidente de tráfico. Auto dictado con base en el art. 10 de la Ley del Automóvil. Indennización de daños y perjuicios. El accidente de tráfico es causa directa del parto prematuro con resultado de muerte y subnormalidad de dos gemelas. Plus petición: existencia por cuanto el auto judicial se extralimita de la cuantía del seguro obligatorio que se determina para estos siniestros. *Sentencia de 9 de julio de 1986.*

187. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos: no se aprecia por cuanto el ejecutado no lo probó. Compensación: no debe admitirse al existir diversas cambiales cruzadas entre apelante y apelado, que obran en autos, todas ellas protestadas por falta de pago, aportadas por las partes en el incidente de oposición, siendo el saldo favorable a la entidad ejecutante. *Sentencia de 10 de julio de 1986.*

188. **Separación matrimonial.** Causa primera del art. 82 C.C. Valoración de la prueba aportada en autos. Determinación de la cuantía de la pensión alimenticia. *Sentencia de 12 de julio de 1986.*

189. **Tercería de dominio.** La venta de un inmueble, aunque no fuere satisfecho el precio total de la compraventa, no impide que la tercería de dominio tenga éxito. Alzamiento del embargo. *Sentencia de 14 de julio de 1986.*

190. **Acción negatoria de servidumbre.** Al no constar el Registro de la Propiedad gravamen alguno sobre dicha finca, se presume que la misma está libre mientras no se acredite su limitación, cuestión que no se ha probado en autos (doctrina del Tribunal Supremo). *Sentencia de 15 de julio de 1986.*

191. **Nulidad de procedimiento ejecutivo hipotecario.** No debe apreciarse al haber sido respetado de forma escrupulosa el procedimiento. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 16 de julio de 1986.*

192. **Impugnación de reconocimiento de paternidad.** Estimación de la acción, al haberse probado la falta de veracidad del reconocimiento hecho como medio para la obtención de situación similar respecto al menor a la adopción. Finalidad defraudatoria de la ley que debe tacharse de ilícita. *Sentencia de 18 de julio de 1986.**

193. **Juicio ejecutivo cambiario.** Nulidad del título. Errores materiales y de forma en la configuración de la cambial que no impiden una interpretación correcta de la misma. *Sentencia de 18 de julio de 1986.*

194. **Juicio ejecutivo.** Incomparecencia del letrado de la parte apelante al acto de la vista oral. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 21 de julio de 1986.*

195. **Derecho foral balear.** Ibiza: capítulos matrimoniales o "espolits".

Interpretación de cláusula de heredamiento contenida en los mismos. Donación hecha por la madre, que se impugna por estimar que vulnera tal heredamiento. Es donación universal equiparable al testamento aunque tal carácter no se mencione en la escritura de donación. Hechos de los que se infiere dicha naturaleza. Inadmisibilidad de la figura del heredero tácito. *Sentencia de 22 de julio de 1986.**

196. **Juicio ejecutivo cambiario.** Póliza mercantil. Plus petición: Consignado el principal e intereses en el juzgado, éstos ya no son productores de nuevos intereses, por cuanto la "mora accipiendi" producida ya no es consecuencia de la actitud del deudor. Condena en costas: los pagos posteriores a la interposición de la demanda ejecutiva que hubiese hecho el deudor no le pueden exonerar del pago de los gastos de un proceso originado únicamente por el incumplimiento de la obligación. *Sentencia de 22 de julio de 1986.*

197. **Sociedad civil.** Determinación de la cuota de participación de cada uno de los socios. Valoración de la prueba obrante en autos. Litisconsorcio pasivo necesario: inexistencia por cuanto si bien la litis está planteada entre dos copropietarios de la finca indivisible, el pronunciamiento que resuelva la litis no afecta en ningún caso a los demás comuneros. *Sentencia de 23 de julio de 1986.*

198. **Ejecución de obra.** Determinación del valor de la obra al no existir acuerdo entre ambas partes. Tramite de ejecución de sentencia para cifrar la cuantía de un pronunciamiento condenatorio: doctrina del T.S.: tanto por mandato del art. 360 LEC., como por razones de economía procesal en beneficio de todos los litigantes, se debe prescindir de dicho trámite (aún en el supuesto de que así venga postulado en la demanda) en casos en los que el juzgador aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo dicha cuantía dineraria. *Sentencia de 23 de julio de 1986.*

199. **Subrogación hipotecaria.** Obligación del que por este sistema deviene en obligado hipotecario de constituir la hipoteca mediante su inscripción. Hipoteca constituida en período de formación de sociedad anónima. Requisitos para que vincule a la misma: inscripción de la entidad en el plazo de tres meses y ratificación, expresa o tácita, del negocio jurídico. Validez del mismo, formalizado el 16-7-82, pese a haberse inscrito la entidad el 25-10-82. Legitimación pasiva: con la provisión de la demanda quedan fijadas las per-

sonas legitimadas "por efecto de la perpetuatio iurisdictionis". Simulación de los negocios jurídicos: no están legitimados para invocarla quienes los han aceptado y, además, supondría ello ir contra los propios actos. *Sentencia de 23 de julio de 1986*.*

200. **Reclamación de cantidad.** Daños producidos por obras realizadas sin tomar las más mínimas precauciones en la realización de los trabajos, afectando a las líneas telefónicas. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 24 de julio de 1986.*

201. **Arrendamientos urbanos.** Resolución de contrato: cesión inconsentida; la aportación del derecho arrendaticio a una sociedad de personalidad distinta a la del arrendatario constituye una cesión del derecho arrendaticio. Valoración de la prueba aportada en autos, con especial incidencia de la prueba de presunciones, dada la ocultación que ordinariamente se realiza de este tipo de actos, siempre que aquéllas partan de hechos de significado y relación causal directa (doctrina del Tribunal Supremo). *Sentencia de 26 de julio de 1986*.*

202. **Dominio.** Limitaciones, actos de emulación y "ius usus inocui". Hechos que afectan al derecho de propiedad: ilegitimidad de las inmisiones en él aunque suponen la sustitución de sistemas de evacuación de humos preexistentes por otros más modernos. *Sentencia de 28 de julio de 1986.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES.

118

118. **EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA.** Contrato concluido por administradores de una sociedad anónima en fase de fundación: responsabilidad de los mismos frente al tercero con el que contrataron de la que sólo quedarían liberados si se inscribe la sociedad y el contrato es ratificado por la sociedad dentro del plazo de tres meses. Ratificación expresa o tácita. Consecuencias de la ratificación no seguida de la inscripción del ente: queda incorporado al círculo de los legitimados. No afecta a la legitimación de la sociedad su denominación diferente a la adoptada en fase de formación. *Sentencia de 5 de mayo de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los de la sentencia apelada, exclusivamente en cuanto no resulten desvirtuados por la fundamentación siguiente:

PRIMERO: El adecuado tratamiento del problema atinente a si los demandados están o no legitimados pasivamente para soportar la pretensión de condena que deduce la actora -primera de las cuestiones que han sido debatidas en la alzada-, exige tomar en consideración los siguientes extremos fácticos que aparecen debidamente justificados en la litis: 1) el 7 de diciembre de 1982 los demandados Sres. A., A.C. y A.G., otorgaron escritura pública de constitución de una sociedad anónima, a la que llamaron "Marengo S.A." y que tenía por objeto la explotación de toda clase de negocios relacionados con hostelería, espectáculos e industrias auxiliares; el capital social fué de 600.000 pesetas y estaba representado por 600 acciones nominativas que los socios distribuyeron entre sí por partes iguales a razón de 200 acciones cada uno; además, y dando al acto de otorgamiento carácter de Junta Universal de Accionistas, los tres socios se nombraron recíprocamente administradores solidarios de la sociedad (folios 50 a 63); 2) con posterioridad, el 23 de diciembre de 1982 y actuando en nombre de "Marengo S.A.", se contrató con la entidad actora, denominada "Sonelsa", la instalación de un equipo de sonido en una discoteca que los socios tenían propósito de explotar en esta ciudad de Palma de Mallorca, con arreglo a un presupuesto que ascendía a 1.279.100 pesetas y en el que se detalló la clase, marca, módelo y número de aparatos que habrían de integrar el equipo de música (folios 14 a 16); 3) al día si-

guiente Sonelsa recibió 500.000 pesetas a cuenta del precio, conviniéndose especialmente que "el mencionado importe será devuelto a Marengo S.A. en el supuesto de que a la mencionada entidad no llegara a satisfacerle la sonorización de su local, en cuyo caso deberán abonar a Sonelsa los gastos que con ello pudieran ocasionar" (folios 13); 4) la actora procedió en efecto a montar el equipo contratado, si bien se sustituyeron los phono-captores y el filtro eléctrico en principio acordados por otros aparatos de marca diferente y se completó el equipo, añadiéndole dos gabinetes de graves y una pletina, de modo que para las fiestas de Navidad la discoteca ya puedo abrir al público; 5) dado que Sonelsa no cobraba la parte de precio restante que quedaba por abonar de la factura fifnal que presentó y cuyo importe era de 1.402.600 pesetas, el 16 de mayo de 1983 levantó acta notarial acreditativa de que en esa fecha los aparatos musicales estaban colocados en la discoteca y de que se encontraban en funcionamiento (folios 13 al 15); 6) el siguiente 18 de marzo un tal Sr. V., que manifestó ser mandatario de Marengo S.a., partició notarialmente a la entidad demandante que el equipo era toalmente insatisfeactorio e incorrecto y la requirió para que, previa devolución de las 500.000 pesetas adelantadas, procediera a retirar de inmediato el equipo de música, reservándose el derecho a retirarlo por cuenta y encargo de Sonelsa en caso de que ésta no se aviniera a hacerlo (folios 11 y 12); 7) el 22 de abril de 1983 Sonelsa demandó de conciliación a Marengo S.A. y los tres socios para que pagaran las 902.600 pesetas pendientes de satisfacer, sin que el acto pudiera llevarse a efecto por incomparecencia de los demandados (folio 10); 8) comoquiera que, entre tanto, *la escritura constitutiva de Marengo S.A. no había podido tener acceso al Registro Mercantil por existir ya otra sociedad con la misma denominación*, el 8 de febrero de 1984 se protocolizó acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas cambiando el nombre primitivo por el de "Marengo Baleares S.A." (folios 47 a 49), lo que permitió que la sociedad fuera inscrita en el mencionado Registro con fecha de *13 de febrero de 1984* (folios 73 a 77); 9) la demanda instauradora de la presente litis por medio de la que se reclama de Marengo S.A. y de los tres accionistas al pago solidario de la suma debida, fué presentada por Sonelsa en el Juzgado de Primera Instancia el *9 de marzo de 1984* (folio 9); y 10) el 11 de junio de 1984 Marengo Baleares S.A., que había comparecido en autos el 11 de abril anterior en méritos del emplazamiento efectuado el 9 de abril precedente al legal representante de Marengo S.A. (folio 31), formuló escrituo de contestación a la demanda y dedujo en vía reconvencional, la pretensión de que se decretara la resolución del vínculo contractual concertado con la autora, con condena de ésta a devolver las 500.000 pesetas que tenía percibidas comprometiéndose, por su parte, a restituir los materiales que habian sido instalados en la discoteca.

SEGUNDO: Partiendo de estos hechos, lo primero que debe advertirse es que Marengo Baleares S.A., como sociedad mercantil que adquirió personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios mediante la inscripción operada en el Registro el 13 de febrero de 1984, de conformidad a lo que establecen el artículo 116 párrafo 2º del Código de Comercio y el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, no es sujeto de derecho diferenciable del ente que hubiera llegado a surgir a la vida jurídica en caso de haberse inscrito en sus mismos términos rpimitivos la escritura pública otorgada el 7 de diciembre de 1982, pues, si el cambio de nombre no afecta a la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad anónima preexistente, dado que no es supuesto que entrañe la transformación, fusión o extinción de la sociedad, y sí una mera modificación de los estatutos, como se desprende del artículo 86 de la Ley antes citada e indica, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1968, no es apreciable ninguna razón para mantener solución diversa cuando la alteración o sustitución del signo identificativo, que tiene un valor meramente accidental, se produce respecto de una sociedad un proceso de formación, permaneciendo invariables y subsistentes todos sus elementos sutanciales originarios, tanto materiales, -socios componeentes, capital social, patrimonio, objeto-, como formales -escritura pública de constitución, reglas estatutarias-, de donde se sigue que, del mismo modo que

el error en el nombre alguno de los litigantes es intranscendente si no impide su correcta identificación, la verdadera entidad contra la que se dirige la demanda es la persona jurídica que hoy recibe el nombre de Marengo Baleares S.A. -y en esta inteligencia debe interpretarse el pronunciamiento condenatorio pertinente y de la sentencia apelada-, lo que acarrea el perecimiento de cuantos artificiosos razonamientos y excepciones han desarrollado las partes sobre la base de la discrepancia de denominación. Por otro lado, asimismo es de notar que los gestores que hayan concluido contratos en nombre de la sociedad no inscrita, sólo quedan liberados de la responsabilidad solidaria frente a quienes contrataron que establece el artículo 7º párrafo 1º de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando se cumple el doble requisito de que se practique la inscripción y de ue el nuevo ente acepte el contrato, asumiendo los derechos y las obligaciones consiguientes, dentro del perentorio plazo de 3 meses, y si bien nada obsta a que esa aceptación -declaración de voluntad e carácter recpeticio- pueda hacerse en forma expresa o tácita mediante actos concluyentes o de inequívoca significación esecificamente referidos al negocio concreto de que se trate, como indican las Sentencias de 4 de abril de 1967, 7 de junio de 1968, 31 de mayo de 1969 y 5 junio de 1972, resulta en cualquier caso indispensable que la aquiescenia se manifieste dentro del periodo legalmente señalado (Sentencias 14-junio-1974, 6-julio-1977), lo que en el presente supuesto no acaece, ya que, habiéndose producido la inscripción de la sociedad en el Registro el 13 de febrero de 1984 - con notorio retraso respecto del tiempo euq ordena el artículo 26 de la Ley S.A.-, y habiendo finalizado, por consiguiente y de conformidad al artículo 5º nº 1 del Código Civil, el plazo para aceptar estatuido con fines de seguridad jurídica y para la protección del tercero contratante de buena fé el 13 de mayo siguiente, la primera muestra de que Marengo Baleares S.A. tenía voluntad de asumir las consecuencias del contrato litigioso concertado en su nombre c interés sólo tuvo efecto - y no sin ciertas contradicciones, pues primeramente parece sustentar que el cambio de denominación social provocó el nacimiento de persona jurídica distinta el 11 de junio de 1984 en ocasión de contestar la demanda y formular reconvención, toda vez que la escueta personación en el proceso en respuesta al emplazamiento realizado es acto equívoco que nada adelante ni ilustra acerca de cuál sea la postura de la sociedad ante las pretensiones articuladas por la actora; debe también desecharse que esta aceptación motive la sustitución de deudores por causa de novación subjetiva, ya ue la producción de este efecto sobre el vínculo obligatorio requiere inexcusablemente el consentimietno del acrredor a tenor del artículo 1205 del C. Civil y la demandante, por el contrario, se ha manifestado de manera expresa y reiterada opuesta al mismo; en consecuencia, y como hay que entender que los tres socios ahora demandados contrataron con Sonelsa, no sólo porque de la prueba noi se desprende que el convenio fuera conducido exclusivamente por el Sr. A.G., sino también porque los otros dos administradores, hoy recurrentes, reconocen en confesión (folios 80 y 81) que tomaron parte activa varia en el desarrollo de una relación contractual que tenía por objeto dotar a la socieda futura de medios materiales imprescindibles para el ejercicio de su actividad lucrativa, -aparte de que cualificado sector doctrinal opifna que el artículo 7º de la L.S.A. comprende, en garantía del tráfico, a cuantas personas vengan comprometidas en la obra de fundar la sociedad, aunque no hayan participado de alguna manera en el negocio o acto jurídico con el tercero-, la conclusión a que se llega es que se encuentran los tres sometidos a la responsabilidad solidaria que dispone el artículo 7 aludido y que, por tanto, ostentan legitimación pasiva para soportar la demanda. Ello no significa, sin embargo, que la tardía aceptación del contrato por parte de la sociedad mercantil codemandada carezca de toda relevancia jurídica, pues, aunque no libera de su responsabilidad personal al cumplimiento a los gestores -finalidad sin duda buscada y que, de lograrse, probablemente habría determinado para Sonelsa la imposibilidad de hacer efectivo su crédito, habida cuenta de que los demandados han sido desahuciados, según se dice, del local donde se hallaba instalada la discoteca por falta de pago de as rentas, lo que cuestiona la solvencia de Marengo Baleares S.A.-, sí comporta, en beneficio del tercero, la voluntaria incorporación de esta última en-

tidad al círculo de sujetos pasivos obligados frente a la reclmante, no de manera sustitutiva, como antes se advirtió, sino cumulativa con ellos, consecuencia que la acreedora admite desde el instante que dirige y sostiene en esta alzada su pretensión de condena contra todos.

TERCERO: Los apelantes tratan también de rebatir que el contrato en discordia sea una compraventa como lo califican la demandante y la sentencia combatida, sosteniendo, en cambio, que es un contrato de ejecución de obra con aportación de materiales previstos en el artículo 1588 del C. Civil, sin tener en cuenta que en la prestación a realizar por la actora - instalación de un equipo de sonido- eran los aparatods integrantes el indiscutible elemento prevalente, tanto desde el punto de vista funcional en orden al logro de la finalidad deseada, como económico, más no los trabjos de acondicionamiento y ensamblaje, cuyo costo evaluan los peritos en la cantidad de 50.000 pesetas (folio 130), de modo que la no obtensión de ese resultado entrañaría incumplimiento de sus obligaciones por el vendedor que permite a la otra parte resistir la entrega del precio, y también instar la resolución del contrato, a tenor del artículo 1124 del Código Civil, pero como se pactóexpresamente que la sonorización tenía que efectuarse a satisfacción de los compradores y el artículo 1250 del citado Cuerpo Legal prohibe que la validez y el cumplimiento de los contratos se dejen al arbityrio de uno de los contratantes, es de aplicación analógica la regla establecida en el párrafo 1° del artículo 1598 para el arrendamiento de obra con arreglo a la cual, cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente, el que, por otro lado, se ha pronunciado categoricamente en autos sin contradicción ninguna en sentido de que la instalación del conjunto de aparatos es la adecuada y correcta para un local con un destino y caracteristicas del de la Discoteca Marego (folio 132); y comoquiera que, por último, la fuerza vinculante de los contratos que proclaman los artículos 1091, 1255 y 1258 del C. Civil, impone respetar el precio que consigna el presupuesto aceptado por los compradores el 24 de diciembre de 1982 (folios 15 y 16), por más que pueda resultar excesivo, pues el precio no tiene que ser forzosamente justo (Sentencias 22 - marzo - 1985, por todas), y, ademas, como al mismo debe adicionarse el que corresponde a los gabinetes de graves y pletina añadidos con posterioridad y que los peritos valoran en 125.000 y 44.900 pesetas, respectivamente (folio 131), la sentencia que condena al pago de la cantidad reclamada en la demanda es ajustada a derecho por lo que procede su confirmación.

CUARTO: Las costas de esta alzada han de ser impuestas a los recurrentes por imperativo del artículo 710 párrafo 2° de la Ley Procesal.

FALLO: 1°) Desestimando el recurso de apelación que interponen D. P.A.C., D. L.A.V. y M.B.S.A., contra la sentencia dictada el 12 de junio de mil novecientos ochenta y cinco por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca, se confirman los pronunciamientos de dicha resolución en su integridad.

2°) Se condena a los recurrentes al pago de las costas (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

119

119. **CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE.** En contrato atípico de permuta con prestación subordinada de obras. La retribución debe exigirla el gestor exclusivamente del comitente u operante o de la persona que hizo el encargo; sin que sobre ello pueda prevalecer la disposición undécima del baremo de comisiones de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria en los contratos de permuta. Costas de la segunda instancia: no se condena al apelante a pesar de confirmarse la sentencia recurrida por fundamentarse la sentencia en distintas consideraciones jurídicas que la sentencia apelada. Art. 710,2 in fine de la LEC. *Sentencia de 6 de mayo de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se rechazan los "considerandos" de la sentencia recurrida excepto el último que se acepta.

PRIMERO: El actor, don L.M.G., Agente Inmobiliaria de la Propiedad Colegiado, ante la desestimación en primera instancia de su demanda instauradora de esta litis, reitera en esta alzada su pretensión de que se condene al demandado, Don G.P.S. a que le abone, en concepto de comisión, por su trabajo profesional, el 3 por ciento del valor real que el día 1º de Marzo de 1982 tenía la cosa dada en permuta por el señor P.S. a la entidad Intratel S.A., cuyo importe se determinará, en su caso, en ejecución de sentencia.

SEGUNDO: Consta acreditado por la prueba practicada que el actor medió profesionalmente en el contrato que don. J.B., en nombre y representación de la entidad Intratel S.A., y el hoy apelado demandado suscribiera el día uno de Marzo de 1982 y en virtud de cual la citada compañía mercantil, propietaria de un terreno urbano procedente del predio Son Gual del término municipal de Palma, y en el que existía un proyecto de parcelación de chalets y grupos de apartamentos aprobado, cedió 151 parcelas -que se especifican- de la citada finca a don G.P.S., quien a cambio se comprometió a realizar las obras de infraestructura y urbanización de toda la zona señalizada de la finca, que comprendía 191 parcelas, según el plan de urbanización aprobado, y abonar además dos millones de pesetas (folios 9/10). Contrato que es calificado por el hoy recurrente de permuta y así se declara en el propio documento suscrito, y que tiene manifiesta analogía con el negocio de cesión de solar por pisos y loceles en el edificio a construir, figura que la doctrina mayoritaria conceptúa como permuta con prestación subordinada de obras y que la jurisprudencia, según recuerda la sentencia de 7 de Julio de 1982, califica de contrato atípico "do ut des" no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente definidas y reguladas en el Código Civil (Sentencias de 22 de Mayo de 1974 y 2 de Enero de 1976),aunque presente notas que le aproximan a la permuta (Sentencias de 20 de Junio de 1977 y 12 de Febrero de 1979), e incluso subsumible por analogía "dentro de los términos del artículo 1538 del Código Civil, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún existencia real en el momento de practicarse" (Sentencias 9 de Noviembre de 1972),por lo que se tratará de la prestación de una cosa futura ("res speratae") que se corresponde con otra presente (Sentencia de 24 de Octubre de 1983).

TERCERO:Con base en la calificación jurídica de permuta del expresado contrato y en la disposición undécima del baremo de comisiones de los Angeles de la Propiedad Inmobiliaria que declara que vendrán obligados a pagar los honorarios al agente de la Propiedad Inmobiliaria en las permutas, cada una de las partes por el valor de los inmuebles que entregue o ceda a la otra parte contratante, y en la disposición décimo-segunda del mismo baremo, que espscifica una comisión de un tres por ciento (3 %) en los supuestos de permuta sobre el precio real dado a cada uno de los inmuebles (folio 67), el hoy apelante funda su recurso, concretando que la otra parte contratante -Intratel S.A.- le abonó la comisión, no así el hoy apelado demandado.

CUARTO: El contrato de corretaje, por el que una persona se obliga a pagar a otra una renumeración para que realice una actividad, encaminada a ponerle en relación con un tercero a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna -Sentencias 9 y 21 de Octubre de 1965 y 6 de Marzo de 1967-, unicamente produce sus efectos entre quienes en él intervinieron (Sentencias de 12 de Noviembre de 1960, 27 de Junio de 1961 y 9 de Febrero de 1965), de suerte tal que la retribución debe exigirse exclusivamente del comitente u oferente (Sentencias de 28 de Febrero de 1957 y 3 de Marzo de 1967) o de la persona o personas que hicieron el encargo (Sentencia de 27 de Diciembre de 1972), que son las únicas contra las que está activamente legitimado el gestor para reclamar su comisión (Sentencia de 8 de Marzo de 1967), sin que, como dice la sentencia de 5 de Mayo de 1973, venga obligado el comprador a satisfacer el importe de dichos honorarios, cuando no fué él, sino el vendedor, quien celebró con el agente el contrato de corretaje o mediciación. El Tribunal Supremo igualmente tiene declarado que quien encomendó el actor la venta del inmueble litigioso es quien debe abonar el encargo realizado, y ello no obstante del hecho de que el demandado "en vista de un anuncio publicado por el actor en los diarios, acudió a la oficina de este, donde se le facilitaron planos, información y se le acompañó a visitar la finca, sin que se haga constar se concertara entre ellos contrato de ninguna especie, que el último suscribiera la nota de encargo a que se refiere el artículo 30 del Decreto de 4 de Diciembre de 1969, ni que fuera cliente del actor, como exige para el pago de los honorarios de este artículo 31 de dicho Texto, ni aún siquiera que se haya aportado al juicio el Reglamento de régimen interior del Colegio de Agentes de Zaragoza, que imponga su abono a persona distinta del comitente (Sentencia de 5 de Julio de 1978).

QUINTO: Consecuentemente con lo que se acaba de exponer y toda vez que no se ha probado que el demandado encargara al actor la compra de una finca para parcelar ni la permuta alguna, ni que suscribiera hoja de encargo, sino que, como se declara en el hecho segundo de la demanda instauradora de esta litis, "por unos anuncios publicados por el actor en la prensa, el demandado, que con anterioridad no había tenido relaciones inmobiliarias con el aquí apelante (posición 2ª; folio 66) acudió a la oficina profesional del señor M. -el hoy recurrente- interesándose por una finca para parcelar y acompañado por el actor, visitó varios terrenos y tras ello se interesó el señor P. por una finca que le fué exhibida por el señor M., denominada Son Gual, propiedad de la entidad Intratel S.A., que tenía aprobado el proyecto de parcelación", se deduce la improsperabilidad del recurso interpuesto, ya que de lo actuado se desprende que el que encargó al actor la enajenación del expresado terreno del predio Son Gual de este término municipal y que desembocó en el negocio jurídico que se documentó, en el escrito fechado el 1 de Marzo de 1982 (folios 9/10), fué la compañía Intratel S.A., que le pagó sus honorarios por la mediación llevada a cabo; sin que sobre ello pueda prevalecer la disposición undécima del baremo de honorarios mencionado. Todo ello da lugar a confirmar la sentencia apelada.

SEXTO: No se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de primera instancia. Respecto de las de esta alzada, no se condena a su pago al apelante, no obs-

tante confirmase la sentencia recurrida, ya que los fundamentos de la presente resolución son distintos de los de la sentencia apelada, expresamente rechazados excepto el referente a las costas y hacer uso esta Sala de la facultad que le concede el párrafo segundo, "in fine", del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: A) Se desestia el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de don L.M.G. contra la sentencia de fecha catorce 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, hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo y se confirma dicha sentencia.

B) No se hace especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

124

124. **ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO.** Doble venta. Inexistencia de inscripción registral de las respectivas escrituras públicas, por lo que no se aplica el principio de la fe pública registral. Preferencia de titularidad conforme al art. 1473,3 C. C. Posesión material del actor, acreditada en autos, así como existencia de la buena fe exigida en el art. 1473,3 in fine, referida al momento de la compraventa. Estimación en la alzada de la falta de legitimación pasiva del Estado, por cuanto el Agente Recaudador de Tributos del Estado se limitó a tramitar el correspondiente expediente por débitos tributarios de la entidad vendedora al actor apelado. Doctrina del Tribunal Supremo. *Sentencia de 9 de mayo de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los de la resolución apelada en cuanto no se opongan a los siguientes.

PRIMERO: La sentencia dictada que declara que el Apartamento número 7 de orden, 2-A de puerta, del Edificio denominado "eden roc", sito en el solar número 12, Manzana 11, calle Ramón Moncada, Urbanización Ses Rotes Velles, de Santa Ponsa (término municipal de Calvià), pertenece en propiedad al actor -don J.M.- y condena a los codemandados a estar y pasar por tal manifestación y a realizar todas las actividades necesarias para la plena eficacia de lo declarado, es apelada por los tres demandados personados. El recurso interpuesto por el Abogado del Estado es dada su pretensión, el que debe, lógica y técnicamente, examinarse en primer lugar.

SEGUNDO: Tal apelación reitera, como fundamento de ella, la excepción de falta de legitimación pasiva del Estado, no examinada ni resuelta por la sentencia ahora impugnada, y se articula en que la Administración General del Estado Español fué indebidamente demandada en el juicio declarativo de mayor cuantía nº 1588 de 1980, al que se acumuló el de igual clase nº 2085 de 1983, ambos del Juzgado "a quo", ya que la Recaudación de Tributos del Estado de la zona de Palma-Pueblos se limitó en todo momento y con tal observancia de la normativa vigente a tramitar el correspondiente expediente por débitos tributarios contraídos por verdemar S.A. -entidad vendedora del supradicho apartamento al hoy apelado actor-: embargo del expresado inmueble, traba que se anotó en el Registro de la Propiedad ya que su titularidad registral era de la citada compañía mercantil, celebración de la correspondiente subasta y subsiguiente adjudicación dominical del apartamento subastado al codemandado don A.C.R. lo que se documentó en escritura pública autorizada el 15 de Abril de 1980 por el Notario de Andraitx don Rafael Bernabé Panós (folios 77/78 y expediente administrativo unido por cuerda floja); pretensión revocatoria que se ha de estimar, ya que el Tribunal Supremo tiene declarado que "cuando un Agente ejecutivo, obrando como tal en un expediente de apremio, otorga un contrato de compraventa a favor del adjudicatorio de los bienes oportunamente subastados -supuesto que es el del caso que ahora se contempla-, no los enajena por cuenta de la Hacienda Pública, sino en nombre de su legítimo dueño, según expresa el artículo 103 de la Instrucción de 1900, y siendo ello así, ni el Estado percibe el precio de venta ni debe restituirlo en caso de declararse la misma inexistencia, puesto que tal obligación unicamente afectará al vendedor y, en su defecto, a sus herederos que, a su vez, serán los que hayan de abonar al comprador el importe de las contribuciones por este satisfechas, si le asiste acción para reclamarlo, por lo que, al carecer el Estado de interés económico o de cualquier otra índole en este pleito, no existía razón alguna para demandarle imprescindiblemente" (Sentencia de 20 de Marzo de 1964).

TERCERO: Antes de entrar en el estudio de los otros dos recursos, que al tener la misma apoyatura jurídica se examinarán conjuntamente, se estima conveniente señalar: A) Que la acción promovida en esta litis no es la de nulidad de las escrituras públicas que más adelante se mencionarán, sino la declarativa de pertenecer al actor la propiedad del apartamento supradicho, con base, según se indica en el primero de los Fundamentos de Derecho de la demanda instauradora de esta litis, en "el artículo 1473 del Código Civil, contemplador en el caso como el que nos ocupa, de doble venta" (folio 51). B) Ni el actor, don J.M., ni el adjudicatorio don A.C.R. -demandado en los autos 1588/80- ni los compradores, don G.J.D. y doña M.J.D. -demandados en el juicio número 2085/83- inscribieron sus respectivas escrituras públicas en el Registro de la Propiedad, no dándose por tanto, a favor de ninguno de ellos, el principio de la fé pública registral que proclama el apartado primero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que tal principio hipotecario lógicamente sólo funciona a favor de quien acude al Registro de la Propiedad e inscribe en él su derecho.

CUARTO: A la vista del planteamiento dado por el actor a la cuestión litigiosa, esta se concreta en dirimir la preferencia entre dos títulos de propiedad-el de actor y el del Sr. C.- que hay que reputar legítimos, desde el momento que no se impugnaron, y que hay que resolver, dada sus no inscripciones en el Registro de la Propiedad, conforme a la normativa contenida en el párrafo tercero del artículo 1473 del Código Civil y con base en los siguientes presupuestos: a) El día 25 de Febrero de 1970, don J.M. compró en escritura pública a la entidad Verdemar S.A. -declarada en rebeldía en este juicio- el mencionado apartamento, cuyo dominio constaba inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de la compañía vendedora; escritura que fué presentada el 24 de Marzo del mismo año en la Abogacía del Estadopara liquidación y pago, que se verificó, del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (folio 6/10). b) El 15 de Abril de 1980, el notario de Andraitx, don Rafael Bernabé y Panós, autorizó escritura pública en virtud de la cual el Re-

caudador de Tributos del Estado de la Zona Tercera de Palma-Pueblos, vendió el supradicho apartamento al adjudicatorio del mismo, don Antonio A.C.R. (folios 77/87); y c) con fecha 24 de Octubre de 1980, el Sr. C. vendió en escritura pública a los señores Dupreil, de nacionalidad francesa, el expresado apartamento (folios 88/90).

QUINTO: El Abogado del Estado negó en el acto de la vista de esta alzada, como ya lo hiciera en primera instancia, que pertenezca el actor el dominio del inmueble tantas veces mencionado, ya que, según afirma, el demandante no obtuvo otra posesión que la derivada de la entrega instrumental del artículo 1462 del Código Civil y no llegó a ocupar el objeto de doble venta, confiriendo su administración a una sociedad cuyo gerente era también el administrador de la vendedora. Tesis esta que no puede prosperar por cuanto las últimas palabras del artículo ultimamente mencionado revelan que la tradición instrumental es eficaz como presunción legal "iuris tantum" y no se ha probado que el Sr. Montagut no obtuviese la posesión real del apartamento, sino que de lo actuado se desprende todo lo contrario. En efecto, tanto de la prueba testifical como de la documental se ha acreditado que el Sr. M. ocupó y veraneó durante algunos años en el apartamento comprado, pagó los recibos de la contribución urbana de los años 1974/1978 (folios 11/12), asi como los de Gas y Electricidad, los de seguro y gastos de la Comunidad de propietarios del edificio Eden Roc, todos ellos referentes al supradicho apartamentos y extendidos a su nombre (folios 13 a 28 bis), por lo que se reputa que el actor tuvo no solo la posesión instrumental sino la material que determina la desestimación de la tesis impugnativa complementaria del Abogado del Estado.

SEXTO: Igual destino adverso ha de recibir las apelaciones formuladas por los demandados señores C. y D. basadas ambas en la falta de buen fé en el actor, requisito que expresamente se exige "in fine" en el párrafo tercero de artículo 1473 del Código Civil para que se dé la preferencia que en él se determina a favor de quien presente titulo de fecha más antigua, criterio legislativo tradicional patrio (Ley 50, Título V, Partida 5ª). Se aduce la inexistencia de buena fé por cuanto el administrador del actor en los años 1977 y 1978, que lo era también de la entidad Verdemar S.A., conoció por ello el embargo que la mencionada Recaudación de Tributos del Estado practicó sobre dicho apartamento por debitos tributarios de la expresada compañía mercantil, y no se opuso a tal traba, como tampoco a la subasta que del referido inmueble se llevo a cabo, ni ejercitó acción alguna tendente a impedir la situación hoy creada por tal inactividad. Si se tiene presente que, a efectos de la citada norma civil, la buena fé que se exige se ha de dar en el comprador y en el momento de la compraventa, cae por su base los expresados dos recursos, pues según los apelantes la mala fé se dió en el año 1978, o sea ocho años después de la compra del apartamento y no en el actor sino en su administrador.

SEPTIMO: De conformidad con el apartado segundo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la condena de las costas de esta apelación y por mitad a los apelantes don A.C. y señores D., exceptuando las propias, que serán satisfechas por cada uno de ellos/

FALLO: A) Se estima el recurso de apelación formulado por el Abogado del Estado y se desestima el interpuesto en nombre y representación de don A.C.R. y el deducido por la representación procesal de don G.J.D. y doña M.J.D., contra la sentencia de fecha trece de Mayo de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad en los autos de los juicios declarativos acumulados seguidos por dicho Juzgado bajo los números 1588 de 1980 y 2085 de 1983, de los que dimana el presente rollo, y se revoca dicha sentencia en cuanto ahora se declara en primer lugar que "Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva del Estado, al

que se absuelve de la demanda deducida contra él y otros" y se confirma la parte dispositiva de dicha resolución excepto en cuanto estima la demanda respecto a la Administración General del Estado y la condena a estar y pasar por la manifestación que declara y a realizar todas las actividades necesarias para la plena eficacia de lo declarado, ya que se revocan dichos pronunciamientos.

B) Se condena al pago por mitad de las costas devengadas en esta alzada a los apelantes don A.C.R. -el cincuenta por ciento-, y a don G.J.D. y doña M.J.D. (soltera R.) -el otro cincuenta por ciento-, excepto las propias que cada uno de los recurrentes satisfará las suyas. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau.).

135

135. **TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO AL HONOR DE LAS PERSONAS.** Deber de información de un periodista. Colisión entre los derechos fundamentales de libertad de expresión (art. 20 C.E.) y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 C.C.). Requisitos que han de concurrir para que se permita dañar el honor. Interés público y utilidad social; verdad histórica; lenguaje respetuoso. Doctrina jurisprudencial. Derecho de rectificación: su ejercicio no supone una obligación para el lesionado en su honor, sino una facultad. Incompetencia de jurisdicción en favor de la penal: desestimación de la excepción por extemporaneidad de su alegación y por interpretación de la correspondiente normativa (Exposición de Motivos de la L.O. de Protección del Derecho al Honor y art. 1,2 de la citada Ley). Nulidad de actuaciones (al amparo del art. 13,3 de la Ley de 26 de Diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona): improsperabilidad por cuanto no se han los supuestos de aplicación del art. 238 de la L.O.P.J. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, en cuanto no se contradigan por lo que se dirá a continuación.

PRIMERO: En el acto de la vista la parte apelante solicitó se revoque la sentencia dictada en la primera instancia y se estime la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que es competente la penal dada la resera de acciones de aquella clase que contine el primer otrosí de la demanda; caso de desestimarse la citada excepción, solicitó se decretara la nulidad de actuaciones al entender infringido en la tramitación de los autos el precepto contenido en el párrafo 3º del artículo 12 de la Ley de 26 de diciembre de 1978,

de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y para el caso que no se atendiera ninguna de las anteriores peticiones, terminó suplicando se desestimara la demanda y se absolviera a los demandados de los pedimentos que aquella contiene, en base a los siguientes argumentos: 1°) la actuación de los demandado se halla amparada en el artículo 20 de la Constitución, que reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; y se trata de la opinión sobre la gestión de un político, plasmada con rigor informativo, cuyo contenido es de interés público; 2°) el actor no ha ejercitado el derecho de rectificación, por lo que se trata más que de un medio de reparar el honor, el de obtener un lucro económico, 3°) las expresiones utilizadas en el artículo periodístico son correctas, y no existe ningún término que pueda considerarse ofensivo y por último 4°) considera que la indemnización que recoge la resolución apelada es excesiva; por su parte el actor, hoy también apelante al haberse adherido a la apelación, solicito la revocación de la sentencia dictada en primera instancia unicamente en el pronunciamiento de la indemnización, por entender que debe ser fijada en veinte millones de pesetas, tal como ya pidió en la demanda.

SEGUNDO: La excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la dirección letrada de la parte apelante en el acto de la vista no puede prosperar, y ello en base a los siguientes motivos: 1°) el demandado en ningún momento de la contestación a la demanda alega la citada excepción, sino que unicamente la alude de forma accidental en el apartado III de los fundamentos de Derecho, y según reiterada doctrina jurisprudencial, en lo estrictamente determinante de la decisión judicial (Sentencia de 26 de febrero de 1934, 27 de enero y 15 de marzo de 1962, 17 de diciembre de 1965 y 25 de noviembre de 1978) no es dable, so pena de infringir el principio procesal de preclusión, el de congruencia -artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- y el derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y Tribunales que proclama el artículo 24-1 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de diciembre de 1985) entrar en el examen de una nueva cuestión aducida por la parte recurrente en el acto de la vista de este recurso; y 2°) a mayor abundamiento, si bien es cierto que la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor establece que "en los casos en que exista una protección penal tendrá esta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad" y el artículo 1.2 señala que "cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal", una interpretación rigurosa de los referidos preceptos conduciría al absurdo porque como afirma un sector de la doctrina científica, si la protección penal es preferente y si se tiene en cuenta que, por lo normal, las agresiones al honor de las personas que la ley contempla son constitutivas de los delitos de injurias o calumnias, se puede llegar con facilidad a la conclusión de que la vía nueva que la Ley ha tratado de abrir será inutilizable en la práctica. Cada vez que se intente usar, el actor quedará remitido a la vía penal la manera necesaria. en todo caso, sólo podrá retornar a la vía civil cuando el juez penal haya declarado la inexistencia de un ilícito penal. Por lo que, en conclusión, la ley de 1982 en lugar de añadir protección al derecho al honor, como, sin duda, ha querido, sólo habría añadido confusión y dificultades procesales para obtener las reparaciones debidas", y como señala la doctrina y la jurisprudencia, lo que determina si un orden jurisdiccional es competente para conocer de un litigio es la acción que el demandante ejercita efectivamente y no la que hipoteticamente pudiera ejercitar (Sentencia 20 de diciembre de 1975), estableciendo el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la facultad del perjudicado en aquellos delitos de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querella particular, de ejercitar únicamente la acción civil, supuesto que es el que hoy se contempla, y a la vista de cuanto se ha expuesto, la reserva de acciones penales contenidas en el primer otrosí de la demanda, debe interpretarse no como hace la parte demandada, de considerarla determinante de la incompetencia de jurisdicción, sino como una reserva de acciones improcedentes.

TERCERO: El artículo 13.3 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona, establece que el Ministerio Fiscal siempre será parte de estos procedimientos; y del examen de los autos se desprende que previamente a acordar sobre la admisión a trámite de la demanda, se dió traslado al Ministerio Fiscal sobre la adecuación del procedimiento, evacuando aquel informe que obra al folio 9, igualmente se le dió traslado de la demanda (folio 14) y se le notificaron todos los preveidos con remisión de copia (folios 36, 47, 50, 55, 63, 70 y 74), de ahí que en modo alguno pueda considerarse que se ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley, ni se ha producido indefensión, ni se han infringido los principios de audiencia, asistencia y defensa, supuestos todos ellos que contempla el artículo 238 de la Ley Orgánica del poder Judicial en su párrafo 3º y que son los que, caso de concurrir, determinarían la nulidad de los actos judiciales.

CUARTO: Entrando ya en el fondo de la cuestión debatida, se impone en primer lugar analizar las coordenadas en que deben ser interpretados los artículos 18 y 20 de la Constitución; en este sentido la jurisprudencia tiene declarado (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1981, 2 de diciembre de 1981, 19 de enero de 1982, 3 de mayo de 1982, y sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1983) que el derecho, como instrumento ideado y creado por la mente humana para hacer posible la convivencia entre los hombres, se traduce, en su principal manifestación, en la ordenación de relaciones jurídicas que conllevan un entresijo de recíprocos o correlativos derechos y obligaciones o deberes en relación de interdependencia, o cuya mutua coexistencia impone la fijación de límites, así el derecho de libertad de expresión constitucionalmente reconocido, entre los fundamentales, en el artículo 20 de nuestro texto Básico, ampara el derecho a expresar los pensamientos ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de comunicación, y en consecuencia, el de emitir juicios respecto al comportamiento de personas en el ejercicio de cargos a los que se haya confiado el cuidado de intereses público o de indudable trascendencia social o comunitaria, pues la crítica, es una exigencia pragmática indispensable para el mantenimiento de la integridad de las costumbres y para lograr los saludables efectos que para el bien común se derivan del general conocimiento de lo que puede atentar al mismo; ahora bien, el ejercicio de tal derecho encuentra limites, entre los que están los derivados del deber de respetar otro Derecho fundamental, también reconocido en el artículo 18 de la Constitución, cual es el derecho al honor, o sea, que no se puede, a pretexto de ejercitar el derecho de libertad de expresión, atentar al patrimonio moral de las personas que constituyen uno de los sagrados derechos de la personalidad que siempre ha merecido protección civil y penal y que, como queda dicho, goza de reconocimiento constitucional; siendo sumamente ilustrativa de lo que constituye el objeto de la presente apelación, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1982, que establece que "el derecho de libertad de expresión, reconocido en el artículo 20 de la Constitución entre los derechos fundamentales, que autoriza a todos los españoles a "expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones, mediante la palabrta, el escrito o cualquier medio de difusión", así como a "acomunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión", siempre que no se olvide que, como también se declara en el mismo texto Constitucional, esta libertad tiene sus limites en el respecto a los Derechos reconocidos a los demás ciudadanos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por todo lo cual hay que concluir que si bien el ejercicio de una crítica racional, honesta y constructiva de la acción pública no constituye en principio delito y más si es ejercida por un periodista, que hay que suponer que obra en cumplimiento del deber de informar inherente a su oficio, pero cuando ello no es así, y el censurante, amparándose en el citado derecho que comprende los de narración, de información o de crítica, traspase los limites legalmente establecidos para menospreciar, desacreditar o desprestigiar, tal conducta queda despo-

jada de toda utilidad social y tales excesos o extralimitaciones no pueden ser amparados bajo la bandera de la libertad de expresión o de crítica, porque tal libertad debe terminar y termina allí donde comienza el derecho de las demás personas individuales o jurídicas a defender su honorabilidad, dignidad y prestigio virtudes o dotes que por otra parte resulta innecesario atacar para efectuar una crítica seria, objetiva y desapasionada, sin que el status de periodista, por muy respetalbe que quiera reputarse, pueda otorgar "carta blanca" para ofender libre e impunemente el honor de las personas más allá de los linderos establecidos para los demás ciudadanos que no ejerzan tal profesión"; en relación a la colisión entre los derechos al honor y el de libertad de expresión y los requisitos que deben concurrir para decantarse por uno u otro, esta Sala tuvo ocasión de pronunciarse en sentencia de 26 de septiembre de 1985, resolución que establece que es conforme a derecho dañar el honor o la intimidad si el interés público lo requiere, ahora bien, tal preferencia por la libertad de expresión, que es un derecho de la personalidad que beneficia no sólo a su titular, carece de suficiente fundamento si el interés público no va acompañado de la verdad histórica (la verdad que niega el comportamiento virtuoso del que el honor es proyección) y de un lenguaje respetuoso en la exposición de esa verdad, y si todo ello concurre, es preferible sacrificar la esfera personal de algunos para que la sociedad pueda informar y ser informada; planteados así los términos de la cuestión enjuiciada, se impone analizar: 1º) el interés público que pueda tener el contenido del reportaje periodístico, 2º) la veracidad de las afirmaciones que en el msiino se contienen y 3º) si tales declaraciones han sido vertidas mediante un lenguaje respetuoso.

QUINTO: La alegación de la parte recurrente del interés social del artículo periodístico que hoy se contempla, al contener un enjuiciamiento de la labor del actor por haber ostentado un cargo público, no puede ser estimada, toda vez que 1º) si bien es cierto que D. O.A.C. accedió al cargo de alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Andraitx en las primeras elecciones democráticas, como cabeza de lista de UCD, cargo que detentó hasta junio de 1983, no consta que actualmente ocupe ningún cargo público, hecho que se reconoce en el propio escrito publicado: "La política no es para él y él, por lo visto, no es para la política. Incluso el cargo de alcalde de su propio pueblo le vino ancho. Ha desaparecido por el foro. Sededica a construir y construir"; y 2º) el artículo de referencia no solo enjuicia la labor del actor como alcalde, durante el tiempo que ostentó este cargo, sino que interfiere en su esfera personal "Lo de "Nofret" le viene al pelo con lo que "listillo". Son diminutivos que, lejos de ser peyorativos o de minusvalorarle, un poco al estilo de los que aprendieron de la vida el oficio de sobrevivir pese a todo... Pero por lo visto, el "listillo" no da para más ... quiéá sea porque O. ha desaparecido incapaz de una estrategia que requiera algo más que "un listillo"... y es que a ocultimos nadie le peude enseñar nada y O. creyó que todo el campo es orégano, o sea, que todo el mundo es como él"- así como también en lo profesional-" y, no crean, en sus negocios, la cosa sigue igual. Aquí te encuentras la placa de una sociedad en una puerta, mañana ya no está. Otro día aparece en otra peurta, al siguiente no está... jugar con el encanto de la naturaleza para echarle toneladas de cemento encima, ha sido una afición muy cultivada por este maestro de obras con consturctoras cuyas actividades totales no pueden determinarse porque, según algunas personas relacionadas con el negocio, "hacia o hace muchas subcontratas". O sea, correr un tupido velo"- frases todas ellas, entresacadas del referido artículo, de evidente contendio ofensivo, que no tiene nada que ver con una crítica seria, objetiva y desapasionada de la labor del Sr. A. al frente del Ayuntamiento de Andraitx y de nulo interés público y trascendencia social, en el sentido antes apuntado en el apartado cuarto de los presentes fundamentos de derecho, máxime, si como se analizará a continuación, muchas de las afirmaciones que en el texto se plasman no han sido probadas.

SEXTO: El artículo 7º de la ley de 1982, no hace referencia alguna a la verdad o false-

dad de los hechos divulgados, ni recoge la exceptio veritatis como causa de justificación, excepción que podría ser decisivamente exculpatoria usada contra una acción penal por calumnia, y es que tanto se puede difamar mediante la divulgación de hechos ciertos, pero desconocidos, como por la divulgación de hechos falsos, pero ello en modo alguno puede llevar a afirmar, como hace la sentencia de instancia, la nula trascendencia de la veracidad de las afirmaciones en supuestos como el que se contempla, ya que este, será un elemento a tener en cuenta, junto al interés social de la información y la utilización de un lenguaje respetuoso, que podrá determinar, en su caso, el predominio del derecho de la sociedad de informar y ser infomada, sobre la esfera personal; en este sentido, hay que destacar la escasa actividad probatoria de la parte demandada, que se concreta: 1º) en la prueba testifical del Sr. P., quien manifiesta que publicó en el periódico "Ultima Hora" que el actor circulaba con un vehículo extranjero con matrícula provisional, que dicha información era cierta, nunca fue desmentida, y en parte procedía del titular de "Rex Motor", 2º) el testigo Sr. F. manifiesta que construcciones como el grupo "Ses Alcovas" del Puerto de Andraitx suponen una degradación del paisaje, si bien al contestar a la pertinente repregunta no puede precisar si se refeire al edificio "Ses Alcovas" o a otro, 3º) el testigo Sr. P. manifiesta que el grupo "Ses Alcovas" supone una degradación del paisaje y que, en general, toda la arquitectura que se hace en el Puerto de Andraitx es nefasta y 4º) en un certificado del ayuntamiento de la citada población, del que resulta que durante el período de junio de 1979 a junio de 1983 el actor y la sociedad "Ses Alcovas S.A." habían solicitado ocho licencias municipales de obras, tres de ellos consistentes en la prórroga de licencias ya concedidas, y las restantes, referentes a obras de escasa entidad (construir un garaje, abrir una zanja para empotrar un tubo de cable eléctrico, reparar paredes, y cercar solar), aparte de presentar junto con la contestación a la demanda un estudio lingüístico sobre el valor atribuible al diminutivo "Nofret", (escrito que no fdha sido reconocido por su autor), y una serie de fotografías sin adverar, poco bageje probatorio para acreditar la veracidad de todas las afirmaciones que contienen en el artículo, algunas de ellas tyan graves como el prevalimiento del actor del cargo de alcalde para su beneficio personal - "El paso de A.c. por el Ayuntamiento de Andraitx, no puede decirse que fuera un paso triunfal. Eso sí, si el pueblo no se benefició, su alcalde sí. Apoyó sin reservas la urbanización de la Dragonera y, para no ser menos, la que él promocionaba, la suya propia: Cala Es Conis... O por ejemplo, no se sabe si tiene intereses o no en un hotel de Camp de Mar favorecido por su acción desde la alcaldía" - y sus pocos claras actividades negociales - "y, no crean, en sus negocios, la cosa sigue igual. Aquí te encuentras la placa de una sociedad en una puerta, mañana ya no está. Otro día aparece en otra puerta, al siguiente no está, hoy esta sociedad es suya, mañana no... Ha sido una afición muy cultivada por este maestro de obras con constructoras cuyas actividades totales no puedan determinarse porque, según algunas personas relacionas con el negocio "hacía o hace muchas subcontratas"- o sea, correr un tupido velo"- aparte de atribuirle la construcción del edificio "Las Cascadas"- "La entrada o salida al puerto de Andraitx muestra una horrible efidicación que se debe al "talento" del constructor, promotor y ex-alcalde O.A.C. y que espanta a las más altas personalidades de la Nación cada vez que navegan por allí"; y al pie de la tercer foto "Las Cascadas, su gran obra para futuras generaciones"- cuando el propio demandado ha tenido que reconocer al contestar a la demanda que fue construido por el padre del actor.

SEPTIMO: Por último, no puede entenderse que el lenguaje utilizado fuera correcta y respetuoso, sino que por el contrario, en el artículo se contemplan frases y alusiones de evidente contenido ofensivo, de descrédito y menosprecio a la persona del actor; el artículo se encabeza refiendose a D. O.A. como que "ni es listo, ni es inteligente. Simplemente, es un "listillo", que es menos, incluso, que "un listo". No llega a tanto. Y es que a O.A. "En Nofret", como ya se le conoce en todo el término - como decía aquel cómico, se le entiende todo", y sigue utilizando los términos de "Nofret" y "listillo" para referirse al actor, térmi-

nos, que dentro del contexto de la redacción tienen un evidente caracter menospreciativo;también se deja entrever, con alusiones suficientemente claras, que el actor es una persona poco escrupulosa tanto a nivel particular-"su afición por los deportivos, por ejemplo, la cultiva sin grades dispendios. ¡El que sabe sabe!. Así se hace amigo de algún distribuidor de coches de importación y circula con la matricula provisional"-como profesional-"y, no crean, en sus negocios, la cosa sigue igual"-como en su pasada actividad pública-"Eso sí, si el pueblo no se benefició su alcalde sí"-, de nulo talento-"...una horrible edificación que se debe al"talento" del constructor, promotor y ex-alcalde", "la inpotencia de hacer algo como la que sigue haciendo Otzonp le llevaron a intentar proscribir al promotor ruso-español","tambien el torrente llamado de "Es dos Uis" le proporcionó otro fracaso"; y en definitiva, se presenta una pobre imagen del actor que se resume en e último párrafo del artículo "De él se tendrá la imagen que den Las Cascadas o de su propia y diminuta figura, tras B.P., ha, hablando con los Reyes cuando estos visitaron Andraitx"; por todo ello, no cabe sino concluir, que el artículo periodístico que se analiza contiene un ataque a la honorabilidad, dignidad y prestigio del actor D. O.A.C.

OCTAVO: No puedenser estimadas las alegaciones de la dirección letrada de la parte demandada en el acto de la vista, de que el actor no ha ejercitado el derecho de rectificación y que cabe la posibilidad de que más que reparar al honor, pretenda un beneficio económico; toda vez que el derecho de rectificación no es una obligación, sino una facultad que la ley reconoce a la persona que estima se han difundido afirmaciones lesivas a su honor, aparte de que sólo puede ejercerse con referencia a datos de hecho, incluso juicios de valor atribuidos a terceras personas, pero no frente a opiniones cuya responsabilidad asume quien las difunde; tampoco merece mayor comentario la posibilidad anteriormente apuntada acerca de la intención del actor, ya que la solicitud de una indemnización es perfectamente legítima, estando las reparaciones económicas por la lesión moral, expresamente indicadas en el artículo 9º de la ley de 1982.

NOVENO: Ya no queda sino examinar la indemnización por los perjuicios causados, a la vista de las peticiones de la dirección letrada de la parte actora y demandada en el acto de la vista; y siguiendo las pautas que marca la ley en el párrafo 3º del artículo 9, atendidas las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión producida, la difusión del medio a través del cual se ha producido, y el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma, esta Sala estima ajustada y fija en consecuencia la cantidad de 2.000.000 de pesetas, como indemnización por el daño moral producido.

DECIMO: Consecuencia de todo cuanto se ha expuesto es la estimación en parte del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en la primera instancia, por el Procurador D.G.B.V. en nombre y representación de D.O.A.P. y de la sociedad mercantil" Premsa Nova S.A.", y la desestimación del recurso, por vía de adhesión, interpuesto por D.M.S.P. en nombre y representación de D.O.A.C., y por tanto se confirma la resolución impugnada, salvo en el único pronunciamiento de la indemnización fijada por los perjuicios causados, que queda establecida en 2.000.000 de pesetas.

UNDECIMO: De acuerdo a lo dispuesto en el apartado 3º del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en base a la facultad que se concede a la Sala, no se hace expresa imposición de las costas de esta alzada, dada la particularidad de su objeto, y su difícil matización.

FALLO: 1º) Se estima en parte el recurso interpuesto por el Procurador D.G.B.J. en nombre y representación de D.O.A. y de la sociedad mercantil" Premsa Nova S.A.", contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia

número Dos de esta ciudad, en los autos de protección al derecho al honor de que el presente rollo dimana.

2º) Se desestima el recurso interpuesto, por vía de adhesión, por el procurador D.M.S.R. en nombre y representación de D.O.A.C., contra la antes citada resolución. (Ponente: M. Rosa Rigo Rosselló).

136

136. **CONTRATO DE COMPRAVENTA.** Adquisición por extranjeros de inmuebles en España. Normativa legal aplicable. Interpretación restrictiva en atención a la integridad del territorio nacional y a los fines de la defensa militar. Autorización del Ministerio de Defensa y necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad: requisitos de carácter constitutivo, cuya ausencia provoca la nulidad de pleno derecho. *Sentencia de 17 de mayo de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los considerados de la resolución impugnada, en cuanto no se contradiga por lo que se dirá a continuación.

PRIMERO: En el acto de la vista la parte apelante solicitó se revocara la sentencia dictada en la primera instancia, por entender que ha quedado suficientemente acreditado en ambos que D.M.A.Q. es titular de la finca rústica de secano denominada Son Pistola o Son Lluch, en el término de Algaida de 39 areas, 59 centiareas, inscrita en el Registro de la Propiedad al tomo 2626 libro 243 de Algaida, Finca 11308, inscripción octava; por haberla adquirido a D.M.M.J. y Doña A.C.J., mediante contrato privado de fecha 8 de noviembre de 1983; y por tanto con anterioridad al embargo trabado sobre la misma en los autos de juicio ejecutivo seguidos ante el Juzgado de Primera instancia número Uno de los de esta ciudad, bajo el número 2633/84/M.

SEGUNDO: Por la prueba practicada ha quedado acreditado; 1º) que D.M.M. y Doña A.C. como vendedores y D.M.A.Q. como comprador, suscribieron un contrato privado de compraventa en fecha 8 de noviembre de 1983, por el que los dos primeros vendieron al segundo la finca cuya propiedad hoy se discute, por el precio de 2.500.000 pesetas, que se entregaron en el acto de la firma del contrato, comprometiéndose en la clausula 3ª los vendedores a otorgar poder suficiente a nombre de D.E.P.M. para que pudiera vender por escritura pública al Sr.A.Q. o a la persona que él designe la propiedad mencionada, ello motivado por la necesidad, por parte del comprador, de obtener el correspondiente permi-

so militar de compra; igualmente en la clausula quinta se establece que, obtenido el permiso militar, se otorgará la correspondiente escritura pública a favor del comprador o de la persona que designe, siendo todos los gastos que se ocasionen a cargo de dicho comprador (folio 14); 2º) de la certificación del Banco Central, obrante al folio 15, se constata que de la cuenta de pesetas convertibles abierta a nombre del actor, con fecha 14 de noviembre de 1983 fue pagado el talón número 496.571 por importe de 2.500.000 de pesetas; 3º) en fecha de 9 de noviembre de 1983, D.M.M.J. y Doña A.C.T. otorgaron, ante el Notario D. Rafael Gil Mendoza poder a favor de D.E.P.M., para vender la casa cuyo dominio hoy se cuestiona, en desarrollo de la anteriormente citada clausula tercer del contrato de 8 de noviembre de 1983; 4º) en la póliza de seguro combinado del hogar que tenía concertada D.M.M.J. en relación a la vivienda de referencia, se subrogó el hoy apelante en fecha 28 de noviembre de 1983 (folios 16 y siguientes); 5º) el demandado, en la finca en cuestión, procedió a construir una piscina y diversas instalaciones, satisfaciendo el importe de las mismas (documental folio 37 y testifical del folio 64).

TERCERO: Ahora bien, dada la nacionalidad del actor hoy apelante, se impone analizar si se han cumplido las normas legales en materia de adquisición por extranjeros de inmuebles en España; en este sentido las disposiciones vigentes son la ley de 23 de octubre de 1935, el Decreto de 28 de febrero de 1936, la Orden Ministerial de 26 de diciembre de 1949, la ley de 12 de mayo de 1960, el texto refundido de esta de 31 de octubre de 1974 y el Decreto de 19 de junio de 1975, normas que, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de abril de 1978, deberán ser interpretadas con criterio restrictivo en atención al espiritu y finalidad de las mismas, que no son otros sino la integridad del territorio nacional a los fines de la defensa militar; establece la ley de 1960 en su artículo 1º que "deberán necesariamente inscribirse en el registro de la propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, modifiquen o extingan en favor de extranjeros, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en las zonas señaladas por la ley de 23 de octubre de 1935", y añade en el párrafo 2º de la ley de 1935 exige la previa autorización del Ministerio de Defensa, solicitada por conducto de las autoridades militares correspondientes, para efectividad de los cual el artículo 15 del decreto de 1936 dispone que los Registradores de la Propiedad y los Notarios no autorizarán en lo sucesivo ventas... de fincas rústicas o urbanas... cuando en estas operaciones intervenga algún extranjero, sin la presentación del oportuno permiso del Ministerio de la guerra, incurriendo incluso en responsabilidad, en caso de contravención, exigencias que no son meras formalidades administrativas, en cuanto que son condiciones "sine qua non" para la documentación pública y la consiguiente inscripción registral; por su parte el artículo 5º de la Ley de 1960 señala que los Juzgados y Tribunales y las oficinas públicas, bajo la responsabilidad del funcionario a cuyo cargo se encuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta Ley sin que conste su inscripción en el Registro de la Propiedad; a la vista de todos cuanto se acaba de exponer y teniendo en cuenta 1º) que la ley del 35 incluye dentro de las zonas estratégicas del territorio nacional a las Islas Baleares, donde está ubicada la finca cuyo dominio se cuestiona, 2º) la finca de referencia no se ha probado que esté en poblado o incluido en sus ensanches o zonas urbanizadas ni en proyecto aprobado de interés turístico, excepción que se mantiene en los decretos de 1936 y 1958 y que forzosamente tiene que considerarse mantenida por la Ley de 1960 que se remite a aquellas zonas, tanto comprendidas como excluidas, y 3º) según certificación de la Capitanía general de esta plaza, obrante al folio 74 no aparece petición alguna a nombre del actor para adquirir propiedades en el término municipal de Algaida; hay que concluir que no se han cumplido los requisitos exigidos por la Ley con carácter constitutivo para la validez de la adquisición de la finca de referencia, y en consecuencia, procede la desestimación del recurso interpuesto contra la sentencia dictada en la primera instancia, y la confirmación de la misma en todos sus pronunciamientos.

CUARTO: De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al apelannte las costas de la presente alzada, dada la desestimación del recurso.

FALLO: 1º) Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D.G.B.S. en nombre y representación de D.M.A.Q., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad en los autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio de que dimana el presente rollo, y en consecuencia, se confirma la resolución impugnada.

2ª) Se imponen al apelante las costas de la presente alzada. (Ponente: M. Rosa Rigo Rosselló).

139

139. **CONTRATO DE TRANSPORTE MARITIMO.** Resarcimiento por daños en la mercancía transportada. Causa productora de los daños. Obligaciones de la Compañía porteadora: a falta en el conocimiento de embarque de la modalidad del servicio a realizarse, es preciso estar a lo que dispone el art. 625 C. Co. Improsperabillidad de la acción por falta del presupuesto necesario establecido en el art. 925,2 C. Co.: exteriorización de la voluntad de exigir la responsabilidad. Apreciación por el juzgador aun sin expresa alegación de parte. Doctrina jurisprudencial. Plazo para el ejercicio de la acción: es de caducidad. Contrato de seguro. Cobertura del daño, a tenor de la póliza suscrita. *Sentencia de 26 de mayo de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: No se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO: La primera de las cuestiones a examinar en la segunda instancia de la presente litis, en la que la actora y ahora recurrente, Industria Conservera Mallorquina S.A., reclama inndemnización por la pérdida de la mercancia consistente en 1.840 cajas de tarrinas y botes de mermelada, que la demandada Isleña Marítima de Contenedores S.A. transportó en el contenedor CLXU-265.638 desde esta isla de Mallorca hasta Sta. Cruz de Tenerife en el buque Valvanera del Mar y que se hallaba asegurada por la codemandada Banco Vitalicio de España S.A. de Seguros mediante la póliza de viaje nº 1.589, estriba en determinar cuál fué la causa productora de los daños y desperfectos padecidos por el género transportado y que constató el Comisariado Español Marítimo en el reconocimiento del mismo que llevó a cabo el 4 de octubre de 1983: si el vicio propio de la mercancia por su

deficiente manipulación y envasado en la fábrica, como sostienen las entidades codemandadas, o bien la permanencia del contenedor a la intemperie durante 19 días en el recinto aduanero del puerto arribo hasta que fué puesto a disposición del consignatario, D.D.A.G., que giraba bajo el nombre comercial de Distribuciones San Isidoro; controversia que ha de resolverse en este último sentido, valorando el conjunto de la prueba practicada, dado que, en principio, cabe presumir que la mercancia fué entregada a la porteadora en buen estado máxime cuando otras partidas de las mismas clases de mermelada que fueran suministradas por la demandante a diversos clientes de Mallorca en esa época -finales del mes de agosto de 1983-, resultaron de buena calidad (folios 88, 89, 96 y 97); que es hecho admitido por todos los litigantes que el contenedor fué descargado en el muelle del puerto de Sta. Cruz de Tenerife el 9 de septiembre de 1983, y que la fecha del levante fué el 27 de septiembre y que, en fin, la media de las temperaturas máximas registradas en el observatorio Meteorológico de dicha capital a lo largo de esos 19 días fué de 28, 6 grados centígrados, habiéndose alcanzado las más altas los dias 27, 26 y 27 con 34, 37 y 36,2 grados, respectivamente, (folios 108 y 109), por lo que, si se observa que el producto dañado no se presentaba para su comercialización envasado al vacio en recipientes de cierre absolutamente hermético, sino en tarrinas de 20 gramos, de peso cada una en las que, como es notorio, la mermelada se encuentra mucho menos protegida frente a la acción de los agentes exteriores -factor que, al parecer, las pericias no tienen en cuenta-, no es de extrañar que el fuerte calor que lógicamente debió de existir durante las horas diurnas en el interior del contenedor diera lugar al reblandecimiento y rotura de varios de los envases y a un proceso de fermentación de la materia orgánica que, de otro modo, no se habria producido, con el resultado que el certificado de averias nº 304.213 detalla, como la compañía Aseguradora reconoció en parte al manifestar en su carta fechada a 23 de agosto de 1984, en la que comunicó a la actora su rechazo al hacerse cargo del siniestro, que las averias no habian tenido origen en "el curso del transporte y sí durante su estancia en el recinto aduanero debido a la alta temperatura que tuvo que soportar la mercancia durante casi veinte dias (folio 21).

SEGUNDO: La defensa de la naviera frente a la demanda se ha centrado, fundamentalmente, en sostener que sus obligaciones como porteadora terminaron con la descarga del contenedor en el muelle del puerto de destino y que no era a ella, sino al receptor, a quien incumbia gestionar el despacho de la mercancia en la Aduana, de modo que, concluye no se le puede imputar responsabilidad por las consecuencias derivadas de la indudable demora habida en su levante; argumentación no atendible, por cuanto que, a falta en el conocimiento de embarque, que es el titulo que fija los derechos y obligaciones del naviero, del capitán y del flotador en orden a la carga (artículo 653 del C. de Comercio) de toda mención especificativa de la modalidad del servicio a realizar contratado, si la puerta a puerta, que alega la actora o la de muelle a muelle, como sustenta la demandada, es forzoso estar, en su defecto, a lo que dispone el párrafo 1º del artículo 625 del Código Mercantil en el sentido de que el capitán, "así que llegue al puerto de su destino, obtenga el permiso necesario de las oficinas de Sanidad y Aduanas y cumpla las demás formalidades que los Reglamentos de la Administración exijan, hará entrega del cargamento, sin desfalco, a los consignatarios", de donde se sigue, en el caso de autos, que ésta última solo tuvo efecto el 27 de septiembre de 1983 y, por tanto, que hasta entonces la naviera, de conformidad a los artículos 587 y 618 nº 1 del citado Código, responde por los daños que sobrevinieron al cargamento a no probar que los mismos fueron causados por fuerza mayor (artículo 620), precepto que se acomoda a la regla del artículo 1183 del Código Civil que establece con carácter general que siempre que la cosa se huebiere perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, siendo de notar, para corroboración de lo expuesto, que: a) informa el titular de la Agencia de Aduanas al folio 139, que recibió la documentación oportuna de las oficinas de la compañía Tinerfeña Marítima de

Consignaciones y que, tras despachar de Adunas y de la Junta Interprovincial de Arbitrios Insulares la mercancia, entregó los documentos a "la compañía anteriormente citada, Tinerfeña marítima de consignaciones, para que procediera a levantar la misma y su entrega a Distribuciones San Isidro", y b) manifiestan los testigos, uno de los cuales es el propio receptor, que hasta el 26 de septiembre no se pasó aviso de la llegada de la mercancía y que el siguiente dia 27 se efectuó su retirada (preguntas 6ª y 7ª -folio 107-), sin que se haya procurado justificar, en absoluto, ni en nombre de quien medió aquella entidad, ni tampoco que se hubiera dado noticia al consignatario del arribo del género transportado en fecha anterior a la que declara; ello no obstante, la pretensión que la actora deduce contra la naviera no puede prosperar, habida cuenta que, como resulta del nº 2 del artículo 952 del Código de Comercio, constituye presupuesto para el ejercicio de las acciones para obtener indemnización por daños o faltas del cargamento en los transportes marítimos o terrestres, el de que, al tiempo de la entrega de la expedición, o dentro de las 24 horas siguientes, cuando se trate dedaños que no aparezcan al exterior de los bultos recibidos, se formalicen las correspondientes protestas o reservas, las cuales consisten, conforme señala el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 24 de mayo de 1956 y 31 de enero de 1984, en una declaración que se hace cerca de la persona o entidad contra la que se proponga reclamar quién la efectúe, manifestando su propósito de llevar a cabo el acto del que derivve la posible reclamación, mientras que, en el supuesto de la litis, habiéndose hecho cargo de la mercancía el consignatario el 27 de septiembre y habiéndose percatado, inclusive, de su deficiente estado, como demuestra que el 30 de septiembre la entidad cargadora ya participó por escrito a la aseguradora el hecho de la pérdida (folio 85), ocurre que hasta el 4 de octubre no se procedió por el Comisariado Marítimo Español a la inspección de los daños (folio 15), lo que, además, realizó al sólo requerimiento del receptor, en el almacén de éste sito en Guajara - La Laguna y sin comunicación ni intervención de la porteadora, a la que únicamente más tarde, fuera, pues claramente del momento dispuesto por la ley para que se exteriorice la volundad de exigir la responsabilidad al resarcimiento pertinenete, se dirigió reclamación por causa de la averia y ello porque el inspector del Comisariado indicó que existía obligación de hacerlo (folio 140), de tal suerte que el incumplimiento de aquella carga legal determina el decaimiento el derecho a accionar contra la porteadora (Sentencia 24-febrero-1978), efecto que puede ser apreciado, aún sin expresa alegaión de parte, sin incurrir en vicio de incongruencia, según entiende la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 3 de enero de 1984; pero es que, además, si se considera que el plazo de 1 año para el ejercicio de la acción que establece el mencionado artículo 952 nº 2 del C. Mercantil no es de prescripción, sino de caducidad, como en algunas ocasiones ha interpretado el Tribunal Supremo (así Sentencias 16 - marzo - 1961 y 25 - junio - 1985, entre otras), con la secuela de que su transcurso sea controlable de oficio (Sentencias 30 - diciembre -1982, 28 - enero, 8 - noviembre - 1983, etc.), también por este motivo procedería el rechazo de la pretensión, ya que la demanda fué presentada el 10 de enero de 1985 en tanto que la entrega del cargamento dañado tuvo lugar, como antes se ha dicho, el 27 de septiembre de 1983.

TERCERO: Por lo que respecta a la acción que la actora deduce contra la codemandada Banco Vitalicio de España S.A. con base en el contrato de seguro concertado en régimen de condiciones amplias entre ambas partes en la modalidad de "almacén-almacén", la cual implica que la cobertura toma efecto desde el momento en que las mercancias dejan el almacén citado en la póliza para comienzo del viaje, continúa durante el curso ordinario del mismo y finaliza a la entrega de la mercancia asegurada en el almacén de los receptores, a tenor de la claúsula particular 9ª de la póliza suscrita, las alegaciones opuestas por la aseguradora y consistentes en que las causas del siniestro están expresamente excluidas del ámbito del seguro, deben ser desestimadas, pues, sobre que no se ha justificado el contenido de las supuestas condiciones generales en que asientan, como tampoco que las mismas fueran conocidas por la otra contratante -cosa que ésta niega- y aceptadas por ella, es lo

cierto que ni se ha demostrado que el deterioro del producto alimenticio fuera debido a la naturaleza o vicio propio de la mercancía, según más arriba se indicó, ni cabe admitir que el contenedor escogido para el transporte fuese necesariamente inadecuado al no ser isotermo, ya que para llegar a tal conclusión hubiera sido menester acreditar que el daño se había producido en cualquier caso y por más que se hubiese empleado la normal diligencia requerible en la custodia del cargamento y en su entrega al receptor, probanza que no se ha hecho; sin embargo, la pretensión de la demandatente de que se la indemnice por el total valor de la mercancía remitida, sólo en parte merece ser estimada, puesto que, con arreglo al certificado de averías nº 304.213 expedido por el Comisariado Español marítimo, las cajas afectadas fueron sólo 779, conteniendo cada una 432 tarrinas de mermelada, frente a lo cual la recurrente a quien incumbe la carga de demostrar la realidad y extensión del siniestro, no ha probado la pérdida íntegra del envío, dado que el acta de inspección obrante al folio 19 está redactada en términos imprecisos y equívocos que hacen dudar de si alude a la global mercancía facturada o sólo a una parte de ella y que el Director de Fabricación, en carta dirigida a la aseguradora con fecha de 8 de junio de 1984, manifestó que no se reclamaban unas 1.000 cajas que se encontraban en aparente buen estado, por lo que debe limitarse el importe de la indemnización a la cantidad de 992.758 pesetas, precio que corresponde, de conformidad a la factura unida al folio 4 y el dictamen emitido por el perito Sr. Oliver (folio 81), a la mercancía realmente pérdida, a cuyo pago, previo parcial estimación del recurso y con revocación de la sentencia apelada, se condena a la aseguradora demandada, sin que, en virtud del principio "inilliquidis non fit mora", dicha suma devengue otros intereses que los que prescribe el artículo 921 de la Ley Procesal.

CUARTO: El parcial acogimiento de las pretensiones de la actora y recurrente y la fundamentación expuesta en el precedente apartado 2º de la presente resolución excluyen que se condene a cualquiera de las litigantes al pago de las costas producidas en ambas instancias en aplicación de lo que establecen los artículos 523 párrafo 1º y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: 1º) Dando lugar en parte al recurso de apelación que interpone Indrustria Conservera Mallorquina S.a. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el dos de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, se confirman en parte y en parte se revocan los pronunciamientos de dicha resolución, y, en su consecuencia,

2º) Estimando parcialmente la demanda deducida por la apelante contra Banco Vitalicio de España, S.A. de Seguros, se condena a la dicha demandada a que satisfaga a la actora la cantidad de novecientas noventa y dos mil setecientas cincuenta y ocho pesetas (992.758 ptas.) con más los intereses que prescribe el artículo 921 de la Ley Procesal desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago.

3º) Se desestiman las restantes pretensiones de la demanda, de las que se absuelve a las entidades demandadas. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

141

141. **CONTRATO DE COMPRAVENTA.** Resolución por incumplimiento. Requisitos. Verdadero y propio imcumplimiento: interpretación jurisprudencial. Falta de pago de la parte del precio aplazado: importancia cuantitativa y enorme quebranto causado en el equilibrio contractual. Voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento: la demuestra la misma inefectividad del precio, y el hecho de que parte apreciable de la cantidad cobrada lo fuera mediante actuación judicial. Valoración jurisprudencial de este requisito con pautas objetivas. Presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria, respecto de la venta de bienes inmuebles, de requerir judicial o notarialmente al comprador: valor de intimación al comprador para que se allane a la resolución de la obligación. Declaración de voluntad unilateral de carácter recepticio, que implica la necesidad que sea conocida por el comprador o, al menos, la posibilidad legal de que lo sea. Necesidad de cumplimiento de sus obligaciones por parte de quien ejercita la acción resolutoria: no obsta a ello el incumplimiento de obligaciones accesorias o de escasa entidad. Devolución de las cosas, objeto de contrato, con sus frutos y del precio en sus intereses. Conpensación, con parte del precio que los actores han de devolver por efecto de la resolución del contrato, de ciertas cantidades que satisficieron a terceros acreedores de los demandados: acción de reembolso dimanante del art. 1158 C. C. Derecho de resarcimiento de daños, ex art. 1124, al contratante perjudicado por el incumplimiento: daño emergente y lucro ceante. Nulidad de las actuaciones procesales relacionadas con determinada Entidad por falta de personalidad jurídica para ser legitimada pasivamente: falta de inscripción en el Registro Mercantil de la escritura constitutiva de la sociedad anónima: la falta de dicha inscripción no convierte a la sociedad anónima en figura societaria regular o irregular de otra clase, careciendo de capacidad para ser parte al no gozar por sí de personalidad jurídica. *Sentencia de 26 de mayo de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los que expresa la sentencia apelada en sus Considerandos 1° al 6° y 10° exclusivamente en lo que no resultan desvirtuados por los que a continuación se exponen, rechazándose los demás.

PRIMERO: Los recurrentes por via principal acusan a la sentencia que puso término a la primera instancia de los presentes y voluminosos autos, de incurrir en vicio de incongruencia por "extra petita" en razón de que declara la nulidad de los actos procesales verificados en nombre de la entidad Cono S.A. -contra la que se dirigió la demanda "para el solo caso de que fuera inscrita en el Registro Mercantil"-, a pesar de que ninguno de los litigantes solicitó se efectuara ese pronunciamiento en los escritos fundamentales del pleito.

Cierto es, sin embargo, que, como está repetidamente reconocido por los contendientes y ponen de manifiesto las diversas certificaciones del Registro que obran a los folios 106, 1205, 1206, 1763, 1910 y 209, éste del rollo de apelación, la escritura constitutiva de la sociedad anónima de nombre Cono, que fué otorgada el 17 de mayo de 1977, no ha sido inscrita en el Registro Mercantil, de modo que es llano que, siendo dicha inscripción requisito esencial imprescindible para que la sociedad adquiera personalidad jurídica como tal, de conformidad con lo que establecen los artículos 6 y 9 de la Ley de Sociedades Anónimas, Cono S.A., persona jurídica inexistente (artículos 35 nº 2, 36 y 38 párrafo 1º del Código Civil) carece de aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y, entre ellos, los inherentes a la relación jurídico-procesal y, en suma, de capacidad para ser parte, no obstante lo cual el 25 de Septiembre de 1979 y en respuesta al llamamiento realizado por la demanda, se la tuvo por comparecida y parte en el litigio merced a la escritura de apoderamiento otorgada el 13 de octubre de 1973 por la codemandada, Dª M.A.V.E., en calidad de Consejero-Delegado y en nombre y representación de la entidad mercantil referida, en la que se afirmaba con mendacidad que la escritura de fundación estaba "debidamente inscrita en el Registro Mercantil de esta Provincia de Baleares" (folios 225 a 227); el hecho de que algunos -no todos- de los sucesivos trámites procesales hayan sido luego evacuados en nombre de la Compañía Irregular Cono S.A. o locuciones parecidas, no elude las consecuencias que derivan de su ausencia de personalidad, por cuanto que, no sólo con ello se varía el título por el que el supuesto ente fué vocado al litigio y con arreglo al cual fué admitida su comparecencia, sino además es doctrina del Tribunal Supremo, que exponen las sentencias de 9 de marzo de 1981 y 13 de febrero de 1985, la de que en nuestro ordenamiento positivo no es admisible la figura de la sociedad anónima irregular y que la falta de inscripción registral no convierte la sociedad anónima en curso de fundación en sociedad civil dotada de personalidad, ni da paso a una figura societaria regular o irregular o de otra clase, debiendo aplicarse en todo su alcance la normativa de la Ley de 17 de Julio de 1951, a lo cual cabe añadir, por último, que la opinión mayoritaria considera inclusive que las sociedades irregulares o de hecho carecen de capacidad para ser parte al no gozar de verdadera personalidad independiente de la de sus socios y si bien en ocasiones el Tribunal Supremo ha sustentado criterio opuesto (Sentencias de 8 de febrero de 1960, 6 de abril de 1961 y 16 de abril de 1980) ha sido siempre en aras de la seguridad del tráfico y con relación a terceros, lo que no es el caso de autos, donde se discuten fundamentalmente los efectos "inter partes" de determinada relación contractual de compraventa en la que la creación de la sociedad finalmente no constituida se inserta como simple medio instrumental para la consecución de los objetivos negociales propuestos por los contratantes; y aunque en nuestro Derecho el Juzgador no ostenta facultades para apreciar de oficio las deficiencias que afecten a los presupuestos procesales relativos a los litigantes, sino que permanece vinculado a la iniciativa de éstos, y aún cuando la providencia de 25 de septiembre de 1979 no fué recurrida, es de ver que en el escrito de réplica los actores, como también más tarde al concluir, denunciaron, bien que sin la deseable claridad y precisión técnica pero indubitadamente y aún sin deducir en aquel entonces expreso pedimento concreto en el suplico, la inexistencia de Cono S.A. y su falta de personalidad (folios 738 a 740), lo que suministra base para efectuar el pronunciamiento atacado, que no reviste, por demás, trascendencia procesal imputable a Cono S.A. ha sido realizada inescindiblemente y bajo la misma dirección y representación por la Sra. V.E. como persona física, sujeto de derecho dotado de capacidad jurídica y de obrar indiscutible e indiscutida y, consecuentemente, con plena aptitud para llevar a cabo actos procesales válidos y eficaces según la naturaleza y función de cada uno.

SEGUNDO. Abandonadas explícitamente en esta alzada por los apelantes las excepciones que articularon en la primera instancia en relación a la supuesta falta de legitimación pasiva de que adolecería Biniorella S.A. y a la defectuosa integración del contradictorio por no haber sido demandadas las personas que concurrieron a otorgar la escritura consti-

tutiva de Cono S.A. en la precisa calidad de socios por más que si están todos en el proceso y que fueron rechazadas con acierto por la sentencia recurrida, debe también desestimarse la alegada falta de legitimación activa de la Sra. G. para deducir pretensiones afectantes a la repetida y nonata entidad mercantil, dado que, si el Hotel Dulce Francia pertenecía a la sociedad conyugal de gananciales y por ello hubo de intervenir la actora en el acto fundacional al objeto de prestar su consentimiento para que el marido pudiera aportar a la sociedad anónima prevista, claro es que la demandante tiene interés personal y directo y dispone de acción para postular que el contrato societario es nulo, ya por simulación, ya por el juego de la resolución de la compraventa antecedente -así se dice en el apartado 3º de la súplica del escrito de demanda-, o bien por infracción de normas legales imperativas y, consiguientemente, que asismismo lo es la aportación del referido inmueble; además de que ahora el tema ha devenido irrelevante por cuanto que la sentencia apelada se manifestó en el sentido de repeler tales peticiones sobre la base de un argumento -Considerando Séptimo- que, desde luego, esta Sala no comparte, pero frente al cual los actores se han aquietado, puesto que no han extendido su impugnación adhesiva a tal extremo, de modo que el pronunciamiento absolutorio correspondiente ha ganado la condición de firme; con lo cual es factible entrar ya en el examen de la capital cuestión de fondo controvertida y que estribaen determinar si se reúnen los requisitos necesarios para declarar judicialmente resuelto el contrato de compraventa del Hotel Dulce Francia que el 29 de marzo de 1977 concertaron, de una parte y en calidad de vendedores, los esposos D.A.F. y Dª R.A.G., y, de otra, Dª. Mª.M.A.V.E., actuando ésta en su propio nombre y personal derecho y, además, en su condición de administradora única de la entidad Biniorella S.A.

TERCERO. Sostienen los recurrentes, en primer término, que el achacado incumplimiento por la Sra. V.E. las obligaciones convencionalmente asumidas no es grave, ni tiene entidad suficiente que justifique la siempre rigurosa y excepcional sanción de resolver el contrato. Ciertamente tiene declarado al respecto el Tribunal Supremo con reiteración que el éxito de la acción resolutoria que concede el artículo 1124 del Código Civil en caso de obligaciones recíprocas con fundamento último en el principio de equidad, exige que haya verdadero y propio incumplimiento por uno de los contratantes de la obligación que le incumbe (sentencias de 7 de febrero de 1972, 26 de diciembre de 1973, 24 de noviembre de 1976, 7 de febrero de 1978, etc.), sin que baste al efecto la inejecución de obligaciones accesorias o complementarias, pues debe recaer sobre las sustanciales (sentencias de 4 de octubre y 25 de noviembre de 1983), no pudiendo tampoco invocarse el simple retraso en la efectividad de la prestación debida, a no ser que el plazo fijado tenga carácter esencial sino que la falta de cumplimiento ha de ser grave y de tal importancia que impida la satisfacción económica de los contratantes, hasta el punto de obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte (sentencias de 27 de octubre de 1981, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero y 7 de marzo de 1983, 20 de noviembre de 1984, 22 de marzo y 25 de junio de 1985, etc.). Con arreglo a esta doctrina, de todos los múltiples y variados hechos que los actores califican de incumplimientos imputables a la compradora, el único con virtualidad resolutoria del vínculo es la falta de pago de la parte de precio que se dejó aplazado, pues los demás, o no se trata de obligaciones estipuladas en el contrato, o, si lo son, poseen naturaleza claramente secundaria y ajena al núcleo básico del contenido negocial, integrado por el entrecruce de las prestaciones cosa-precio, por lo que la comprobación de si concurre el mencionado requisito de la acción que actúa la demanda, impone determinar el grado en que la compradora realizó la prestación pecuniaria a cuya entrega, en correspondencia a la adquisición del hotel, se había comprometido (artículo 1500 párrafo 1º del Código Civil). Y siendo así que el precio de compra que se pactó era de 28 millones de ptas., de las cuales 8 fueron abonados a la firma del contrato, tal como está reconocido por los litigantes , (importando poco a efectos de esta litis y dentro de la relación comprador-vendedor, cómo ni de donde o de quien obtuvo la Sra. V.E. el dinero preciso para efectuar

ese pago que únicamente a ella incumbía hacer, dado que el Sr. H. es un tercero por completo extraño (artículo 1257, párrafo 1º del Código Civil) al ámbito de la compraventa discutida), en tanto que los 20 millones restantes habían de satisfacerse del siguiente modo: a) 12 mediante la subrogación de la compradora en las obligaciones derivadas de un préstamo por ese importe que los vendedores habían obtenido el 20 de diciembre de 1976 del Banco Hipotecario de España S.A. a reintegrar, con garantía de hipoteca constituida sobre el inmueble objeto de la venta, con más de un interés anual del 11,50% y un 0,20% de comisión por servicios generales, por medio de 16 amortizaciones semestrales a razón de 1.175.224 ptas. cada una, pagaderas los días 31 de marzo y 30 de septiembre de cada año con inicio en 1977 (folios 1361 a 1383 y 1419 y 1420); b) 2 millones mediante la atención de tres letras de cambio con vencimiento los días 28, 29 y 30 de junio de 1977 e importe de 500.000, 1.000.000 y 500.000 ptas. respectivamente; y c) los 6 millones restantes, incrementados en 360.000 ptas. en concepto de intereses fijos convenidos, cada una y vencimiento el día 15 de los meses de mayo a septiembre de 1977, 19 letras por importe de 250.000 a pagar también el día 15 de los sucesivos meses entre octubre de 1977 y abril de 1979 y, por último, otras 19 letras con un nominal de 15.000 ptas. cada efecto e idéntico vencimiento que las anteriores y que los demandantes entregaron a D. Pedro Marí, Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para pago de la comisión devengada a favor de éste por la interposición de sus servicios en la celebración del contrato, (folio 12), resulta que de las alegaciones efectuadas por los contendientes y de los elementos probatorios traídos al proceso aparece acreditado el grado de ejecución siguiente: 1) la cambial que venció el 28 de junio de 1977 no puede reputarse satisfecha, toda vez que son los acreedorees quienes la han aportado con el escrito de demanda en unión del acta de protesto (folios 28 a 30), ante lo cual no cabe admitir que se aplicara a su pago el importe del talón de 600.000 ptas. abonado en ventanilla el 9 de agosto de 1977 con cargo a la cuenta corriente nº 644 abierta a nombre de Biniorella S.A. en el Banco de Santander (folio 838), pues ninguna prueba existe acerca de la identidad de su perceptor, las cifras de ambos títulos-valores no son coincidentes y los talones que otras veces la recurrente utilizó para pagar a los vendedores iban extendidos en forma nominativa y no al portador (folios 1022 y 1059); 2) la letra de 1.000.000 ptas. y vencimiento el 29 de junio de 1977 fué liquidada el 19 de mayo de 1978 mediante compensación con otros créditos a favor de la Sra. V.E., según resulta de los documentos obrantes a los folios 294 y 298 y 300; 3) la cambial con vencimiento el 30 de junio de 1977, así como las tres que lo hicieron en los meses de julio, agosto y septiembre de idéntica anualidad están satisfechas, tal como admiten los actores en sus escritos fundamentales y evidencian, en cuanto a aquélla, los folios 292, 293 y 1059; 4) las letras de 15 de mayo (a cuenta de la cual el 8 de junio la compradora transfirió al Sr. F., la suma de 175.000 ptas -folios 285 y 838- y 15 de junio de 1977 no fueron atendidas a su debido tiempo, si bien los vendedores, a través de su hijo D.J.F.G., reclamaron su íntegro, importe de la Sra. V.E. -sin descontar la cantidad percibida de que se ha hecho mención- en el juicio ejecutivo nº 1531/77 del Juzgado de Primera instancia número dos de esta ciudad, en el que recayó sentencia con fecha de 13 de abril de 1978 condenatoria de la demandada, quien el 28 de julio siguiente entregó al Procurador del ejecutante la cantidad de 695.998 ptas. para cubrir el capital y las costas correspondientes a dicho litigio (folios 27, 304 a 321, 1109 a 1124 y 37 del rollo de apelación); 5) Tampoco resultaron pagadas a sus respectivos vencimientos las cambiales de 250.000 ptas. correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 1977 y de enero y febrero de 1978, cuyo total importe el matrimonio F. exigió, de nuevo con la mediación de su hijo, en el juicio ejecutivo nº 435/78 de los del mismo Juzgado de Primera instancia, el cual el 29 de mayo de 1978 dictó sentencia de remate, ordenando seguir la ejecución despachada contra la Sra. V.E. por la cantidad de 1.004.565 ptas.; posteriormente el 20 de junio de 1978 dicha Sra. abonó a cuenta de esa deuda la esclusiva suma de 200.000 ptas. por medio de talón contra el Banco Comercial de Cataluña que entregó al Procurador del Sr. Ferrá (folios 339, 1256 y 1343 a 1348), pero no mas dinero, pues aunque el 11 de octubre si-

guiente satisfizo al mismo procurador otras 256.859 ptas., ello fué, según expresa el justificante que le dió el Sr. N. (folio 338 y 1256), para cubrir el importe de "total costas y derechos habidos en el juicio ejecutivo nº 435/78 promovidos por el Sr. F., por lo que no puede ahora pretender que se impute tal abono a la extinción del precio de compra adecuado, ya que el párrafo 2º del artículo 1172 del Código dispone que si el deudor aceptase del acreedor un recibo en que se hiciere aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato; 6) de la cambial con vencimiento el 15 de diciembre de 1977 la parte recurrente pagó sólo 12.224 ptas. el dia 19 de mayo de 1978, conforme acredita el recibo firmado por D.A.F. que consta al folio 299 de las actuaciones más no ha demostrado la entrega de la cantidad que falta hasta llegar al nominal de la letra, que obraba por contra en poder de los vendedores al iniciarse el litigio (folio 31); 7) no se ha negado que la Sra. V.E. pagara la suma de 285.000 ptas. representada en las 19 letras de cambio por importe de 15.000 ptas. que el Sr. F. dió a D.P.M; 8) es hecho admitido por todos los litigantes que la compradora no ha satisfecho ninguna de las restantes letras que aceptó en ejecución del contrato de compraventa; y 9) en cuanto a la devolución del préstamo hipotecario, la Sra. V.E. abonó el 16 de abril de 1977 (folio 766) 621.,318 ptas., que era la parte del primer plazo de reintegro que le correspondía satisfacer, atendida la fecha en que se concluyó la compra, pero después únicamente volvió a pagar a ese fin la cantidad de 1.175.224 ptas. por medio de transferencia efectuada el 11 de abril de 1978 por el Banco de Vizcaya con cargo a la cuenta corriente de Biniorella S.A. -Hotel Los Leones- a favor del Banco Hipotecario, el que aplicó el dinero a cubrir la amortización correspondiente al segundo semestre de 1977, y no al cronológicamente sucesivo, como afirma la apelante al objeto de probar que pagó los dos, -el primero mediante entrega en metalico al Sr. F, según se ha dicho por vez primera en conclusiones, pero cuya realidad en absoluto se ha justificado- y así lo ponen de manifiesto el contenido de los folios 282 y 284, la carta que el 8 de enero de 1979 remitió la entidad prestamista al Sr. Ferrá (folio 107), los recibos unidos a los folios 1431 y 1432, de los que se desprende que el primer semestre de 1978 sólo quedó liquidado el 20 de julio de 1979 y que el principal del plazo había sido pagado el 13 de diciembre de 1978, esto es, cuando la Sra. V.E. ya había sido declarada en quiebra, y, en fin, la comunicación del Banco Hipotecario expresiva de las sumas abonadas y las pendientes de hacerlo que aparece al folio 73 del rollo de apelación. De todo lo cual se infiere que de la parte de precio aplazado que los vendedores tenían que cobrar directamente, con arreglo a lo estipulado, de la compradora, la Sra. V.E. sólo ha demostrado que pagó 3.212.224 ptas., por lo que el 12 de septiembre de 1978, fecha en que los actores practicaron el primero de los dos requerimientos resolutorios que llevaron a efecto, la porción no satisfecha del total que había vencido para aquel entonces (6.075.000 ptas.) era de 2.862.776 ptas., lo que representa un porcentaje del 47'12% que, si se efectúa el cálculo con referencia al 13 de febrero de 1979, dia del segundo de los requerimientos, se eleva ya al 56,14% por ascender la deuda vencida en ese instante a 7.325.000 ptas. y, consiguientemente, la parte impagada a 4.112.776, siendo de resaltar a mayor abundamiento probatorio que el 10 de octubre de 1978 la Sra.V.E. vendió el Hotel Dulce Francia a la entidad mercantil Inversora Tamarindo S.A. por medio de documento privado que aparece a los folios 260 a 263 de las actuaciones y que en el apartado D) del expositivo de dicho contrato la vendedora manifestó que adeudaba a los consortes Srs. F. la suma de 3 millones de pesetas, en letras ya vencidas y 2 millones más con vencimientos futuros aproximadamente; y si a esto se añade que la repetida Sra. V.E. abonó el plazo de amortización del préstamo hipotecario correspondiente al segundo semestre de 1977 con mucho retraso, dando motivo con ello a que el débito se incrementara a razón de un interés de demora del 13% anual y de una comisión del 0'5% trimestral (folios 1370 y 1371) y que no atendió el plazo siguiente, posibilitando que la entidad acreedora pudiera proceder a realizar la garantía hipotecaria para cobro de su crédito, con peligro para los vendedores de perder la cosa vendida y el precio de venta, máxime al ser la compradora persona de nacionalidad extranjera, la entidad

cuantitativa y la importancia del incumplimiento en que incurrió la ahora recurrente así como el quebranto que causó en el equilibrio contractual con neto perjuicio para la otra parte, es patente que no puede discutirse.

CUARTO. También aducen los apelantes la falta de otro de los requisitos que, con arreglo a doctrina jurisprudencial expuesta en multitud de sentencias de innecesaria cita, es indispensable para que proceda la resolución de la compra-venta de bienes inmuebles y que viene constituido por la existencia en el comprador de, según frase acuñada, una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación principal de pagar el precio argumentado a tal efecto que la Sra. V.E. nunca careció del propósito de cumplir, pero que en unas ocasiones se vió imposibilitada de pagar y en otras los compradores no aceptaron sus ofrecimientos; alegaciones merecedoras de repulsa, por cuanto que: a) la concurrencia de ese presupuesto de la acción resolutoria se encuentra en principio demostrado por el hecho mismo de la inefectividad del precio, a pesar de la facilidad que el aplazamiento comporta, denotador de la evidencia de una voluntad incumplidora en tanto no se aleguen y prueben circunstancias demostrativas de que al adquiriente no le es reprochable la falta de prestación (sentencias de 19 de mayo de 1981, 25 de mayo de 1984, 29 de abril, 19 de junio y 18 de octubre de 1985 entre las más recientes); b) parte apreciable del dinero que los vendedores lograron cobrar, fué obtenida merced a la promoción de sendos juicios ejecutivos y, como señalan las sentencias del Tribunas Supremo de 18 de noviembre de 1983, 23 de enero de 1984 y 1 de febrero de 1985, la percepción de cantidades mediante la actuación judicial no es muestra de cumplimiento voluntario y purgativo; c) los intentos del deudor para pagar, posteriores a la práctica del requerimiento judicial o notarial dispuesto por el artículo 1504 del Código Civil, no enervan la eficacia de la facultad de resolver potestativamente el contrato que asiste al vendedor, pues -y así lo declaran las sentencias de 3 de diciembre de 1982 y 10 de enero de 1985- ésto viene vedado por el hecho de que, cumplido el requerimiento de resolución que el meritado artículo 1504 establece, carece ya de valor el vínculo jurídico contractual resuelto, sin posibilidad de nuevo término, como lo está poniendo de manifiesto que, según previene el párrafo final de aquel precepto legal, ni el propio Juez podrá conceder nuevo término de cumplimiento, lo que determina la ineficacia de los ofrecimientos realizados por la Sra. V.E. después del 12 de Septiembre de 1978 de satisfacer al Procurador Sr.N.R. cantidades a cuenta del importe de las cantidades objeto del juicio ejecutivo nº 435/78 y que el causídico, siguiendo las expresas ordenes de su cliente, rechazó (folios 400 y 37 del rollo de apelación), así como también la de la consignación intentada -una vez planteada ya la demanda instauradora de la presente litis el 17 de mayo de 1979 en el citado proceso (folio 341) y la del compromiso de hacer el 30 de mayo siguiente ante Notario íntegro y cabal pago a los actores de su crédito (folio 184) -oferta que, por otro lado, no fué seguida de la consignación judicial anunciada para el caso de que no quisieran comparecer a recibirlo, como en efecto sucedió-; y aún cuando el 11 de octubre de 1978 el Sr.N. admitió a la Sra.V.E. la cifra de 256.859 ptas., ello no priva de virtualidad al requerimiento antecedente en orden a covertir en judicialmente inutiles las tardías y extemporáneas tentativas de cumplir, dado que, de una parte y como más arriba se advirtió, la suma fué imputada a cubrir las costas procesales, o sea, deuda diferente, mientras que, de otra, aunque así no hubiera sido, se trataría en cualquier caso de una actuación del mandatario no vinculante para su mandante de conformidad al párrafo 2º del artículo 1727 del Código Civil habida cuenta de que el 27 de septiembre anterior el Sr.F.B. -reconocido testafero de sus padres- había cursado al Procurador instrucciones por escrito de que se abstuviera de "recibir cantidad alguna de la parte demandada como pagos a cuenta del capital reclamado" (folio 189 del rollo); d) cierto es que, como han invocado los recurrentes, la voluntad deliberadamente rebelde necesaria para decretar la resolución queda excluída en los supuestos en que no se cumplió por existir una imposibilidad física o jurídica para hacerlo (sentencias de 24 de junio de 1968, 7 de marzo de 1983), pero no lo es menos que en

el caso de autos no cabe apreciar circunstancia ninguna, extrña al actuar de la compraventa, obstativa a la ejecución por ésta de la prestación de dar a que se había obligado, pues, aunque fuere verdad -lo que en absoluto está acreditado, revelando el contenido de los folios 675 a 679 más bien lo contrario- que los vendedores no quisieron cobrar el importe de las letras que vencieron a partir del mes de marzo de 1978, nada impedía a la Sra. V.E. consignar las correspondientes cantidades, que es el medio que permite al deudor librarse de responsabilidad cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago (artículo 1176 del Código Civil), de una parte, y, de otra, la constitución de la compradora en estado de quiebra necesaria producida a instancia de un tercer acreedor por completo ajeno a la esfera contractual debatida y a esta litis y su consiguientes inhabilitación para la administración de sus bienes y, por tanto, para efectuar pagos (artículo 878 de Código de Comercio), ninguna incidencia exculpatoria puede obviamente tener, por cuanto que la declaración judicial recayó el 7 de octubre de 1978 (folio 480), esto es, varios dias más tarde de que los vendedores ya hubieran manifestado en forma fehaciente y por causa de los incumplimientos anteriores su intención de resolver el vínculo contractual; y e) en último extremo el respecto que merecen la fuerza vinculante de las obligaciones contraídas por propia y libre voluntad (artículo 1091 del Código Civil), la seguridad del tráfico jurídico y la buena fé aconseja dispensar idéntico trato protector al contratante que cumple frente al que no, tanto si el incumplimiento de éste responde al claro y decidido propósito de eludir la realización de lo prometido, como si es mera consecuencia de una incapacidad para cumplir derivada de haber contratado arriesgadamente, sin la previsión de contar con los medios precisos para afrontar las obligaciones que nacen del negocio, cual habría sido, en la más favorable de las interpretaciones, la situación de la Sra. V.E. quien, conforme parece desprenderse de los autos, compró en la esperanza de pagar el precio con el dinero que le diera el Sr. H. y los beneficios que reportara la explotación del Hotel adquirido, fundamentalmente; en similar sentido la más moderna jurisprudencia se encamina hacia pautas de valoración de aquel tradicional requisito cada vez más objetivas, rehuyendo entrar a discernir grados de voluntariedad, y así la sentencia de 18 de noviembre de 1983 niega que la voluntad rebelde equivalga al dolo, afirmando que "lo que se precisa para sancionar judicialmente la resolución de la parte es la apreciación de una conducta contractual renuente que produzca un verdadero incumplimiento en el sentido de frustrar la legítima expectativa de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato inscrito en la causa" y fla e 31 de mayo de 1985 - que rechaza pueda ser motivo justificativo del impago la fuerte crisis economica del sector- sostiene que no es "menester indagar si concurre un especifico elemento volitivo dirigido a vulnerar la obligación asumida, sino que basta la incuestionable realidad de un incumplimiento sustancias no provocado por el acreedor que lógicamente revela una actitud de menosprecio a lo convenido".

QUINTO. Sabido es que el artículo 1504 del Código Civil introduce, para la venta de bienes inmuebles una particularidad respecto de los requisitos que con carácter general se exigen para el ejercicio de la facultad resolutoria en las obligaciones bilaterales y que consiste en que el comprador goza del beneficio de poder pagar, aún a pesar de la expiración del término convenido para hacerlo, en tanto no haya sido requerido por el vendedor judicialmente o por acta notarial, si bien después el Juez no podrá ya concederle nuevo término, como en los demas casos autoriza a señalar el párrafo 3º del artículo 1124, mediando causas justificadas; dicho requerimiento, conforme doctrina jurisprudencial reiteradisima (sentencias de 23 de mayo de 1981, 29 de noviembre de 1982, 25 de enero y 1 de febrero de 1985, entre las más recientes), no se refiere al pago del precio pactado, sino que tiene el valor de una institución dirigida al comprador para que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinguirla, revistiendo por tanto la naturaleza de una declaración de voluntad unilateral de carácter recepticio, que implica la necesidad de que sea conocida por el comprador o que exista, cuando menos, la posibilidad legal de que

lo sea (sentencia de 27 de mayo de 1985), para que surta la eficacia pretendida. Niegan los recurrentes que la tengan los requerimientos notariales practicados por los actores el 12 de septiembre de 1978 (folios 128 a 132) y el 13 de febrero de 1979 (folios 140 a 142), porque, aseveran, ni uno ni otro llegó a noticia de la Sra. V. E.; sin embargo, habida cuenta las considerables dificultades que ofrecía la localización de dicha demandada, de lo que hay sobradas muestras a lo largo del presente litigio (folios 190 a 194, 899, 1512, 1517 a 1526, 1556), y puesto que la virtualidad jurídica de las actos de comunicación no puede quedar abandonada a que el capricho del destinatario se preste o no a recibirlos, los dos requerimientos han de reputarse correctamente realizados y plenamente aptos, por ende, para llenar el requisito singular de que se trata, dado que: a) el requerimiento de fecha 12 de septiembre de 1978 se llevó a cabo en lugar donde era razonablemente presumible que, o podría encontrarse a la misma compradora, o la notificación habría de llegar a su conocimiento, ya que la propia Sra. V. E. reconoce al contestar la demanda (folio 480) que el Hotel Dulce Francia permaneció abierto y en explotación hasta que el siguiente 7 de octubre se declaró el estado de quiebra; b) no es imprescindible para la validez de las notificaciones que la filigencia se entienda justamente con la persona a quien van dirigidas, pues prevéel artículo 202 del Reglamento Notarial en su párrafo primero que, en el caso de no encontrarla en el domicilio o sitio designado por el requirente, se harán por el Notario a cualquiera de las personas que encuentre en aquél y, en su defecto, al portero del inmueble o a un vecino cualquiera del mismo que se prestare a ello, y así el fedatario actuante, al no hallar en el Hotel a la compradora, practicó el requerimiento con el empleado de recepción, que dijo llamarse D. A.V.R., a quien entregó copia simple del acta e instruyó de sus derechos y obligaciones, sin que el Sr. V. se opusiera a hacerse cargo de la cédula, ni tampoco manifestara ignorar el paradero de quien por entonces regentaba el Hotel o cualquier otra circunstancia que le impidierta cumplir el encargo, que, no habiéndose probado lo contrario, ha de presumirse transmitido; c) el 13 de marzo de 1981 la Sra. V.E. indicó al Juzgado de Primera instancia que carecía en Palma de domicilio fijo, ya que vivía en hoteles, epro que, para ser localizada, desginaba el despacho de su Procurador D. F.M., "quien siempre sabrá donde se encuentra" (folio 1558), y fué precisamente en dicho lugar donde el 13 de febrero de 1979 se llevó a efecto el otro requeirmiento notarial al asegurar los requirentes que desconocían el paradero exacto de la compradora en aquellos momentos (folios 1185 a 1187); por otro lado y contrariamente a lo que se ha dicho en la alzada, Biniorella S.A. sí fué notificada de la opción que habían tomado los actores, pues que los dos instrumentos públicos de mérito iban dirigidos a la Sra. V.E. en su propio nombre y además en su calidad de administradora única del citdo ente mercantil, ello además de que tales requerimientos resultaban innecesarios por cuanto que Biniorella S.A. no intervino en la compraventa como compradora, ni tampoco era deudora principal de precio, sino mera avalista de las cambiales libradas para su pago; y como quiera que, en fin, el 12 de septiembre de 1978 los vendedores manifestaron con claridad, incondicionalidad y contundencia no empañadas por el contenido complejo que dieron al acto, que "ante el incumplimiento del contrato de referencia de manera reiterada, pertinaz y totalmente unilateral por la requeirda por sí y en la representación que ostenta, los requirentes desde este momento dan por totalmente resulto el contrato, asumiendo cuantas acciones les correspondan, así como las correspondientes a los daños y perjuicios de todo tipo que le han sido ocasionados", y que el 13 de febero siguiente volvieron a extgeriorizar idéntica voluntad de resolver con expresa cita de los artículos 1124 y 1504 del Código Civil, no cabe duda que se respetó lo establecido en este último precpeto, el cual en absoluto prohibe, como tampoco lo hace ningún otro, que se ejercite el derecho potestativo a promover la resolución del vínculo contractual antes de que haya vencido la totalidad de los plazos en que se fraccionó la entrega del precio, sino que hasta con que se produzca el impago en número y entidad suficientes para poner de manifiesto la existencia en el deudor de un voluntyad renuente al cumplimiento de la obligación contraida, aparte que, de entenderse dle modo que los apelantes propugnan, la so-

lución sería inequitativa e injustificadamente perjudicial para los legítimos intereses del vendedor, que se vería privado de la prestación esperada y, a la par, de la posibilidad de recuperar la cosa vendida en su intercambio.

SEXTO. Idéntido destino desestimatorio ha de correr el último de los argumentos empleados por los recurrentes para combatir los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia favorable a la resolución de la compraventa que la demanda postula, ya que, en efecto, constante jurisprudencia procalam (últimamente en sentencias de 7, 10 de febrero, 15 de octubre y 6 de noviembre de 1984, 12 y 22 de marzo y 17 de septiembre de 1985) que el éxito de la acción resolutoria que contempla el artículo 1504 del Código Civil reclama la concurrencia de los requisitios que son menester para el ejercicio de la del artículo 1124, entre los que se encuentra que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que contractualmente le incumben, pues no está legitimado para pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones; sin embargo, en lo que respecta al presente supuesto litigioso es de notar que: a) el incumplimiento que priva del derecho de resolver, ha de referirse a las prestaciones esenciales y no meramente a las secundarias o accesorias y además ser grave, en suma, debe ser también verdadero y propio y reunir las mismas notas que se predican del que otorga base para hacer uso de la facultad resolutoria, ya que así lo imponen la voluntaria posición de igualdad que asumen las partes en las obligaciones recíprocas y la equidad, por lo que, aunque en la claúsula cuarta del contrato se estipuló que la venta del hotel se entendía libre de cargas y gravámenes -a excepción de la hipoteca-, libre de arrendamiento, al corriente en el pago de las contribuciones y arbitrios, tanto estatales como municipales, y sin deuda alguna de Seguridad Social o a proveedores, derivadas de su anterior explotación, el hecho de que hubiera un débito de 748.037 ptas. para con la Seguridad Social pore razón de descubiertos en el pago de cuotas correspondientes a julio de 1976 a febrero de 1977 (folio 362), resulta manifiesto que no constituye incumplimiento obstativo a la resolución, ni por el carácter secundario del compromiso vulnerado, ni por su entidad, ni porque haya tenido en algún instante trascendencia limitativa de la disponibilidad y disfrute del Hotel por la compradora, quien, además, implícitamente admite que no pagó dicha deuda (folio 1635) -la cual continuaba subsistiendo el 12 de Junio de 1979, fecha en que se expidió la certificación obrante al folio 362- y cuyo importe tampoco repitye contra los vendedores; argumento aquel que resulta idénticamente aplicable a las restantes deudas que se afirma existían a consecuencia de la explotación del Hotel en la época que precedió a la venta; y b) si bien es cierto que no tiene derecho a pedir la resolución al contratante que incumple sus obligaciones, lo es también que el que las incumplió como consecuencia del incumplimeitno anterior del otro, conserva ese derecho, pues la conducta del que incumple primero es lo que motiva el derecho de resolución y le libera desde entonces de sus obligaciones (sentencias de 22 de marzo de 1950, 3 de diciembre de 1955, 20 de diciembre de 1975, 26 de octubre de 1978, 10 y 11 de mayo de 1979 y 10 de noviembre de 1981), de modo que, alzada por sentencia firme de fecha 22 de enero de 1979 la declaración que quiebra de Cono S.A. y de Dª. M.A.V.E. (folios 133 a 138 y 1386), el hecho de que luego en la fase de ejecución de tal sentencia regida por los artículos 1167 y 1131 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se reintegrara sencillamente el Hotel intervenido a la compradora en méritos del juicio universal, sino que fuera puesto a disposición de "los interesados en la entidad Cono S.A.", esto es, los Srs., F., V.E. y H., según acuerdo adoptado por el Juzgado de Primera instancia -y no a instancias de los aquí actores, sino del Sr. H. -mediante providencia dictada el 6 de febrero de 1979, que se lelvó a efecto el siguiente día 8 (folios 1387 a 1400) y, sobre todo, el que los demandantes se apropieran del inmueble el 18 de abril de 1979 en forma unilateral, violenta y sin género de duda censurable en tanto que via de hecho, expulsando del mismo a las personas que lo custodiaban y que eran empleados de la hoy recurrente (folios 1253 y 1254), ello después de haber interpuesto el anterior día 5 de abril (folio 173) la demanda instauradora de la actual litis, no son curcunstancias que,

por más que entrañen recuperación de la prestación entregada, impidan o enerven un derecho a resolver la relación contractual que ya había surgido por efecto de la persistente y grave conducta incumplidora mantenida previamente por la Sra. V.E. y que los vendedores habían ejercitado el 12 de Septiembre de 1978 y vuelto a reiterar el 13 de febrero de 1979; de todo lo cual se sigue la procedencia de confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto que, dando lugar al primero de los pedimentos que la demanda formula, declara resuleto el contrato de compraventa de constante mención con efectos retroactivos al momento de su firma, así como que deben los actores devolver a la demandada el precio pagado, continuando aquéllos en la posesión y dominio del hotel vendido, con el consigueinte reclazo en tal extremo de la apelación interpuesta por los recurrentes.

SEPTIMO. La sentencia apelada también establece, estimando, dice, la demanda reconvencional, que las cantidades que los actores deben reintegrar a la Sra. V.E. en concepto de parte de precio recibido a cuenta de la compraventa, han de incrementarse "con el interés legal correspondiente desde la interposición de la demanda reconvencional", entendiendo, con patente error, que el devengo de tales intereses y la condena a su pagoes factible merced a la existencia de reconvención, cuando, de una parte, lo cierto es que los reconvinientes, en coherencia con su psotura opuesta a la resolución, en momento alguno han solicitado que se les devuelva el precio satisfecho, de modo que el Juzgador, con arreglo al enfoque que adopta, vendría a incurrir en la incongruencia de dar lo que no se pide, y, de otra, ocurre que la reciproca restitución de las prestaciones entregadas es consecuencia natural de la ineficacia originaria o sobrevenida del contrato que deriva, no de la voluntad de los contratantes, sino de la ley, por cuyo motivo debe decretarse aún sin previa ptición de parte (Sentencias de 5 de mayo de 1980 y 22 de noviembre de 1983), pero que, además, en el caso de autos se encuentra postulada por los mismos actores en su escrito de demanda mediante pedimento que la sentencia recurrida acepta casi en su estricta literalidad; aquel pronunciamiento, sin embargo, es iompugnado por los demandantes en via de adhesión, alegando que el artículo 1123 del Código Civil, que regula los efectos que produce la resolución de las obligaciones de dar, no prescribe el pago de intereses y que el artículo 1295 es apicable sólo a la rescición de los contratos, pero no a su resolución, con olvido de que esta categoría de ineficacia supone también la extinción de la relación contractual no sólo para el futuro sino on carácter retroactivo o "ex tunc", con la secuela de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del ngocio, cual sucede en los casos de nulidad y rescisión y que, por lo tanto impone la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del prdcio con sus intereses, como también resulta de la remisión que el artículo 1295), a lo que cabe añadir aquí que, despojada la compradora de la posesión del Hotel desde el 18 de abril de 1979 por obra de los vendedores, quienes hoy en día lo regentan bajo otro nombre comercial (folios 126 a 140 del rollo), lucrándose con los rendimientos que genra su explotación, y conservando no obstante éstos en su poder las sumas que aquélla satisfizo para pago del precio, tampoco puede ni tan siquiera acordarse la mutua compensación de frutos e intereses que dimanaría de una aplicación analógica de la regla contenida en el párrafo 1° del artículo 1120 para caso de cumplimiento de la condición suspensiva a que estén sujetas obligaciones recíprocas que imponga prestaciones de dan; por lo que, no habiendo atacado los demandados y recurrentes principales este punto, procede mantener la condena al pago de intereses con la extensión que la sentencia apelada fija.

OCTAVO. La sentencia recaida en la primera instancia desestima en bloque, aduciendo supuesta falta de prueba, la pretensión que, acumulada a la resolutoria, también dudece la demanda al objeto de que se declare judicialmente que la Sra. V.E. y B. S.A., adeudan a los actores las cantidades que éstos han satisfecho a terceros acreedores de tales demandados por conceptos relacionados de alguna manera con el Hotel Dulce Francias o con

Cono S.A. y que estas sumas son compensables y, por ende, deducibles de lo que los vendedores han de devolver por efecto de la resolución del contrato, pronunciamientos contra el que asimismo se alzan los demandantes por vía del recurso de adhesión. El adecuado tratamiento de este problema impone advertir previamente que los actores no ejercitan la acción de subrogación que el artículo 1210 número 3 en relación a los artículos 1209 y 1212, todos del Código Civil, confiere a quien paga por otro, teniendo interés en el cumplimiento de la obligación, -lo que hace innecesario, por irrelevente, pasar a determinar si en los pagos efectuados concurre realmente ese elemento-, sino que se apoyan exclusivamente en el artículo 1158 del citado texto legal, el cual atribuye al tercero que, con "animus solvendi", realiza la restación debida por el otro, dos acciones distintas: la de reembolso para reclamar lo que hubiese pagado, si lo hubiere hecho contando con la aprobación del deudor o en su ignorancia, y la de repetición o "in rem verso", contemplada en el párrafo 3º del mencionado precepto para el supuesto de que el pago se hubiese efectuado contra la expresa voluntad del deudor y que, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, permite repetir de éste aquéllo en que le hubiera sido útil el pago, sí bien la carga de probar la existencia y alcance de esa utilidad habrá de recaer entonces sobre el accionante; teniendo presente que: a) en el párrafo 2º de la claúsula 4ª del contrato estipularon las partes que todos los gastos (agua, luz, teléfono, etc.), impuestos, arbitrios, contribuciones especiales o cuotas de urbanización, que gravaran la propiedad o explotación del hotel hasta el 1º de abril de 1977 por corresponder a periodos anteriores o ser exigibles antes de dicha fecha, serían a cargo de los consortes vendedores, pero que a partir de esa fehca todo ello sería a cargo de la compradora o, en su caso, de la futuro Cono S.A.; b) que en el acto de conciliación celebrado el 3 de mayo de 1979 (folios 179 a 185) la Sra. V.E. respondió textualmente a aquel msimo pedimento, -también formulado en la papeleta de conciliación0, que "no se reconocen los pagos que se dicen practicados en cuanto no hayan redundaod en beneficio e interés de la demandada. Y ello tan solo cuando fueren absolutamente necesarios. El Sr. F. no tendría que haber pagado nada si no se hubiera introducido en el Hotel usurpando derechos ajenos", lo que constituye una clara e inequívoca manifestación de voluntad contraria a la realización de esos pagos que, si no afecta al régimen jurídico aplicable al recobro de los verificados con anterioridad a la misma, sí surte efectos respecto de los practicados después, sometiendo al "solvens" a la necesidad de demostrar la utilidad que produjeron a la deudora, y c) que la tenencia de los recibos justificativos de haber saldado los débitos conlleva la presunción de que fueron abonados por los actores, (artículos 1249 y 1253), al examen diferenciaod de cada una de las cantidades que, por una pluralidad de conceptos, reclaman los demandantes mediante el procedimiento, ciertamente no correcto, pero sí suficiente a fines de identificar lo que piden, de remitirse a los documentos que acompañaron con sus escritos de demanda y réplica, conduce a la estimación parcial de su pretensión impugnativa, toda vez que: 1) el documento obrante al folio 80 en conjunción con el del folio 360 acreditan que el 19 de diciembre de 1978 el Sr. f. satisfizo 95.0001 ptas. para liquidar lo que se debía por la contribución urbana catastral del Hotel del año 1977; pero como quiera que la parte alícuota del tributo tocante al primer trimestre corría de su exlusivo cargo, y no consta la haya pagado, al ascender el principal a 149.457 ptas.; 2) los recibos referentes al suministro de agua durante el periodo abril-septiembre de 1978, al Precinto de contadores e impuestos municipales, que aparecen unidos a los folios 83 al 103 y autenticados a los folios 1074 a 1096, ponen de manifiesto que el 21 de marzo de 1979 el Sr. F. abonó su total importe, el cual se eleva a 147.220 ptas., por ende repercutibles; 3) también lo son las 10.394 ptas. correspondientes a los dos recibos por consumo de electricidad durante los meses de ferbrero y marzo de 1979 (folios 618 y 619), adverados por la Compañía suministradora (folio 1072), en razón de que constan como fechas de su pago los días 13 de marzo y 21 de abril de dicho año, respectivamente; 4) asimismo deben incluirse en el cómputo de 39.358 ptas. resultantes de las dos nóminas salariales abonadas el 10 de abril de 1979 de D. M.M. enpleado al servicio de la Sra. V.E., que obran unidos a los folios 652 y 653 de los

autos; 5) dado que el entonces vigente artículo 503 del Código de Comercio imponía a la persona que hubiere dado lugar al protesto de una cambial, la responsabilidad de los gastos que causase, debe también la Sra. V.E. reembolsar a los actores la cantidad de 9.265 ptas., que consta suficientemente justificada mediante las comunicaciones bancarias que forman los folios 674 a 679, más no las 2.404 a que aluden los dos folios precedentes, pues hay que suponer que las mismas, consecuencia del impago de la cambial con vencimiento el 15 de mayo de 1977, fueron cobradas en ocasión del juicio ejecutivo nº 1531/77 (folios 1109 a 1114); y 6) por último los actores tienen derecho a recuperar las 233.051 ptas. que abonaron a la Compañía Telefónica por rehabilitación del servicio y recibos pertenecientes al periodo comprendido entre septiembre de 1978 y febrero de 1979, que fueron pagados el 30 de marzo de 1979, conforme se desprende de la documentación unida a los folios 682 al 690 y la comunicación que aparece al 854. No son, en cambio, repercutibles contra la demandada: a) las cantidades satisfechas en Magistratura de Trabajo por débitos a la Seguridad dSocial a que aluden los justificantes que ocupan los folios 567 a 596 y se hallan corroborados por la certificación unida al folio 1211, pues en su gran mayoría derivan de actas de descubierto levantadas en el año 1976, por lo que indubitadamente y con arreglo a la claúsula 4ª del contrato, incumbía su pago a D. A. F. y las que responden a actas registradas en el año 1977 (folios 590 y 596) se ignora el periodo que comprenden y, además, la última de ellas fué abonada inclusive con posterioridad al 3 de mayo de 1979, de modo que también le alcanza cuanto más adelante ha de señalarse; b) el importe de los salarios pagados a D. S.R.B. por causa de los servicios prestados en el Hotel entre el 16 de febrero y el 18 de abril de 1979, ya que del convenio que aparece al folio 648 se infiere que su empleador era el Sr. F. y tampoco el de la indemnización que percibió el Sr. R. por despido, pues fué el actor y no la Sra. V.E. quien puso término a la relación laboral (pregunta 10ª, folio 48 del rollo de apelación); c) todas las sumas abonadas por el Sr. F. después del día 3 de mayo de 1979, tanto por razón de impuestos (folios 533 a 536, 543, 544, 559 a 569) como por multas (folios 545 a 558), consumo de electricidad (folios 620 a 629), agua (folios 631 a 640) y telefono (folios 641 a 644), salarios e indemnizaciones (folios 654 a 670), -aparte de que muchas de las cantidades que se reclaman son diectamente referibles a gastos producidos en el Hotel después de que los vendedores se hubieran apoderado unilateralmente del mismo-, porque se trata de pagos dirigidos, o bien a permitir la continuidad de los servicios básicos para el funcionamiento del negocio de hostelería, o bien a impedir que los acreedores hicieran efectivo el cobro de sus créditos sobre el inmueble, de suerte que, despojada de él con violencia y en pura via de hecho la Sra. V.E., la cual tampoco aprecía ante los terceros como la titular personal de las deudas, esos pagos ningún beneficio o tuilidad reportaron ya a la compradora y sí solamente a los demandantes, que fué la razón de interés que les movió a hecerlos, pero que, no obstante, resulta motivo insuficiente para obtener su repetición, dados la expresa voluntad de la deudora opuesta a su práctica y el cauce jurídico de reclmación escogido, que el Tribunal tiene vedado variar; d) los gastos que quieren acreditarse en su realidad, cuantía e imputación al Hotel Dulce Francia, mediante las facturas aportadas a los folios 598 a 617 y 681, pues todas ellas carecen de valor probatorio al no haberse demostrado su negada autenticidad en mdo alguno; e) las myores cantidades que, en concepto de intereses de demora y otros gastos, han tenido que satisfacer los esposos F. al Banco Hipotecario de España por consecuencia de que la Sra. V.E. dejó de atender puntualmente los sucesivos plazos de amortización del préstamo hipotecario, ya que, al no haberse recabado de la entidad acreedora el consentimiento indispensable para que se produjera la sustitución de la persona del deudor (artículo 1205), los actores continuaban siendo ante el Banco los jurídicamente responsables del débito que la hipoteca garantizaba, por lo que tales cantidades no son reclmables a título de pagos hechos por cuenta del deudor, sino que hubieran debido serlo por el de indemnización de daños y perjuicios causados por incumplimiento de obligaciones con base en los artículos 1101 y 1124 párrafo 2º del Código Civil; y f) el pago verificado a D. Juan Garau que pretende justificarse por medio del documento unido

al folio 1441, de fecha 21 de mayo de 1979, por acuanto que es hecho introducido en el escrito de conclusionesy, por tanto, en fase procesal inadecuada, tampoco se ha evidenciado la autenticidad del recibo, como tampoco la efectiva entrega de las cantidades que en él se indican y, en fin, no se ha desarrollado actividad probatoria tendente a demostrar que ese pago redundó en utilidad para la Sra. V.E. En conclusión la cantidad reclmable por los actores a la dicha demandada, -mas no de Biniorella S.A., cuya intervención en el desenvolvimiento de la relación contractual estuvo limitada a avalar las letras de cambio y a la que no son achacables las consecuencias derivadas de la explotación del Hotel-, se elva a 496.925 ptas. suma de la que, para guardar la necesaria congruencia con lo solicitado en la demanda, debe detraerse un 15%, esto es, 74.539 ptas, quedando definitivamente concretada en 422.386 ptas., en cuyo sentido ha de efectuarse el pertinente pronunciamiento liquidatorio, al que no obsta que los demandantes pidieran que la cantidad exacta fuera fijada en ejecución de sentencia, pues, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1984, siguiendo otra de 30 de marzo de 1957, tanto por mandato del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como por razones de economía procesal en beneficio de todos los litigantes, se debe prescindir del trámite de ejecución de sentencia para cifrar la cuantía dineraria de un pronunciamiento condenatorio en casos en que el Juzgador aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo dicha cuantía dineraria, sin que por actuar de este modo se caiga en vicio de incongruencia (sentencia de 6 de noviembre de 1984).

NOVENO: El matrimonio F. impugna también la sentencia de primera instancia en cuanto que el Juez "a quo" rechaza que hayan sufrido daños y perjuicios indemnizables por causa de la conducta incumplidora de la Sra. V.E., aifrmando que los que alega no han resultado probados. Extremo en el que el recurso igualmente ha de prosperar en parte, ya que el artícylo 1124 del Código Civil concede al contratante perjudicado por el incumplimiento del otro el derecho a obtener el resarcimiento de daños y abono de intereses, tanto si opta por exigir el cumplimiento, como si escoge resolver la obligación, en cuyo supuesto la reparación habrá de perseguir que el actor quede en idéntica situación patrimonial a la que se encontraría de no haberse celebrado el contrato; y como la indemnización abarca, a tenor del artículo 1106, no solo el valor de la pérdida sufrida o daño emergente, sino también el de la ganancia dejada de conseguir o lucro cesante, es llano, y no precisa de particular demostración, al imponerse la evidencia por sí misma, que los actores padecieron el perjucicio consistente en no haber disfrutado de los beneficios que hubiera podido producirles la explotación del Hotel vendido entre el 1 de abril de 1977 y el 18 de abril de 1979, cuya exacta cuantía deberá determinarse en la fase procesal de ejecución de sentencia, teniendo presente, como bases para efectuar el cálculo, el emplazamiento del inmueble, la categoría que por el entonces tenía asignada oficialmente el establecimiento, el número de plazas de alojamiento y servicios de que disponía, periodo normal de apertura al público, régimen de contratación con la clientela que fuera habitual en la zona, tarifas que estuvieron vigentes en la poca, promedios de ocupación que se dieron en aquellos años en los hoteles de similar nivel y calidad dentro del mismo núcleo turístico, costos de toda índole requeridos para el adecuado funcionamiento del negocio y el mantenimiento del inmueble y sus instalaciones y, en general, cuantos otros factores puedan ser idóneos para cuantificar los beneficios comerciales que los vendedores dejaron de tener y de los que, además, habrá de deducirse el importe de los plazos de amortización correspondientes al prestamo hipotecario, siendo la cantidad resultante la expresiva de la indemnización que los actores tienen derecho a percibir de la compradora, bien directamente, bien por vía de compensación, en su caso, por razón del concepto que reclaman. En sus restantes aspectos la pretensión impugnativa, en cambio, ha de ser desestimada, ya que su éxito hubiera exigido demostrar en periodo probatorio siquiera la realidad de los daños alegados y que los mismos son consecuencia necesaria del incumplimiento (sentencia s de 27 de junio, 15 de noviem-

bre de 1984 y 5 de junio de 1985, por todas), mientras que: a) nada se ha justificado, en definitiva, acerca de los desembolsos que afirman los actores tuvieron que hacer en cuantía superior a los 3 millones de pesetas para reparar los deterioros que, dicen, presentaba el Hotel por causa de la posesión que disfrutó la compradora; pues un oficio de la Consellería de Turismo en el que se indica que, según informe técnico de fecha 3 de mayo de 1979, el Hotel Dulce Francia no reunía las condiciones necesarias para su reapertura (folio 1073), no basta por sí solo para acreditar la existencia de aquéllos, aparte de que el Sr. F. manifiesta en confesión (posición 9ª -folio 52 del rollo-) que los desperfectos fueron provocados por robos y por los propios empleados del Hotel durante una ocupación que llevaron a cabo en signo de protesta, lo que excluye puedan ser imputados a la demandada sino que deberán ser reclamados a sus autores; b) tampoco se han demostrado hechos y circunstancias reveladores de la realidad del descrédito que los actores alegan habrá padecido y que postulan de lugar a resarcimiento a título de daño moral y material; y c) si los demandantes tuvieron que soportar que se solicitara indebidamente su quiebra personal, claro es que la responsabilidad dimanante de tal solicitud incumbe a su promotor, contra el que, por otro lado, el artículo 885 del Código Mercantil y el artículo 1332 de la Ley Procesal conceden acción para que repare los daños y perjuicios que su pretensión hubiere ocasionado, más no a quien hubo de sufrir los efectos de una declaración de quiebra necesaria acordada sin la concurrencia de los presupuestos materiales legalmente exigibles.

DECIMO: En lo que respecta a la demanda reconvencional deducida por la Sra. V.E., sólo una ínfima parte de los múltiples pedimentos que contiene merecen acogida, ya que: a) la repulsa de los articulados bajo los ordinales 2º al 5º del escrito de fecha 18 de enero de 1980, así como el que fué adicionado con el número 7º en escrito de réplica, es inherente a la disolución del vínculo jurídico originado por el contrato de compraventa que se operó mediante el ejercicio por los vendedores el 12 de septiembre de 1978 de la facultad resolutoria implícita en toda suerte de obligaciones bilaterales y cuya procedencia en esta litis se declara (sentencias de 5 de noviembre de 1982, 8 de julio de 1983, 19 de noviembre de 1984); b) las cambiales con vencimiento los días 28 de junio de 1977 y 15 de diciembre de 1977 (en vez de 1978 como equivocadamente se dice en el suplico) no fueron satisfechas por la compraventa, salvo las 12.224 ptas. de que trata el recibo obrante al folio 299, conforme se indica en los apartados 1 al 6 del fundamento jurídico 3º de la presente sentencia; c) no existen pruebas que demuestren la entrega por la Sra. V.E. de 15.000 ptas. en metálico para pago de parte del corretaje devengado a favor de D. P.M., por lo que habrá que estar al contenido del recibo obrante al folio 12; d) de los folios 80 y 360 se desprende de manera incuestionable que por razón de la contribución urbana catastral correspondiente al año 1977, la reconviniente de las cantidades satisfechas supuestamente con exceso por la Sra. V.E. en relación al juicio ejecutivo nº 1531/77 y a la liquidación practicada de común acuerdo el 19 de mayo de 1978 (folios 294 a 298) hubiera requerido la prueba de que medió error en la entrega en el primer caso (artículo 1900 del Código Civil) y algún vicio invalidante del consentimiento en el segundo, probanzas que en absoluto se han conseguido. Unicamente aparece acreditada en definitiva, la entrega por medio de transferencia bancaria realizada el 8 de junio de 1977 de 175.000 ptas. a cuenta del nominal de la letra que venció el 15 de mayo de 1977 (folios 285 y 838), cantidad que, por otro lado, ya se ha tomado en consideración en el fundamento jurídico 3º precedente a fines de calcular la parte de precio de compra que la Sra. V.E. llegó a satisfacer a los vendedores; en cuyo limitado aspecto procede la estimación de la demanda reconvencional.

UNDECIMO. Por último, como resumen de cuanto se ha expuesto y para mayor claridad, conviene señalar que la Sra. V.E. ha pagado del total precio convenido 8 millones de pesetas a la firma del contrato, 3.212.224 mediante entregas posteriores a los Srs. F. 285.000 con la atención de las cambiales en poder del Sr. M. y 1.796.542 pts. por medio de

abonos efectuados al Banco Hipotecario de España, es decir, la cantidad global de 13.293.766 ptas; que es la suma, con más los intereses legales desde la fecha de la reconversión que, deberán restituir los vendedores a la demandada, por consecuencia de la resolución del contrato, sin perjuicio de que luego el Sr. H., o el eventual cesionario de su crédito, si es que, en efecto ha habido cesión, pueda recobrar de la Sra. V.E. la porción que, con arreglo a los pactos internos entre uno y otra, y que son ajenos a la materia debatida en este pleito, corresponda; de otra parte la compradora habrá de reembolsar a los demandantes la cantidad de 422.386 ptas. e indemnizarles en la que se fije en fase de ejecución de sentencia por razón de los perjuicios sufridos al no haberse lucrado con los beneficios derivados de la explotación del Hotel entre el 1 de abril de 1977 y el 18 de abril de 1979, débito este último que sólo podrá participar del mecanismo extintivo propio de la compensación en la medida en que ya esté numéricamente determinado y sea líquido al tiempo de realizarse los respectivos pagos (artículo 1196 número 4).

DUODECIMO. Al no apreciarse particular de temeridad ni mala fé en la oposición sustentada por la demandada frente a las pretensiones de los actores, que son rechazadas en parte, más aún teniendo presente la violenta desposesión de que aquélla fué objeto, y no observándose tampoco que concurran esas notas, en las que con anterioridad a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, descansaba la condena en costas con arreglo y doctrina jurisprudencial reiteradísima, en la entidad Inversora Tamarindo S.A., procede mantener el pronunciamiento que efectúa la sentencia apelada relativamente al pago de las costas procesales producidas en la primera instancia, sin que, dada la parcial estimación de las apelaciones interpuestas, haya lugar igualmente a condenar a cualquiera de los litigantes al pago de las causadas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuestos por D. A.F.B. y Dª R.A.G. y por Dª. M.A.V.E. y Biniorella S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca con fecha de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, se confirman en parte y en parte se revocan los pronunciamientos de dicha resolución, y, en su consecuencia,

2º) Se declara la nulidad de los actos procesales verificados a nombre de la inexistente persona jurídica Cono S.A. en lo que sean imputables a la misma.

3º) Estimando en parte la demanda formulada por D. A.F. y Dª. R.A.G., se declara resuelto el contrato de compraventa celebrado ente los actores y Dª. M.A.V.E. por sí y en nombre y representación de Biniorella S.A. el 27 de marzo de 1977 relativo al inmueble conocido con el nombre de "Hotel Dulce Francia" con efectos retroactivos al tiempo de la firma del contrato, debiendo los vendedores reintegrar a la Sra. V.E. la parte de precio pagada, que se eleva a trece millones doscientas noventa y tres mil setecientas sesenta y seis pesetas (13.293.766 pts.) con más sus intereses legales desde la interposición de la demanda reconvencional, y conservando aquéllos el inmueble vendido, cuya posesión ostentan desde el 18 de abril de 1979.

4º) Se declara, asímismo, que Dª. M.A.U.E. adeuda a los actores la cantidad de cuatrocientas veintidos mil trescientas ochenta y seis pesetas (422.386 pts.) en concepto de pagos realizados por cuenta de ella a terceros y que, igualmente debe inndemnizarles en concepto de perjuicios por la falta de percepción de los beneficios que hubiera podido producirles la explotación del Hotel entre el 1 de abril de 1977 y el 18 de abril de 1979, la cantidad que se determinará en ejecución de sentencia con arreglo a las bases especificadas en el fundamento noveno de la presente resolución, siendo compensable aquella suma con la parte de

precio recibido a cuenta y la debida en concepto de indemnización también, siempre que al tiempo de realizarse los pagos esté ya numéricamente concretada.

5º) Se condena a todos los demas demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

6º) Se desestiman las restantes peticiones que formulan los demandantes, de las cuales se absuelve a los demandados.

7º) Con parcial estimación de la demanda reconvencional formuada por Dª. M.A.V.E., se declara que dicha litigante transfirió a los consortes F. el ocho de junio de mil novecientos setenta y siete la cantidad de ciento setenta y cinco mil pesetas (175.000 pts.), rechazándose las restantes pretensiones de la reconversión, de las que se absuelve a los reconvenidos.

8º) No se impone de manera especial a ninguna de las partes litigantes el pago de las costas procesales causadas en ambas instancias del presente litigio. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

149

149. **DAÑOS Y PERJUICIOS.** Seguro obligatorio. Atropello causado por máquina-excavadora, falleciendo la víctima. Ambito de cobertura de aquel Seguro. Normativa vigente (Ley y Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor, arts. 1 y 2, respectivamente): daños causados "con motivo de la circulación del vehículo" (Código de Circulación, art. 5, apdo. a). Doctrina del T.S.: interpretación extensiva de los términos "lugar transitable" y "transitar". Confirmación de la sentencia apelada,, que condenó a la entidad aseguradora demandada al pago de la indemnización. *Sentencia de 31 de mayo de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no difieren de los que siguen.

PRIMERO. La sentencia que, dando lugar a la demanda, declara que Mare Nostrum S.A., entidad aseguradora demandada, está obligada a satisfacer a D.A.H.G., en virtud del certificado de Seguro Obligatorio nº 491.125 que amparaba la pala excavadora matrícula PM-1396-A de su propiedad, la cantidad de 750.000 pesetas, a cuyo pago fué condena-

do el actor en Sentencia dictada en grado de apelación el 28 de abril de 1984 por el Juzgado de Instrucción de Manacor en concepto de indemnización a los herederos de D.J.C.G., quien había fallecido víctima de atropello causado el 30 de agosto de 1982 por la referida máquina, es impugnada por la aludida entidad mediante el argumento de que el hecho generante de la indemnización no ocurrió cuando el vehículo se hallaba circulando, sino que fué un accidente laboral, por lo que está excluido del ámbito de cobertura de aquel seguro. Recurso que ha de desestimarse, toda vez, si bien en verdad que el artículo 2° del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor dispone, en perfecta consonancia con el artículo 1° del texto Refundido de la Ley 122/1962, de 26 de diciembre, que dicho seguro cubrirá, en las condiciones previstas en el Reglamento, hasta el límite señalado, la responsabilidad civil derivada de la obligación de todo conductor de un vehículo de motor de reparar los daños causados "con motivo de la circulación del vehículo", lo cual, en interpretación estricta, parece circunscribir la cobertura a los accidentes acaecidos en ocasión del transito de tales vehículos por las vías públicas, esto es, por caminos susceptibles de ser utilizados sin más limitaciones que las impuestas por el Código de la Circulación (artículo 5 apartado a) de este último texto), el Tribunal Supremo sin embargo, sostiene en la reiteradamente invocada por el actor sentencia de 25 de enero de 1985, recaída en un supuesto de hecho que representa notabilísimas similitudes con el de estos autos, una interpretación extensiva, aifirmando que los términos "lugar transitable" y "transitar", cuando se refieren a vehículos de motor, han de entenderse en relación a sus caracteres, condiciones y, sobre todo, a las funciones para las que fué creado y está destinado a cumplir cada modelo, de modo que si una máquina excavadora está destinada a realizar trabajos de nivelación en una finca, las tierras objeto de nivelación, aún siendo de pertenencia particular y hallándose acotadas, constituyen a los efectos de circulación de ese tipo de vehículos y de las funciones por los mismos a desarrollar, el lugar o medio más idóneo para conducir, llevar o trasladar de un lugar a otro los mismos; doctrina tanto más aplicable al caso de esta litis, cuanto que el accidente que provocó la muerte del Sr. C. aceció mientras la pala excavadora asegurada procedía a cargar en un camión los escombros procedentes de la demolición de unas antiguas casas sitas a uno de los costados del perímetro, dentro de la manzana urbana -a la que en ocasiones se califica de plazoleta- comprendida entre las calles Jorge Sureda, Lepanto, Menorca y Rosselión, de cuya calzada sólo estaba separada por un bordillo, sin que dicha manzana, que disponía de piso de tierra, estuviera vallada o acordonada para impedir el paso de personas ajenas a la obra, conforme expresa la sentencia penal, lo que permitió que el fallecimiento la atravesara a pié y fuera atropellado en una de las ocasiones en que la excavadora se desplazaba marcha atrás, de suerte que aquella ausencia de limitaciones para usar la manzana como zona de libre tránsito, la asimila de cierta manera y para los efectos de aquí se trata a una vía pública, siendo así de notar que la sentencia del Juzgado de Instrucción como la propia parte actora recurrente aluden al transeúnte con el nombre de "peatón", designación que conviene, precisamente y a tenor del artículo 3° del Código de la Circulación a la persona que transite por las vias a que afecta dicho Código; por todo lo cual procede la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO. Las costas de la alzada han de ser impuestas a la parte recurrentes en aplicación del artículo 710, parrafo 2°, de la Ley Procesal.

FALLO. 1°) Desestimando el recurso de apelación que interpone Mare Nostrum S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Palma de Malorca con fecha de cuatro de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, se confirman los pronunciamientos de dicha resolución, que se mantienen en todas sus partes.

2º) Se impone a la recurrente el pago de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

152

152. **ACCION REVOCATORIA O PAULIANA (ARTS. 1.111 y 1.291,3 C.C.).** Compraventa realizada en fraude de acreedores. La acción revocatoria, dado que se encamina a privar de eficacia a contratos válidamente celebrados pero que, sin embargo, producen un perjuicio injustificado a un tercero, tiene carácter excepcional y subsidiario que determina que, lo mismo que las restantes acciones rescisorias, sólo pueda ejercitarse cuando el acreedor carece de todo otro recurso legal para obtener el cobro de su crédito: arts. 1.111 y 1.291,3 y 1294 C.C. y doctrina del T.S. Carácter fraudulento del acto del deudor imugnado: dicho requisito, de índole subjetiva, puede estar constituido tanto por la intención de causar un perjuicio a los acredores ("animus nocendi"), como por la simple conciencia en ese sentido ("scientia fraudis"): doctrina del T.S.. Rescisión del contrato. *Sentencia de 5 de junio de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: No se aceptan los de la sentencia recurrida.

PRIMERO. El examen de las cuestiones planteadas por el recurso deducido por la entidad bancaria actora contra la sentencia que desestima la demanda mediante la que se ejercita la acción revocatoria o Pauliana que los artículos 1111 y 1291 nº 3 del C. Civil conceden al acreedor para que puedan impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho; debe partir de la consideración de los siguientes extremos fácticos, en cuya realidad están conformes las partes litigantes y que, además, aparecen cumplidamente acreditados en autos por el resultado de la prueba practicada: a) el 7 de febrero de 1980 el Banco Español de Crédito S.A. accionante y el demmandado D.A.P.M. concertaron, con intervención de Corredor de Comercio Colegiado, póliza mercantil de fianza, por cuya virtud el Sr. P. prestó al referido Banco "con carácter solidario su garantía y afianzamiento personal sobre todas las operaciones de descuento de letras, recibos u otros documentos sobre España y sobre el extranjero, endosos, aceptaciones... que realice o haya realizado con Banco Español de Crédito S.A. D.A.J. en su propio nombre o como titular del nombre comercial no registrado Comercial Pojan y sobre las deudas y descubiertos en cuenta que por cualquier concepto presente dicho señor a favor del Banco", hasta un límite

de 10 millonnes de pesetas, estipulándose además, y en lo que aquí interesa, que la entidad crediticia podría adeudar sin previo aviso en las cuentas del fiador las sumas que por capital, intereses, comisiones y gastos debiera el afianzado hasta el expresado límite (cláusula 2ª) y que igualmente el Banco podría "reclamar directamente a D.A.P.M. y con independencia de las demás garantías que puedan intervenir en la operación y sin necesidad de previa excusión de bienes del deudor ni de división de deuda, las sumas referidas en la cláusula anterior, que deberán ser reembolsadas al Banco en el plazo máximo de ocho días a partir del requerimiento" (cláusula 3ª); b) el 14 de mayo de 1984 el afianzado Sr. P.J. promovió expediente de suspensión de pagos ante el Juzgado de Primera Instancia de Mahón, que tuvo por solicitada la declaración mediante providencia de fecha 19 de mayo siguiente; c) en Junta General de Acreedores celebrada en dicho expediente el 5 de diciembre de 1984 con intervención del Banco Español de Crédito S.A. como titular de un crédito de 21.035.709 pesetas, obtuvo votación favorable suficiente, pese a la oposición mostrada por la entidad aquí actora, propuesta de convenio a cuyo tenor el suspenso se comprometia a satisfacer todas sus deudas en plazo que finalizaba el 30 de noviembre de 1990 y que fué aprobado judicialmente por auto de fecha 17 de diciembre posterior (folios 141 a 146); d) el 27 de abril de 1984 D.A.P.M. vendió por medio de escritura pública otorgada ante el Notario de Ciudadela D. Agustín Sánchez Jara a la también codemandada y nuera suya, Dña. C.C.P., el inmueble de su propiedad sito en el nº 18 de la C/Deán Doctor Febrer de Ferrerías por el figurado precio de 1.180.000 pesetas (folio 65 a 68); y e) dicha escritura fué presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción a las 13 horas del mismo día de su otorgamiento, habiéndose practicado el correspondiente asiento principal y definitivo el 4 de mayo siguiente (folio 128-3).

SEGUNDO: La acción revocatoria, dado que se encamina a privar de eficacia a contratos válidamente celebrados pero que, sin embargo, producen un perjuicio injustificado a un tercero, tiene un carácter excepcional y subsidiario que determina que, lo mismo que las restantes acciones rescisorias, sólo pueda ejercitarse cuando el acreedor carece de todo otro recurso legal para obtener el cobro de su crédito, y así lo recogen en la actualidad los artículos 1111, 1291 nº 3 y 1294 del Código Civil y recuerda el Tribunal Supremo en Sentencias tales como las de fecha 10-diciembre-1948, 15-abril-1955, 10-octubre-1957, 31-marzo-1965, 28-enero y 9-noviembre-1966, etc, y es en esta exigencia que la sentencia recurrida funda uno de los argumentos por los que desestima la demanda, pues que entiende, siguiendo de este modo la tesis defendida por los demandados, que la entidad actora puede conseguir la satisfacción de su derecho de crédito mediante el cumplimiento por el suspenso del convenio alcanzado en el expediente de suspensión de pagos, en ejecución del cual, se ha dicho en esta alzada por los recurridos, que el Banco Español de Crédito S.A. ha percibido ya una cantidad que supera los dos millones y medio de pesetas; razonamiento equivocado, pues con él se olvida que el crédito de la parte apelante contra el Sr. P.M. dimana de un contrato de fianza mercantil suscrito por éste al objeto de excusión, el pago de las deudas contraidas por el Sr.P.J; que, de conformidad a la normativa del C. Civil, aplicable por la remisión a las reglas del Derecho Común que efectúa en materia de contratos mercantiles el artículo 50 del Código de Comercio, si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, ha de observarse lo dispuesto en la sección 4ª, capítulo 3º, Título 1º del Libro 4º para las obligaciones solidarias (artículo 1822 párrafo 2º); que resulta característico de la solidaridad pasiva que el acreedor tiene la facultad de dirigirse a su libre voluntad contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente para reclamarles el cumplimiento íntegro de la prestación (artículos 1137 y 1144) y que en fin, el derecho del acreedor nacido de la fianza para cobrar del fiador solidario no desaparece ni queda obstaculizado porque el crédito garantido se incluya en el convenio aprobado en la suspensión de pagos del deudor principal, toda vez que, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 8-junio-1965, 15-noviembre-1967 y 7-junio-1983, los efectos del con-

venio se limitan a los intervinientos en el proceso de suspensión, bien por haber comparecido en el mismo como parte, o por tratarse de acreedores que al estar comprendidos en la lista definitiva de los que tenga el suspenso, ha de afectarles lo decidido, por lo que el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio sólo afecta a los intervinientes, sin que pueda perjudicar ni beneficiar a deudor distinto del que dió lugar al expediente, ni coartar ni interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito; de otra manera, si no, se reintroduce subrepticiamente un beneficio de previa excusión que el Sr.P., habia renunciado de modo expreso y válido al contratar, con el efecto de que la fianza concertada pierde su utilidad y razón de ser como vínculo obligatorio accesorio incondicional contraido voluntariammente para reforzamiento del derecho que pertenece a la entidad acreedora; supuesto lo cual, la necesidad legal de que la parte recurrente agote otras alternativas de percibir su crédito, antes de acudir al remedio último de la acción Pauliana, debe quedar referida a las posibilidades de cobrar con el valor de otros bienes que permanezcan en el patrimonio del fiador Sr.P.M; y comoquiera que éste ha reconocido de modo franco y concluyente en prueba de confesión (folio 121) no desvirtuada por otros elementos probatorios, que, tras la venta de la finca a su nuera, ha devenido insolvente frente a sus acreedores (posición 5ª) y que sólo le resta el mobiliario de la casa (posición 11ª), por ley exento de embargo (artículo 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ya que el dinero que recibió en concepto de precio, lo gastó en pagar deudas (posición 9ª), y no siendo preciso que la carencia de bienes realizables sea declarada en juicio previo a aquél en que se postula la rescisión (Sentencias 29-mayo y 12-junio-1985, entre las más recientes), resultan claros, como secuelas de la enajenación impugnada, la actual incapacidad patrimonial del deudor para responder de sus obligaciones, el consiguiente perjuicio que experimenta la acreedora y, por de la concurrencia del requisito de la acción revocatoria que la sentencia combatida niega.

TERCERO. En esta alzada debe igualmente discreparse de las afirmaciones que sienta la resolución apelada referentes a la supuesta falta de prueba del carácter fraudulento del acto y de que la adquirente Sra. C.P. fuera cómplice del fraude, pues, pudiendo estar constituido dicho requisito de índole subjetiva, tanto por la intención de causar un perjuicio a los acreedores ("animus nocendi"), como por la simple conciencia en ese sentido ("scientia fraudis"), según declara, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985, el hecho cierto de que la finalidad que movió conjuntamente a los dos codemandados a celebrar la compraventa fué la de poner la finca vendida a cubierto de las reclamaciones del Banco ahora recurrente en forma que el Sr.P., eludiendo la responsabilidad general patrimonial que proclama el artículo 1911 del Código Civil, pudiera continuar disfrutándola, es algo que se infiere con facilidad de la global ponderación de los siguientes datos, todos ellos plenamente demostrados en autos: a) el vendedor y la compradora son suegro y nuera, respectivamente; b) la compraventa se formalizó 18 días antes de que el afianzado promoviera expediente sde suspensión de pagos mediante escritura pública que, con una celeridad inusitada y anormal, evienciadora de que existia temor porque el inmueble pudiera quedar sujeto a inminentes trabas, fué presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción el mismo día de su otorgamiento no siendo de recibo las manifestaciones que hacen los demandados de que ignoraban la precaria situación económica por la que atravesaba el deudor principal, pues ello resulta impensable tratándose de parientes tan próximos entre sí; c) después de la venta el Sr.P.M. sigue habitando la vivienda existente en la finca transmitida merced a pretendido arriento verbal por el que abona a la Sra. C. la renta mensual de 12.000 pesetas (folios 72 a 79); y d) admite la compradora que no dispone de otros ingresos que lo que le pasa su marido y los que obtiene mediante la esporádica fabricación de zapatos en su casa (posición 2ª y 3ª folio 119) -y no debe ser mucha la capcidad económica del matrimonio cuando no presentó declaración del Impuesto sobre la Renta ni del Patrimonio en los años 1979 a 1982 (folios 122 y 123)- y afirma que pagó los 5 millones

de pesetas a que ascendió el real precio de la compra abonados aparentemente al contado mediante ingresos en cuenta corriente de titularidad del Sr.P.M. efectuados los días 24 y 25 de abril de 1984 (folios 70, 71 y 153)- en parte con dinero que ella tenía y el resto gracias a préstamos que le hicieron su esposo y un amigo (posición 5ª), por lo que, si quedan descartados como móviles de la compraventa la conveniencia de invertir un activo líquido numerario inexistente, la necesidad de ocupar personalmente la finca adquirida y la expectativa de obtener una garantía con la operación, dado que con el importe de los alquileres que obtiene de la casa (324.000 pesetas anuales) y sin tomar en cuenta los gastos que conlleva la propiedad, la Sra. C. tardará más de 15 años en amortizar el importe nominal del precio de ocmpra, no se descubre qué tipo de interés legítimo justifica una adquisición que exige endeudarse a la compradora; si a esto se añade que ni la Sra. C. ha tratado de explicar y demostrar la verdadera procedencia del dinero que asegura pagó, ni el Sr. P. el uso que dió al mismo, no puede haber dudas acerca de que la enajenación onerosa estuvo presidida por un designio fraudulento común a ambos contratantes, de donde se concluye que, concuadem ás de los expresados, los restantes requisitos precisos para la viabilidad de la acción revocatoria los cuales no se discuten, procede, estimando el recurso y dando lugar a la demanda, declarar rescindida la compraventa que se celebró el 27 de abril de 1984, por haberlo sido en fraude de acreedores, y ordenar la cancelación del asiento que la pertinente escritura pública provocó en el Registro de la Propiedad, conforme a lo solicitado por la actora y el nº 3 del artículo 79 de la Ley Hipotecaria.

CUARTO. Las costas causadas en la primera instancia han de ser impuestas a los demandados con arreglo a lo que dispone el artículo 523 de la Ley Procesal, sin que, por la estimación del recurso, quepa efectuar especial condena en cuanto a las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone el Banco Español de Crédito S.A. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Mahón el 3 de julio de mil novecientos ochenta y cinco, se revocan íntegramente los pronunciamientos de dicha resolución y, en su lugar,

2º) Estimando la demanda que deduce el referido Banco Español de Crédito S.A. contra D.A.P.M. y Dª.C.C.P. se declara rescindido el contrato de compraventa formalizado por los demandados mediante escritura pública de fecha 27 de abril mil novecientos ochenta y cuatro relativa al inmueble señalado con el nº 18, antes 20 de la C/. Dean Doctor Febrer de Ferrerías (Menorca) por haber sido otorgado en fraude de acreedores.

3º) Se ordena la cancelación del asiento de inscripción que dicha escritura pública ha producido en el Registro de la Propiedad de Mahón y que lleva fecha de cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

4º) Se condena a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como al pago de las costas procesales causadas en la primera instancia.

5º) No se efectúa especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas producidas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

154

154. **RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.** Indemnización de daños y perjuicios (art. 1.902 C.C.). Daños personales sufridos a consecuencia de accidente de tráfico. Conocimiento de los hechos por la Jurisdicción penal, que declaró la inexistencia de responsabilidad criminal. Doctrina del T.S.: las sentencias penales absolutorias, fuera del supuesto prevenido en el art. 116, pár. 1° LECrim. (inexistencia del hecho del que la responsabilidad civil hubiese podido nacer), no vinculan a los Tribunales del orden jurisdiccional civil, quienes tienen facultades, no sólo para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual (arts. 1.903 y 1.902 C.C.), sino también para apreciar conjuntamente la prueba y sentar sus propias declaraciones a cerca de la realidad fáctica. Derecho a la presunción de inocencia (art. 24 C.E.): ámbito: doctrina del Tribunal Constitucional. Principio de inversión de la carga de la prueba en beneficio del damnificado accionante: doctrina del T.S.: queda excepcionalmente relevado de probar el supuesto de hecho constitutivo de su derecho al resarcimiento del daño quien aparezca víctima de un hecho de la circulación. *Sentencia de 6 de junio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no difieren de los que a continuación se exponen.

PRIMERO: La sentencia que condena a los tres codemandados - y entre ellos a la parte ahora recurrente, Velázquez S.A., Compañía Española de Seguros y Reaseguros - a que paguen solidariamente al demandante con base en el artículo 1902 del Código Civil la suma de 5 millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños personales que éste sufrió a consecuencia del accidente de tráfico acaecido el 29 de mayo de 1982 en la C/. Eusebio Estada de esta capital, es impugnada por la mencionada entidad aseguradora, alegando que el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohibe volver en la vía civil sobre aquellos hechos que la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito n° 5 de Palma de Mallorca el 8 de marzo de 1984 en los autos de juicio de faltas n° 1236/82 y confirmada por la dictada en grado de apelación por el Juzgado de Instrucción número 1 con fecha de 24 de septeimbre de la misma anualidad, declaró probados; que la doctrina jurisprudencial en torno a la inversión de la carga de la prueba en que el Juez "a quo" apoya su pronunciamiento condenatorio, es contraria al derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de la Constitución y que, en todo caso, el único causante dle accidente fué el propio reclamante.

SEGUNDO: Tales argumentos son desestimables; primeramente, porque la sentencia pronunciada por el Juzgado de Distrito absolvió a la codemandada Sra. P.S., conductora de la furgoneta matrícula PM-8425-S que tenía asegurada la Compañía Velázquez S.A., de la falta de imprudencia que se le imputaba y sabido es que constituye repetida doctrina del

Tribunal Supremo, que exponen, entre otras muchas, las Sentencias de 4 de mayo-1983, 23-may, 13-julio y 4-diciembre-1984, 31-enero, 13-septiembre y 7-noviembre-1985, etc. que las Sentencias penales absolutorias, fuera del supuesto prevenido en el párrafo 1º del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, que declaren que no existió el hecho del que la responsabilidad civil hubiese podido nacer, no vinculan a los Tribunales del orden jurisdiccional civil, quienes tienen facultades, no sólo para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, regulada en los artículos 1093 y 1902 del Código pertienente, sino también para apreciar conjuntamente la prueba y sentar sus propias declaraciones acrca de la realidad fáctica, siendo de ver al respecto en el caso de autos, que el Juzgador penal no negó, sino que, antes bien, afirmó con rotundidad la existencia de accidente en que estuvieron implicadas aquella furgoneta y la motocicleta conducida por el actor y que, de resultas del mismo, D. J.T. quedó lesionado de gravedad, y aunque entendió también que el suceso se desarrolló con una dinámica determinada y que la Sra. P. no había incurrido en responsabilidad criminal de ninguna clase, esto no empece que el material probatorio pueda ser objeto de nueva apreciación autónoma y distinta para fijar la forma en que ocurrieron aquellos hechos básicos a fines de resolver sobre la procedencia del derecho al resarcimiento que se ejercita ante esta Jurisdicción y que la propia sentencia penal debió estimar procesalmente posible, pues que la absolución fué acompañada de "la oportuna reserva de las acciones civiles que correspondan"; en segundo lugar, porque no cabe admitir la aplicación"hipertrófica del derecho a la presunción de inocencia que sostiene la parte apelante y que, de aceptarse con tal amplitud, conllevaría la práctica desaparición de la multitud de presunciones de responsabilidad de que está plagada el vigente ordenamiento jurídico, sometiendo al afectado por ellos a la carga de tener que demostrar, si desea evitar la producción de una consecuencia desfavorable para él, la existencia de la circunstancia desvirtuante pertineente, y que son medios técnicos, en ocasiones de origen histórico remoto, ideados por la ciencia y experiencia jurídicas para la mejor tutela, en el juego de los variados intereses en conflicto, del que se estima más digno y necesitado de protección, pues lo que tiene manifestado el Tribunal Constitucional en sentencia de 1 de abril de 1982 es que el mentado derecho fundamental "no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado *sancionatorio* para las mismas o *limitativo* de sus derechos", supuestos a los que resulta ajena, obviamente, la materia circunscrita a la indemnización de daños causados en la esfera extracontractual, tal como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo fechada a 26 de julio de 1985, esfera en la que dicho Alto Tribunal hace constante aplicación (así Sentencias 9-marzo, 18-mayo y 12-diciembre-1984, 10-julio, 1-octubre y 7-noviembre-1985, etc) del principio de inversión de la carga de la prueba en beneficio del damnificado accionante y que la sentencia de 13 de diciembre de 1983 formula, diciendo que "queda excepcionalmente relevado de probar el supuesto de hecho constitutivo de su derecho al resarcimiento del daño quien aparezca víctima de un hecho de la circulación" y que la culpa originadora no es gravamen procesal de la víctima; y en último extremo, porque entre las dos versiones contrapuestas que se dan acerca del modo en que ocurrió el evento lesivo, la que defiende el actor-apelado resulta la más verosímil, habida cuenta de que, como por otro lado parece evidente, las lesiones padecidas por el Sr. T. no pueden ser producto de una simple caida, sino del atropello, aplastamiento y arrastre de la víctima por un vehículo a motor, según dictaminan con objetividad e imparcialidad el perito médico al folio 117, y esto mismo es lo que corrobora el testigo que ha despuesto al folio 51, siendo tambnién de extrañar que el dueño de la furgoneta asevere que el vehículo no tuvo desperfectos, cuando su mujer afirma, en cambio, que recibió un fuerte golpe (folio 49), lo que, normalmente, debe de dejar algún género de rastro constatable que, de heber existido, habría desvanecido todo tipo de dudas.

TERCERO: Teniendo en cuenta, por último, que J.T. nació el 23 de diciembre de 1963 y que en el accidente de tránsito sufrió herida de 5 cm. de longitud en el cuero cabelludo y fractura de fémur izquierdo, astillado, con lesión de la arteria poplitea del mismo lado que tuvo que ser reparada, habiendo sido preciso extirparle a lo largo de un proceso curativo que se prolongó 241 días, los músculos peroneos, alargar el tendón de Aquiles y llevar a cabo una operación de cirugía plástica para corregir un arrancamiento tisular de la parte dorsal de la pierna izquierda, a resultas de lo cual presenta actualmente una falta total de movimiento voluntario y activo en la articulación tibio-peronéo-astragalina del pie izquierdo con cojera evidente que hace se produzca disminución de un 30 % a la normal deambulación, un total de 6 cicatrices de considerable longitud y otras 10 más pequeñas en ambas piernas y deformidad patente en la izquierda, secuelas de carácter irreversible determinantes, a fines laborales, de situación de invalidez total (folios 8 y 117), la cantidad indemnizatoria quie concede la sentencia recurrida se estima correcta, por lo que, con desestimación del recurso, procede la confirmación de la resolución combatida.

CUARTO: las costas de la alzada debe ser impuestas a la parte recurrente en aplicación de lo que dispone el párrafo 2º del artículo 710 de la Ley Procesal.

FALLO: 1º) Desestimando el recurso de apelación que interpone Velázquez S.A., Compañía Española de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Palma de Mallorca el veintitres de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, se confirman íntegramente los pronunciamientos de dicha resolución.

2º) Se condena a la recurrente al pago de las costas (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

163

163. **FILIACIÓN.** Acción de reclamación de filiación no matrimonial (arts. 127 a 135 C.C.). Investigación de la paternidad. Sentido de la nueva normativa (arts. 39, 2 C.E. y 127, 1 y 135 C.C.): se da entrada, tratándose de filiación por naturaleza, al capital principio de que en el establecimiento de las relaciones jurídicas de filiación debe tener absoluta primacía, en caso de controversia, el respeto a la verdad biológica, con la importante consecuencia procesal de que, en la averiguación del hecho biológico generante, son admisibles todo tipo de pruebas: doctrina de la Sala y del T.S. Práctica de las pruebas biológicas propuestas (expresamente admitidas por el C.C., art. 127): negativa del demandado a someterse a ellas. Doctrina de la Sala: la explícita recepción de estos procedimientos probatorios en nuestro Ordenamiento debiera conllevar también la de los poderes procesales precisos para su empleo. No obstante,

ese silencio legal no impide atribuir a la negativa del demandado el valor probatorio de una manifestación procesal de que tuvo relaciones sexuales con la madre en condiciones que hacían posible la generación de los hijos y de que, además, tiene la personal certeza de ser el auténtico padre. Estimación del recurso interpuesto por la apelante-actora: resulta acreditado el vínculo paterno-filial. *Sentencia de 19 de junio de 1.986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se acepta el primer Considerando de la sentencia apelada, pero se rechazan los demás.

PRIMERO: Aunque no haya sido planteado por quienes desde su inicio son parte en el presente juicio declarativo de menor cuantía, a través del cual la actora, actuando en calidad de representante legal e su hija S., nacida en esta ciudad el 12 de febrero de 1985, ejercita sobre el demandado la acción de reclamción de filiación no matrimonial, que hoy aparece regulada en los artículos 127 al 135 del Código Civil, en la redacción introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, reformadora de dicho Cuerpo Legal, el respeto que se debe a las normas que con carácter imperativo, prescriben la intervención del Ministerio Público en los procesos relativos al estado civil de las personas, obliga a esta Sala a tratar de oficio el probelma que suscita el hecho de que en la primera instancia de esta litis no se escuchó al Ministerio Fiscal, ni como sujeto pasivo de la pretensión deducida, ni siquiera tampoco por la vía de recabar de él informe o dictamen en la función que la doctrina italiana denomina "concludente" por contraposición a la que llama "agente"; defecto indudable que habría dado lugar a la nulidad de todas las actuaciones, si no fuera porque en esta segunda instancia el Ministerio Fiscal se ha incorporado en calidad de parte al proceso, habiendo solicitado, además, de manera expresa, que esta incorporación tardía surta el efecto de subsanar la falta en que incurrió la primera, con lo cual, y a fin de no tener que dilatar la decisión sobre el fondo de cuestiones de tan honda trascendencia humana como son las que aquí se ventilan, ha de estimarse que basta para tener por observada la exigencia dimanente del artículo 3 número 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que le asigna el cometido de "tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil", por cumplido el requisito de que, para extender asiento contradictorio con el estado de filiación que prueba el Registro, así lo haya dispuesto "sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal", según establece el artículo 50 de la Ley reguladora del Registro Civil, y por satisfecha, en suma, la finalidad que ambos preceptos presiguen.

SEGUNDO. La sentencia apelada rechaza las pretensiones de la actora y ahora recurrente porque -dice en términos llamativamente contradictorios-, aunque "el Juzgador tiene la presunción y la certeza moral de que el relato fáctico contenido en la demanda es cierto", estima, no obstante, que no se ha acreditado "ni relación sexual alguna entre los litigantes" y, en definitiva, que el demandado Sr. D. sea el verdadero padre de la menor. Reducida así la cuestión a un puro problema valorativo de los elementos probatorios obrantes en el proceso, el tratamiento de la misma debe partir de que, en la actualidad, el Código Civil, dando cumplimiento al mandato expresado en el artículo 39.2 de la vigente Constitución -coincidente en sustancia con el artículo 43 de la Constitución del año 1931- en el sentido de que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", dispone en el artículo 127 párrafo 1° que "en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas", y en

el 135 -que la parte demandada intencionadamente mutila, omitiendo su inciso final-, con específica referencia a las acciones de reclamación, que "aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo"; con ello, y tal como indicó la reciente sentencia de esta Sala de fecha 4 de abril del corriente año, se extiende definitivamente al Derecho Civil Común los criterios realistas que, en materia de filiación, de siempre han imperado en el Derecho propio de Cataluña, merced a la aplicación supletoria del Derecho Canónico, del que forman parte las Decretales de Gregorio IX, pero que también inspiraron el antiguo Derecho de Castilla en textos insertados en las Partidas y las Leyes de Toro y que permanecieron en vigor hasta que, con ocasión de la codificación, el legislador optó por inclinarse en la Base 5ª de la Ley 11 de Mayo de 1888 por el sistema marcadamente restrictivo y justamente censurado del Código francés, y se da entrada, tratándose de filiación por naturaleza, al capital principio de que en el establecimiento de las relaciones jurídicas de filiación debe tener absoluta primacía, en caso de controversia, el respeto a la verdad biológica, sin otra excepción que la contemplada en el artículo 125 -cuando los progenitores del menor o incapaz fueron hermanos o consanguíneos en línea recta-, con la importante consecuencia procesal de que, en la averiguación del hecho biológico generante, son admisibles todo género de pruebas, dictas o indiciarias, si revisten utilidad y son aptas para formar la convicción de los Tribunales acerca de la realidad o incerteza de un dato de tan dificultoso conocimiento, cual es el fenómeno provocador del vínculo paterno-filial en discordia; en idéntico sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1985, igualmente señala que los artículos 127 y 135 del Código Civil "no hacen sino establecer una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer esa realidad genética, que permite a los Tribunales utilizar cualquier sistema de los previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas esas normas de tan ampliol espectro inquisitorial atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, según el artículo 3-1 del Código Civil, que no es otro que la defensa de los intereses personales del hijo -inocente en todo caso de la actuación de sus progenitores-, tanto de orden moral como material"

TERCERO: Teniendo presente cuanto antecede en torno al sentido de la neuva normativa a lso fines propios de este juicio, la conjunta ponderación del material litis decisorio en el reunido, necesariamente conduce a la estimación del recurso interpuesto por la demandante, toda vez que: a) reconoce D. J.M.D. al absorver la posición 18ª en prueba de confesión, que es cierto que mantuvo relaciones íntimas con la Sra. R., aunque matiza que sólo fue hasta el mes de febrero de 1984 (folio 73) y no hasta finales del mes de junio, como se afirma en la demanda; b) el parto se produjo el 12 de febrero de 1985, y puesto que el periodo de embarazo tuvo una duración de 40 semanas (folio 15), cabe situar el instante de la concepción por sobre el día 9 de mayo de 1984- y no el día 2 como sostiene el demandado, sin duda por efectuar equivocadamente del cómputo sin tomar en cuenta el distinto número de días naturales que compone cada mes-, época en la que no cosnta hubiera obstáculos materiales para que los contendientes pudieran reunirse y tener contacto sexual, dado que la participación del Sr. D. en la Copa de España de Cruceros correspondiente al año 1984, tuvo efecto los días 28 de abril al 1 de mayo, inclusive, y 5 y 6 de este mismo mes, según informa el Delegado de Vela de la Armada y Presidente de la Comisión Naval de Regatas de Baleares al folio 98, de un lado, y la excursión a Galicia en la que la Sra. R. prestó sus servicios de gua-acompañante, partió el 28 de mayo (folio 74), de otro; c) sabido es que la fuerza probatoria de las declaraciones testificales es de libre apreciación por los Tribuanels con arreglo a criterios de sana crítica, según determinan el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1248 del Código y recuerda repetida jurisprudencia (sentencias de 5 de mayo de 1951, 23 de diciembre de 1954, 16 de febrero de 1960, 26 de junio

de 1981, 17 de febrero de 1984, etc.), y para esa Sala ofrecen mucha mayor credibilidad los testimonios prestados por los testigos propuestos por la actora, (folios 61 a 66), que los de quienes fhan depuesto a petición del demandado, pues mientras aquéllos apoyan su aseveración de que las relaciones afectivas entre los litigantes se prolongaron hasta finales de junio o principios de julio de 1984, con la narración de hechos concretos, como son la asistencia del Sr. D. y la Sra. R. a una cena que se celebró en el mes de mayo en casa del hermano de esta última (Srs. P, P.C., S., F, R., C., R. y C), otra cena a la que también fueron juntos y que tuvo lugar en ese mismo mes en el Restaurante "El Gaucho", así como otras salidas para comer e ir al cine (Sras. D.P. y P.C.), que el Sr. D. llevó a uno de los hijos a la apelante al domicilio de una amiga para que ésta cuidara de él y acompañó a otro hasta el Aeropuerto para que emprendiera viaje, todo ello en el mes de junio de 1984 (Sres. P. y P.C.) y que la actora tenía las llaves del turismo propiedad del demandado y lo utilizaba libremente (F, C., R. y C.) añadiendo incluso M.C.C. que tal hecho le consta porque en el mes de junio de 1984 fué a recogerla con el vehículo, que describe como un Ford Fiesta plateado azul, matrículo PM. 150....-Z, al regresar de Menorca de pasar las fiestas de San Juan, por el contrario, las manifestaciones de los testigos del hoy apelado (folios 105 a 110) o presentan contradicciones respecto de la postura que éste mantiene, como es el caso del Sr. P. que dice saber que las relaciones entre las partes litigantes terminaron a finales dle mes de manzo o comienzos del de abril (respuesta 6ª), o simplemente son poco convincentes en su intento de dar a la actora una imagen de mujer amoral, codiciosa de la pretendida fórmula y posición social del Sr. D., borracha y desequilibrada; d) hay testigos que narran la reacción del demandado tras conocer el embarazo de la recurrente: el Sr. R. manifiesta que el Sr. D. le dijo que "a lo hecho pecho", que tenían que tirar adelante, por lo que se quedó tranquilo al ver que éste asumía su responsabilidad (repregunta 1ª f); S.C. relata que, cenando una noche en su casa, el Sr. D. hacía mimos y carantoñas a la actora, sugiriéndole que no fumase para no hyacer daño a la criatura; M.P. y M.C.C. cuentan que el propio demandado les comentó sus intentos de convencer a la Sra. R. para que fuera a Londres a interrumpir la gestación (pregunta 11ª); e) ha quedado perfectamente acreditado merced al documento unido al foko 8, y las comunicaciones remitidas por el Doctor D. y la entidad Mare Nostrum S.A. (folios 91 y 92), que los honorarios de dicho genecólogo por la consulta que pasó a la Sra. R. en junio de 1984 fueron satisfechos con un talón taladrado con el número identificativo que correspondía a D. J.M.D. en su condición de afiliado al Servicio de asistencia sanitaria de la mencionada entidad, hecho base del que no es aventurado inferir, por via de presunción (artículos 1249 y 1253) que, como asevera la Sra. R., acudió esta al despacho profesional del médico en compañía del apelado; f) poco crédito merece la actitud del Sr. D., cuando, en prueba de confesión, comienza por negar circunstancias tan indubitadamente comprobadas en autos como son los viajes que realizó en unión de la actora (posición 2ª) y que luego, ante la evidencia de las fotografias aportadas, se vé forzado a admitir; y g) por último, el demandado no ha consentido en someterse a la práctica de las preubas biológicas propuestas por la contraparte y admitidas por el Juez "a quo", a pesar de que se ha intentado llevar a efecto las mismas en cuatro ocasiones, dos de ellas en esta segunda instancia y bajo expreso apercibimiento al Sr. D. de que la negativa a prestar su colaboración podría ser valorada en la sentencia como reconocimeinto de la realidad de los hechos que se le imputan; este tipo de pruebas, de contrastada base científica y fiabilidad, mediante las cuales hoy en día es factible, no sólo excluir las paternidades dudosas, como antaño, si que, incluso, afirmar con alto grado de probabilidad cual és la verdadera a través de la técnica conocida como sistema H.L.A. que se funda en el estudio de los antigenos leucocitarios humanos, se encuentra expresamente admitido por el artículo 127 del Código Civil, siendo lícito entender que la explícita recepción de estos procedimientos probatorios en nuestro ordenamiento jurídico debiera conllevar también la de los poderes procesales que sean precisos para su empleo y que el derecho a utilizar los medios de preuba pertinentes para la defensa en cualquier tipo de proceso, - particular manifestación del

derecho constitucional a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Ley Suprema- engendra en la otra parte la correlativa obligación de no obstaculizar su practica, colaborando activamente, incluso, en lo que fuere indispensable su partícipación personal para el desarrollo de cada específico procedimeinto, tanto más cuanto que ese deber de colaboración alcanza, en relación a concretos medios probatorios, a quienes no litiguen, a tenor de los que desprende de los artículos 603 y 643 de la Ley de Enjuiciamento sin embargo, como indica la antes citada sentencia de esta Sala de 4 de abril de 1986, el legislador "no ha dictado por el momento norma alguna para regular la situación que se produce cuando cualquiera de los involucrados rehusa ponerse a disposición de los peritos o, simplemente, permitir que se lleven a cabo sobre su cuerpo las operaciones que son imprescindibles -por mínimas e inocuas que resulten- para el desenvolvimiento y éxito de la pericia, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de otros paises, donde unas veces la negativa injusticiada a someterse a la inspección heredobiológica es sancionada con multa disciplinaria y, caso de persistencia, se autoriza el recurso a los apremiso directos, especialmente la conducción por la fuerza, que es la solución del derecho alemán, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba del rechazo injustificado de las partes a consentir la inspección sobre la persona, como establece el artículo 116, párrafo 2° en relación al 118 del Código de Procedimiento Civil Italiano"; ese silencio, no obstante, y como también dice la sentencia aludida, no impide atribuir a la negativa del demandado el valor probatorio de una manifestación procesal de que "tuvo relaciones sexuales con la madre en condiciones que hacían posible la generación de los hijos y de que, además, tiene la personal certeza de ser el auténtico padre: de un lado, porque sólo el temor a que se descubra la verdad biológica que el sujeto previamente conoce, explica su rechazo a facilitar la práctica de una prueba que le ofrece la oportunidad de desvirtuar la demanda; de otro, porque, habiéndosele instruido de manera precisa y concreta acerca de la transcendencia jurídica que podía darse a su conducta, la persistencia en la pasividad aquiere ya el significado inequivoco y concluyente de una admisión y reconocimiento de hechos perjudiciales"; frente a lo cual las razones con las que el Sr. D. píretende justificar su actitud de inhibición falta de fe en la pericia, imposibilidad de rebatir sus resultados por carencia de conocimientos, conversión de un solo perito en Juez del pleito- no son de recibo, por cuanto que: 1) no compete a los litigantes decidir acerca de la utilidad y pertinencia de las pericias y, en general, las pruebas de que intenta valerse la parte adversa, sino a los Tribunales; 2) el uso de medios cientificos para averiguar la realidad de filiaciones controvertidas está expresamente autorizado en nuestro Derecho, existiendo entre ellos técnicas de solvencia comprobada; 3) pudo el Sr. D., al amparo del artículo 612 de la Ley Procesal, solicitar que la pericia fuera practicada por tres peritos y no por uno solo, intervenir en el nombramiento de los mismos, de modo que hubiera entre ellos alguno de su predilección, y pedir que se utilizaran a la vez varios procedimientos diferentes para garantizar el acierto del dictamen; 4) la necesidad de contar con conocimientos científicos, artísticos o prácticos que no poseen la generalidad de las personas y si solo quienes están especializados en áreas de actividad determinada, para conocer o apreciar un hecho de influencia notoria en el pleito, constituye, justamente, el fundamento de la prueba pericial (artículos 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1242 del Código Civil), sin que la mayor o menor complejidad de la misma, ni su carácter más o menos asequible para el profano a quin nada priva, por demás, de buscar los asesoramientos en la materia que estime convenientes-, sean argumentos con virtualidad, para oponerse a su practica; y 5) no están los Tribunales obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, sino que lo deben apreciar según las reglas de la sana crítica (artículos 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1243 del Código Civil, y sentencias del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1983, 10 y 30 de marzo, 7 de junio de 1984, 11 de junio y 11 de junio de 1985, etc.), y, desde luego, lo que no cabe es abandonar la suerte del litigio al capricho de quien, por definición, es parte interesada en él, como hace el Juzgador de primera instancia al basar su pronunciamiento desestimatorio en que "la única prueba

determinante sería la biológica de paternidad, prueba ésta rechazada por la representación del demandado". Extremos todos que, valorados en su conjunto, son bastantes para acreditar que, como asimismo entiende el Ministerio Fiscal, D. J.M.D.L. es el padre de la niña que alumbró la actora y recurrente el pasado 12 de febrero de 1985, por lo que procede declararlo así con la consiguiente revocación de la sentencia apelada.

CUARTO. El acogimeinto de la principal de la peticiones que decue la demandada, lleva inherente el de los complementarias, puesto que: a) establece el artículo 109 del Código Civil que la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley, señalándose en el artículo 53 de la de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, que las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos; y b) igualmente dispone el artículo 111 número 2 del citado Código que queda excluido el progenitor de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, sin perjuicio de las obligaciones de velar por ellos y de prestarles alimentos, cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición, como en el presente caso sucede; de otro lado, consecuencia natural de la estimación de la demanda, es que la paternidad declarada se inscribe en el Registro a fin de lograr la debida concordancia entre el contenido tabular y la realidad jurídica.

QUINTO. Las costas de la primera instancia deben imponerse al demandado en aplicación de la regla contenida en el párrafo 1º del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que, por la estimación del recurso, proceda efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta alzada.

FALLO: 1º) Dando lugar al recurso de apelación que interpone Dña. E.R.P., actuando como legal representante de su hija S., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca el veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca dicha resolución y, en su lugar.

2º) Estimando la demanda formulada por la Sra. R. contra D. J.M.D.L. y previo rechazo de las excepciones articuladas por éste, se declara que el citado Sr. D.L. es el padre de la hija, de nombre S., que la Sra. R. dió a luz, en esta ciudad el día doce de febrero de mil novecientos ochenta y cinco y se ordena que se proceda a inscribir debidamente en el Registro Civil dicha paternidad.

3º) Se declara asimismo que la citada menor tiene derecho a ostentar legalmente el apellido paterno y disfrute de los demás derechos inherentes al estado de hija del Sr. D.

4º) Se declara también que D. J.M.D.L. queda excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y que no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto de su hija S. o de los descendientes de ésta, o en sus herencias.

5º) Se condena al demandado al pago de las costas procesales producidas en la primera instancia.

6º) No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

179

179. **SEPARACION MATRIMONIAL.** Causa: infracción de los deberes conyugales. Prueba de detectives: no tiene valor de testifical al no haber sido ratificada en autos por la persona que redactó el informe; no obstante, la apreciación conjunta de la prueba practicada demuestra la veracidad del hecho originador de la causa de separación matrimonial. Determinación de la pensión alimenticia. *Sentencia de 4 de julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan en su esencia los de la resolución apelada en cuanto no se opongan a los que a continuación se expongan.

PRIMERO: La sentencia que estima la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. M.T.O. y desestima la deducida en nombre y representación de don P.C.C. -iniciadora s de los autos acumulados números 267 y 225 de 1985, respectivamente-, y decreta la separación matrimonial de dichos consortes por causa de infracción de los deberes matrimoniales por parte del esposo -artículo 82-1°-, y fija como medidas complementarias las acordadas en auto de fecha 13 de Febrero de 1985, con fla adición de que el padre tendrá derehco a tener consigo a los hijos los fines de semana alternos desde el viernes por la tarde hasta las 20 horas del domingo, además de poderlos recoger un día a la semana desde medio tarde hasta las 20 horas, es apelada por el marido por los siguientes motivos: a) por basarse la sentencia en un informe de una agencia privada de detectives, prueba ilegal e inconstitucional. b) por no ser cierta la infracción de los deberes matrimoniales que se atribuye al recurrente; y c) por ser, en todo caso, excesiva la contribución de 30.000 pesetas mensuales fijada a cargo del marido para el levantamiento de las cargas matrimoniales.

SEGUNDO: El motivo primero de apelación no puede prosperar, pues si bien es cierto que la prueba que el juez "a quo" denominada de "documental detectivesca", no ratificada por el que se menciona como su redactor y obrante a los folios 29 y 30, no constituye prueba testifical, como acertadamente manifestó "in voce" la Dirección Letrada de la parte apelante en el acto de la vista de esta alzada, por no haberse observado las prescripciones que estatuyen los artículos 646 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no es menos cierto que su contendio -que el hoy apelante pasó la noche del 11 al 12 de Enero de 1985 fuera del hogar familiar- fué reconocido como cierto por dicho litigante en su confesión, agregando que efectivamente dicha noche estuvo fuera del dominio conyugal pero salió de él acompañado de dos personas más y el motivo fué para ir invitado a una fiesta de unos amigos (posición 5ª: folio 106). Amén que el fallo recurrido no se basa exclusivamente en dicho informe de investigación privado sino en la apreciación conjunta de la prueba practicada, lo que lleva de la mano al examen del segundo motivo de apelación que seguidamente se realiza.

TERCERO: Del matrimonio celebrado el 21 de Febrero de 1974 por los hoy litigantes nacieron dos hijos, llamados G.G. y P.C.T., que en la actualidad tiene 10 y 8 años de edad respectivamente, y desde hace unos tres años el aquí recurrente a menudo no pasaba las

noches en su hogar conyugal, no por razones laborales, pues si bien durante ciertas épocas trabajaba como barman o ayudante de camarero y terminaba su jornada laboral a las 2 ó 3 de la noche, no aparecía por su casa hasta las 9 ó 10 de la mañana siguiente y tal desapego de su familia se fué convirtiendo en un progresivo abandono de sus obligaciones conyugales y paterno-filiales. En una ocasión el hoy apelante al abandonar el hogar familiar, dejo a su conyuge uina nota manuscrita que dice: "Perdonáme, aunque sea tarde no les digas a los niños la verdad. Os quiero. Adiós" (folio 31). Nota reconocida como auténtica en confesión judicial (posición 6ª, folio 106), que expresa de manera inequívoca una despedida, un abandono sin justificación alguna del hogar familiar, así como el reconocimiento de llevar a cabo una conducta censurable, lo que constituye una violación grave de los deberes conyugales, que proclaman los artículos 67 y 68 del Código Civil, dándose por tanto la causa primera del artículo 82 del citado Código, apreciada y declarada por el juez "a quo" como base de su fallo que decreta, a instancia de la esposa la separación matrimonial de los litigantes.

CUARTO: La determinación de la contribución del marido al levantamiento de las cargas familiares fijada en 30.000 pesetas mensuales, constituye el último motivo de impugnación de la sentencia dictada en primera instancia. El artículo 93 del supradicho Código declara que, en todo caso, el Juez determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Conviene señalar en primer término, que el concepto de alimentos del citado precepto -es el que se expresa en el apartado segundo del artículo 142 del mismo Cuerpo legal, y en segundo lugar, la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) los dos hijos, como ya se ha indicado, tienen 10 y 8 años de edad, viven con su madre en el hogar familiar. b) la madre, la hoy apelada, trabaja con carácter eventual, en la categoría de auxiliar administrativa en un hotel de esta ciudad y percibe un salario líquido de 52.795 pesetas (folio 84). c) el padre, el aquí recurrente, trabajaba ultimamente como auxiliar de camarero, si bien desde mediados del años 1984, está en desempleo y percibía a finales de dicho año por tal concepto una prestación mensual de 54.707 pesetas (folio 6) y colaboraba en una empresa de su familia que le proporcionaba la oportunidad de unos ingresos adicionales. d) el apelante, es dueño, además de la casa conyugal, sita en la calle Coral número 15 de esta capital, de un flamante automovil marca Ford, modelo Escort G.L. 1.3, blanco, matrículo PM-0061-AB que compró nuevo en Enero de 1984, por el precio de 1.100.000 pesetas, que pagó al contado, 300.000 pesetas con el importe de un préstamo que obtuvo de la Caja de Pensiones, al 19% anual y el resto con el efectivo que disponía. A la vista de todo ello, se fija por esta Sala, en 20.000 pesetas el importe de la pensión mensual que el marido debe abonar a su esposa por el concepto de alimentos de los hijos de ambos, rebajando y concretandose la de 30.000 pesetas mensuales que el juez "a quo" fijó como contribución del esposo al lavantamiento de las cargas familiares. Sin que se pueda argüir contra el señalamiento de las 20.000 pesetas mensuales que el esposo carece de ingresos suficientes para atender tal pensión, ya que puede perfectamente vender su flamante automóvil matrículo PM-0061-AB que se estima que no le reporta beneficio económico alguno, cuyo precio venal disminuye rapidamente con el transcurso del tiempo y es fuente de constantes y cada vez mayores gastos y desembolsos: impuesto de circulación, seguro obligatorio y en su caso del voluntario, gastos de conservación y entretenimiento, etcétera, y con el precio que obtenga del tal venta puede satisfacer comodamente durante varios años dicha pensión mensual y los procedentes incrementos anuales.

QUINTO: Por todo lo expuesto se estima la apelación formulada únicamente en cuanto a la reducción de la cuantía de la pensión mensual que el marido debe abonar a su cónyuge, lo que excluye toda especial imposición de las costas de esta alzada.

FALLO: A) Se estima en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. P.CC. contra la sentencia de fecha trece de Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por el Ilmo. señor Magristrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta ciudad, en los autos acumulados de separación matrimonial de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto ahora señala como medida complementaria en sustitución de la del ordinal cuarto del auto de trece de febrero de mil novecientos ochenta y cinco la siguiente: "El esposo entregará a su cónyuge la pensión mensual de veinte mil (20.000 pesetas) por el concepto de alimentos para los hijos de ambos"; confirmando todos los restantes pronunciamientos de dicha sentencia.

B) Sin especial imposición de las costas de esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

181

181. **SEPARACION MATRIMONIAL.** Incongruencia: se solicita la separación por abandono injustificado del hogar, y se conde por difícil convivencia; se aprecia al infringir la sentencia del juez "a quo" el art. 359 LEC., modificando la causa de pedir esgrimida en la demanda. Determinación de la pensión compensatoria: no puede entrar a discutirla la Sala por cuanto el actor lo solicitó en el acto de la vista oral, sin que hubiese sido solicitado con la deamnda, por lo que se incurriría en incongruencia, vulnerando el principio de preclusión procesal. Igualmente, se revoca la sentencia del juez "a quo" por cuanto otorgaba medidas complementarias no solicitadas por el actor en la demanda. *Sentencia de 7 de julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: No se aceptan los considerandos de la resolución impuganda, en cuanto contradigan lo que dirá a continuación.

PRIMERO: En el acto de la vista la partye actora-apelante solicitó se revocara la sentencia dictada en primera instancia, en base a las siguientes consideraciones: 1°) la sentencia no es congruente con la demanda, puesto que en esta se alegaba como causa de separación el abandono injustificado del hogar del artículo 82-1° del Código Civil; 2°) en cuanto a las medidas complementarias existe una confusión entre el auxilio económico para los hijos y la pensión compensatoria para la esposa, solicitando se fijara la cantidad de 100.000 pesetas por el primero de lso conceptos y de 30.000 pesetas por el segundo; por su parte, el demandado, hoy también apelante, solicitó igualmente la revocación de la sentencia de primera instancia por entender: 1°) que no se ha probado la causa de separación alegada

por la parte actora en su demanda y 2°) la sentencia concede más de lo que se pide, al incluir entre los gastos a abonar por el marido los de electricidad, y en definitiva solicitó se acordaran las medidas complementarias de la separación en la forma expuesta en su demanda reconvencional.

SEGUNDO: En relación a la primera de las cuestiones planteadas por ambas partes, conviene recordar que: 1°) la demanda inciadora de los autos de que dimana el presente rollo, alegaba como causa de separación el abandono injustificado del hogar del artículo 82-1° del Código Civil, pues el marido el 23 de julio de 1984 se marchó del domicilio familiar sin reintegrarse en él, a pesar de las gestiones y súplicas de la esposa en este sendio; 2°) la sentencia dictada en priemra instancia, estima que no ha queddo acreditado en autos la causa de separación que señala el artículo 82-1°, al nof haber existido abandono propiamente dicho, en el sentido de dejación u olvido de derechos y deberes, y que la salida del marido del hogar no puede calificarse de injustificada; y sin embargo, concede la separación matrimonial por resultar la convivencia demasiado difícil, sin expresa culpabilidad de ninguno de los cónyuges; 3°) es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que a) al no poder el juzgador resolver más cuestiones de hecho y de derecho que las que las partes le someten a su conocimiento, es obligado observar el requisito de adecuación entre lo pedido y lo otorgado que exige el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cuando hay discrepancia entre lo resuelto y lo que ha sido objeto de debate se incide en incongruencia, siendo preciso para inferir esa conformidad o derivación atenerse al contenido de las pretenciones por razón de las personas contra quienes la demanda y la sentencia, por tanto, van dirigidas, por rzón del objeto del proceso, o sea, del bien que se reclama o niega y por razón de la cuasa de pedir o los fundamentos de la pretensión misma, por lo que no es lícito al juzgador modificar la citada cusa de pedir (Sentencia de 23 de octubre de 1963); b) que si bien el principio i ura novit curia autoriza al juez a aplicar las normas que estime procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones sin incurrir en incongruencia, ello es así si se atiene a las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes someten a su conocimiento, sin que pueda alterarse la cuasa de pedir (sentencia 1 de abril de 1982) y c) la situación de congurencia viene determinada porque entre la parte dispositiva de una relación juridica y las pretensiones oportunamente deducidas existe la máxima concordancia y correlación con orden a lo que atañe al elemento objetivo en torno al que gira la controverisa, de tal suerte que los tribunales ajustarán su decisión a los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos y a la acción que se hubiere ejercitado sin que por tanto sea lícito modificr unos y otras ni alterar la cuasa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, al requeirse cumplir con el principio en la materia de que "Sentencia debet esere conformis libello", (Sentencia 3 de julio de 1981); 4°) es criterio amntendio por esta Sala que la imposibilidad o dificultad de la convivencia de los cónyuges, no es causa de separación, toda vez que no esta incluida en la relación que establece el artículo 82 dle Código Civil, sentadas estas premisas, procede examinar si en el presente caso existe o no, por parte dl marido, abandono injustificado del hogar, entendiendo por tal la salida del msimo de modo voluntario y con ánimo de romper la convivencia, para instalarse a vivir, el cónyuge abandonante en otro lugar; y la falta de justificación, es decir, de un motivo que haya echo necesario o conveniente dicho abandono.

TERCERO: En el caso que se contempla, están de acuerdo ambos cónyuges en que el marido se marchó del hogar familiar el 23 de julio de 1984, pero mientras que la esposa mantiene que fué por decisión unilateral del marido y con carácter definitivo, el esposo dice que fué una decisión adoptada de mutuo acuerdo ya que necesitaban un período de reflexión, y que como tal, tenía un carácter provisional, siendo la esposa la que no le permitió reintegrarse al domicilio conyugal, y de la prueba practicada no ha quedado acreditado que fuera pactada de común acuerdo con la esposa la marcha del marido, por el contra-

rio, en la prueba testifical de los folios 77 y siguientes, la hermana de la actora relata que "el marido cogió sus efectos personales y al día siguiennte volvió a despedirse de los niños y le dió a su mujer el nombre de un abogado para que se pusiera en contacto con él", y que era una decisión que había adoptado desde hacía tiempo, puesto "que hace un año aproximadamente le dijo que pensaba con el tiempo separarse de la esposa, pero no abandonar a los hijos", versión que coincide con la de la actora que al absolver la quinta posición manifiesta que "se fué despues de insultar a la confesante y que además le dijo que había hecho lo imposible para que ella se fuera y como no lo había conseguido, se marchaba el", y con las manifestaciones de uno de los hijos, en su exploración al folio 115, que dice que su padre se marchó porque se enfadó, y que está avalada por la restante prueba testifical de los folios 36 y siguientes; mientras que los testigos propuestos por la parte demandada, si bien contestan afirmativamente a la primera pregunta de que el demandado pasó a vivir a casa de sus padres de manera provisional al haber este acordado con su esposa que vivieran separados un tiempo, al contestar a las pertinentes repreguntas, se constata que desconocen cualquier detalle referente a la marcha del marido del citado domicilio, estimándose en definitiva que ha quedado probado que el marido está incurso en la causa legal de separación que señala el nº 1 del artículo 82 del Código Civil.

CUARTO. La segunda de las peticiones de la dirección letrada de la parte actora-apelante referente a fijar como medidas complementarias una contribución del marido de 100.000 pesetas mensuales en concepto de auxilio económico de los hijos y de 30.000 pesetas en concepto de pensión compensatoria para la esposa, debe ser desestimada, toda vez que en la demanda unicamente se pide como auxilio económico para la esposa e hijos la suma de 40.000 pesetas mensuales así como las facturas de los colegios de los hijos y los gastos de comunidad, y aquellas pretensiones, en consecuencia, no han sido solicitadas en el momento procesal oportuno; no siendo posible, so pena de infringir el principio procesal de preclusión, el de congruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el de derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales que proclama el artículo 24-1º de la Constitución, entrar en el examen de pretensiones nuevas aducidas por la dirección letrada de la parte actora-apelante en el acto de la vista de esta apelación.

QUINTO. En cuarto a las medidas complementarias de la separación, atendidas las peticiones de ambas partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y a las circusntancias que concurren en autos -a) los litigantes contrajeron matrimonio el 27 de julio de 1970, del que han nacido y viven cuatro hijos que cuentan actualmente 15, 12, 11 y 8 años, respectivamente; b) que la madre trabajó en la empresa comercial Antonio Buades Ferrer S.A. desde el 22 de septiembre de 1966 hasta el 16 de julio de 1970, fecha en que causa baja para contraer matrimonio, sin que trabaja en la actualidad, por lo que dispone del tiempo necesario para atender debidamente a sus hijos; y c) el padre es socio-administrador de Viajes Fenicia, percibiendo un sueldo de unas 71.000 pesetas mensuales, aparte de su participación en los beneficios que produce dicho negocio (confesión del marido, folio 40 y documentales de los folios 120 y 128)- esta Sala estima ajustadas las medidas complementarias que se señalan en la resolución impugnada, si bien con las siguientes particularidades: 1º) se amplía el derecho de visita del padre, a la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano; 2º) no procede en este momento acordar sobre la venta de la vivienda que constituye el domicilio conyugal, toda vez que dicho pronunciamiento excede del ámbito de las medidas que señala el artículo 91 del Código Civil; 3º) el marido quedará exonerado de satisfacer los gastos de electricidad toda vez que dicho pronunciamiento no ha sido solicitado por ninguna de las partes litigantes.

SEXTO. Consecuencia de lo anteriormente expuesto, será la estimación en parte de los recursos de apelación interpuestos por cada una de las partes litigantes, y la revocación de

la sentencia de instancia, en el sentido que se expresará, sin que proceda a la vista de los dispuesto en el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hacer expresa imposición de las costas de la presente alzada.

FALLO. 1º) Se estima en parte tanto el recurso de apelación interpuesto por el procurador D.J.F.R.A. en nombre y representación de Doña Mª D.P.T. como el interpuesto por el procurador D.P.B.M. nombre y representación de D.J.T.T. en consecuencia se revoca la sentencia recurrida en cuanto se oponga a lo que se dirá a continuación, y se confirma en el resto de sus pronunciamientos.

2º) Se estima en parte la demanda interpuesta por el procurador Sr. R. en la representación indicada y en la parte la reconvención interpuesta por el Procurador Sr. B. y se decreta la separación matrimonial de los litigantes al estar el marido incurso en causa legal de separación prevista en el nº 1 del artículo 62 del Código Civil, siendo medidas complementarias:

a) la madre tendrá consigo a los hijos menores, siendo compartida la patria potestad, el padre tendrá consigo a los hijos los fines de semana alternos desde el sábado a las 20 horas hasta igual hora del domingo pudiendo llevarse a cabo en la forma solicitada por la parte demandada, debido a la limitación de espacio físico de su vivienda, que impide la permanencia simultánea en la misma de los cuatro hijos, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, a elegir los años pares por la esposa, y los impares por el marido.

b) la vivienda conyugal se asigna a la madre e hijos, así como el ajuar doméstico.

c) el padre satisfará una pensión en metálico de cuarenta mil pesetas (40.000-Ptas) mensuales y abonará además los gastos comunitarios de la vivienda conyugal y de la escolaridad de los hijos hasta la suma de 20.000 pesetas trimestrales, la pensión será revisable conforme el índice de precios al consumo publicados por el Instituto Nacional de Estadística y pagadera dentro de los cinco primeros días de cada mes.

3º) Se absuelve, respectivamente, a las partes litigantes del resto de los pedimentos.

4º) No se hace expresa condena de las costas en ninguna de las dos instancias. (Ponente: M. Rosa Rigo Rosselló).

184

184. **EJECUCION DE OBRAS CON SUMINISTRO DE MATERIAL.** Dicho contrato debe encuadrarse en el art. 1598,2 C.C., entendiéndose aprobada la obra cuando sea satisfecho el precio, y no como entiende el apelante, al encuadrarlo en el art. 1598,1 C.C., aprobándose la

obra a la entrega de la misma, ya que este supuesto sólo opera en aquellos contratos en que se pacta la obra a "satisfacción del propietario"; debe, en consecuencia, desestimarse la petición del apelannte de rechazar la demanda por ser ésta interpuesta a los dos años y medio de la terminación de la obra. Vicios de construcción: valoración probatoria, con especial incidencia de los dictámenes periciales obrantes en autos. Compensación de obras omitidas por otras realizadas fuera de presupuesto: no debe apreciarse por cuanto ello supondría la modificación unilateral del contrato, vulnerando el principio "pacta sunt servanda", afirmando el Ordenamiento jurídico que la validez y eficacia de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes (arts. 1256 C.C.). *Sentencia de 9 de julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se aceptan los dos primeros de la resolución apelada.

PRIMERO. La sentencia dicta que, desestimando la demanda inicial y estimando parcialmente la reconvención, declara que las obras realizadas por la entidad reconvenida a virtud del contrato de fecha 5 de Febrero de 1981 celebrado con el reconviniente, lo han sido defectuosamente y que el importe de la corrección de dichos efectos, a fijar en ejecución de sentencia, deberá ser satisfecho por la compañía reconvenida, en una de las formas que eligiese de las dos que alternativamente se señalan, es apelada por la entidad condenada por los siguientes motivos: a) por haber formulado el hoy apelado-reconviniente la primera reclamación, dos años y medio después de haber recibido la obra, reclamación deducida despues haber promovido la entidad hoy apelante contra él, un juicio ejecutivo derivado del incumplimiento de otro contrato igualmente suscrito por los aquí contendientes y que mas adelante se menciona; y b) por no existir los vicios, defectos y omisiones aducidos por el reconviniente.

SEGUNDO. Son concordes las partes que celebraron entre sí dos contratos, a saber: a) uno de fecha 15 de Mayo de 1981, de venta a plazos por la entidad aquí apelante al apelado, de maquinaria de hostelería, contrato que tras diversas vicisitudes e incidencias, una de ellas de índole judicial ya aludida, se halla totalmente extinguido. b) otro, de data 5 de Febrero del mismo año 1981, de ejecución de obras con suministro de material, de adaptación ydecoración de la Cafetería denominada Cutty Shark, sita en Palma Nova, propiedad del reconviniente, consistentes en la construcción e instalación de un Kiosco en un extremo de la terraza de la mencionada cafetería, por una montaña, según presupuesto, de 3.095.170 pesetas, a satisfacer, 619.170 pesetas a la firma del contrato y el resto, 2.476.000 pesetas, en una letra debidamente aceptada con vencimiento al 25 de julio de 1981, renovable previo rebaje de 276.000 pesetas y el resto con el acepto de 22 letras de 100.000 pesetas con vencimientos mensuales consecutivos siendo el primer vencimiento al 25 de agosto de 1981, y los gastos de renovación por cuenta del comprador (folios 54/60). Como consecuencia de diversas rebajas y de renovaciones de cambiales no pactadas inicialmente, el hoy apelado aceptó 8 letras de cambio que a sus vencimientos no fueron pagadas y en sus protestos alegó, en todos ellos, "que niega rotundamente la firma y rúbrica que aparece en el acepto de la cambial como supuesto de su puño y letra", si bien ha reconocido y confesado en autos la autenticidad de dichas firmas y rúbricas, alegando que tales tachas de falsedad

las formuló para evitar el ejercicio de la acción cambiaria y ejecutiva y poder en el juicio declarativo justificar la razón de su impago, lo que ha llevado a cabo meses despues y por vía reconvencional.

TERCERO. El contrato de fecha 5 de Febrero de 1981 celebrado entre los hoy litigantes, es, obstantes la rúbrica que lleva de "Contrato de Ventas", y ambas partes coinciden, dadas las estipulaciones que de él resultan, un arrendamiento de obras con suministro de material -artículo 1588 del Código Civil-, con presupuesto convenido de antemano, negocio jurídico bilateral de obligaciones recíprocas, en el que el sinalagma viene dado por cuanto la obligación de una de las partes -el comitente-, de pagar una remuneración, es la corresponsal de la otra parte de ejecutar la obra en la forma que específicamente se haya pactado, y viceversa. Por ello, el comitente puede rehusar al pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición ("exceptio non admpleti contractus"), como si solamente ha cumplido en parte o ha tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (exceptio non rite adimpleti contractus").

CUARTO. El primer motivo de apelación se apoya en el hecho de que la reclamación del comitente, hoy apelado-reconviniente, se formuló dos años y medio después de la entrega y recepción de la obra, y haber declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de diciembre de 1981, según el apelante actor, que la disconformidad con la obra realizada, ha de manifestarse al tiempo de la obra, no al momento posterior en que el pago es reclamado; con olvido de que dicha resolución hace referencia unicamente al supuesto previsto en el apartado primero del artículo 1598 del Código Civil, -cuando expresamente se conviene que se ha de hacer la obra a satisfacción del propietario- que no es el caso que ahora se enjuicia. La disposición de la proposición segunda del artículo 1592 del mencionado Código, según la cual, cuando se trata de obra por piezas o medida, se presume aprobada y recibida la parte satisfecha, puede ser extendida a todos los demás casos, de suerte que cualquier obra, sea total o parcial, se entiende aprobada en cuanto sea satisfecha; o sea que es el pago y no la recepción lo que presume la aprobación de la obra, salvo en los casos en que los defectos esten a la vista o los conozca el comitente, pues en tales supuestos, la recepción de la obra sin protesta, implica su aprobación. Lo que determina la desestimación del primer motivo del recurso.

QUINTO. La existencia de vicios de construcción y omisiones en la ejecución, apreciadas por la juez "a quo", constituye la materia del segundo motivo de apelación ya que la recurrente niega la existencia de tales vicios y sostiene que las posibles omisiones en la ejecución de la obra han quedado ampliamente compensadas con la realización de otras obras no incluidas en el presupuesto suscrito por los hoy contendientes; lo que impone una revisión de la prueba practicada en autos y especialmente de los dos dictámenes emitidos, uno conjuntammente por los arquitectos doña M.C.A.M. y don A.M.A. (folios 405/408), y el otro, por el también arquitecto, don J-A.C.G. (folios 409/412) con sus anexos (413/416), así como las ampliaciones y concreciones emitidos por dichos facultativos a instancia de las partes litigantes (folios 401/403).

SEXTO. De la prueba pericial, apreciada a tenor de lo dispuesto en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se estima que faltan los siguientes elementos y obras incluidas en el referido presupuesto: a) tres lámparas tipo marino para ampliación terraza; y b) las cortinas de seguridad del kiosko anexo a la cafetería. La no colocación de cierres de seguridad del kiosko, no se reputa incumplimiento contractual, ya que los tres peritos estiman que dicho cierre es innecesario al hallarse integrado el kiosko en el recinto de cafetería. La inexistencia de campana de extracción de humos, denunciada por el reconviniente

no puede acogerse, ya que no se pactó en el supradicho presupuesto tal sistema de extracción de humos. Igualmente se aprecia, a la vista de los referidos dictámenes, las siguientes deficiencias de construcción: a) algunos desconchados del gres del pavimento en el encuentro entre acera y terraza, producto de no haberse previsto una pieza o remate en este cambio de nivel o eslabón, así como varias baldosas fisuradas en su encuentro con la carpintería de aluminio; y b) falta de estanqueidad al agua de la carpintería instalada. Las líneas eléctricas para instalación de: freidora, grill, extracción, plancha, etcétera, expresadas bajo el apartado 3.1 del presupuesto, se estiman realizadas, como se expresa en el dictamen de los arquitectos Sra. A.M. y Sr. A.C., al haberse instalado nuevo contador, lo que hace presuponer, según dichos peritos, que paralelamente se ha realizado cambio también de cables, como se desprende de que la maquinaria funcione correctamente. También se aprecia realizados los trabajos de fontanería que se relacionan en el presupuesto -"6.1. Instalación de fontanería para pica en cocina. 6.2. Desagües para pica cocina y botellero kiosco"-; ya que los dos arquitectos ultimamente mencionados, en su dictamen conjunto, afirman haber constatado la existencia de tomas de agua y desagües para todos los elementos de saneamiento y suponen que dichas instalaciones en lo que hace al kiosko tienen que haberse practicado conjuntamente con la construcción del mismo; habiendo comprobado dichos dos peritos la existencia de un ramal de desagues desde los aseos hasta dicho kiosko, y desde el mismo a la arqueta situada en la acera. El pavimento realizado en gres cerámico según muestra, fué colocado adecuadamente, con las salvedades antes expuestas, pues los pequeños alabeos de las baldosas, que apreció el perito Sr.C., se reputan normales a una calidad "standard" de dicho gres. Las deficiencias que presentan los cierres inferiores de la carpintería metálica -dañados, dos y de difícil uso, otros dos- son debidas a su deterioro por el uso, y no por defecto de fabricación o de montaje. Esta Sala, igualmente estima que la calidad de todos los materiales y elementos que se utilizaron para las obras ejecutadas, incluyendo las carpinteria metálica, que por cierto no presenta deterioros de erosión ni oxidación, es la ajustada al precio presupuestado -calidad "standard"-. Causa cierto estupor a este Tribunal la conclusión a que llega el perito arquitecto don J.A.C.G. que, tras realizar diversos estudios y consideraciones técnicas, "que la carpinteria metálica es incapaz de soportar esfuerzos horizontales, de viento, o simplemente apoyando el cuerpo en ella" (folio 411), pues no es aventurado suponer que en los cuatro años de existencia que tiene dicha construcción metálica, no hay soportado presiones horizontales eólicas de distintas intensidades y que mas de un viandante o cliente del establecimiento se haya apoyado en ella y sin embargo no consta que se haya derrumbado ni parcialmente tan frágil y pésima construcción.

SEPTIMO. Las especificadas omisiones apreciadas en la obra ejecutada por la hoy apelante -3 lámparas de tipo marino y las cortinas de seguridad del kiosko- y las concretadas deficiencias de construcción estimadas en dicha obra -desconchado del pavimento de gres y fisuras de algunas baldosas y la falta de estanqueidad al agua de la carpintería instalada- no pueden compensarse con la ejecución, por iniciativa exclusiva del contratista, de otras obras no incluidas en el presupuesto, aunque el valor de estas últimas sea superior a aquellas, pues en materia de contratación rige el principio "pacta sunt servanda" y el Código Civil proclama en su artículo 1256 que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"; precepto este que es una consecuencia de la fuerza vinculante del contrato con relación a las partes. Si se dejase el contrato al arbitrio de uno de los contratantes, este, en realidad, no quedaría obligado. Todo ello conlleva a estimar en parte el recurso formulado y modificar parcialmente el fallo apelado en los términos que se indicarán en la parte dispositiva de esta sentencia, y en los que también se acoge la declaración, admitida como cierta, de que el demandado señor F.B. adeuda a la entidad actora FRIU S.A., y así consta reconocido en autos, la suma de 624.868 pesetas.

OCTAVO. La estimación parcial del recurso excluye toda condena en costas en esta alzada.

FALLO: A) se desestima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de la entidad friu S.A. contra la sentencia de fecha veinticinco de Noviembre de mil novecientos ochenta y cinco, dictada por la Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, en los autos del juicio declarativo, hoy de menor cuantía, de que dimana el presente rollo y se revoca dicha resolución en cuanto se oponga a lo que a continuación se declara y se confirma en el resto.

B) Se estima en parte la demanda deducida por la representación procesal de la compañía mercantil friu S.A. contra don F.F.B. y se declara que el demandado adeuda a la entidad actora la suma de seiscientas veinticuatro mil ochocientas sesenta y ocho pesetas (624.868 pesetas), absolviendo al demandado, en este pronunciamiento, de las demás pretensiones formuladas contra él.

C) Se estima en parte la reconvención formulada por este contra aquella entidad mercantil y se declara: 1º) Que no ha lugar a lo solicitado en el primer apartado de la misma. 2º) Que las omisiones o faltas y las deficiencias de construcción en la obra concertada en el contrato de arrendamiento de obras de fecha cinco de Febrero de mil novecientos ochenta y uno celebrado por los hoy litigantes, son las reseñadas en el fundamento septimo de esta resolución. 3º) Que la subsanación de dichas omisiones y deficiencias de construcción serán a cargo exclusivo de la entidad reconvenida, la que podrá, a su elección, cumplimentarlo: a) mediante la realización de las pertinentes obras e instalaciones en el plazo de dos meses desde la firmeza de la sentencia, y una vez efectuadas y aprobadas por un Técnico en la materia, el reconviniente pagará el inmediato y en efectivo a la entidad reconvenida la cantidad ya declarada que le adeuda de seiscientas veinticuatro mil ochocientas sesenta y ocho pesetas (624.868 pesetas). b) mediante la entrega por la entidad reconvenida de la cantidad a que ascienda el importe total de la subanación de las omisiones y deficiencias de contrucción reseñadas, evaluadas en fase de ejecución de sentencia, al reconviniente para que este realice la expresada subsanación: compensándose debidamente el crédito de la reconvenida -624.868 pesetas- con el que deba entregar al Sr. F.B. 4º) No ha lugar a la condena solicitada en el ordinal cuarto de la reconvención, absolviendo de tal pretensión a la compañia reconvenida. Sin hacer expresa condena de las costas de primera instancia.

D) No se hace especial imposición de las costas devengadas en esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

192

192. **IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.** Estimación de la acción, al haberse probado la falta de veracidad del reconocimiento hecho como medio para la obtención de situación si-

milar respecto al menor a la adopción. Finalidad defraudatoria de la ley que debe tacharse de ilícita. *Sentencia de 18 de julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se rechazan los de la sentencia apelada.

PRIMERO. El actor, D.S.J.P.V., soltero, de 44 años de edad, postula, en este juicio declarativo de menor cuantía, ahora en segundo grado jurisdiccional promovido el 17 de Abril de 1985 contra doña A.D.G.M., casada, madre de S.P.C., nacido el 25 de Diciembre de 1984 e inscrito en el Registro Civil de esta ciudad inicialmente con los apellidos C.M., juicio tramitado con intervención del Ministerio Fiscal, que se ordene la cancelación del reconocimiento de filiación que de dicho menor llevó a cabo el día 3 de Marzo de 1985 en comparecencia ante el Encargo del citado Registro Civil con el consentimiento de la madre, la hoy apelada demandada, ya que no es el padre biológico del expresado niño y tal reconocimiento lo realizó con el fin de poder así adoptar al menor reconocido, ya que de otra manera no era posible conseguir dicha adopción por su estado civil de soltero, e ignoraba, cuando realizó el reconocimiento, que el Tribunal Tutelar de Menores de esta capital había abierto expediente, en función protectora, al expresado niño y acordado suspender a la madre en los derechos de guarda y educación del hijo y que este quedara en situación de confiado a familia con la de su abuela materna.

SEGUNDO. El reconocimiento voluntario de hijo es antetodo una declaración de verdad, un reconocimiento de un hecho cierto del que se derivan importantes efectos jurídicos, dimanantes del "status" de hijo que adquiere el reconocieo y que transcienden y desbordan el ámbito personal entre el padre o la madre que reconoce y el reconocido. El reconocimiento de hijo, como declaración de voluntad que es, puede estar viciada por haberse prestado mediante error, violencia o intimidación; de ahí que quepa su impugnación, cuya acción se declara en el artículo 141 del Código Civil. En el caso que ahora se enjuicia el vicio del consentimiento-error- que el actor denuncia como invalidante de su reconocimiento, recae sobre una declaración que el otorgante prestó libremente sabiendo que era mendaz, que el niño reconocido no era suyo, hecho este confesado como cierto por la persona que mejor lo podía saber: la propia madre del menor (posición 4ª: folio 35), con el fin de poder llevar a cabo la adopción del niño. Se trata pues, de un acto que con el fin de soslayar las dificultades e inconvenientes se oponían a la adopción que tanto interés tenía el hoy apelante, declara una relación de filiación no real, finalidad defraudatoria de ley que se tacha de ilícita -artículo 6.4 del Código Civil- y determina la ineficacia de dicho reconocimiento -artículo 1275 del mismo Código-.

TERCERO. Dado el carácter de derecho público que ostenta el estudio civil del hijo, materia que queda fuera de la disposición de las personas y sobre las que no cabe transigir artículo 1814 del repetido Cuerpo legal-, determina que se declare de oficio la nulidad del reconocido de hijo realizado por el aquí apelante, con los efectos y consecuencias jurídicas que de ello se derivan, entre ellas, la de cancelación del asiento postulada por el actor -artículo 164 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de Noviembre de 1985-.

CUARTO. Por lo expuesto procede revocar la sentencia apelada y dictar otra en la previa la pertinente declaración de nulidad, se ordena la cancelación interesada en el suplico del escrito instaurador de esta litis. Sin especial imposición de las costas devengadas en ambas instancias.

FALLO. A) se estima el recurso de apelación formulado en nombre y representación de don S.J.P.V. contra la sentencia de fecha doce de Febrero de mil novecientos ochenta y seis, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo de que dimana el presente rollo, y se revoca dicha resolución y en su lugar:

B) Se declara de oficio la nulidad del reconocimiento de filiación realizada por don S.J.P.V. ante el Encargado del Registro Civil de esta ciudad, el ocho de Marzo de mil novecientos ochenta y cinco, del menor S.C.M., nacido en esta capital el 25 de Diciemmbre de 1984. Se estima la demanda deducida por la representación procesal de don S.J.P.V. contra doña A.D.C.M. siendo parte el Ministerio fiscal, y se ordena la cancelación de la inscripción marginal del acto que se declara nulo, practicada en la página 515, Tomo 356, Sección 1ª del Registro Civil de esta ciudad, así como la modificación de apellidos que se realizó como consecuencia del expresado reconocimiento de filiación. Sin especial imposición de las costas de primera instancia.

C)Sin condena en costas en esta alzada. (Ponente: Julio A. Llovet Alabau).

195

195. **DERECHO FORAL BALEAR. Ibiza.** Capítulos matrimoniales o "espolits". Interpretación de cláusula de heredamiento contenida en los mismos. Donación hecha por la madre, que se impugna por estimar que vulnera tal heredamiento. Es donación universal equiparable al testamento aunque tal carácter no se mencione en la escritura de donación. Hechos de los que se infiere dicha naturaleza. Inadmisibilidad de la figura del heredero tácito. *Sentencia de 22 de julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se acepan los de la sentencia apelada.

PRIMERO. Constituyen antecedentes de las cuestiones suscitadas en esta alzada, los extremos que a continuación se exponen: 1) en capitulaciones matrimoniales o "espolits" otorgadas en la ciudad de Ibiza ante el Notario D. Narciso Puget y Senti el 26 de abril de 1907, D. J.S.S. y Dª C.C.C., padres de los hoy litigantes, estipularon, entre otras cláusulas, la que presenta el siguiente tenor literal: "los prenarrados J.S.S. y C.C.C., venideros consortes, hacen donación inter vivos reservándose el usufructo durante sus vidas de la mitad de todos sus bienes presentes y venideros a favor de los hijjos varones que procrean de este matrimonio y en defecto de varones de éste hacen las mismas donaciones a favor de las hembras de éste con preferencia a varones de distinto, reservándose en todos casos el dere-

cho de elegir y nombrar los hijos que mejor les parezca para herederos o donatarios, y facultándose mutuamente ambos cónyuges para que si alguno de ellos muriera sin designarlos lo pueda verificar el sobreviviente por el premuerto de lo donado y reservado, y para en el caso de morir sin haberlo hecho desde ahora ya dejan nombrado por el heredero o donatario de todos sus bienes al hijo varón mayor de este matrimonio y en defecto de varón a la hembra mayor del mismo, pero todo sin perjuicio de que el cónyuge sobreviviente usufructuará los bienes del premuerto durante su viudez. Presentes todos aceptan esta escritura y por los venideros la acepto yo el infrascrito Notario"; 2) del referido matrimonio nacieron diez hijos, tres varones y siete hembras, siendo varón primogénito el actor y ahora recurrente D.J.S.C; 3) el 29 de noviembre de 1962 D.J.S.S. otorgó ante el Notario de Ibiza D. Higinio Pi Banús testamento por medio del cual, tras nombrar a su esposa usufructuaria vitalicia con relevación de fianza y mientras no contrajera ulterior matrimonio, instituyó a sus dos hijos Ju. y Jo. por herederos universales, a partes iguales, de todos sus bienes; 4) a la muerte del Sr. S., acaecida el 23 de abril de 1969, y habiéndose negado J.S. a aceptar la validez del testammento en la creencia de que vulneraba el heredamiento estatuido en el año 1907, el coheredero designaddo, Jo, promovió ante el Juzgado de 1ª instancia de Ibiza juicio declarativo de menor cuantía con el propósito de que, fundamentalmente, se declarara la validez y eficacia del controvertido testamento, así como las de la institución de heredero en él contenida, pretensiones que fueron acogidas por sentencia de dicho Juzgado de fecha 7 de diciembre de 1971, más tarde confirmada por la pronunciada por esta misma Sala el 14 de abril de 1972; 5) el 29 de abril de 1971 Dª C.C.C., por su parte, hizo donación inter vivos a su hijo D.R.S.C. mediante escritura pública autorizada por el mismo Notario, Sr Pi Banus, de tres fincas de su propiedad que habia adquirido por adjudicación en pago de sus derechos legitimarios, y de los mejoramientos o gananciales que, en virtud de los convenido en las capitulaciones matrimoniales otorgadas el año 1907, le correspondiena, a razón de una cuarta parte, sobre las fincas pertenecientes a su difunto esposo, siendo pactos especificos de la donación expresados en su estipulación segunda, que "la donante se reserva el usufructo vitalicio de todo lo donado e impone al donatario la obligación de pagar los derechos legitimarios correspondientes, en proporción a lo donado, a sus hermanos, M., C., Ju., Ja., M., J., A., F., y E.S.C."; 6) fallecida la Sra. C. el 6 de enero de 1978 sin testar, el 17 de mayo de 1983 D.J.S.C. formuló la demanda motivadora de la presente litis, postulando declaración judicial de que es el único heredero de su madre en méritos del heredamiento hecho el 26 de abril de 1907, sin perjuicio de los derechos legitimarios correspondientes a los demás; que la escritura de donación otorgada por su madre el 29 de abril de 1971 a favor de su hermano D.R.S. es nula por constituir enajenación en fraude de heredamiento y que también son nulos y debe procederse a la cancelación de cuantos asientos registrales haya podido provocar tal escritura en el Registro de la Propiedad; 7) la sentencia recaida en la primera instancia el dia 20 de febrero de 1985 desestima las referidas pretensiones y contra ella se alza ahora el actor con apoyo en dos argumentos básicos, a saber: que, muerto uno de los cónyuges, el heredamiento -al que califica de peventivo- deviene irrevocable, de suerte que el supérstite no puede ya disponer de sus bienes, y que la impugnada donación no es acto válido de ejercicio de la facultad de elección reservada, pues no es universal, sino singular y por tanto transgrede, en su parecer, la prohibición de efectuar enajenaciones a título lucrativo que alcanza al heredante y que resulta del artículo 73 de la vigente Compilación de Derecho Civil propio de las Baleares.

SEGUNDO. La inconsistencia de la primera de las expuestas razones en que se sustenta el recurso es manifiesta, toda vez que el llamamiento a favor del hijo varón mayor del matrimonio convenido en el pacto sucesorio que recoge la pertinente cláusula de la escritura de capitulaciones con la evidente finalidad de prevenir la apertura de la sucesión abintestato y la subsiguiente disgregación del patrimonio integrante de la herencia, tiene carácter condiconal, pues su eficacia estaba supeditada al cumplimiento de la condición suspensiva

consistente, según el propio texto capitular, en el hecho de la muerte de ambos consortes sin haber usado ninguno de ellos del "derecho de elegir y nombrar los hijos que mejor les parezca para herederos o donatarios" que se reservaron, por lo que es obvio, de un lado, que el fallecimiento de uno de los cónyuges no es circunstancia que baste, por sí sola, para que el aludido llamamiento preventivo adquiera virtualidad y, de otro, que si el supérstite estaba facultado en virtud de la denominada cláusula de confianza para elegir al heredero del premuerto, caso de que éste no lo hubiera nombrado por sí, con mayor razón ha de poer designar heredero para sus propios bienes, siempre, como es natural, dentro de los límites marcados por el pacto sucesorio, pero también sin otras trabas que éstos, entre los que no se encuentra, desde luego, que la elección tenga que verificarse por fuerza y necesidad en vida de los dos esposos; y en cuanto al artículo 75 de la Compilación Balear que el recurso invoca en apoyo de su tesis, ninguna relación guarda con el tema aquí litigioso, centrado en la validez de un acto de disposición realizado por la madre sobre su propio y particular patrimonio y que resulta por ende del todo extraño al problema de la revocabilidad o irrevocabilidad de la designación de heredero efectuada por el cónyuge supérstite en ejercicio del encargo de confianza o fiducia que lo confirió el primeramente fallecido, que es de lo que trata el mencionado precepto, el cual carece así de toda relevancia en el supuesto de autos.

TERCERO: Para decidir acerca de la segunda de las cuestiones planteadas, donde sin duda readica el verdadero núcleo de la controversia, hay que tener presente que: a) la donación universal de bienes es una peculiar forma de deferir la herencia que, pese a los precedentes rómanos, opuestos a la sucesión contractual -"viventis nulla est hereditas"-, rige tradicionalmente y desde antiguo en las islas de Mallorca, Ibiza y Formentera y que la vigente Compilación consagra como tal, reconociendo al donatario la cualidad de heredero del donante, en sus artículos 6, 8 al 13 y 69; b) dicha vía debe reputarse idónea y funcionalmente apta como medio de que la madre de los contendientes expresara su voluntad en torno a cuál de sus hijos queria por sucesor universal suyo, ya que, si bien el artículo 74 del repetido Cuerpo Legal indica que los heredantes puedan reservarse la facultad de designar por testamento posterior el hijo o hijos que han de ser herederos, omitiendo la mención de otras posibles maneras de llevar a cabo el señalamiento, ni este precepto posee eficacia retroactiva, de modo que pueda restringir el alcance del heredamiento estipulado en el año 19076 en que, ratificando lo antes expuesto, es constante la equiparación entre heredero y donatario, ni tiene carácter imperativo, sino dispositivo; y c) la calificación y verdadera naturaleza de los negocios jurídicos no depende del acierto de la denominación que se les preste, sino de su auténtico contenido, para fijar el cual es preciso atender a la real intención y propósito de sus autores; supuesto cuanto antecede, es de concluir que la donación verificada por Dª C.C. en beneficio de D.R.S. y que se instrumentalizó mediante escritura pública de fecha 29 de abril de 1971, entraña legitimo ejercicio del derecho que los cónyuges, padres de los litigantes, se reservaron, al pactar heredamiento en favor de los hijos nacederos, de poder elegir en el futuro para "herederos o donatarios" a aquél o aquéllos de los vástagos que tuvieran por más conveniente en razón de las cualidades personales, capacidad, aptitud y comportamiento propios de cada cual y que, por consiguiente, dicho negocio no contraviene lo dispuesto en el artículo 73 de la Compilación, dado que: 1) siendo cierto que el negocio no aparece titulado como de donación universal de bienes presentes y futuros y que tampoco recae formalmente sobre una "universitas" patrimonial, sino sobre una serie de bienes precisos y identificados, no lo es menos que el apelante ha afirmado repetidamente en la vista del recurso que en la práctica vacía de todo contenido al heredamiento, de donde se sigue que la liberalidad abarcó el íntegro patrimonio de titularidad de la donante, de 82 años de edad a la sazón, sin que haya alegado ni demostrado cosa distinta; ello coincide con lo que ilustre y autorizado comentarista de la Compilación ha puesto de relieve acerca de cómo, en la realidad social de las islas, se suelen otorgar donaciones "inte

vivos" por los padres a favor de uno o más hijos, que en la práctica son donaciones universales, aunque así no se exprese gráficamente; 2) la reserva por el donante del usufructo vitalicio sobre los bienes donados y, sobre todo, la imposición al donatario de la obligación de pagar las legítimas a sus hermanos en proporción a lo donado con manifestación de haber efectuado el donatario determinadas mejoras en las fincas doandas a fin de que pueda descontar su importe, "así como las que hará en lo sucesivo", al pagarse las legítimas, al tiempo que conectan indubitadamente el contrato con la sucesión "mortis causa" del disponente, son pactos típicos de toda donación universal que ayudan a identificar y desvelar la verdadera naturaleza del negocio; 3) no existe en la Compilación Balear norma positiva alguna que someta el ulterior acto de designación de heredero por parte del heredante a la explícita mención de que usa la facultad que conservó, ni, en general, al empleo de forma sacramental de ninguna clase; y 4) no cabe olvidar, por último, que, cuando se efectuó la donación, pendía litigio entre los otros dos hijos varones del matrimonio en el que se discutía la validez del nombramiento de herederos verificado por el padre premuerto relativamente a su propia herencia mediante testamento, lo que pueda explicar se optara, en el caso de la madre, por acudir a la vía alternativa de la donación, expresamente prevista a tal efecto en la escritura de heredamiento originaria, según se ha visto; de todo lo cual se desprende que Dª C.C. quiso y eligió a su hijo r. para que fuera sucesor universal suyo y tal acto de voluntad, de perfecto encuadre, material y formal, en el heredamiento, y que merece la plena protección, debe ser respetado y acatado por el impugnante, que fué vocado a la herencia de la madre sólo de manera preventiva y para el caso de que aquélla mueriera sin haber ejercitado la facultad de elección reservada en el pacto sucesorio.

CUARTO. Aduce también el actor que desde los 14 años de edad fué asociado por sus padres a la tarea de conservación y mejoramiento del patrimonio de la familia, y que prestó sus cuidados y asistencia a progenitores y hermanos durante más de 40 años, asumiendo la posición práctica de "hereu"; pero esta circunstancia, sobre que su realidad no aparece debidamente acreditada en autos, ya que los demandados niegan que Juan realizara mejoras en las fincas y que se le tuviera por heredero, afirman que se limitaba a hacer lo que le encomendaba supadre y señalan que era éste quien realmmente trabajaba los campos, de una parte, mientras que de otra, en la escritura de donación las mejoras introducidas en las fincas propiedad de la madre se atribuyen al donatario R., no engendra otras consecuencias en beneficio del recurrente que, si acaso, la de poder reclamar indemnización o reembolso de los gastos producidos, como acertadamente apunta la sentencia apelada, siguiendo la opinión de la doctrina científica, pero no más efectos jurídicos, pues ni parece admisible que la designación del heredero pueda efectuarse en forma tácita prescindiendo de las solemnidades que, por motivos de seguridad jurídica, requieren los actos de ordenación de la sucesión "mortis causa", ni, menos, que dicha supuesta elección haya de tener carácter irrevocable de modo que vincule para el futuro a los herederos a no escoger en forma expresa hijo diferente.

QUINTO. Procede, en consecuencia, previa desestimación del recurso, la confirmación de la sentencia apelada, con el pronunciamiento en materia de costas a que obliga el artículo 710 de la Ley Procesal.

FALLO: 1º) Desestimando el recurso de apelación que interpone D.J.S.C. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Isntancia número Uno de Ibiza el veinte de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, se confirma íntegramente dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

2º) Se condena al recurrente al pago de las costas procesales causadas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

199

199. **SUBROGACION HIPOTECARIA.** Obligación del que por este sistema deviene en obligado hipotecario de constituir la hipoteca mediante su inscripción. Hipoteca constituida en período de formación de sociedad anónima. Requisitos para que vincule a la misma: inscripción de la entidad en el plazo de tres meses y ratificación, expresa o tácita, del negocio jurídico. Validez del mismo, formalizado el 16-7-82, pese a haberse inscrito la entidad el 25-10-82. Legitimación pasiva: con la provisión de la demanda quedan fijadas las personas legitimadas "por efecto de la perpetuatio iurisdictionis". Simulación de los negocios jurídicos: no están legitimados para invocarla quienes los han aceptado y, además, supondría ello ir contra los propios actos. *Sentencia de 23 de julio de 1986.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: No se aceptan los de la resolución impugnada.

PRIMERO: En el acto de la vista la parte actora-apelante, solicitó la revocación de la sentencia de primera instancia y se dictará otra de acuerdo a los pedimentos de la demanda, consistenes en que se declare 1º) que en virtud del pacto segundo de la escritura de compraventa otorgada el día 18 de abril de 1983 ante el Notario D. F.A.S.V.F., la entidad mercantil Hotelstar S.A. asumió la deuda yaceptó la hipoteca constituida por Cosamar S.A. en favor de D. A.R.R. y de los sucesivos endosatarios o tendores legítimos de las letras de cambio representativas del crédito que la misma garantizaba y por tanto de D. M.C.J., subrogándose en su consecuencia la entidad Hotelstar S.A. en los derechos y obligaciones derivados de la escritura de hipoteca otorgada ante el Notario D. Rafael Gil Mendoza el día 16 de julio de 1982 y en la que figura D. A.R.R. como acreedor y la entidad Coamar S.A. como deudora e hipotecante; 2º) que en su consecuencia la entidad Hotelstar S.A., como adquirente de la finca urbana compuesta de edificio-hotel y terreno de Cala Mayor, con entrada por la C/. Miguel Roselló Alemany s/n inscrita al folio 32, tomo 3.318 de Archivo, libro 212 de la Sección III del Ayuntamiento de esta ciudad, finca 11.961 -en adelante Hotel Ferrari-, está obligada a consentir la constitución del derecho real de hipoteca sobre la referida finca mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de hipoteca antes citada, procediendo por tanto la inscripción de la misma a favor de D. A.R.R. y de los sucesivos endosatarios y tenedores legítimos de las letras de cambio representativas del crédito que la misma garantizaba en el Registro de la Propiedad; 3º) que en ejecución de sentencia, una vez firme la misma, se libre mandamiento al Registro de la Propiedad para que proceda a su inscripción y 4º) se condena a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones; por su parte, ls entidades demandadas, hoy también apelantes, solicitaron la confirmación de la resolución de instancia, en cuanto se les absuelve de los pedimentos de la demanda, y la revocación de la misma en cuanto no da lugar al pedimento de la demanda reconvecional, consistente en que se declare la nulidad de la escritura de hipoteca de fecha 16 de julio de 1982 por falta de consentimiento, objeto y causa, y en consecuencia tratarse de un negocio jurídico simulado que no puede producir efecto alguno por inexistente.

SEGUNDO: Conviene recordar que en los presentes autos se constata: 1º) el 16 de julio de 1982 se otroga ante el notario D. Rafael Gil Mendoza escritura de constitución de hipoteca por D. M.C.C., en representación de Coamar S.A., sobre el Hotel Ferrari, en garantía al cobro a su vencimiento de dieciocho letras de cambio que en dicho instrumento se relacionan, "en favor del librador y primer tenedor de las cambiales reseñadas D. A.R.R. y de los sucesivos endosatarioso tenedores legítimos, con arreglo al artículo 461 del Código de Comercio, en virtud del endoso que reune las circunstancias del artículo 462 del Código de Comercio", y "en garantía del cumplimiento de las obligaciones expresadas alcanzando la cobertura hipotecaria el total importe de dicha obligación, o sea, la suma de veinte millones seiscients ochenta y seis mil doscientas cuarenta pesetas, representada por las letras de cambio mencionadas y una suma adicional de dos millones de pesetas para costas y gastos"; dicha escritura fué presentada en reiteradas ocasiones en el Registro de la Propiedad, denegándose su inscripción al hallarse la finca objeto de la hipoteca, inscrita a favor de persona distinta de la que otorgó el gravamen (folios 12 al 20, y 301 y siguientes); 2º) el 25 de junio de 1983 se inscribe a favor de la entidad Coamar S.A. el título de compra del Hotel Ferrari, por escritura pública de fecha 26 de noviembre de 1982, otorgada por el Notario D. José María Feliu Bauzá (folio 40); 3º) el 18 de abril de 1983, ante el notario D. Francisco de Asís Sanchez-Ventura Ferrer, se formaliza escritura de compraventa (folios 253 y siguientes) por lo que F.F.F. en su calidad de administrador único y en nombre y representación de Coamar S.A. vende el Hotel Ferrari a la entidad mercantil Hotelstar S.A., quien la compra por medio de su representante D. M.P.S, en dicho instrumento se hace constar, entre otros particulares, que la finca se halla gravada con una "hipoteca en garantía de letras de cambio constituida ante el Notario de Palma D. Rafel gil Mendoza el día 16 de julio de 1982, alcanzando la cobertura hipotecaria el total importe de veinte millones seiscientas ochenta y seis mil doscientas cuarenta pesetas y una suma adicional de dos millones de pesetas para costas y gastos"; siendo el precio de la compraventa de 37.796.240 pesetas, de las que retiene la compradora 33.796.240 pesetas" para pago de las distintas sumas por las que responde la finca objeto de contrato, en cuya obligación de pago y demás dimanantes de las referidas escrituras de préstamo hipotecario y de garantía cambiaria se subroga la entidad compradora "Hotelstar S.A" por medio de su legal representante, quien manifiesta conocer y aceptar íntegramente el contenido de las propias escrituras de hipoteca"; dicha escritura fué inscrita en el Registro de la Propiedad el 29 de junio de 1983; 4º) el tenedor de una de las letras de cambio, de vencimiento 1-10-1983 e importe de 962.500 pesetas, garantizada con la hipoteca, es D. M.C.J. por endoso del Sr. R.R., letra que presentada al cobro no fué pagada, por lo que se protestó por falta de pago (folios 22 y siguientes); 5º) según se desprende de lso documentos obrantes en los folios 156 y 157, el Sr. F.F. satisfizo a D. M.C. el importe de otra letra de cambio, garantizada igualmente con la hipoteca, de 962.500 pesetas y vencimiento 1-4-1983, constando en el mismo que "dicha cambial, entre otras, está garantizada por medio de hipoteca onstituída ante el Notario D. Rafael Gil Mendoza, hoy pendiente de inscripción; por tal motivo, y habida cuenta de que el actual propietario de la entidad Coamar S.A., aceptante de dichas cambiales, precisa recurrir, a efectos de financiación, a un préstamo hipotecario, el que sucribe en la representación que ostenta se compromete formalmente a no inscribir en nombre de su patrocinado la escritura de garantía hipotecaria antes mencionada hasta tanto no se haya logrado e inscrito el réstamo hipotecario que precisa el Sr. F. para su financiación y que no podrá exceder de doce millones de pesetas", la firma del Sr. F. obrante al pie del documento, ha sido reconocida por este al absolver la segunda y tercera posición (folio 221) manifestando que en aquel acto estaba acompañado por su abogado, conociendo en consecuencia el alcanced de las manifestaciones que se vertían en el citado escrito; y reconociendo igaulmente (posiciones cuarta y quinta) que pagó una segunda cambial al Sr. C. en el mes de junio de 1983 -de vencimiento 1 de julio de 1983 e importe 962.500 pesetas fecha en que Coamar S.A. yano era propietaria del Hotel Ferrari, al haberlo vendido a la entidad Hotelstar S.A.

TERCERO: La pretendida falta de legitimación del actor al no estar inscrita la hipoteca, alegada por la parte demandada en su escrito de contestación, no puede prosperar, toda vez que: 1°) la acción ejercitada por el actor no es una acción hipotecaria sino declarativa, derivada del cumplimiento de un contrato, 2°) Coamar S.A., tal como se desprende en los documentos de los folios 156 y 157, no sólo acepta pagar el actor el importe de las cambiales, sino que también le reconoce la legitimación en cuanto a la inscripción de la hipoteca, pactando con él una demora en tanto no consiguiera obtener e inscribir el préstamo hipotecario que precisaba para su financiación; y 3°) es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que no puede impugnar válidamente la legitimación o personalidad de un litigante quien dentro o fuera del proceso se le ha reconocido (entre otras, sentencias de 12 de marzo de 1955, 30 de junio de 1958, 15 de marzo de 1982, 29 de abril y 16 de julio de 1985); igual suerte desestimatoria debe correr la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegado por las entidades demandadas, "al afectar el fallo de la resolución que recaiga en la presente litis a la actual propietaria del inmueble Hoteles y Promociones Turísticas de las Baleares S.A.", toda vez que la escritura de ampliación de capital y suscripción de acciones con aportación inmobiliaria de fecha 8 de marzo de 1984 (folio 105) fué posterior a la en que se proveyó la demanda -23 de febrero de 1984- día a partir del cual quedaron fijadas, por efecto de la perpetuatio iurisdictionis las personas legitimadas para intervenir en el proceso, quedanto fuera de él quienes adquirieron los bienes con posterioridad, los cuales, por otra parte, estaban advertidos de la existencia de un litigio sobre el hotel Ferrari y la posible inexactitud del Registro, al haberse proucido la anotación preventiva de la demanda -el día 5 de marzo de 1984- con anterioridad a la fecha de la escritura antes mencionada.

CUARTO: En relación a la no identidad de las hipotecas que postula la dirección letrada de la parte demandada, no puede ser estimada, puesto que: 1°) las entidades Coamar S.A. y Hotelstar S.A. no han demostrado que la hipoteca a que se refiere el documetno privado de fecha 8 de noviembrte de 1982 (folio 85) sea distinta a la que hoy se contempla; 2°) la calificación de hipoteca de máximo que se le da en tal documento, es irrelevante a los fines del presente litigio; y 3°) a pesar de existir en el documento de referencia un error en cuanto a la fecha, de la prueba obrante en autos y en especial de la escritura pública de compraventa del hotel Ferrari a favor de Hotelstar S.A. (folios 253 y siguientes), se desprende claramente que la hipoteca mencionada en el contrato de fecha 8 de noviembre de 1982 es la misma que la constituida ante el Notario D. Rafael Gil Mendoza el 16 de julio de 1982.

QUINTO: Para que sean válidos los contratos preliminares concluidos en nombre de las Sociedades Anónimas antes de su acceso al Registro Mercantil, unicamente exige el artículo 7° de la Ley de 17 de julio de 1951 su aceptación por las mismas, dentro del lapso de tiempo que al efecto se señala, pero no el que semejante declaración de voluntad haya de manifestarse imprescindiblemente de un modo expreso, como pretenden las demandadas, ya que la ley no lo exige, y no existe precepto alguno que se oponga a su otorgamiento de manera tácita, siempre que el consentimiento se infiera de actos concluyentes o de inequívoca significación (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1967, 7 de junio de 1968, 31 de mayo de 1969 y 5 de junio de 1972); y en el presente caso, el otrogamiento de la escritura pública de constitución de hipoteca en garantía de letras de cambio, se produjo el 16 de julio de 1982, y hasta el 25 de octubre de ese mismo año, Coamar S.A. no se inscribió en el Registro Mercantil (folios 118 y siguientes);suscribiéndose documento privado de compraventa el 8 de noviembre de 1982 por el que los hermanos Rosselló Rigo vendían a Francisco Font la totalidad del paquete de acciones representativo del capital social de la entidad Coamar S.A., donde se hace constar en el párrafo 2° que el comprador asume la hipoteca constituida en garantía del pago de letras de cambio (folio 85), lo cual evidencia el consentimiento de Coamar S.A. al compromiso concluido en su nombre antes de su ins-

cripción en el Registro Mercantil, consentimiento y aceptación que perdudaron en el tiempo, como es de ver a través de los documentos de los folios 156, 157 y 253 y siguientes.

SEXTO: La excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el Sr. C., alegado pior la parte actora, en relación al pedimento reconvencional, debe ser desestimanda toda vez que en el presente litigio están las partes que intervinieron en la escritura de hipoteca (Coamar S.A. y A.R.R.), observándose, por otra parte, una contradicción en este punto, en el planteamiento de la actora, que viene afirmando que Coamar S.A. aceptó y ratificó plenamente la escritura de 16 de julio de 1982, siendo que el artículo 7º de la Ley de Sociedades Anónimas señala que únicamente en defecto de tal aceptación serán los gestores responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieran contratado en nombre de la sociedad.

SEPTIMO: El pediemtno de la demanda reconvencional, de que se declare la nilidad de la escritura de hipoteca de 16 de julio de 1982, por tratarse de un negocio jurídico simulado, no puede ser estimado, puesto que las partes demandadas no sólo no han acrditado tales extremos, sino que no pueden tachar de simulado un negocio que ha sido plenamente aceptado por ellos, subrogándose no sólo en la obligación de pago sino en los demás dimanantes de las escrituras de préstamo hipotecario y garantía cambiaria, siendo que una constante doctrina del Tribunal Supremo viene sosteniendo que nadie puede accionar contra sus propios actos, supuesto que se da cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación jurídica o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla(sentencias 29 de enero de 1962, 9 de octubre de 1981 y 28 de octubre de 1965, entre otras muchas), teoria que es de aplicación al presente litigio, toda vez que los actos realizados por las entidades demandadas que se detallan en el apartado primero de los presentes fundamentos tienen la solidez y consistencia necesaria para de ellos deducir verdaderas declaraciones de voluntad en los terminos concluyentes e inequívocos que señalan las sentencias de 8 de junio y 30 de enero de 1963 sobre la aceptación de Coamar,S.A. y Hotelstar,S.A. de la escritura de hipoteca de fecha 16 de julio de 1982.

OCTAVO:Por último,y en cuanto al fondo del litigio, procede la estimación de la demanda, toda vez: 1º que de la escritura pública de compraventa del folio 253, se desprende claramente que Hotelstar asumió la deuda y aceptó la hipoteca constituida por Coamar,S.A. en favor de D.Antonio Rossello Rigo y de los sucesivos endosatorios o tenedores legítimos de las letrs de cambio que la misma garantizaba, subrogándose en los derechos y obligaciones derivados de dicha hipoteca otorgada ante D.Rafael Gil Mendoza el 16 de julio de 1982; y entre las obligaciones implícitas está la de prestar su consentimiento para la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, al ser requisitos indispensables para que queden válidamente constituídas las hipotecas voluntarias que consten en escritura pública y que esta sea inscrita, tal como se desprende de los artículos 145 y 149 de la Ley Hipotecaria y 1875 del Código Civil; 2º) el documento privado de fecha 18 de abril de 1983 (folios 86) carece de total relevancia a los efectos del presente litigio puesto que no es auténtico ni en cuanto a la fecha, ni en cuanto al contenido, el cual no ha sido avalado por prueba alguna, aparte que los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero, tal como señala el artículo 1230 del Código Civil; 3º) no puede alegarse ignorancia del contenido de la escritura de hipoteca por parte de Hotelstar S.A. no sólo debido al contenido de la escritura de compraventa de fecha 18 de abril de 1983 en que se afirma que "la compradora manifiesta conocer y aceptar íntegramente el contenido de las propias escrituras de hipoteca" sino también al parentesco (son matrimonio) existente entre el Sr. F.F., administrados único de Coamar S.A., y la Sra. P., administradora única de Hotelstar S.A. y anteriormente secretaria del consejo de

administración de Coamar S.A. (confesión en juicio de los folios 211 y 221); habiéndose constituído Hotelstar S.A. el mismo día 18 de abril de 1983 (folios 259 y siguientes) ante el Notario D. Francisco de Asis Sánchez-Ventura Ferrer, por la Sra. P., su madre Doña C.S. y su prima Doña M.T.; 4°) los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, tal como preconiza el artículo 7° del Código Civil en su párrafo 1°. y la personalidad jurídica que la ley reconoce a las sociedades, no puede ser utilizada para fines como el que se contempla, reconociendo el propio Sr. F., despues de admitir la estrecha relación existente entre Coamar S.A. y Hotelstar S.A. (posiciones 9ª, 10ª, al folio 221), que una vez vendido el hotel Ferrari, Coamar S.A. carece de cuyalquier tipo de bienes raices, pudiendo calificarse su situación actual como de insolvencia (posición n° 11), siendo de destacar que quien siguío en todo momento explotando el citado hotel fué Coamar S.A., tal como se desprende del contrato de arrendamiento de industría del folio 99 y de la propia escritura de fecha 18 de abril de 1983.

NOVENO: Por todo cuanto se ha expuesto procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por el procurador D. M.A. en nombre y representación de los herederos de D. M.C.J. y la desestimación del recurso interpuesto por el procurador D. A.F. en nombre y representación de las entidades mercantiles Coamar S.a. y Hotelstar S.A., contra la sentencia dictada en los autos de juicio declarativo de menor cuantía de que el presente rollo dimana, y la revocación de la citada resolución, en el sentido que se dirá, sin que a efectos de imposición de costas de la primera instancia se aprecia temeridad en las partas litigantes, imponiéndose las de esta alzada a la parte demandada-apelante por imperativo de lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

FALLO: 1°) Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. M.A.S. en nombre y representación de D. J. y Doña M.F.B. como herederos de D. M.C.J. contra la setencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia número Uno de esta ciudad en los autos de juicio declarativo de menor cuantía de que el presente rollo dimana; y se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la mencionada resolución por el procurador D. A.F.C. en representación de las entidades Coamar S.A. y Hotelstar S.A. y en consecuencia, se revoca la resolución impugnada en el sentido que se dirá, confirmándose el resto de sus pronunciamientos.

2°) Se desestiman las excepciones alegadas por la parte demandada y estimando la demanda iniciadora del litigio se declara: A°) que en virtud del pacto segundo, de la parte dispositiva de la escritura de compraventa otorgada el día 18 de abril de 1983 ante el Notario D. Francisco de Asis Sánchez-Ventura Ferrer; al n° 125 de su protocolo, la entidad mercantil Hotelstar S.A. asumió la deuda y aceptó la hipoteca constituída por Coamar S.A. en favor de D. A.r.R. y de los sucesivos endosatarios o tenedores legitimos de las letras de cambio representativas del crédito de la misma garantizaba y por tanto de D. M.C.J., subrogándose en su consecuencia la entidad Hotelstar S.A. en los derechos y obligaciones derivados de la escritura de hipoteca otorgada ante el Notario del Ilustre colegio de Baleares D. Rafael Gil Mendoza el día 16 de julio de 1982, al n° 1889 de su Protocolo y en la que figura D. A.R.R. como acreedor y la entidad Coamar S.A. como deudora e hipotecante; B°) que en su consecuencia la entidad Hotelstar S.A. como adquirente de la finca descrita en el hecho primero de la demanda, n° 11961 del Registro de la Propiedad n° 2 de Palma, inscrita al folio 32, tomo 3318 del archivo, libro 212 de la sección III está obligada a consentir la constitución del derecho real de hipoteca sobre la referida finca mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de hipoteca relacionada en el apartado anterior, procediendo por tanto la inscrpción de la misma a favor de D. A.R.R. y de los sucesivos endosatarios, y tendores legítimos de las letras de cambio representativas del crédito que la misma garantizaba en el Registro de la Propiedad; C°) que en ejecución de sen-

tencia, una vez firme la misma, y previo desglose de la escritura de hipoteca a que se refiere el presente procedimiento y que se acompaña a la demanda, se libre mandamiento al Registro de la Propiedad para que proceda a su inscripción; D°) se condena a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

3°) Se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegado por la parte actora, y entrando en el fondo de la demanda reconvencional, se desestima íntegramente, absolviendo de sus pedimentos a la mencionada parte.

4°) No se hace especial imposición de las costas de la primera instancia, y se imponene a la parte demandada-apelante las de la presente alzada. (Ponente: M. Rosa Rigo Rosselló).

201

201. **ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Resolución de contrato: cesión inconsentida; la aportación del derecho arrendaticio a una sociedad de personalidad distinta a la del arrendatario constituye una cesión del derecho arrendaticio. Valoración de la prueba aportada en autos, con especial incidencia de la prueba de presunciones, dada la ocultación que ordinariamente se realiza de este tipo de actos, siempre que aquéllas partan de hechos de significado y relación causal directa (doctrina del Tribunal Supremo). *Sentencia de 26 de julio de 1986*

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se rechazan los que expone la sentencia apelada.

PRIMERO: Impugnada por la parte actora la sentencia recaida en la priemra instancia que desestima la demanda por medio de la cual se postula la resolución del contrato de arrendamiento relativo al local de negocio sito en los bajos del inmueble señalado hoy con el número 17 de la C/. Jafuda Cresques de esta capital, invocando a tal efecto las causas legales de resolución previstas en los números 2 y 5 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, son antecedentes de hecho que deben tomarse en consideración por su relevancia a fines de decidir con acierto las cuestiones planteadas en el litigio las siguientes: a) el 16 de abril de 1950 el padre y causante de los actores y ahora apelantes cedió en arrendasmiento el reseñado local de negocio al demandado D. M.S.V. para que lo destinara precisamente a industria y comercio de perfumería, estipulándose en la claúsula 4ª del contrato que queda terminantemente prohibido al arrendatario ceder ni subarrendar dichos locales, si bien en caso de traspaso de los mismos, se atenderá en todo a lo ordenado por la Ley"; b) en vitud de compraventa formalizada en escritura pública de fecha 28 de febrero de 1957, el Sr. S. devino titular exclusivo del rótulo de establecimiento denominado "Rillo-

va", para distinguir el destinado a droguería, perfumería y artículos de regalo inscrito bajo el nº 43.767 en el Registro de la Propiedad Industrial y de la marca del mismo nombre para distinguir cerería, perfumería, esencias, cosmética y dentríficos (clase 33), registrada también en el mencionado Registro con el número 297.393 (folios 34 a 37); c) el 6 de febrero de 1976 se constituyó por D. M.S. y dos personas más una sociedad anónima a la que llamaron "Perfumerías Asociadas S.A.", cuyo objeto social era, entre otros, la explotación en forma directa o de arriendo o mediante cualquier otra modalidad admitida en derecho, y la promoción, creación y fusión de comercios destinados a fabricación, transformación, compra y venta al por mayor, detalle y a domicilio de toda clase de productos de perfumería, peluquería, cométicа, limpieza, droguería y artículos de regalo; el capital social de la nueva entidad estaba representada por cincuenta acciones al portador, de las cuales el Sr. S. suscribió 48 y los otros dos socios una cada uno, habiendo sido nombrado el repetido Sr. S. para el cargo de administrador único de la sociedad en Junta General Extraordinaria celebrada simultáneamente al acto de constitución (foilios 98 y 125); ha manifestado el demandado en prueba de confesión que en la actualidad su participación social se reduce al 30% de las acciones emitidas (posición 12ª -folio 74-); y d) a partir de entonces el negocio instalado en el local litigioso comparte la denominación de "Perfumerías Rillova" con otra serie de establecimientos, ubicados en la misma ciudad de Palma de Mallorca y otros núcleos de población, que reconocidamente pertencen a la meritada sociedad mercantil y que se anuncian todos al público y se identifican por medio de ese nombre.

SEGUNDO: En relación con la materia aquí debatida tiene declarado en Tribunal Supremo con suma reiteración que: a) el contrato de arrendameinto, conforme a lo dispuesto en el artículo 1543 del Código Civil, transmite el goce o disfrute de la cosa arrendada únicamente al arrendatario, y que la introducción en el local arrendado de una tercera persona, individual o jurídica, por parte de éste, es suficiente para motivar la resolución de la relación arrendaticia, porque la Ley, fuera de los casos en que expresamente lo declara, no autoriza en modo alguno que el inmueble arrendado por una persona sea ocupado por otra, llámese tal ocupación cesión, traspaso o subarriendo, salvo cuando la sustitución viniera autorizada debidamente (Sentencias 13-febrero-1962, 28-septiembre-1964, 7-abril y 23-junio-1965, 24-noviembre-1969 entre otras muchas); b) la aportación del derecho arrendaticio a una sociedad de personalidad distinta de la antural del arrendatario y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local, constituye una cesión del derecho arrendaticio, que es causa de resolución del contrato, si no cocurren los requisitos que lo identifiquen con el traspaso autorizado (Sentencias 18-noviembre-1963, 7-abril-1985, 30-mayo-1967, 31-enero-1972); y e) para acreidtar la realidad de tales situaciones ilícitas no es menester que la prueba sea directa, pudiendo demostrarse por medio de presunciones, pues normalmente suele acaecer que los que celebran esos actos en la clandestinidad tienen interés en su ocultación, siempre que aquéllas partan de hechos de significado y relación causal indiscutible (Sentencias 4-octubre-1962, 7-junio-1983, 5-febrero-1965, 19-noviembre-1965, 17-mayo-1967, 24-noviembre-1969, etc.). Ello presente, la pretensión impugnativa y la demanda, en suma han de prosperar, toda vez que, si el rótulo de establecimiento es, conforme se desprende de los artículos 209, 211 y 214 del Estatuto de la Propiedad Industrial aprobado por Real Decreto Ley de 26 de julio de 1929, el nombre bajo el cual se da a conocer al público un establecimiento agrícola, fabril o mercantil con el propósito de diferenciarlo en el tráfico, dentro del municipio o municipios en que radique el establecimiento y sus sucursales, de los demás que se dediquen a actividades similares, la circunstancias -acreditada en autos por propio reconocimiento del arrendatario, por als fotografías obrantes a los folios 65 y 66, los papeles para envolver los productos que se despachen en la tiendas (folio 80) y la propaganda de Rillova como cadena de perfumerías especializadas repetidamente inserta en la prensa-, de que el lcoal arrendado se presenta e identifica en el mundo del comercio con la misma denominación que otros varios establecimientos propie-

dad de "Perfumerías Asociadas S.A." con los que aparece undio indiferenciadamente frente al exterior, pone de manifiesto la incorporación efectiva de aquél al círculo empresarial regido por una entidad con personalidad jurídica propia, pero en la que el Sr. S. es principal accionista, con la subsiguiente entrada de ella -tercero respecto del arriendo- en la posesión arrendaticia, pues de otro modo no se concibe el motivo por el cual el arrendatrio consiente atentado contra la finalidad misma del derecho inmaterial, el rótulo sea empleado por negocios del todo independientes y de titularidad sitinta, y en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1965, avalando la inferencia, señala que no es verosímil en el orden normal en que se desenvuelven las actividades humanas que un comerciante individual permita a otro comerciante, sociedad mercantil, que anuncie el negocio como propio, sino lo es o lo comparten entre ambos; extremo fáctico que resulta, además, cumplidamente corroborado mediante los elementos probatorios extraídos de los autos de juicio especial nº 1071/78, que se tramitaron contra los mismos aquí demandados, pero a instancias de otros demandates y con referencia a local arrendado distinto, ante el Juzgado de Promera Instancia nº 2 de esta capital, y consistentes en una tarjeta facilitada a la Comisión Judicial en el curso de la prueba de reconocimiento por la empleada de una de las tiendas, en que constan los establecimientos pertenecientes a Perfumerías Asociadas S.A. con la mención de "Perfumerías Rillova", donde se consigna que dicha sociedad tiene su fábrica y oficina en el nº 17 de la C/. Jafuda Cresques (folios 221 y 223); la declaración del contable de la entidad, Sr. B., testigo propuesto por el propio Sr. S., y que, al responder a la repregunta 2ª, reconoce que la tienda sita en Jafuda Cresques es el almacén recpetor de mercancía de perfumería y cométicа que después se distribuye a la cadena de tiendas de Perfumerías Asociadas S.A. (folio 197); los albarenes utilizados por "Perfumerías Asociadas S.A. -Rillova", en que se refleja como único domicilio el del local de autos y que obran por testimonio a los folios 153 a 160, y, en fin, la confesión prestada por el mismo Sr. S. en aquella otra litis, en que admite ser cierto que existía una furgonetaq perteneciente a la sociedad que llevaba pintada en sus laterales la inscripción "Perfumerías Rillova, Jafuda Cresques, sucursales: Navarra 11 y Calvo Sotelo", a todo lo cual cabe añadir, para mayor refuerzo, el contenido de los testimonios evacuados en la present elitis por dos clientes habituales del lcoal en discordia (folio 82) y cuyas declaraciones el arrendatario no se atreve a desmentir (posición 5ª -folio 74-). Tal conclusión probatoria no queda descirtuada en absoluto por las alegaciones y la actividad desplegada en este proceso por la parte hoy apelada, dado que, ni se fabrican ni comercializan en la actualidad productos originales bajo el signo distintivo o marca "Rillova" cuyo reclamo puede confundirse con lo que evidentemente hoy se emplea como rótulo, según reconoce en prueba de confesión el representante legal de la entidad codemandada (posición 9ª -folio 72-) y admite en gran medida el Sr. S. (posición 7ª -folio 74-), ni los datos administrativos y fiscales tienen un valor decisivo a la hora de juzgar acerca de la existencia y atribución subjetiva de los derechos civiles, conforme es reiterada doctrina jurisprudencial, de que son exponentes las Sentencias de 13 de febrero de 1963, 5 de febrero y 29 de abril de 1964 y 2 de junio de 1969, ni, en particular y sobre todo, el arrendatario-demandado ha intentado justificar, siendo él sólo quien dispone de los medios precisos para hacerlo, que el negocio que tiene su asiento en la dependencia locada, es por completo independiente, funcional, material y ecónomicamente, de las que recaen confesadamente bajo la órbita organizativa y de responsabilidad de Perfumerías Asociadas S.A.; por lo que en definitiva, procede, previa estimación del recurso y con revocación de la sentencia apelada dar lugar a la demanda y decretar la resolución de la relación jurídica arrendaticia que se postula.

TERCERO: Las costas procesales causada en la primera instancia deben ser impuestas a los demandados por prescripción del artículo 149 nº 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que haya méritos para efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las producidas en esta alzada.

FALLO: 1º Dando lugar al recurso de apelación interpuesto por D. B. y Dª J.V.R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia nº 1 de Palma de Mallorca el veintidos de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, se revoca íntegramente dicha resolución y, en su lugar,

2º) Estimando la demanda formulada por los Sres. V. contra D. M.S.V. y Perfumerías Asociadas S.A. se declara resuelto el contrato de arrendamiento del local de negocio sito en el número 17 de la C/. Jafuda Cresques de Palma de Mallorca, condenando a los demandados a que lo desalojen, con apercibimiento de ser lanzados del mismo, a su costa, si no lo hicieren dentro del plazo legal.

3º) Se condena a los demandados al pago de las costas producidas en la primera instancia.

4º) No se efectúa especial pronunciamiento en cuanto a las costas producidas en esta alzada. (Ponente: Fco. Javier Muñoz Giménez).

C. ÍNDICE ANALÍTICO

Acción
- De reembolso, 141
- De reclamación de filiación, 163
- Declarativa de dominio, 124
- Negatoria de servidumbre, 190
- Resolutoria, 141, 169
- Revocatoria, 152, 160

Apelación, 145, 173
Arbitraje, 173
Arrendamientos Urbanos
- Industria, 134
- Local de negocios, 128, 140, 146
  - Cesión inconsentida, 201
  - Cierre, 128, 140, 146
- Solar, 150

Beneficio de justicia gratuita, 183

Compensación, 141
Competencia, 131, 170
Contratos
- Autocontratación, 164
- Compraventa, 129, 136, 141, 169, 173
- Cuasi-contrato (de gestión de asuntos ajenos sin mandato), 121
- De ejecución de obras con suministro de material, 184
- Interpretación, 146, 156,
- Mediación o corretaje, 119
- Permuta, 119
- Préstamo mutuo con interés, 138
- Seguro, 139, 149, 151, 155, 165,
- Seguro marítimo, 145
- Transporte marítimo, 139

Costas, 119, 128, 131, 140

Daños y perjuicios, 149, 151, 154, 155
Derechos fundamentales
- Libertad de expresión, 135
- Honor, intimidad y propia imagen, 135
- Presunción de inocencia, 154

Derecho foral balear, 174, 195
Divorcio
- Cese efectivo de la convivencia, 120
- Convenio regulador, 175
- Custodia de los hijos, 120
- Pensión compensatoria, 143, 148, 167

Dominio, 202

Excepciones
- Falta de legitimación activa, 138, 173
- Falta de legitimación "ad causam", 144
- Falta de legitimación pasiva, 118, 124, 141, 166, 199
- Incompetencia de jurisdicción, 135
- Litisconsorcio pasivo necesario, 197
- Litispendencia, 174

Filiación
- Impugnación de reconocimiento de paternidad, 192

No matrimonial, 163

Incongruencia, 181

Juicio ejecutivo
Cambiario, 157, 187, 193, 196
Tráfico, 159, 186

Nulidad de actuaciones, 135, 141, 150
Nulidad matrimonial
Medidas provisionales, 133

Propiedad horizontal, 123, 126
Prueba
Biológicas, 163
Carga de la, 154
De detectives, 179
De presunciones, 201
Diligencias para mejor proveer, 168

Reclamación de cantidad, 125, 200
Responsabilidad
Decenal, 166
De los administradores de S.A., 118
Ex delicto, 154, 173
Extracontractual, 130, 155

Separación matrimonial, 120, 176, 182, 188
Alimentos, 120, 172, 177, 179
Convenio regulador, 185
Custodia de los hijos, 137
Infidelidad conyugal, 137
Litis-expensas, 171
Medidas provisionales, 132, 161
Malos tratos, 137
Pensión compensatoria, 127, 137, 142, 153, 158, 181
Régimen económico-matrimonial, 161
Régimen de visitas, 172
Uso de la vivienda familiar, 127, 137, 142, 158

Sociedad
Anónima, 118, 141, 199
Civil, 178, 197
Civil irregular, 162
Subrogación hipotecaria, 199
Sucesión
"Espolits", 195
Derechos legitimarios, 174
Testamentaria, 147

Tercería
De dominio, 122, 189
De mejor derecho, 164

III. SALAS 1ª y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

242. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 2 de Mayo de 1986.*

243. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Encubrimiento. Conformidad. *Sentencia de 2 de Mayo de 1986* (2ª)

244. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 3 de Mayo de 1986.*

245. **Receptación.** Elementos. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Mayo de 1986* (2ª)

246. **Homicidio.** "Animus necandi". Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 5 de Mayo de 1986* (2ª)*

247. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 7 de Mayo de 1986.*

248. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Mayo de 1986.*

249. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Mayo de 1986.*

250. **Salud Pública.** No se prueba que la droga perteneciese a los procesados. *Sentencia de 7 de Mayo de 1986.*

---

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Prof. Gabriel Garcías Planas, del Departamento de Derecho Público.

251. **Allanamiento de morada.** Absolución por ausencia del dolo específico y requerido. **Coacciones.** Se cortó la conducción del agua y ordenó el corte del suministro eléctrico. *Sentencia de 8 de Mayo de 1986.* *

252. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 8 de Mayo de 1986.*

253. **Malversación de caudales públicos.** Arts. 394, 395 y 399-. El depositario de bienes embargados consintió por descuido su deterioro. *Sentencia de 9 de Mayo de 1986.* *

254. **Calumnias.** No propagadas por escrito y sin publicidad. Requisitos. *Sentencia de 9 de Mayo de 1986.*

255. **Robo con lesiones graves,** empleando medios peligrosos.- Atenuante de minoria de edad. *Sentencia de 9 de Mayo de 1986* (2ª)

256. **Robo con fuerza en las cosas.** Rotura de candado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Mayo de 1986* (2ª)

257. **Falsedad en documento oficial.** Ausencia de dolo falsario. *Sentencia de 10 de Mayo de 1986* (2ª)

258. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Mayo de 1986* (2ª)

259. **Salud Pública.** Tráfico y venta de cocaina y heroina. *Sentencia de 12 de Mayo de 1986.*

260. **Estafa.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Mayo de 1986* (2ª)

261. **Lesiones graves.** Atenuantes de preterintencionalidad y de arrepentimiento espontáneo y agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Mayo de 1986* (2ª)

262. **Robo con violencia en las personas.** Empleo de arma. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 13 de Mayo de 1986* (2ª)

263. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Requisitos. *Sentencia de 14 de mayo de 1986.*

264. **Robo con violencia en las personas.** El procesado intento, sin conseguirlo, arrebatar una cámara fotográfica; al causar lesiones -Art. 512- el delito se consumó. *Sentencia de 14 de Mayo de 1986.*

265. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Mayo de 1986.*

266. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Mayo de 1986.*

267. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de cristal trasero de un vehículo. *Sentencia de 15 de Mayo de 1986.*

268. **Receptación.** Conocimiento de su ilícita procedencia. Elementos. *Sentencia de 15 de Mayo de 1986.*

269. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Rompimiento de cristal. *Sentencia de 15 de Mayo de 1986* (2ª)

270. **Violación.** Presunción de inocencia. *Sentencia de 15 de Mayo de 1986* (2ª)

271. **Aborto.** Dolo eventual -Art. 412-. **Amenazas.** Requisitos. **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 16 de Mayo de 1986* (2ª).*

272. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Rompimiento de ventana, candado y puerta. Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 16 de Mayo de 1986* (2ª).

273. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Mayo de 1986.*

274. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 16 de Mayo de 1986.*

275. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y fractura de puerta de cristal. Casa habitada. *Sentencia de 17 de Mayo de 1986.*

276. **Desobediencia grave a los agentes de la autoridad.** Art. 237-. Requisitos. **Orden Público.** Falta. *Sentencia de 19 de Mayo de 1986.*

277. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Mayo de 1986.*

278. **Robo con violencia o intimidación.** Atenuante de minoria de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Mayo de 1986* (2ª)

279. **Robo con intimidación en las personas.** Tentativa. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Mayo de 1986* (2ª)

280. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia. **Robo con violencia o intimidación.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Mayo de 1986* (2ª)

281. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas y medios peligrosos. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de disfraz y reincidencia. *Sentencia de 20 de Mayo de 1986* (2ª)

282. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. Atenuante de minoria de edad. **Receptación.** Requisitos. *Sentencia de 20 de Mayo de 1986* (2ª)

283. **Receptación.** Robo como delito precedente. Elementos. *Sentencia de 20 de Mayo de 1986* (2ª)

284. **Salud pública. Contrabando.** Ausencia de conducta típica. Tenencia para el propio consumo. *Sentencia de 20 de Mayo de 1986.*

285. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón". Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Mayo de 1986.*

286. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. Sentencia de *21 de Mayo de 1986.*

287. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Mayo de 1986.*

288. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con intimidación.** Uso de armas. **Detención ilegal.** Elementos. **Tenencia ilícita de armas de fuego.** Requisitos. **Apropiación indebida.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Mayo de 1986.*

289. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos,** que de mediar malicia constituiría un delito de homicidio. Accidente de circulación. *Sentencia de 22 de Mayo de 1986* (2ª)

290. **Imprudencia con resultado de lesiones leves.** Falta. **Omisión del**

deber de socorro. Requisitos: a) Infracción del deber de solidaridad humana y b) falta de riesgo propio o de terceros. Agravante de reincidencia y atenuante privilegiada de minoría de edad. *Sentencia de 23 de Mayo de 1986.*

291. **Salud pública.** Cultivo seguido de donación o reparto. *Sentencia de 24 de Mayo de 1986.*

292. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal. *Sentencia de 24 de Mayo de 1986.*

293. **Salud pública.** Transporte. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Mayo de 1986* (2ª)

294. **Robo con violencia en las personas.** Empleo de arma. **Resistencia a agentes de la autoridad.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Mayo de 1986* (2ª)

295. **Salud pública.** Venta. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 26 de Mayo de 1986* (2ª).

296. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Robo con delito precedente. *Sentencia de 26 de Mayo de 1986* (2ª)

297. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 26 de Mayo de 1986* (2ª)

298. **Violación.** Tentativa. Delito continuado. **Abusos deshonestos.** Propósito libidinoso. *Sentencia de 26 de Mayo de 1986* (2ª)

299. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Robo con intimidación,** uso de armas y perpetrado en Entidad Bancaria.- Agravante de disfraz. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 26 de Mayo de 1986.*

300. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Mayo de 1986.*

301. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. *Sentencia de 26 de Mayo de 1986.*

302. **Falsedad en documento mercantil.** Delito continuado. **Sustitución**

de placas de matrícula. Agravante de abuso de confianza. *Sentencia de 27 de Mayo de 1986* (2ª)

303. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. Casa habitada. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 28 de Mayo de 1986.*

304. **Abusos deshonestos.** Art. 430, en relación con el 429-3º-. *Sentencia de 30 de Mayo de 1986.*

305. **Robo con fuerza en las cosas.** Desmonte de cristal. *Sentencia de 2 de Junio de 1986* (2ª)

306. **Robo con intimidación en las personas.** Tentativa inidónea. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 2 de Junio de 1986* (2ª)

307. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta. Presunción de inocencia. *Sentencia de 3 de Junio de 1986* (2ª)

308. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** "Animus utendi". *Sentencia de 3 de Junio de 1986* (2ª).

309. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. **Robo con violencia o intimidación.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 3 de Junio de 1986* (2ª).

310. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. **Robo con violencia o intimidación.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 3 de Junio de 1986* (2ª).

311. **Homicidio.** Requisitos. "Animus necandi". *Sentencia de 4 de Junio de 1986.*

312. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Rompimiento de cristal. *Sentencia de 4 de Junio de 1986.*

313. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. **Hurto.** Atenuante de minoría de edad. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 4 de Junio de 1986.*

314. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Junio de 1986.*

315. **Abusos deshonestos.** Elementos: dinámico u objetivo e intencional o psicológico. *Sentencia de 5 de Junio de 1986.* *

316. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

317. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Atenuante de minoría de edad. **Robo con violencia o intimidación.** Atenuante de minoría de edad. **Abusos deshonestos.** Elementos. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

318. **Salud pública.** Venta. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

319. **Salud pública.** Cultivo para el propio consumo y distribución entre amigos. Conducta de favorecimiento. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

320. **Violación.** Art. 429-1º-. Intimidación. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

321. **Salud pública.** Venta. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

322. **Hurto.** Agravante de reincidencia. **Falsificación de documento oficial. Requisitos.** *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

323. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de candado. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

324. **Malversación de caudales públicos.** Retirada la acusación por parte del Ministerio Fiscal. *Sentencia de 6 de Junio de 1986.*

325. **Robo con intimidación en las personas. Imprudencia** de la que resulta daños. Falta. Atenuante de minoría de edad.- *Sentencia de 7 de Junio de 1986* (2ª)

326. **Salud pública.** Venta. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 7 de Junio de 1986* (2ª)

327. **Salud pública.** Presunción de inocencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1986* (2ª)*

328. **Robo con fuerza en las cosas.** En el interior de un vehículo. *Sentencia de 9 de Junio de 1986.*

329. **Violación.** Tentativa. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 9 de Junio de 1986.*

330. **Falsificación de documento mercantil.** Elementos. *Sentencia de 10 de Junio de 1986.*

331. **Estafa** Art. 528-. Requisitos. *Sentencia de 10 de Junio de 1986.*

332. **Hurto.** Frustración. Falta. Art. 587-1°-. **Imprudencia simple.** Falta. **Robo con violencia.** Agravante de reincidencia y atenuante analógica con la de enajenación mental. *Sentencia de 10 de Junio de 1986.*

333. **Violación.** Tentativa. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Junio de 1986.*

334. **Estafa.** Tentativa. **Falsificación de documento mercantil.** Elementos. *Sentencia de 11 de Junio de 1986.*

335. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Casa habitada. *Sentencia de 11 de Junio de 1986.*

336. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Junio de 1986.*

337. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 12 de Junio de 1986.*

338. **Parricidio.** Muerte de la esposa. Atenuante de transtorno mental transitorio incompleto. *Sentencia de 12 de Junio de 1986* (2ª)*

339. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Desmonte de cristal. **Falsificación de documento mercantil. Estafa.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Junio de 1986* (2ª).

340. **Robo con violencia o intimidación en las personas.** Frustración. Conformidad. *Sentencia de 14 de Junio de 1986* (2ª)

341. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 16 de Junio de 1986* (2ª)

342. **Robo con violencia o intimidación en las personas.** No se acredita la participación del procesado. La denunciante no se ratificó. Presunción de inocencia. *Sentencia de 16 de Junio de 1986* (2ª)

343. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de cristal. Falta de pruebas. *Sentencia de 17 de Junio de 1986* (2ª).

344. **Falsedad en documento oficial.** Alteración de fechas en permiso de residencia. *Sentencia de 17 de Junio de 1986* (2ª)

345. **Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de puerta. No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 17 de Junio de 1986* (2ª)

346. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Delito continuado. Agravante de reincidencia. **Robo con violencia e intimidación** con empleo de medios peligrosos. Agravante de reincidencia y disfraz. Complicidad. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 17 de Junio de 1986* (2ª)

347. **Amenazas.** Conformidad. *Sentencia de 17 de Junio de 1986.*

348. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Junio de 1986.*

349. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Junio de 1986.*

350. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. El Tribunal propone al Gobierno un indulto particular. *Sentencia de 19 de Junio de 1986.*

351. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Junio de 1986.*

352. **Robo con violencia e intimidación en las personas. Resistencia a agentes de la autoridad. Lesiones.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Junio de 1986.*

353. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante muy cualificada de minoría de edad. *Sentencia de 20 de Junio de 1986.*

354. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Junio de 1986.*

355. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de puerta y fractura de cristal. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Junio de 1986.*

356. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Junio de 1986* (2ª).

357. **Abandono de familia.** Otorgamiento del perdón por la esposa en el juicio oral. *Sentencia de 21 de Junio de 1986.*

358. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Rompimiento de ventana. Fractura de máquinas tragaperras. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 21 de Junio de 1986* (2ª).

359. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Junio de 1986* (2ª).

360. **Salud pública.** Donación, regalo o venta. *Sentencia de 23 de Junio de 1986* (2ª).

361. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 23 de Junio de 1986* (2ª).

362. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 23 de Junio de 1986.*

363. **Robo con violencia en las personas.** Uso de arma. *Sentencia de 24 de Junio de 1986.*

364. **Falsedad. Estafa.** Manifiesta contradicción en los hechos y falta de pruebas. *Sentencia de 24 de Junio de 1986.*

365. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Junio de 1986* (2ª).

366. **Falsificación de documento mercantil.** Requisitos. Delito continuado. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 24 de 1986* (2ª).

367. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Tenencia ilícita de armas.**

Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 27 de Junio de 1986.*

368. **Robo con violencia en las personas.** Frustración. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Junio de 1986.*

369. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 28 de Junio de 1986* (2ª).

370. **Tenencia ilícita de armas de fuego. Robo con violencia o intimidación.** Agravante de disfraz. *Sentencia de 30 de Junio de 1986* (2ª).

371. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia. *Sentencia de 30 de Junio de 1986* (2ª).

372. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante analógica de enajenación mental. *Sentencia de 30 de Junio de 1986.*

373. **Contrabando.** Tenencia para su venta de tabaco procedente del extranjero. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos.** Sentencia de 30 de Junio de 1986.

374. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 1 de Julio de 1986* (2ª).

375. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando.** *Sentencia de 2 de Julio de 1986.*

376. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia; robo como delito precedente. *Sentencia de 3 de Julio de 1986.*

377. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 3 de Julio de 1986.*

378. **Receptación.** Elementos. **Receptación.** Encubrimiento. *Sentencia de 3 de Julio de 1986.*

379. **Amenazas condicionales.** Sin que conste haber sido conseguido el propósito con las mismas perseguido. **Violación.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 4 de Julio de 1986.* (2ª).

380. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Julio de 1986* (2ª).

381. **Robo con violencia,** el procesado portaba un arma que no llegó a usar. Atenuante, apreciada por vía analógica, de transtorno mental transitorio incompleto por razón de drogadicción, estimada como muy calificada. **Salud pública.** Tráfico. *Sentencia de 5 de Julio de 1986* (2ª).

382. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. *Sentencia de 5 de Julio de 1986* (2ª).

383. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Delito continuado. **Sustitución de placa de matrícula** Art. 279 bis-. *Sentencia de 5 de Julio de 1986.*

384. **Robo con violencia en las personas.** Tirón de bolso. *Sentencia de 5 de Julio de 1986.*

385. **Hurto.** Casa habitada. Apoderamiento sin violencia. Encubrimiento. *Sentencia de 5 de Julio de 1986.*

386. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia y atenuante de transtorno mental transitorio incompleto. *Sentencia de 5 de Julio de 1986.*

387. **Salud pública.** Tráfico. *Sentencia de 6 de Julio de 1986.*

388. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 6 de Julio de 1986.*

389. **Falsificación de documento oficial.** Recetas médicas. Delito continuado. No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 7 de Julio de 1986.*

390. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 7 de Julio de 1986* (2ª).

391. **Apropiación indebida.** "Animus rem sibi habendi". *Sentencia de 7 de Julio de 1986* (2ª).

392. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 8 de Julio de 1986* (2ª).

393. **Robo con violencia en las personas.** Arrebato por la fuerza de gargantilla de oro. *Sentencia de 9 de Julio de 1986.*

394. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Julio de 1986.*

395. **Robo con violencia en las personas.** Encubrimiento. *Sentencia de 10 de Julio de 1986.*

396. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 10 de Julio de 1986.*

397. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 10 de Julio de 1986.*

398. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

399. **Utilización ilegítima de vehículo de motor con violencia.** Art. 501-. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

400. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 11 de Julio de 1986.*

401. **Receptación.** Elementos. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 12 de Julio de 1986.*

402. **Falsificación de documento mercantil.** Imitación de firma. Delito continuado. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 12 de Julio de 1986.*

403. **Apropiación indebida;** cosa perdida. Falta. *Sentencia de 12 de Julio de 1986* (2ª).

404. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento y rompimiento de cristal. *Sentencia de 12 de Julio de 1986* (2ª).

405. **Salud pública.** Tráfico. *Sentencia de 12 de Julio de 1986* (2ª).

406. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Julio de 1986.*

407. **Salud pública.** Venta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Julio de 1986.*

408. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. Agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Julio de 1986.*

409. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 14 de Julio de 1986* (2ª).

410. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 14 de Julio de 1986* (2ª).

411. **Robo con violencia en las personas.** Ausencia de dolo de apropiación, así como de actitud intimidatoria. *Sentencia de 14 de Julio de 1986* (2ª).

412. **Robo con intimidación en las personas.** Empleo de arma. Agravante de reincidencia. **Robo con violencia.** Uso de arma. Frustración. Agravante de reincidencia y atenuante de embriaguez no habitual. **Orden público.** Falta. *Sentencia de 15 de Julio de 1986* (2ª).

413. **Lesiones.** "Animus laedendi". *Sentencia de 15 de Julio de 1986* (2ª).

414. **Lesiones graves.** Atenuante de embriaguez no habitual. *Sentencia de 15 de Julio de 1986* (2ª).

415. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 15 de Julio de 1986* (2ª).

416. **Violación.** Elementos. *Sentencia de 15 de Julio de 1986.*

417. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 17 de Julio de 1986.*

418. **Falsificación de documento oficial.** Receta médica. Falta de pruebas. *Sentencia de 17 de Julio de 1986.*

419. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 17 de Julio de 1986.*

420. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Julio de 1986.*

421. **Robo con intimidación;** con resultado de lesiones. Casa habitada. Cantidad de notoria importancia. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Julio de 1986.*

422. **Tenencia ilícita de armas.** Los números de fábrica se hallaban bo-

rrados. Agravante de reincidencia. El Tribunal solicita al Gobierno un indulto parcial. *Sentencia de 19 de Julio de 1986* (2ª).

423. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado pese a existir en un cristal su huella digital. *Sentencia de 19 de Julio de 1986* (2ª).

424. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Empleo de armas. *Sentencia de 19 de Julio de 1986* (2ª).

425. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 20 de Julio de 1986.*

426. **Salud pública.** Distribución y venta. Cantidad de notoria importancia. *Sentencia de 21 de Julio de 1986.*

427. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 21 de Julio de 1986.*

428. **Falsificación de documento oficial.** Elementos. Cooperación necesaria. *Sentencia de 21 de Julio de 1986* (2ª).

429. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Considerándolo de especial gravedad en atención al elevado valor de lo sustraido. **Tenencia ilícita de armas.** Encubrimiento.- *Sentencia de 21 de Julio de 1986* (2ª).

430. **Robo con violencia en las personas.** Tirón de bolso. *Sentencia de 21 de Julio de 1986.* (2ª).

431. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 21 de Julio de 1986* (2ª).

432. **Salud pública.** Tenencia en parte para el tráfico y en parte para la donación. *Sentencia de 22 de Julio de 1986.*

433. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Daños.** Falta. *Sentencia de 23 de Julio de 1986.*

434. **Robo con violencia en las personas.** Causando lesiones. Agravante de reincidencia. **Ofensa leve a los agentes de la autoridad.** Falta. **Lesiones leves.** Falta. El Tribunal propone al Gobierno un indulto particular. *Sentencia de 24 de Julio de 1986.*

435. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 24 de Julio de 1986.*

436. **Receptación.** Elementos. *Sentencia de 24 de Julio de 1986.*

437. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Julio de 1986.*

438. **Salud pública.** Venta y distribución. *Sentencia de 26 de Julio de 1986* (2ª).

439. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Julio de 1986.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

246

246. **HOMICIDIO.** "Animus necandi". Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 5 de Mayo de 1986* (2ª).

1. ANTECEDENTES DE HECHO. 1º. Son hechos que se declaran expresamente probados los siguientes: El procesado A.F.R., mayor de edad, sin antecedentes penales y persona absolutamente normal psiquiatricamente, de profesión escayolista había tenido relaciones de trabajo con la empresa "Construcciones P." cuyo propietario era M.P.C. y a raíz de unas obras de yesería por aquél efectuadas surgieron diferencias con este relativas al precio y al pago del mismo y con tal motivo el procesado se presentó en casa de H., sobre las 13'00 horas del día 12 de abril de 1.985, mientras la familia se hallaba comiendo en la cocina poniéndose pesado al intentar cobrar lo que, según él, le debía por lo que M. le dijo que le esperara abajo, en una Pizzería de las inmediaciones, con el fin de ir, seguidamente, a sus oficinas y solucionar el tema. M. salió de su casa acompañado por su hijo A.P.G., quien le acompañaba por indicación de su madre A.G.A., y se dirigió a la Pizzería para hablar con el procesado mientras su hijo le esperaba en el interior del coche y a continuación padre e hijo se trasladaron en el mismo a la oficina que tenían en la finca denominada S., sita en pleno campo, en el kilómetro 14'40 de la carretera P.M.V. 14'40, a la que se accede por un camino sin asfaltar y dejaron el vehículo estacionado al inicio del camino mientras que el procesado llegó en el suyo, un P. 504 matrícula PM-2642-L propiedad de su esposa. M.M.M., hasta la altura de la oficina. Una vez los tres en el interior de la pequeña oficina --que mide 2'90 por 3'60 metros y se hallaba amueblada con una mmesa de despacho, dos mesas auxiliares, tres sillas, una estantería y un fichero-- a la que se llega tras pasar un pequeño patio, cerrado con puerta de hierro, y franquear una única puerta de entrada, de cristal, el procesado insistió, nueva y continuamente, en su pretensión de cobrar una determinada suma enseñando unos papeles y no se llegó a un acuerdo pese a que el procesado rebajó la suma inicial a la de 200.000 pesetas ya que M., quien durante todo el rato estaba tratando de encontrar, entre su documentación, unos papeles relativos a la deuda, dijo deberle únicamente 80.000 pesetas y dio fin a la discusión y le citó para que regresara a las 16'00 horas, pues a tal hora (hallaría pre) digo, se hallaría presente en el lugar el contable de su empresa y podría aclararse la situación, ante lo que el procesado salió de la oficina y fue hasta su coche, que tenía aparcado y cerca en el referido camino de acceso a la misma, y abriendo su puerta trasera extrajo su escopeta, que llevaba montada y cargada, de dos ca-

ñones horizontales, marca "Acción", calibre 16, modelo P.R. 12.435, y que tenía legalizada a su nombre, en la intervención de armas de la Guardia Civil de Son S., dio un portazo al cerrar el coche y con la misma en la mano regresó hacia la oficina y se quedó en el patio anterior a la misma desde donde divisaba perfectamente a Manuel, quien estaba de pie, enfrente y de espalda a la pared, y seguia buscando documentos, y desde donde con ánimo seguro le dijo: "estoy harto, o me pagas o te mato" no haciéndole caso Manuel, quien siguió con idéntica actividad, hasta que transcurrido un minuto, más o menos, el procesado con el ánimo de causarle la muerte disparó a M., que se encontraba a menos de cuatro metros, quien, en presencia de su hijo A. cayó al suelo y murió inmediatamente siguiendo el procesado apuntándole con el arma en su caida y diciendo, tranquilamente, a Antonio: "a ti no te voy a matar, sólo quería matar a tu padre" al tiempo que le daba un papel y le decía: "aquí está el teléfono de la Guardia Civil, llámala y comunica lo ocurrido" ignorándose, exactamente, los motivos por los que el procesado lo llevara encima. A.P.G. salió corriendo de la oficina, sin hacer caso del papel referido, y acudió a avisar a sus familiares de lo ocurrido y a la Guardia Civil llegando, sobre las 15'10 horas, al Puesto de Porto Cristo a denunciar lo sucedido y mientras se encontraba en las dependencias llegó el procesado, quien a diferencia del momento de los hechos se encontraba en estado de crisis nerviosa, portando, en la mano, su escopeta de caza, que todavia desprendía, en su cañón derecho, olor a pólvora quemada por el disparo efectuado y dijo, al subteniente jefe de la linea de Porto Cristo, que "no sé lo que he hecho, pero me parece haber matado a un hombre, me presento para lo que quieran hacer conmigo". La escopeta, al ser intervenida, tenía dos cartuchos en la recámara sin disparar y en el coche del procesado, en el interior de la guantera, se encontraron dos cartuchos sin disparar de la marca R.R.T., tipo especial 41, calibre 16. Se ignora si la escopeta la llevaba el procesado en el interior de su coche para cazar o para utilizarla en el modo en que lo hizo. A un metro, aproximadamente, de la puerta de entrada de la oficina fue hallado, por fuerzas de la Guardia Civil, el único cartucho disparado por el procesado de la marca E.R.T. "España" tipo especial 41, del calibre 10 y el perdigón "7" y, entre el tórax y la camisa del cadáver, un tapón de cartón del diámetro del cartucho anteriormente descrito con la inscripción E.R.T.9. En el cadáver de M.P.C. se apreciaron impactos por perdigones en el flanco izquierdo a nivel de la línea axilar anterior y la línea axilar media en número de seis, encontrándose el mayor número de lesiones por perdigón en la cara anterior del tórax desde el cinturón, a nivel del ombligo, hasta la región clavicular siendo la mayor concentración a nivel de las costillas cuatro a diez izquierdas y hallándose cuatro perdigonadas en el antebrazo derecho y el borde cubical de la mano derecha; observándose, en algunas de las lesiones, que son oblicuas de izquierda y de abajo a arriba. El proyectil, que incidió contra el cuerpo de izquierda a derecha comprendiendo el flanco izquierdo y cara anterior del tórax, fracturó el arco costal anterior de la cuarta y quinta costillas izquierdas, perforó la cara parietal del pericardio con varios pequeños orificios y alcanzó al corazón a nivel del ventrículo izquierdo con siete impactos en la región lateral externa de la cara dorsal y veinte impactos en la cara frontal, todo lo que produjo anemia aguda que provocó la muerte. M.P.C., nacido el 25 de enero de 1.946, estaba casado con A.G.A., nacida el 24 de agosto de 1.945, de cuyo matrimonio existen cuatro hijos contando el mayor 18 años, quien trabaja de albañil, A.P.G. de 17 años, quien trabaja actualmente en una cafetería y, en época de los hechos, estudiaba 2º BUP, una hija de 15 años que estudiaba idiomas, y un hijo de 6 años que estudia en la actualidad. A raiz de la muerte de M. su empresa suspendió pagos y su familia tuvo que montar una cafetería para mantenerse, en la que además de A. trabaja también su madre. Tanto A. como su hermana han tenido que dejar los estudios por razones económicas derivadas de la muerte del padre.

2º. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A.F.R. con la concurrencia de la circunstancia ate-

nuante de arrepentimiento espontáneo del nº 9 del artículo 9 del Código Penal, por lo que solicitó contra aquél la pena de catorce años y ocho meses de reclusión menor, accesorias del artículo 47 e indemnización de cinco millones de pesetas a los herederos de M.P.C. y costas.

3º. La acusación particular en igual trámite luego de narrar, a su modo, los hechos los estimó constitutivos de un delito de asesinato del artículo 406-1ª y 4ª del Código Penal, del que es responsable el acusado, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de alevosía y premeditación del artículo 10-1ª y 6ª y la atenuante de arrepentimiento espontáneo del artículo 9-9 del Código Penal por lo que solicitó contra aquél la pena de veintitres años y cuatro meses de reclusión mayor, accesorias y costas con abono de la prisión preventiva e indemnización a A.G.A. de cinco millones de pesetas.

4º. La Defensa del procesado, en igual trámite, luego de narrar, a su modo, los hechos los estimó constitutivos de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal, del que es responsable el acusado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1º. Los hechos declarados probados lo han sido tras la apreciación, en conciencia, de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y en el resto de las actuaciones al haber sido aportadas, la totalidad de éstas, como prueba documental tanto por Ministerio Fiscal como por la acusación particular y la defensa --en técnica autorizada y utilizada en numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 18 de noviembre, 16 de febrero, 26 de mayo, 11 de octubre y 15 de diciembre de 1.984, 13 de julio de 1.985, y utilizada, también, por el Tribunal Constitucional en, por ejemplo, su sentencia de 10 de mayo de 1.985-- destacando, por su importancia, las siguientes: 1º) la declaración del propio procesado; 2º) la declaración de A.P.G., hijo de la víctima, quien fue testigo presencial de los hechos; 3º) el informe de autopsia y 4º) la escopeta de caza intervenida; todo lo que, unido al resto de lo actuado, forman la convicción judicial ya expresada.

2º) Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal ya que: a) se produjo la muerte de M.P.C.; b) tal muerte fue querida por su autor quien actuó guiado por un "animus necandi" como se desprende de la situación narrada en el primer antecedente fáctico pues las diferencias entre el autor y la víctima desembocaron en palabras duramente amenazadoras de aquel, ya consignadas en dicho lugar, en la utilización, a escasísima distancia, de un arma mortífera cargada con un cartucho de perdigones, en la producción de un impacto en zona absolutamente vital y amplia, a causa de numerosos perdigones, y en la confirmación de la voluntad de matar efectuada por el procesado al hijo de la víctima, instantes después de ocurrido el hecho y mientras apuntaba con la escopeta a aquella mientras caía, al decirle "a tí no te voy a matar, sólo quería matar a tu padre"; todo lo que, unido al conjunto de lo actuado, y a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo --entre la que cabe destacar la S.T.S. de 7 de diciembre de 1.985, que recoge la doctrina de numerosas otras anteriores, a las que citar-- lleva a la conclusión jurídica ya apuntada.

3º. La acusación particular entiende que los hechos son legalmente constitutivos de asesinato --artículo 406 del Código Penal-- al concurrir tanto la circunstancia de alevosía como la de premeditación conocida --1ª y 4ª, respectivamente, de dicho artículo--; No obstante la Sala estima que no concurren por las razones, entre otras, siguientes: a) En relación a la "alevosía" por no constar exactamente... una conducta taimada, desde el principio de la ejecución, pérfidamente calculada al servicio de los designios del agente, que elude el riesgo de todo ataque contra su persona y la posibilidad de defensa de la víctima", como exige

la S.T.S. de 20 de noviembre de 1.985, habiendo ya declarado esta Sala, en sentencia de 8 de julio de 1.983, que ha de excluirse el plus de antijuridicial en que la alevosia representa "en aquellos supuestos en los que esta cursó discusión o reyerta entre los contendientes (S.S.T.S. de 4 de noviembre de 1.981, 6 de mayo de 1.978 y 27 de marzo de 1.981) o cuando inmediatamente antes se produjo una discusión violenta (S.T.S. 8 de mayo de 1.981) o si existía un ambiente tenso y crispado entre los protagonistas (S.T.S. de 24 de mayo de 1.982), pues falta entonces el elemento clave definidor consistente en que la victima no pudiere, ni remotamente, suponer el propósito agresivo (S.T.S. 12 de febrero de 1.981)"; en nuestro caso la discusión previa, la amenaza de muerte anterior al disparo, el hecho de que el agresor esgrimiera el arma frente a la víctima durante, aproximadamente, un minuto y el resto de los hechos relatados en el primer antecedente fáctico hacen que no pueda hablarse, propiamente, de un "acontecimiento rápido, fulminante, e inesperado" exigido por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo --entre otras las S.S.T.S. de 10 de junio de 1.977, 12 de febrero, 26 de junio de 1.981, 20 de marzo, 7 de julio y 22 de octubre de 1.982, citadas en la referida resolución de esta Sala--; b) En lo que se refiere a la "premeditación conocida" pues unánime doctrina jurisprudencial --de la que son muestra las S.S.T.S. de 20 de noviembre de 1.985 y 17 de noviembre de 1.983-- la caracteriza, como dice la última sentencia citada, por "la deliberación fria y razonada y la persistencia en la decisión criminal" unida a un "espacio de tiempo indeterminado entre decisión y realización del hecho delictivo, pero que sea suficiente y bastante a acreditar entre elemento cronológico" -- S.T.S. 20 de noviembre de 1.985-- decisión que, como reiteran ambas sentencias, ha de ser conocida y probada por signos externos revelándose de la misma; si aplicamos tal doctrina a nuestro caso es obvio que el hecho de llevar escrito en un papel el número del puesto de la Guardia Civil de Porto Cristo, el llevar montada y cargada la escopeta en el coche y el haber aparecido pocos cartuchos en el interior del mismo --cuando el procesado en el acto del juicio oral manifestó que al ir a cazar solía llevar unos "20 o 25"-- podrían, en abstracto, haber formado la convicción judicial de que tales elementos externos eran reflejo de aquella decisión oculta, por ser interior. Sin embargo, las explicaciones dadas por el procesado acerca de tales extremos si bien el Tribunal no las acepta como totalmente ciertas sí han sido suficientes para crear duda en su ánimo --reflejada en la relación fáctica-- lo que obliga a no estimar tal circunstancia en aplicación del principio general de "in dubio pro reo" y de reiteradisima jurisprudencia según la que "... las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ha de estar tan acreditadas y probadas como el hecho mismo" --S.S.T.S. 14 de enero de 1.985 y 27 de junio de 1.984, entre otras muchas--.

4º. Es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado por haber tomado parte directa en la ejecución del hecho --artículo 14-1º del Código Penal--.

5º. Es de apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de arrepentimiento espontáneo --9º del artículo 9º-- ya que el procesado antes de conocer la apertura del procedimiento judicial e impulsado por tal arrepentimiento se presentó en el puesto de la Guardia Civil de Porto Cristo y confesó su acción. No concurre, en cambio, como pretende la defensa del procesado, la atenuante de "arrebato" entendido éste, según hace la S.T.S. de 24 de enero de 1.984, como "emoción súbita y de corta duración" pues, como se ha plasmado en los hechos probados, la actitud del procesado antes del disparo y una vez efectuado fue tranquila, así lo demuestran las palabras dirigidas al hijo de la víctima, el tono en que fueron dichas y el hecho de arrojarle un papel con el número de la Comandancia de Puesto de la Guardia Civil de Porto Cristo, a lo que hay que añadir la misma inexpresividad del procesado al explicar tales momentos --se limitó a decir "no se lo que me pasó"-- y el que no hubiera especiales motivos para tal "arrebato" tanto por la índole del asunto que se ventilaba entre el procesado y su víctima cuanto, y muy especialmente, porque el presunto deudor mostró, al citarlo a las 16'00 horas en presencia de su

contable, una voluntad de solucionar el asunto con las mayores garantías para todos los implicados. El testigo presencial de los hechos, hijo de la víctima, fue claro y concluyente al referir los signos externos que vió en el procesado en el momento de los hechos; tales signos son totalmente incompatibles con el estado pasional equiparable al "furor o cólera" del estado de "crisis nerviosa" en que se encontraba al presentarse en la Guardia Civil pues tales estados no son de idéntica naturaleza y, además, la crisis apareció luego de efectuados los hechos como detalló el indicado testigo quien, entre otros extremos recogidos en el acto del juicio, afirmó que al llegar el procesado con la escopeta entraba "... como diciendo aquí estoy yo" y que ocurrido el hecho "... se quedó tranquilo" mientras que al acudir aquel a la Guardia Civil "ya no lo vi tranquilo". Por todo ello en atención al precepto penal infringido, a lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal y a todos los matices del caso se estima sanción justa para el castigo de la infracción la que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución.

6º. Los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente por lo que el procesado indemnizará a los perjudicados por el hecho de autos en la suma de cinco millones de pesetas --cantidad solicitada por la acusación pública y particular --pues si bien es insuficiente para preparar los prejuicios de todo tipo-- perdida del negocio que sustentaba a la familia, interrupción de estudios, cambio forzado de vida y otros de igual índole-- y el dolor causado a la viuda y cuatro jóvenes hijos podría paliar, mínimamente, el mal causado de llegar a ser percibida.

7º Los responsables criminalmente de todo delito vienen obligados al pago de las costas por ministerio de la ley debiendo incluyerse en el presente caso--S.T.S. de 2 de Enero de 1.984-- las de la acusación particular.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

Ha decidido: 1º) CONDENAR al procesado A.F.R. en concepto de autor responsable de un delito de homicidio del artículo 407 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo --nº 9 del artículo 9 del Código Penal-- a la pena de CATORCE AÑOS Y OCHO MESES DE RECLUSION MENOR y la de INHABILITACION ABSOLUTA DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA como accesoria, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a los perjudicados por el hecho de autos en la suma de cinco millones de pesetas y al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

2º) ABONARLE para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa.

3º) APROBAR por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Jues Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

4º) DAR a la escopeta intervenida el destino legal conforme (a derecho) digo, al artículo 48 del Código Penal.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgado, la pronunciamos, mandamos y firmamos. Lo interlineado "en", Vale. (Ponente: A.F. Capó Delgado)

251

251. **ALLANAMIENTO DE MORADA.** Absolución por ausencia del dolo específico requerido. **COACCIONES.** Se cortó la conducción del agua y ordenó el corte del suministro eléctrico. *Sentencia de 8 de Mayo de 1986.*

ANTECENTES DE HECHO. I. Se declara expresamente probado que el acusado B.G.D.H., cuyas circunstancias personales ya constan, propietario de la vivienda sita en la calle G.B. nº 15-A de Ibiza, ocupada por S.G.C., con el que de antiguo ya viene discutiendo si existe o no contrato de arriendo verbal, en fecha 28 de diciembre de 1.979, con ocasión de que el mismo se hallaba en la península y con objecto de acabar con esa situación de ocupación que entendia ilegítima, penetró en la casa a través de una ventana y, se llevó dos bombonas de butano, al tiempo que después cortaba la conducción de agua y ordenaba el corte de suministro de energía eléctrica.

II. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos de objecto de esta causa, como constitutivos de un delito de allanamiento de morada del Artº. 490 pfº. 2º y un delito de coacción del Artº. 496, todos del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél las penas de 1 año de prisión menor y multa de 30.000 pts., con arresto sustitutorio de un mes por el primer delito y dos meses de arresto mayor y multa de 30.000 ptas., con arresto sustitutorio de treinta días, por el segundo; accesorias y costas.

III. La defensa, en igual trámite, negó la calificación delictiva de los hechos y solicitó la libre absolución del acusado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. El delito de allanamiento de morada del que hoy viene acusado B. G. H., previsto y sancionado en el artº. 490 del Código Penal, tiene como elementos esenciales uno de caracter objetivo y otro subjetivo. El primero, la entrada en morada ajena o la permanencia en ella sin la voluntad del morador, entendiéndose por morada el lugar donde normalmente se desarrolla la vida familiar y doméstica y por ajena la que no está a disposición, independientemente de la cualidad de propietario, del invasor (sents. 18 de noviembre de 1981 y 9 de junio de 1982), circunstancias todas que indudablemente se dan en la relación fáctica historiada -por propio reconocimiento incluso del procesado- en cuanto queda claro que el mismo penetró en la vivienda contrariando la voluntad de quien, lícita o ilícitamente, la poseía. El segundo requisito, elemento subjetivo del injusto, viene caracterizado por el dolo que abarca el conocimiento pleno de aquellas circunstancias más el específico afán de atentar o violar fla intimidad del hogar, el domicilio familiar ajeno. Esta concreta intención, discutida en doctrina y praxis, ha sido mantenida en varias resoluciones jurisprudenciales y representa una correcta técnica jurídica cuando otros móviles u otros fines son de tal intensidad en la mente del autor que subsumen aquél o, como con palabras gráficas expresa la sentencia de 18 de enero de 1983, "ha de atenderse al dolo específico o final, entendiendo que la entrada en la morada ajena no ha sido más que el medio para el logro del designio propuesto y, por tanto, un accidente meramente circunstancial, que queda subsumido por el delito finalísticamente querido". Así,

nuestro Tribunal Supremo se ha decantado por la modalidad de la coacción cuando el agente se propuso violentar la voluntad de la víctima y no atentar contra la "santidad" de su hogar. Son ejemplos, las sentencias de 23 de octubre de 1908, 19 de diciembre de 1918, 29 de Diciembre de 1923, 1 de marzo de 1947 y 24 de enero de 1961. Ello ha permitido decir a un insigne profesor que "el criterio jurisprudencial favorable a una exigencia del dolo específico, final más bien, me parece sumamente acertado, por cuanto que respeta estrictamente la cualidad de los diversos objetos jurídicos de cada infracción y atiende a una más exquisita valoración de la culpabilidad en cada acto, minimizando los accidentes meramente circunstanciales tantas veces". Palabras que hoy cobran auténtico valor tras la reforma del código por Ley de 25 de junio de 1983 instauradora del principio culpabilista. En el mismo sentido, modernamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1980 condena por delito de coacciones a quienes petraron y permanecieron en una vivienda ajena temporalmente desocupada por sus propietarios.

A la luz de todo lo anterior queda claro que no puede apreciarse el delito de allanamiento de morada, en tanto en cuanto falta este elemento intelectivo final, dolo del autor de quebrantar la intimidad del hogar, el cual para conseguir sus propósitos -ilícitos y antijurídicos como más tarde se verá- aprovechó la total ausencia de los moradores, no permaneciendo en la vivienda más que el mínimo tiempo suficiente para alcanzxar aquéllos.

II. La voluntad última, pues, abrazadora de todo un desginio criminoso, queda concretada al hecho de coartar la voluntad de los ocupantes o detentadores de su propiedad, con quienes mantiene largo litigio sobre la legalidad de tal posesión, por medios o métodos totalmente rechazables, pues cauces concede la Ley a los tales fines (desahucio de inquilinos o precaristas), dejándoles sin los suministros mínimos de habitabilidad: agua, luz y gar; atentado a la libertad individual que, a corriente de una nutrida jurisprudencia de la que son ejemplos las sentencias de 30 de enero y 13 de febrero de 1980 y 24 de mayo y 7 de noviembre de 1983, integra plenamente el delito de coacciones, previsto en el artº. 496 del Código Penal, por el que también viene acusado el procesado y a cuyo tenor debe ser condenado.

FALLO: Debemos absolver al acusado B. G. D. H. del delito de allanamiento de morada y debemos condenar al mismo, en concepto de autor responsable de un delito de coacciones, sin la cocurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de DOS MESES de arresto mayor con las accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por igual tiempo y MULTA DE TREINTA MIL PESETAS con arresto sustitutorio de un día por cada mil que deje de satisfacer, mas el pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. No aprobamos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado y devuélvase la correspondiente pieza para el embargo del piso propiedad del condenado.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala derfinitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: G. Vidal Androu).

253

253. **MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.** Arts. 394, 395 y 399-. El depositario de bienes embargados consintió por descuido su deterioro. *Sentencia de 9 de mayo de 1986.*

ANTECEDENTES DE HECHO. I. Son hechos probados los que a continuación se relatan: Como consecuencia del juicio ejecutivo nº 542/1982, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de esta capital contra el procesado G. T. F., ya circunstanciado y sin antecedentes penales, se le trabó embargo sobre la furgoneta de su propiedad marca C., matrícula PM-1148-C, nombrándosele depositario del bien trabado y advertido de las obligaciones que contraía, juró en legal forma el cargo, comprometiéndose a desempeñarlo bien y fielmente, hecho ocurrido el 14 de julio de 1982.

Seguido el procedimiento ejecutivo por sus trámites en fecha 2 de marzo de 1984, previa sentencia de remate, subasta y adjudicación de la furgoneta a la entidad ejecutante "R. S.A." por la cantidad de 33.334, se personó la comisión judicial en el domicilio del procesado, hallándose el vehículo citado en un lugar cercano con dos ruedas pinchadas, sin motor y con la carrocería muy deteriorada, estado al que se había llegado por el abandono de las obligaciones contraídas por el embargado quien conoció y consintió en todo momento el sucesivo deterioro del vehículo, que en su estado final puede valorarse en 5.000 ptas.

II. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de malversación de los arts. 399, en relación con los arts. 394, 2º y 395 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado G. T. F., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de multa de 30.000 ptas. con arresto sustitutorio de 16 días en caso de impago, e indemnización de 28.334 pesetas al perjudicado "R. S.A." y costas.

III. La defensa en igual trámite negó los hechos imputabos por el Ministerio Fiscal a su defendido en la forma en que venían siéndolo, calificándolos como no constitutivos de delito y solicitando, en consecuencia, su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de malversación de los arts. 399, en relación con el art. 394, 2º y 395 del Código Penal, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, y en consonancia con la doctrina legal que interpreta tales disposiciones, que sienta que "el tipo de malversación impropia que se recoge en el art. 399 del Código Penal, supone una extensión legal de los tipos que se encuentran dentro de los numerales 394 a 398 del propio texto, mediante el mecanismo de acudir a una doble ficción, cual es de una parte, la de conceder a los encargados por cualquier concepto de caudales públicos y administradores o depositarios de los mismos por los títulos que se indican, el carácter de funcionarios públicos en virtud de nombramiento por autoridad competente y, de otra, la de considerar caudales de los fondos, rentas y demás bienes de carácter público por destino o afectación" (S.T.S. de 1 de Junio de 1984, entre muchas otras) y ello es así por la razón de que el particular propietario

de bienes embargados por la autoridad judicial, al ser investido del cargo de depositario le incumbe una función pública y los objetos a él confiados, aún cuando continuen en su patrimonio, se hallan afectos al cumplimiento de la resolución que dicte el Juez o Tribunal que decretó el embargo y en todo momento deben estar a disposición de éste (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1984 y 11 de marzo de 1985).

II. Siguiendo la argumentación que antecede es preciso puntualizar (y así lo establece también la sentencia del Tribunal Supremo citada de 7 de mayo de 1984) que la responsabilidad del depositario es el mantenimiento íntegro de los bienes en que se hayan hecho la traba y cuando, por el abandono de sus obligaciones o por negligencia inexcusable, dieren lugar al deterioro o menoscabo de los efectos embargados, incurren en el tipo delictivo descrito en el art. 399, en relación con el 395 del Código Penal, sin que pueda dudarse que la furgoneta de autos sobrepasaba el valor de 30.000 ptas., en primer lugar porque tal afirmación resulta contraria al dictamen pericial obrante al folio 35 de sumario y, por otra parte, por cuanto, aun contando con que existió un embargo anterior y un distinto depositario, lo cierto es que el acusado pudo hacerse cargo del vehículo a partir del 22 de abril de 1983, es decir, antes del dictamen pericial que le otorgaba el valor antes mencioando y también antes, en cerca de diez meses que se practicase la diligencia de entrega al adjudicatario de la subasta "R. S.A." del bien embargado, lo que no se llevó a efecto dado su estado, al que se había llegado por el abandono, reconocido en juicio oral, de las obligaciones contraidas por el encausado y con plena consciencia de la trascedencia de su conducta.

III. Es responsable criminalmente en concepto de autor del procesado G. T. F., en virtud de su particifpación libre y voluntaria en la comisión de los hechos (art. 14-1° del Código Penal).

IV. No son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los hechos de autos.

V. Los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

En virtud de cuanto antecede,

FALLO: Debemos condenar y condenamos al procesado G. T. F., en concepto de autor responsable de un delito de malversación de las arts. 399 en relación con el 394, 2° y 395, todos del código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 30.000 ptas., con arresto sustitutorio de 16 días en caso de impago, a que por vía de indemnización de perjuicios abone al perjudicado R. S.A. la suma de 28.334 ptas. y al pago de costas. Le abonamos pra el cumplimiento de la condena la totalida del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contine.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: M.A. Aguiló Monjo).

271

271. **ABORTO.** Dolo eventual -Art. 412-. **AMENAZAS.** Requisitos. **LESIONES.** Falta. *Sentencia de 16 de Mayo de 1986 (2ª).*

I. ANTECEDENTES DE HECHO. 1º Se declara probado que, sobre las 19,30 horas del día dos de junio de 1984, F.D.S.A.P. y R.R.T., ambos mayores de edad, ejecutoriamente condenado el primero en sentencia de 18 de abril de 1983 por un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno a la pena de veinte mil pesetas de multa, y sin antecedentes penales el segundo, se encontraron en el interior del bar J., sito en la calle S.M. de Palma de Mallorca, con M.J.G.T., la cual se hallaba embarazada de seis meses, y a quien conocían bien, puesto que concretamente F.D.S.A.P., mantenía relaciones en aquel tiempo con la hermana de quien era el padre del feto que aquélla portaba en su seno, habiendo llegado incluso a vivir un temporada junto a ellos, y como sea que entre una y otros mediaba un malentendido, en tanto creían éstos que aquélla había estado colaborando con la Policía al informar del paradero de una menor de edad llamada M., con la cual mantenía buena amistad, hallándose así ellos algo enojados por el que reputaban incorrecto o no leal proceder de M.J.G.T., se dirigieron ambos a la mesa en donde ésta se encontraba sentada junto con un amigo y le dijeron que era una chivata de la Policía, que se marchase de esa zona y que se fuese de allí o la matarían, y seguidamente propinaron ambos a la misma varias bofetadas en la cara, hasta el punto de que sangró ella un poco por la boca. Después de unos instantes se marchó ella del bar junto con el amigo que la acompañaba, y dió un paseo con el fin de tranquilizarse llegando hasta la plaza de S.C., y cuando había transcurrido aproximadamente una media hora, y hallándose en un callejón de la calle S.M. se encontró nuevamente con F.D.S.A.P., el cual se hallaba en aquel momento acompañada de la menor ya referida llamada M., así como de otras dos chicas cuya identidad no ha podido ser concretada, sin que R.R.T. se hallase entonces presente, y habiéndose separado de M.J.G.T. quien hasta entonces le había acompañado, alejándose de allí al ver que se aproximaba F.D S.A.P., propinó éste a M.J.G.T. un puñetazo en el abdomen, pese a saber que se encontraba embarazada, al propio tiempo que le repetía que se marchase de aquel barrio y le propinaba otras pocas bofetadas en la cara. A raíz del puñetazo que recibió la embarazada tuvo inmediatamente fuertes dolores en el vientre y en los riñones, por lo que decidió dirigirse hacia la vía S. de Palma de Mallorca con el objeto de buscar a sus hermanos a fin de que les ayudasen, cosa que hicieron, dándole dinero para que se trasladase en autobús al P.D. en donde viven sus padres, quienes trasladaron a la embarazada al Servicio de Urgencias dle Hospital Materno-Infaltil de la Residencia Sanitaria V. de LL. de Palma de Mallorca, en donde hacia las 23 horas de ese mismo día se apreció "exitus fetal anteparto", habiendo sido inducido el parto del feto ya muerto el día seis de junio de 1984.

El feto falleció a consecuencia de un paro cardíaco producido por una descarga de adrenalina de la madre en su propia sangre y que actuó rápidamente sobre el feto determinando el indicado paro cardíaco. Esa descarga adrenalínica coincidió con el estado de tensión en que se hallaba la madre a raíz de la situación agresiva que había padecido, produciéndose precisamente esa descarga en el momento en que recibió el puñetazo descrito en su abdomen, sufriendo precisamente en ese instante un fuerte dolor en el vientre, concretamente en su útero, y en sus riñones, momento en que el aludido paro cardíaco del feto tuvo lugar.

El aborto fue producido, por consiguiente, por vía sanguínea y hormonal, no recibiendo el feto golpes directos ni habiendo constancia objetivable de golpe ninguno. No obstante, y dada la constitución de la madre, el embarazo era médicamente calificable como sujeto a un alto riesgo de aborto, incrementándose las posibilidades de abortar ante cualquier alteración emocional seria o tensión intensa de la madre. No hay constancia de que M.J.G.T. hubiese cedido a las pretensiones de F.D.S.A.P. y de R.R.T..

2º El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de aborto violento del artículo 412, de un delito de amenazas del artículo 493.1, y de una falta contra las personas del artículo 585.1, todos ellos del Código Penal; y estimó que el acusado Sr. A.P. era autor de todos ellos, mientras que el acusado Sr. R.T. era sólo autor del delito de amenazas y de la falta referida, sin la concurrencia en ningún caso de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquéllos las siguientes penas: sólo para el Sr. A. P., la pena de tres años de prisión menor por el delito de aborto; y para cada uno de ambos acusados, sendas penas de dos meses de arresto mayor por el delito de amenazas y sendas penas de cinco días de arresto menor por la falta de referencia, accesorias e indemnización de un millón de pesetas a la perjudicada, a cargo sólo del Sr. A.P. y costas.

3º Las defensas, en igual trámite, negaron los hechos objeto de la acusación, si bien la defensa del Sr. A.P. admitió la realidad de las bofetadas dadas en la cara a la perjuicada, y ambas defensas solicitaron la absolución de los acusados.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1º Para la fijación de los hechos declarados probados se ha atendido preferentemente a las manifestaciones de la perjudicada, en tanto se han mostrado siempre firmes y coherentes, así como acordes con los datos objetivos aportados a esta cuasa, de tal modo que han movido la convicción de este Tribunal en el sentido fijado en la relación de hechos probados. A partir de estas manifestaciones, el problema realmente suscitado, el de la autoría material del puñetazo dado en el vientre de la embarazada, no ofrece tampoco verdadera dificultad, en tanto las manifestaciones de quien se atribuyó la condición de testigo presencial, el acompañante de la perjuicada, no han podido ser aceptadas por este Tribunal, ante su falta de solidez y precisión, inaptas para formar convicción judicial en sentido distinto del precedentemente plasmado en esta resolución.

2º Jurídicamente se configuran los hechos descritos como constitutivos, en primer término, de un delito de aborto imprudentemente cometido, sancionado en el artículo 412 del Código Penal, ya que el acusado Sr. A.P. golpeó a la embarazada, pese a saber su estado de gestación, aún cuando no tuvo intención verdadera de ocasionar un resultado de tal índole, pues lo que con ese puñetazo pretendía era esencialmente intimidar a dicha perjudicada, compeliéndola a que abandonase aquella zona de esta ciudad, por considerarla una soplona o chivata en beneficio de la Policía, descartándose así el dolo directo exigido para poder apreciar el delito doloso de aborto definido en el artículo 411 de dicho Código. Con todo, y a la hora de fijar la penalidad imponible se toman en consideración las condiciones fisiológicas de la madre y su natural propensión a sufrir un aborto. Pero de lo que no cabe ninguna duda es de que el puñetazo dado en el vientre por el acusado Sr. A.P. fue la causa eficiente determinante de la descarga adrenalínica que causó instantáneamente el paro cardiaco del feto, lo que se tradujo en la inmediata contracción del útero de la madre y en un fuerte dolor por la misma padecido: la situación de tensión que se fue engendrando a raíz del abofeteamiento habido precedentemente y la misma situación fisiológica de la madre son elementos coadyuvantes al luctuoso resultado acaecido, pero es el indicado puñe-

tazo el que determinó directamente la muerte del feto, pues sin esa concreta agresión directamente la muerte del feto, pues sin esa concreta agresión no se hubiese producido un resultado así. De todas formas, y como ya se ha apuntado, no es posible dejar de desconocer la incidencia de estos factores coadyuvantes, y esto ha de tener una traducción jurídica en una adecuada atemperación de la penalidad imponible.

Además se aprecia tanto un delito de amenazas graves y condicionales del artículo 493.1, imputable a ambos acusados, en tanto uno y otro intentaron sin conseguirlo amedrentar a la perjudicada, diciéndole que la matarían si no se marchaba de allí, dándose así todos cuantos requisitos se exigen en el aludido precepto. Y también se aprecia una falta de lesiones del artículo 585.1 del Código Penal de referencia, en tanto ambos acusados golpearon a la embarazada, dándole varias bofetas en la cara.

3º Son jurídicamente responsables los acusados en concepto de autores de los respectivos delitos que les vienen imputados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 del Código Penal, al haberlos ejecutado libre y voluntariamente, de un modo personal y directo.

4º No son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los acusados.

5º Los responsables criminales de un delito lo son también civilmente y vienen obligados al pago de las costas causadas.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Ha decidido: CONDENAR a F.D.S.A.P., como autor responsable de un delito de aborto imprudentemente cometido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION MENOR, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a que por vía de (indemnización) digo, responsabilidad civil indemnice a M.J.G.T. en la suma de 500.000 pesetas, por los perjuicios inferidos a la misma/

CONDENAR a F.D.S.A.P., y a R.R.T. como autores responsables de un delito de amenazas de un mal constitutivo de delito y condicionales, sin haber conseguido el propósito perseguido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y de una falta de lesiones, a las penas, para cada uno de ellos, de DOS MESES DE ARRESTO MAYOR, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, por razón del delito de amenazas, y de CINCO DIAS DE ARRESTO MENOR por razón de la falta de lesiones.

Cada uno de los acusados deberá satisfacer las costas correspondientes. Les 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: C. Climent Durán).

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: A.F. Capo Delgado)

306

306. **ROBO CON INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS.** Tentativa inidónea. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 2 de Junio de 1986* (2ª).

I. ANTECEDENTES DE HECHO. 1º Son hechos que se declaran expresamente probados los siguientes: Sobre las 07'00 horas del día 1 de enero de 1.985 los procesados J.M.R., mayor de edad, y P.D.S., de 16 años de edad al haber nacido el 31 de enero de 1.968, ambos sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y con ánimo de obtener dinero en la calle A.B., de esta ciudad, abordaron a los esposos R.G.B. y C.C.M., que se disponían a entrar en su domicilio, sito en dicha calle, y mientras la esposa lograba, por indicación del marido, introducirse en el portal de su casa y cerrar la puerta de cristal del mismo los procesados, provistos de navajas, conminaron con ellas al marido cogiéndole uno por el brazo doblándoselo sobre la espalda y arrebatándole el otro la cartera que llevaba en el bolsillo, en la que no había dinero, dirigiéndose, a continuación, hacia el Seat 131, de color verde, PM-7997-N, propiedad del primero momento en el que R.G.B. les pidió que le devolvieran la cartera, cosa que hicieron, al comprobar que no contenía dinero, marchándose, en su coche, seguidamente R.G.B. sufrió una pequeña luxación en el brazo no sufriendo herida alguna ni precisando asistencia médica.

2º El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de robo con intimidación en las personas de los artículos 500 y 501 párrafos 5 y último del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados J.M.R. y R.D.S., con la concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad --3ª del artículo 9º-- en este último y sin circunstancias en el primero por lo que solicitó contra el primero la pena de cinco años de prisión menor y contra el segundo la de dos años de prisión menor, accesorias del artículo 47 e indemnización de mil pesetas al perjudicado.

3º La defensa J.M.R. en igual trámite negó las conclusiones correlativas del Ministerio Fiscal y solicitó la libre absolución de su patrocinado.

4º La defensa del procesado P.D.S., negó las conclusiones del Ministerio Fiscal y solicitó la absolución de su defendido.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS. 1º Los hechos declarados probados han sido determinados por la apreciación, en conciencia; de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral y en el resto de las actuaciones al haber sido aportadas, éstas, como prueba documental tanto por el Ministerio Fiscal como por las defensas en técnica no sólo autorizada sino utilizada por numerosas sentencias --S.S.T.S., entre otras, de 18 de noviembre, 16 de febrero, 26 de mayo, 11 de octubre y 15 de diciembre de 1.984, 13 de julio de 1.985 y sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de mayo de 1.985-- destacando, por su importancia, las firmísimas y rotundas manifestaciones de los perjudicados por los hechos quienes,

en el acto del juicio oral, afirmaron, sin vacilación alguna, que los procesados eran los autores de los hechos descartando y explicando, ante los defensores de estos, cualquier sombra de duda que pudiera desprenderse de sus anteriores reconocimientos de los mismos efectuados en fase sumarial. A ello hay que añadir que la propia víctima del suceso tomó la matrícula, marca y color del vehículo utilizado en su realización para, en unión del resto de lo actuado, concluir que los hechos se desarrollaron en el modo descrito.

2º Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de una tentativa inidónea --artículo 52-2º-- de un delito de robo con intimidación en las personas de los artículos 500, 501, párrafos 5º y último del Código Penal ya que los procesados guiados por el afán de obtener dinero usaron los medios intimidatorios descritos, en los que intervinieron navajas, para obtenerlo y, sin embargo, no lo lograron pues la cartera de la víctima, que tuvieron en sus manos, no contenía cantidad alguna motivo por el que, al solicitarsela aquella, la devolvieron; de manera que, en el presente caso, se da la "imposibilidad de producción" del delito por inexistencia del objeto que los procesados codiciaban, siendo similar al caso, estudiado por la Jurisprudencia y doctrina Alemana, de quien, con ánimo de lucro, mete la mano en el bolsillo vacio. Por otro lado la luxación, sufrida por la víctima, en el brazo al no haber causado herida alguna ni precisado asistencia médica impide que, en el presente caso actúe el artículo 512 del Código Penal pues si bien es cierto que el resultado no es necesario que se trate de lesiones graves ni que sea calificado de delito o falta, sino que basta que se produzca cualquier detrimento en la integridad corporal de la víctima (S. 27 de junio de 1.981) interesando al menos el tejido subcutáneo, en mayor o menor medida, no son suficientes las "erosiones", en cuello y tórax que no precisaron asistencia facultativa (S.S.T.S. 29 de septiembre de 1.982 y 18 de febrero de 1.972).

3º Son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados J.M.R. y P.D.S. por haber tomado parte directa en su realización --artículo 14-1º del Código Penal--

4º Es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad en el procesado P.D.S. sin que concurra circunstancia alguna en el otro procesado por lo que a la vista del precepto penal infringido y de lo dispuesto en los artículos 3, 51, 52, 65 y concordantes del Código Penal y de todos los matices del caso se estima justa la sanción que se dirá en la parte dispositiva de esta resolución.

5º No ha lugar a pronunciarse sobre las responsabilidades civiles, al no haberse producido.

6º Los responsables civilmente de todo delito vienen obligados al pago de las costas por ministerio de la ley, debiendo satisfacer cada procesado el 50% de las causadas.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Ha decidido: 1º CONDENAR a los procesados J.M.R. y P.D.S. en concepto de autores responsables de una tentativa inidónea de robo con intimidación en las personas de los artículos 500, 501, párrafos 5º y último del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad --3ª del artículo 9-- en el segundo y sin circunstancias en el primero a la pena, para éste, de OCHO MESES DE PRISION MENOR y para el segundo a la pena de UN MES Y UN DIA DE ARRESTO MAYOR, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas debiendo satisfacer el 50% de las costas causadas cada uno de los procesados.

2º ABONARLES para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa.

3º APROBAR por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicios que contiene.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunicamos, mandamos y firmamos. (Ponente: A. F. Capó Delgado).

315

315. **ABUSOS DESHONESTOS.** Elementos: dinámico u objetivo e intencional o psicológico. *Sentencia de 5 de Junio de 1986.*

ANTECEDENTES DE HECHO. I. Se declaran hechos probados que el acusado, D.N.C., cuyas circunstancias personales se han consignado el dia 2 de Julio de 1983, sobre las 15 horas, en la calle P.A.A. (Ibiza), abordó a la menor C.R.R., de seis años de edad, y, so pretexto de invitarla a tomar un helado, se la llevó hacia un bosque de las inmediaciones y allí la beso en la boca, chupándole la lengua, pasó la suya por los órganos genitales de la niña y la incitó para que succionara los suyos, huyendo al final la menor y contando lo ocurrido a su padre, quien, con ayuda de la misma, dias después, el 6 de Julio, logró localizar al acusado que, reconocido por C.R., fué detenido.

II. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de abusos deshonestos del artº 430 en relación con el 429-3º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de dos años de prisión menor, accesorias y costas.

III. La defensa, en igual trámite, negó la participación del acusado en los hechos y solicitó su libre absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. I. Los hechos relatados constituyen legalmente un delito de abusos deshonestos, figura típica prevista y sancionada en el artº 430 del Código Penal en relación con el ordinal 3º del artº 429 del mismo texto legal y que se integra por la conjunción de dos elementos, tradicionalmente exigidos por la doctrina jurisprudencial (así sentencias 9 de Junio y 30 de Noviembre de 1981 y 15 y 30 de Marzo de 19827, el dinámico u objetivo de unos tocamientos lascivos sobre el cuerpo de la persona ofendida y el intencional o psicológico representado por la finalidad deshonesta o lúbrica, ambos perfectamente detectables en el evento enjuiciado por lo inequívoco que se revelan en lo denun-

ciado y probado: unos tocamientos en zonas íntimas, humanamente reservados por el pudor y el recato, sobre persona que, fisiológicamente, no se halla con capacidad ninguna para decidir sobre su propio cuerpo.

II. El problema que se plantea en autos es la negada autoría de los hechos, mas ésta, en firme y plena convicción del Tribunal, viene avalada y absolutamente demostrada por el reconocimiento dubitado por el reconocimiento de la víctima de la persona del ofensor. Y no es un reconocimiento dudoso o vacilante, sino la atribución a un individuo tras cuatro días de ver pasar multitud de gente, que, casualmente, va montado en la misma bicicleta que el día de autos y tocado con el mismo sombrero y que, además, según él reconoce, pasó el día del excerable acto por el lugar y a la misma hora. Todo, pues, converge y no plantea a la Sala la más mínima duda sobre la autoría del acusado.

Por todo ello,

FALLO: Debemos condenar y condenamos al procesado D.N.C., en concepto de autor responsable de un delito de abusos deshonestos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión menor, con las accesorias legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio por igual tiempo 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.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: G. Vidal Andreu).

327

327. **SALUD PÚBLICA.** Presunción de inocencia. *Sentencia de 7 de Junio de 1986* (2ª).

I. ANTECEDENTES DE HECHO. 1º Son hechos que se declaran expresamente probados los siguientes: En fecha no determinada de principios de agosto de 1.979 dos personas ya enjuiciadas en la presente causa compraron, en Barcelona, a un individuo no identificado los productos conocidos con los nombres de L.S.D., Haschis, sustancias sometidas al control de estupefacientes y el día 8 de agosto de 1.981 se trasladaron, junto con el procesado M.N.G., a Palma en donde fueron detenidos, sobre las 13'30 horas, miembros de la Policía Judicial encontrando, en el bolsillo del pantalón del procesado, dieciocho dosis de L.S.D. 25 que su hermano, uno de los ya enjuiciados le había dado, envueltas en un

plástico, con el pretexto de que le guardara el paquetito mientras se cambiaba de pantalón. Se ignora si el procesado conocía el contenido del paquetito y si pensaba vender, caso de conocerlo, la sustancia.

2º El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado M.N.G. con la concurrencia de la circunstancia atenuante 3ª del artículo 9 del Código Penal, por lo que solicitó contra aquél la pena de sesis meses y un día de prisión menor y multa de 15.000 pesetas con responsabilidad subsidiaria, accesorias del artículo 47 y costas.

3º La defensa del procesado en igual trámite negó las correlativas del Ministerio Fiscal y solicitó la libre absolución de su patrocinado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1º El hecho, objetivo, de haberse hallado, por la policía, en el bolsillo del pantalón del procesado las dosis de L.S.D. 25 ya consignadas no ha sido suficiente para que esta Sala, en conciencia, pudiera estimar cometido por aquel el delito contra la salud pública que le imputa el Ministerio Fiscal, entre otras razones por las siguientes: A) El procesado dio, desde el primer momento, la misma versión de los hechos --la recogida en el primer antecedente fáctico--; B) Tal versión fue corroborada, íntegramente, por los otros dos procesados, ya enjuiciados, también desde el momento inicial de las investigaciones; C) Ello llevó, incluso, al instructor a poner en inmediata libertad al ahora enjuiciado mientras que para los otros dos ordenó su detención; D) El Instructor no lo procesó instantaneamente sino a raíz de la revocación del sumario realizada por la Audiencia a instancias del Ministerio Fiscal; E) Es muy significativo que los ya enjuiciados si reconocieron, en todo momento, su propia participación en los hechos y, en cambio, destacaron que Manuel Navarro Gil interviniera en los mismos. Todo ello analizado aislada y conjuntamente, y en unión del resto de lo actuado fuerza a la conclusión ya anunciada al no haberse destruido, en este caso, la presunción "iuris tantum" de inocencia que ampara al procesado en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española viniendo este, en todo caso, favoreciendo por el principio general de que la duda acerca de los hechos beneficía al reo habiéndose detallado en el relato fáctico dos dudas esencialísimas, a saber: si, en todo caso, M. sabía que lo entregado era L.S.D. y si sabía que iba a ser destinado a la venta.

2º La absolución del acusado obliga a declarar de oficio el tercio de las costas causadas, que con las que hubiera correspondido abonar de haber sido condenado.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca,

Ha decidido: 1º ABSOLVER al procesado M.N.G. del delito contra la salud pública del que venía acusado por el Ministerio Fiscal.

2º DECLARAR de oficio un tercio de las costas causadas.

3º APROBAR por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: A. F. Capó Delgado).

338

338. **PARRICIDIO.** Muerte de la esposa. Atenuante de transtorno mental transitorio incompleto. *Sentencia de 12 de Junio de 1986* (2ª).

I. ANTECEDENTES DE HECHO. 1º Se declara probado que R.R.S.S., de nacionalidad británica, mayor de edad, sin antecedentes penales, casado el día 24 de abril de 1.981 en Londres con L.R.S., con apellido de soltera P., aquél nacido en 1.931 y ésta en 1.952, con ocasión de regresar aquél a Palma de Mallorca el día 18 de agosto de 1.984, en donde convivía habitualmente con su esposa, tras haber pasado uno días en Londres junto con ella, la cual había regresado a su vez algunos días antes a Palma de Mallorca, y habiéndola llamado en las primeras horas de la mañana de dicho día, hacia las nueve horas, para comunicarle el retraso de su vuelo, y habiéndole preguntado por las razones de no haber cogido el teléfono en las dos ocasiones en que momentos antes había llamado, le dijo ésta que había pasado la noche con otro hombre y que cuando llegase a Palma le contaría más detalladamente lo ocurrido. Una vez en Palma de Mallorca, se encontró con que su esposa no había acudido al aeropuerto para recogerle, por lo que tras esperarla un buen rato optó por marchar al domicilio conyugal, en donde tampoco halló a su esposa, permaneciendo allí algunas horas esperándola, hasta que mediada la tarde visitó a un vecino suyo con el que guardaba buena amistad y visitó (luego) digo, también luego al dueño de la vivienda que ocupaba, con quien también mantenía amistad, contando a cada uno lo sucedido, expresándoles lo azaroso de la situación en que se hallaba, y llegando incluso a apuntar ideas de suicidio si se confirmaba lo que su esposa le había anunciado telefónicamente, y tras recibir los oportunos consejos tranquilizadores de sus amigos se marchó nuevamente hacia su casa con el objeto de continuar esperando a su esposa, la cual le llamó telefónicamente hacia las veintiuna horas indicándole que dentro de una hora aproximadamente iría a casa, diciéndole además entre otras cosas que había estado en compañía de su amigo con quien en aquellos momentos se hallaba cenando. Alrededor de la mencionada hora llegó la esposa al domicilio conyugal, la cual explicó lo que le había ocurrido y las relaciones que había venido manteniendo con ese otro hombre, proponiendo a su marido proseguir manteniendo relaciones a un tiempo con uno y otro, a lo que él se negó rogándole que en tal caso se marchase de casa. Así las cosas, y mientras ella tomaba un baño, salió él con el perro para pasearlo, y al regresar a casa y encontrase a su esposa desnuda le dijo ésta que reconocía lo alocado de su comportamiento y que pese a todo le seguía de algún modo queriendo, y él le respondió expresándole lo mucho que ella significaba para él, remarcándole que no podía vivir sin ella y que había estado y seguía estando dispuesto a quitarse la vida si ella le abandonaba. Como ella le observase que quienes suelen decir cosas así nunca las hacen, y como ella le propusiese entonces hacer con él el amor, advirtiéndole no obstante que para ella esto ya no significaba nada, se acentuó el estado de ánimo excitado en que ya se hallaba el esposo hasta el punto de alterarse parcialmente su conciencia y su voluntad, y en tal situación cogió un estilete o punzón que tenía en un cajón de la mesilla de noche y asestó con el mismo hasta catorce pinchazos en el tórax y a la altura del corazón del cuerpo de su esposa, lo que le ocasionó instantáneamente la muerte. Concretamente le produjo trece heridas incisopunzantes de unos ocho milímetros y una herida incisopunzante de unos trece milímetros, las cuales atravesaron distintas partes del corazón.

Después de esto se dirigió el esposo al cuarto de baño en donde con alguna cuchilla se hizo algunos cortes en las muñecas con el afán de quitarse la vida, no constando el número, entidad y período invertido en la curación de tales lesiones. Con todo, el esposo deambuló, producidas tales heridas en los brazos, por diversas dependencias de la casa y, tras tomarse algún producto tranquilizante, acabó tumbado en la puerta de acceso al dormitorio en donde yacía su esposa. Antes de realizar estos concretos hechos autolesivos escribió una nota en la que, además de hacer unas pocas previsiones sobre el destino de su perro y del dinero que poseía en una cuenta bancaria, pidió que le olvidaran y literalmente indicó: "os quiero a todos, pero la vida sin L. no tiene sentido", habiendo aparecido dicho papel en otro cuarto de la vivienda.

Alrededor de las quince horas del día siguiente, y como sea que el propietario de la vivienda antes mencionado, el cual era amigo del esposo, estuviese extrañado de que en dicha vivienda no hubiesen señales de vida, siendo así que los coches de los mismos estaban allí intactos, optó por comunicarlo al otro inquilino, igualmente conocedor de lo acaecido el día anterior, decidiendo éste entrar en tal vivienda saltando por su terraza, y tropezó con el cuerpo yacente del marido, al cual reanimó al notar que estaba caliente, diciéndole éste al despertar que L., su esposa, estaba muerta. Seguidamente se dieron los oportunos avisos encaminados a auxiliar al esposo.

Durante la jornada en la que acontecieron estos hechos el esposo Sr. S. experimentó una progresiva alteración psíquica, que fue poco a poco creciendo a medida que se sucedían los acontecimientos y transcurría el tiempo, deviniendo parcialmente alteradas su conciencia y voluntad, nunca absolutamente, a raíz de ocurrir los hechos inmediatamente anteriores a los apuñalamientos y mientras éstos eran propinados por el mismo, siendo (no obstante cons) digo, siempre, no obstante, consciente de lo que hacía y queriendo efectuar desde luego tales apuñalamientos, si bien esa conciencia y esa voluntad se hallaban en parte obnubiladas como consecuencia de todo cuanto había precedentemente ocurrido aquel día entre los esposos.

2º El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de parricidio del artículo 405 del Código Penal, del que reputó autor al procesado R.R.S.S., con la concurrencia de la circunstancia atenuante de estado pasional del artículo 9.8 del mencionado Código, y solicitó la imposición de la pena de veinte años y un día de reclusión mayor, accesorias, indemnización a los herederos legítimos de la fallecida en la cantidad de tres millones de pesetas, y costas.

3º La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de parricidio del precepto ya mencionado, del que conceptuó autor al procesado, con la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía del artículo 10.1 o, alternativamente, de la de abuso de superioridad del artículo 10.8, solicitando la imposición de la pena de treinta años de reclusión mayor, accesorias, e indemnización de veinticinco millones de pesetas a los herederos legítimos de la fallecida, y costas.

4º La defensa, en igual trámite, estimó igualmente existente un delito de parricidio, del que asimismo conceptuó autor al procesado, pero estimó concurrente la circunstancia eximente de transtorno mental transitorio del artículo 8.1, solicitando la absolución del acusado y la adopción de medidas establecidas en los párrafos 2 y 3 del mentado artículo 8.1. del Código Penal.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1º Para la fijación de los hechos declarados probados se ha atendido preferentemente a las manifestaciones del acusado, único protagonista superviviente de los hechos objeto de enjuiciamiento, aceptables como tales en una gran parte para la determinación de lo realmente acaecido el día a que tales hechos se refieren, sobre todo si se tienen presentes las declaraciones testificales de los dos amigos del acusado que el mismo día ya sabían lo que estaba ocurriendo en el seno del matrimonio formado por el acusado y su esposa muerta, relativas al estado de ánimo en que el esposo se hallaba en el momento de entrevistarse con el mismo y a lo que hasta ese momento había venido ocurriendo entre los esposos, las cuales vienen a confirmar lo dicho por el marido acusado. Si a todo esto se añaden los datos técnicos suministrados por los peritos intervinientes en el acto de la visa oral, tanto los relativos al modo concreto de acaecer la muerte de la esposa como los concernientes al estado psíquico que presentaba o podía presentar el esposo el día en que ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento, y sobre todo en el momento de producir la muerte de su esposa, valorables todos ellos discrecionalmente por el Tribunal, y si se conjugan todos estos elementos probatorios con los demás datos valorables que suministra el sumario, apreciándolos armónicamente y de un modo conjunto, se alcanza plena convicción judicial en la forma y con las circunstancias reflejadas al inicio de la presente resolución.

2º Jurídicamente son los hechos descritos constitutivos de un delito de parricidio definido en el artículo 405 del Código Penal, dada la relación matrimonial existente entre el acusado y la víctima de su agresión letal, no existiendo ninguna duda en torno a la realidad de tal hecho objetivamente considerando y su inserción en el ámbito de tal figura típica, y sin que quepa tampoco duda ninguna respecto a haber sido el acusado quien efectuó la muerte de su esposa con evidente intención de matarla, pues así se desprende con claridad de sus propias manifestaciones, de la situación y del estado en que uno y otra fueron hallados, y sobre todo del modo, situación y repetición de las puñaladas asestadas, lo que no es sino claro indicativo de ese propósito occisivo.

3º De tal hecho es jurídicamente responsable en concepto de autor el acusado R.R.S.S., de acuerdo con lo prevenido en el artículo 14.1 del Código Penal, al haber intervenido en la ejecución del hecho de un modo personal y directo, libre y voluntariamente.

4º Es cuestión cardinal la relativa a la determinación de la situación psíquica en que el acusado se hallaba al tiempo de matar a su esposa, en tanto que las consecuencias derivadas de una u otra apreciación tienen indudables y muy palpables reflejos en la penalidad imponible, oscilándose en el presente caso desde una postura que, como es la sostenida por la defensa, afirma que el acusado se hallaba absolutamente transtornado en el momento de apuñalar a su esposa, hasta el punto de hallarse completamente anuladas su conciencia y su voluntad, cosa que le eximiría de toda responsabilidad penal, sin perjuicio de la adopción de las oportunidades medidas sustitutivas nomativamente previstas al efecto, hasta la que ignora cualquier trascendencia jurídica a este estado anímico del procesado, cual es la posición mantenida por la acusación particular, pasándose por la orientación intermedia, propia del Ministerio Fiscal, según la cual el acusado se hallaría parcialmente afectado en su estado de anímico, pero sin dejar por este de ser plenamente consciente de la entidad y trascendencia de su proceder y queriendo libre y voluntariamente realizarlo, lo cual se traduciría en un supuesto de atenuación normal de la responsabilidad criminal, si bien dentro de los límites de la penalidad prefijada para todo delito de parricidio.

Es indiscutible que el estado mental del acusado no era completamente normal al tiempo de ocasionar la muerte de su esposa, sino que se hallaba de algún modo alterado tanto en el momento de apuñalarla como incluso con anterioridad, acentuándose su excitación

psíquica conforme iba transcurriendo el tiempo, a partir del instante en que telefónicamente le dijo ella que había estado con otro hombre, y progresivamente al ir comprobando que ni se había acercado ella al aeropuerto para esperarle ni tampoco estaba en casa esperándole ni había aparecido por dicha vivienda conyugal durante la tarde, todo lo cual había sido sin duda exasperando el estado anímico del acusado, máxime si se tiene presente la gran diferencia de existente entre las edades de uno y otra, unos veinte años aproximadamente, y el gran amor que sin duda sentía él por ella. A una conclusión así se llega además si se tiene presente: a) que los amigos mismos del acusado admitieron en todo momento que el matrimonio mantenía un comportamiento correcto, no conociéndose situación violenta o equívoca en su seno; b) que tales testigos apreciaron en el acusado, cuando se entrevistaron con el mismo durante la tarde del día en que acaeció la muerte de la esposa, una alteración psíquica notable, hasta el punto de haberle oído referirse a ideas suicidas si su mujer le abandonaba; c) que el informe de los médicos psiquiatras, expresivo de la evolución psíquica experimentada por el procesado durante el día en cuestión, se inclina en pro de una muy fuerte alteración psíquica, rayana en la inimputabilidad: d) que el esposo intentó suicidarse, desde luego con poco acierto, tras apuñalar repetidamente a su mujer.

De todos estos elementos valorativos no debe sino inferirse que efectivamente el acusado se hallaba en una situación psíquica fuertemente alterada, merced a la situación espiritualmente tensa que hubo de soportar durante todo el día, a raíz de conocer a primeras horas de la mañana que su esposa había estado con otro hombre, y hasta el momento en que a primeras horas de la noche de ese mismo día pudo entrar en conversación con su esposa y conocer exactamente el estado o la situación real en que se hallaba su matrimonio. Poco a poco, progresivamente, fue viviendo durante ese día situaciones psíquicas de muy diverso tinte, dominadas por los más variados sentimientos y afectadas en parte por su propia imaginación, todo lo cual fue predisponiendo su ánimo hacia soluciones drásticas y violentas, bien respecto de él mismo; y ese estado anímico excitado, parcialmente obnubilado u obcecado, desembocó, tras la fuerte conversación mantenida con su esposa, en una situación de claro arrebato, particularmente cualificado, muy similar a una situación de parcial o incompleto transtorno mental, que le llevó a apuñalar repetidamente a su esposa con ánimo indudable de matarla, como se infiere de la repetición de los apuñalamientos en la zona concreta del tórax en que se halla el corazón, y de matarse luego a sí mismo, cosa que intentó sin éxito.

El acusado era consciente; al menos en parte, de lo que estaba haciendo, de la misma manera que se había venido representando a lo largo del día la posibilidad de quitarse la vida a sí mismo y a su mujer si ésta le abandonaba, y quiso desde luego su muerte, al menos en parte. No es posible admitir una situación de completo transtorno mental transitorio, como causa de exención total de la responsabilidad criminal, en tanto por este Tribunal no se estima que la obnubilación fuese tan intensa como para dejar de saber y querer al menos parcialmente lo que hacía. Más razonable es entender existente un supuesto de transtorno mental transitorio incompleto o bien un estado de arrebato particularmente cualificado, equiparable al anterior, de acuerdo con lo sostenido en las sentencias de 25 de septiembre de 1981 y de 26 de enero de 1984 (es también especialmente interesante la de 23 de octubre de 1984). Supuestos de celos o de amores trastocados como el ahora enjuiciado no deben sino generar, supuesta la motivación ética de un proceder criminal, así, una atenuación cualificada o una exención incompleta de responsabilidad, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial mantenida en este punto (sentencias, por todas, de 14 de mayo, 11 de julio y 25 de septiembre de 1981, y 20 de mayo y 19 de diciembre de 1983), a menos que a otra conclusión llegue el Tribunal enjuiciador a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. En el presente supuesto ya ha quedado afirmado que la convicción de este Tribunal se inclina por una solución intermedia, acorde con la del Ministerio Fiscal, si bien

un poco más benigna o atemperada: conciencia y voluntad, en parte lúcidas, al tiempo de ocasionar la muerte de su mujer.

5º Se pretende por la acusación particular la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía del artículo 10.1 del Código Penal, a cuya pretensión no es posible acceder en el presente caso, no tanto porque se afirme que no concurra cuanto porque se entiende no aparecer probados los hechos determinantes de su apreciación. Efectivamente, es posible pensar, a la vista del modo en que fueron dadas las puñaladas a la víctima y atendiendo a que ésta se hallaba desnuda en la cama cuando fue hallada, que el procesado actuó alevosamente, sin dar opción defensiva a la agredida. Pero esto no supone sino admitir el juego de presunciones, dado que no es posible precisar que el acusado se condujese del modo caracterizador de un ataque alevoso. No se desconoce la compatibilidad de tal circunstancia agravante con la de la alteración psíquica padecida por el acusado, ni se rechaza de plano la posibilidad de que ese proceder alevoso hubiese sido una realidad, lo que se afirma es que no hay completa demostración de que el acusado procediese de esa manera, y ante la falta de prueba, y generándose una duda razonable en el Tribunal, la solución debe ser la más favorable para el reo, consistente en este caso en su no estimación.

6º La penalidad imponible, habida cuenta del juego que debe darse a lo prevenido en el artículo 66 del Código Penal, dada la estimación de una situación de incompleto transtorno mental transitorio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8.1 y 9.1 de dicho Código, ha de ser rebajada en el presente caso en un solo grado, enmarcándose dentro de la pena de reclusión menor la imponible por este Tribunal. A idéntica solución se llega estimando concurrente una situación de arrebato muy cualificada, del artículo 9.8 en relación con el 61.6, ambos del indicado Código, rebajando también en un grado la pena a imponer.

7º Los responsables criminalmente de un delito lo son también civilmente, viniendo obligados al pago de las costas causadas, por ser imperativo legal.

FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Ha decidido: CONDENAR a R.R.S.S. como autor responsable de un delito de parricidio, con la concurrencia de la circunstancia atnuante de transtorno mental transitorio incompleto, a la pena de QUINCE AÑOS DE RECLUSION MENOR, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, a que por vía de responsabilidad civil indemnice a los herederos legítimos de L.R.S. en la cantidad de cuatro millones de pesetas, y al pago de las costas causadas.

Le abonamos fpara el cumplimiento de la condena la totalidad del teimpo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa.

Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró solvente parcial a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

Dése a los instrumentos intervenidos (folio 10 vuelto) el destino legal.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. (Ponente: C. Climent Durán).

C. INDICE ANALITICO

Abandono de familia, 357.
Aborto, 271.
Abusos deshonestos, 304, 315.
Allanamiento de morada, 251.
Amenazas, 347.
  Condicionales, 379.
Apropiación indebida, 391, 403.

Calumnias, 254.
Contrabando, 373.

Desobediencia grave a los Agentes de la Autoridad, 276.

Estafa, 260, 331, 334.

Falsedad, 364.
  En Documento Mercantil, 302, 330, 366, 402.
  En Documento Oficial, 257, 344, 389, 418, 428

Homicidio, 246, 311.
Hurto, 322, 332, 371, 385.

Imprudencia
  Con resultado de lesiones leves, Falta, 290.
  Simple con infracción de reglamentos, 289.

Lesiones, 413.
  Graves, 261, 414.

Malversación de caudales públicos, 253, 324.

Parricidio, 338.

Receptación, 244, 245, 252, 258, 264, 266, 268, 283, 296, 354, 374, 376, 378, 392, 401, 420, 436.

Robo,
  Con fuerza en las cosas, 243, 256, 267, 269, 272, 275, 277, 286, 292, 297, 300, 303, 305, 307, 312, 313, 314, 316, 323, 328, 335, 336, 339, 343, 345, 348, 350, 355, 356, 358, 359, 361, 369, 372, 380, 382, 383, 386, 388, 398, 404, 415, 417, 419, 423, 425, 429, 431, 437, 439.
  Con intimidación, 242, 279, 281, 306, 325, 394, 412, 421.
  Con lesiones graves, 255.
  Con violencia, 247, 248, 249, 263, 264, 265, 273, 282, 285, 287, 294, 301, 351, 353, 362, 363, 368, 377, 381, 384, 390, 393, 395, 397, 408, 409, 411, 427, 430, 434, 435.
  Con violencia e intimidación, 278, 340, 342, 352, 424.

Salud Pública, 250 259, 274, 284, 291, 293, 295, 318, 319, 321, 326, 327, 337, 341, 349, 360, 367, 375, 387, 396, 400, 405, 406, 407, 410, 426, 432, 433, 438.

Tenencia ilícita de armas, 370, 422.

Utilización ilegítima de vehículo de motor, 280, 288, 299, 308, 309, 310, 317, 346, 399.

Violación, 270, 298, 320, 329, 333, 416.

PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO
Universidad de las Islas Baleares

COLECCION ESTADO Y DERECHO

1.- Robles Morchón, G.,
Las reglas del derecho y las reglas de los juegos,
Palma de Mallorca 1984.

2.- Oliver Araujo, J.,
El recurso de amparo,
Palma de Mallorca 1986.

SERIE ENSAYOS

1.- Losano, M.G.,
Introducción a la Informática jurídica,
Palma de Mallorca 1982.

2.- García Fernández, M.,
La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador,
Palma de Mallorca 1983.

3.- Tapia Fernández, I.,
Las condenas no pecuniarias (Sentencias de dar, hacer o no hacer),
Palma de Mallorca 1984.

4.- Urbina Tortella, S.,
Etica y Política en Luis Jiménez de Asua,
Palma de Mallorca 1984.

5.- García Fernández, M.,
La formación del derecho del trabajo,
Palma de Mallorca 1984.

6.- Díaz Lema, J.M.,
Sector energético: Política y Derecho,
Palma de Mallorca 1984.

7.- Piña Homs, R.,
Alfonso el Sabio y Ramón Llull (Su concepción de la justicia y del orden social)
Palma de Mallorca 1984.

8.- Cavanillas Múgica, S.,
Responsabilidad civil y protección del consumidor,
Palma de Mallorca 1985.

9.- Varios,
Drogas: Aspectos jurídicos y médico legales
Palma de Mallorca 1986.

CAJA DE BALEARES
"SA NOSTRA"