

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

# I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

## A. INDICE CRONOLOGICO

62. **Framacias.** Licencia de apertura. Competencia de la Sala. Concepto de nucleo de población. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1983.*
63. **Licencia de obras. Técnicos competentes.** Construcción de un almacén agrícola. Obras mayores. *Sentencia de 14 de Septiembre de 1983.*
64. **Impuesto municipal sobre solares.** Hecho imponible: existencia de solares sin edificar: absoluta irrelevancia de la intención del adquirente. Ambito de aplicación de la exención a terrenos complementarios no edificables. *Sentencia de 15 de Septiembre de 1983.*
65. **Planeamiento urbanístico.** Ciudades de Vacaciones. Vigencia del Plan Provincial de Ordenación de Baleares. Naturaleza jurídica de los planes urbanísticos. *Sentencia de 19 de Septiembre de 1983.*
66. **Funcionarios.** Administración Local. Jubilación. Derecho de opción en relación a la cotización mas favorable a la Seguridad Social. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1983.*
67. **Licencia de obras.** El peticionario de la licencia no ha de acreditar la cualidad de propietario. Orden de demolición. Fraude a la ley. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983.*
68. **Señales de seguridad.** Ferrocarril. Mantenimiento de las señales a cargo de la denunciante del peligro. Interés general. Principios Ge-

---

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada, con la colaboración de L. J. Segura Ginard, por los Profs. B. Colom Pastor y M<sup>a</sup>. L. Ramis Rebassa en lo que se refiere a las sentencias en materia administrativa, por el Prof. F. Medina Roses en lo que se refiere a las sentencias en materia de Derecho financiero y tributario, y por el Prof. M. García Fernández en lo que se refiere a las sentencias relativas a Derecho laboral.

nerales del Derecho. El Municipio ha de sufragar el mantenimiento. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1983.*

69. **Impuesto sobre la renta de las personas físicas.** Concepto positivo de rendimiento puro del trabajo. Concepto doctrinal y positivo de rentas irregulares: no lo son los rendimientos obtenidos por un piloto de aviación. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1983.*
70. **Elecciones locales.** Validez de los actos del Alcalde electo antes del juramento o promesa de los cargos. *Sentencia de 30 de Septiembre de 1983.*
71. **Plan parcial.** Aprobación definitiva. Recurso de Alzada. **Notificaciones defectuosas.** Cómputo de los plazos. *Sentencia de 4 de Octubre de 1983.*
72. **Tasa municipal de licencia de obras.** Bonificación aplicable a construcciones con finalidad social: requisitos de aplicación: invocación por parte del sujeto pasivo antes de la liquidación definitiva. No es aplicable "ope legis". *Sentencia de 7 de Octubre de 1983.*
73. **Licencia apertura vial.** Nucleo de población. Doctrina general sobre divisiones de fincas. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983.*
74. **Contribuciones especiales.** Alumbrado público. **Naturaleza revisora** de la Jurisdicción contencioso-administrativa: no supone inadmisibilidad de aducir nuevos fundamentos y plantear nuevas pruebas. Congruencia de la Sentencia: principio de rogación: no procede otorgar más de lo pedido. *Sentencia de 14 de Octubre de 1983.*
75. **Suspensión acuerdos municipales.** Infracción urbanística. Competencia del Consell Insular. Plazo para trasladar el acuerdo suspensivo a la Jurisdicción. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983.*
76. **Impuesto general sobre el tráfico de las empresas.** Especificación del hecho imponible: calificación de la actividad de "discoteca" a efectos del impuesto. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983.*
77. **Aguas.** Autorización explotación pozo. Denegación. La prohibición del Artículo 24 de la Ley de Aguas constituye condición "sine qua non" para su otorgamiento sobre todo despues del Decreto 3382/73 de 21 de Diciembre sobre alumbramiento de Aguas en las

Baleares. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983.*

78. **Propiedad industrial.** Identidad y semejanza de marcas. En caso de identidad es inoperante la autorización del propietario de la marca primeramente inscrita. No rompe la identidad añadir las siglas S.L. *Sentencia de 28 de Octubre de 1983.*
79. **Licencia apertura vial.** Parcelaciones rústicas. Doctrina general sobre divisiones de fincas. Nucleo de población. Estimación del recurso. *Sentencia de 29 de Octubre de 1983.*
80. **Sanciones laborales.** Competencia de la autoridad laboral para sancionar infracciones de este tipo. Competencia concurrente de la autoridad aeronáutica. No rige la Ordenanza laboral para el personal de vuelo "Charter", sustitución por Convenio Colectivo. Facultad del Tribunal para rebajar la multa. Principio de proporcionalidad. *Sentencia de 31 de Octubre de 1983.*
81. **Funcionarios.** Cuerpo Técnico Señales Marítimas. Retribuciones complementarias. Indemnización por vivienda a suplentes. Principio de Igualdad ante la Ley. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1983.*
82. **Responsabilidad de la administración.** Prescripción de la acción. Cuestión de fondo, no de inadmisibilidad. Daños permanentes y continuados. Día inicial del plazo. Doctrina general de la responsabilidad de la Administración. Daños y perjuicios: Formas de pedirlos. Estimación del recurso. *Sentencia de 7 de Noviembre de 1983.*
83. **Insalud.** Medico con la especialidad obtenida en la Escuela Nacional de Enfermedades del Torax. Denegación Diploma por el Insalud con base a la Resolución de la Dirección General de 13 de Mayo de 1982. Admisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo. Insalud es una Entidad de Derecho Público, no organismo autónomo. Infracción de normas de rango superior. Irretroactividad. Principio de igualdad. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983.*
84. **Licencia de obras.** Prorrogas. Doctrina general sobre la caducidad temporal. No cabe prorroga si la Licencia infringe la normativa urbanística, sin perjuicio de la indemnización. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983.*
85. **Suspensión de acuerdos municipales.** El principio de autonomía

municipal no impide la suspensión cuando el acto afecta a competencias estatales o invade competencias ajenas. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983.*

86. **Urbanismo.** Ruina. Ruina económica y ruina técnica. Evolución jurisprudencial en torno a ésta. Preferencia del mayor número de peritos y de los informes municipales. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983.*
87. **Actividades molestas, insalubres y peligrosas.** Licencia de traslado, instalación y funcionamiento de Industria. Vicios de procedimiento. Sólo producen nulidad si causan indefensión. No cabe invocarlos en segunda fase, si el acto es conforme al dictamen de la Comisión Provincial. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983.*
88. **Urbanismo.** Declaración de ruina. Preferencia al peritaje municipal y al mayor número de dictámenes. Valor de la suspensión de los Artículos 12 al 17 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Inclusión reparaciones salubridad y habitabilidad. No es relevante el abandono en que tenía la finca el propietario. Valoración del edificio. *Sentencia de 22 de Noviembre de 1983.*
89. **Regularización fiscal voluntaria.** Ley de medidas urgentes de Reforma Fiscal: exención de impuestos directos e indirectos a las empresas regularizadas: Impuesto sobre la Rentas de Capital. Naturaleza del artículo 31 de la LMURF: "cierto carácter sinalagmático". Inconstitucionalidad de normas limitadoras de la exención: Principio de jerarquía de normas. Interpretación de normas tributarias. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983\*.*
90. **Administración laboral.** Fondo de Garantía Salarial. Exclusión representantes de comercio. Principio de igualdad ante la Ley. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983.*
91. **Sanciones.** Infracción Laboral. Valor de las actas Inspección de Trabajo. Requisitos de estas actas. Presunciones. Presunción de inocencia. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983.*
92. **Contribuciones especiales.** Obras de encintado de aceras y pavimentación de calles; base imponible: inclusión del valor de los terrenos. Anterior afectación de los terrenos al uso público: carga de la prueba a la parte que invoque tal afectación. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983.*

93. **Domino público.** Construcciones en terrenos zona marítimo-terrestre. Necesidad Licencia Municipal. Informe Ayuntamiento previsto en la Ley de Costas, no es vinculante ni para éste ni para la Administración Central. Terrenos excluidos Plan de Ordenación. Sumisión a normas de Plan General de Ordenación y Desarrollo del Puerto de Palma. *Sentencia de 26 de Noviembre de 1983.*
94. **Licencia fiscal de actividades comerciales e industriales.** Explotación de salas de bingo: sujeto pasivo: empresa explotadora y no la entidad autorizada. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1983.*
95. **Solicitud demolición edificio.** Naturaleza revisora. Omisión presupuesto procesal de recurso previo de Reposición. Inadmisibilidad del recurso. Las facultades del Gobernador Civil no son discrecionales sometimiento a las circunstancias que la L.A.U. indica. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1983.*
96. **Licencia de obras.** Denegación. Licencia de apertura y funcionamiento "Karting" y Bar. Denegación. Usos contrarios Plan Parcial. Silencio Positivo en materia de obras y actividades. El pago de impuestos o existencia de permisos de la Administración Central no sustituyen a las potestades administrativas municipales. No es necesario pedir previamente en vía administrativa daños y perjuicios. No concesión indemnización si la actividad se inicia sin Licencia. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1983\*.*
97. **Obras ilegales infringiendo la licencia otorgada.** Demolición. Medidas protección de la legalidad urbanística. Doctrina general. Prescripción. La potestad de demolición caduca con el transcurso del tiempo señalado en la L. S. Inactividad de la Administración. La demolición es medida extrema. Principio de proporcionalidad de la sanción. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1983\*.*
98. **Licencia.** Legalización explotación de Canteras y otras instalaciones industriales. Inadmisibilidad parcial del recurso. Ausencia de procedimiento administrativo. Imposibilidad de la vía jurisdiccional. La autoridad municipal no puede decidir por concurrencia de competencias. Necesidad Licencia Municipal. El pago de impuestos o la existencia de otras Licencias no suplen o sustituyen la municipal. Medidas correctoras en base a las ofrecidas al pedir Licencia. *Sentencia de 7 de Diciembre de 1983.*

99. **Sanciones.** Juegos de bingo. Principio de legalidad (Art. 25 de la Constitución). Obligación de Jueces y Tribunales de interpretar la Constitución. Infracciones y sanciones deben ser determinadas por normas con rango de Ley formal. Es correcto que la Ley permita a disposiciones de rango inferior la determinación concreta del precepto sancionador. Reglamento invade materias reservadas a la Ley. Potestad discrecional. Principio de tipicidad. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983.*
100. **Licencia apertura vial.** Parcelación rústica. Doctrina general sobre divisiones de fincas rústicas. Núcleo urbano. Cumplimiento de la legislación agraria. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983\*.*
101. **Suspensión obras sin licencia.** Acuerdo de demolición incumplido. La ejecución de las propias determinaciones es tarea insoslayable de las Corporaciones. Artículo 184 de la L.S. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*
102. **Plan parcial.** Aprobación inicial de planes. No procede si el proyecto vulnera previsiones del Plan General Municipal. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983.*
103. **Impuesto municipal incremento del valor de los terrenos.** Anulación de la liquidación por falta de notificación al transmitente. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*
104. **Licencia apertura vial.** Parcelación rústica. Doctrina general sobre división de fincas rústicas. Núcleo de Población. Doctrina general sobre aplicación de la legislación agraria. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983.*
105. **Funcionarios.** Administración Local. Funcionarios de empleo. Requisitos para su nombramiento. Cese al producirse la renovación de la Corporación. Derecho a daños y perjuicios si se les cesa anteriormente. *Sentencia de 20 de Diciembre de 1983.*
106. **Licencia de obras.** Cesación de efectos de Licencias. Nulidad por no seguir tramites de la L.S. en relación con los Artículos 109 y 110 de la L.P.A. Responsabilidad de la Administración. No procede la indemnización si ni se prueban perjuicios en relación causal con el acto impugnado. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1983.*
107. **Domino público.** Inadmisibilidad del recurso. Las cuestiones sobre

declaración de dominio son competencia de la Jurisdicción Ordinaria. *Sentencia de 23 de Diciembre de 1983.*

108. **Concesiones.** Concesión y autorización reglamentada de servicios privados de interés público. Diferencias. Desafectación. *Sentencia de 28 de Diciembre de 1983.*
109. **Urbanismo.** Denegación legalización obras de higiene, ornato y conservación en inmueble fuera de ordenación. *Sentencia de 28 de Diciembre de 1983.*
110. **Funcionarios.** Administración Local. Responsabilidad del funcionario. No cabe retener dos tercios del salario por suspensión provisional, hasta la resolución definitiva. *Sentencia de 28 de Diciembre de 1983.*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 89

**89. REGULACION FISCAL VOLUNTARIA.** Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal: exención de impuestos directos e indirectos a las empresas regularizadas: Impuesto sobre la Renta de Capital. Naturaleza del artículo 31 de la LMURF: “cierto carácter sinalagmático”. Inconstitucionalidad de normas limitadoras de la exención: Principio de jerarquía de normas. Interpretación de normas tributarias. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por F. I. P. A., S.A. contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares que le desestimó reclamación contra liquidación del impuesto sobre las rentas del capital, ejercicio 1973, conviene para una mejor comprensión de los razonamientos que sigan, precisar los siguientes hechos que resultan del expediente, han sido aceptados por las partes o probados en proceso jurisdiccional: primero; que a la Sociedad recurrente le fué asignada por la Junta de Evaluación Global del Impuesto Industrial-Cuota de Beneficios para el ejercicio de 1973 la cantidad de 1.850.000 pesetas, reducidas a 1.300.000 por Acuerdo del Jurado Territorial Tributario de fecha 27 de Septiembre de 1976; evaluación que dió lugar a que se le notificara en 2 de Febrero de 1979 por el Jurado Territorial Tributario, dicha cantidad, como rendimiento de estimación por Jurados a efectos del Impuesto sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, acordado el día 29 de Enero anterior (certificaciones a los folios 64 y 70 de los autos); segundo; que la dicha entidad demandante presento el balance correspondiente al ejercicio de 1977, regularizado al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 50/1977 de 14 de Noviembre, sin que conste que dicha regularización fuera comprobada por la Inspección con anterioridad al 31 de Diciembre de 1980 (folio 74 idem); tercero: que con fecha 29 de Julio de 1980, le fué notificada liquidación definitiva del Impuesto sobre las Rentas del Capital, ejercicio 1973, originada en virtud de acta de Inspección que proponía liquidación por aplicación del artículo 15 del texto Refundido de la Ley del impuesto, por un importe de 193.050, cuya liquidación definitiva fue objeto de reclamación en vía administrativa que terminó con el acuerdo impugnado ante esta Sala (último folio del expediente administrativo).

CONSIDERANDO: Que contra la validez de tal liquidación y del acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo que la confirmó, se esgrimen por el recurrente en su demanda, tres argumentos o motivos diferentes: a) la no exigibilidad del impuesto sobre las rentas del capital, por la presunción establecida en el artículo 15 de su Texto Refundido, por haber sido éste derogado en virtud de la Ley de 8 de Septiembre de 1978; b) que dicho

impuesto había prescrito de acuerdo con el artículo 36, apartado 3° de dicho Texto Refundido y artículos 64 y 65 de la Ley General Tributaria; y c) que la sociedad recurrente se acogió a la regularización de la Ley 50/1977 de 14 de Noviembre, en virtud de la cual quedaba exenta de dicho impuesto.

**CONSIDERANDO:** Que para rechazar el primer motivo basado en la disposición final 2ª de la Ley 44/78 de 8 de Septiembre sobre normas reguladoras del impuesto sobre la renta de las personas físicas, no es necesario argumentar mucho, puesto que aunque dicha disposición deroga a partir de 1º de Enero de 1979 todas las normas legales y reglamentarias que regulan determinados impuestos, entre los cuales se cuenta el de rentas del capital (Disposición Transitoria 1ª. 1. a)), esta derogación de leyes y supresión de los impuestos que regulan, solo tiene efectos a partir de la fecha expresamente señalada en las Disposiciones que suprimen y derogan, pero no alcanza a las relaciones jurídico-tributarias anteriores a su promulgación, como es la que nos ocupa, referente al ejercicio fiscal de 1973, puesto que “la derogación sólo tendrá el alcance que expresamente se disponga” y “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario” (artículo 2. 2 y 3 del Código Civil).

**CONSIDERANDO:** Que igual facilidad se encuentra para rechazar el segundo motivo —el de prescripción— ya que, si bien la cuantía de la base imponible del impuesto cuya liquidación se impugna, se determinó por el Jurado Tributario, en virtud de presunción basada en la fijada para el Impuesto sobre Sociedades por lo que hay que estimar que el impuesto se devengó el día en que se consideró legalmente aprobado el balance del ejercicio a que correspondan los beneficios, a tenor de lo establecido en el artículo 36.3 del Texto Refundido de la Ley de este impuesto (Decreto 3.357/67 de 23 de Diciembre), en relación con los artículos 14 y 16 del mismo, el plazo de cinco años que determina el artículo 64 de la Ley General Tributaria (230/1963 de 28 de Diciembre), se interrumpió por la propia recurrente al presentar el balance correspondiente al ejercicio de 1977, con el fin de regularizar su situación fiscal al amparo del artículo 31 de la Ley 50/77 de 14 de Noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, lo que tuvo necesariamente que realizar antes del 30 de Junio de 1978, plazo máximo otorgado por el párrafo primero del citado artículo, pues esta actuación del sujeto pasivo, ha de ser comprendida en la letra c) del artículo 66.1 de la citada Ley General Tributaria, en cuanto iba encaminada a la liquidación de su deuda fiscal.

**CONSIDERANDO:** Que, sin embargo, no ocurre lo mismo con el tercer motivo de impugnación esgrimido por el recurrente y basado en la exención a la que se acogió al amparo del artículo 31 de la citada Ley 50/77, pues es evidente que el impuesto sobre rentas del capital de los ejercicios fiscales anteriores a 1977, está comprendido en el párrafo último de dicho artículo al decir que “la exención a que se refiere este artículo comprenderá todos los impuestos directos e indirectos cuyo ingreso en Hacienda fuera debido por la empresa que regularice su balance”; expresión que, por su claridad, no admite otra interpretación que la que le ha dado la demandante, pues no sólo es éste el sentido literal de las palabras, sino que también responde a la teleología de la norma de conseguir la regularización fiscal, con datos verdaderos, de las Empresas y Sociedades, respecto a las cuales el legislador era consciente de que defraudaban al Fisco con datos y balances ficticios.

**CONSIDERANDO:** Que no cabe, de ningún modo sustraer —como pretende la Administración— el ejercicio de 1973 de las rentas del capital de una determinada Sociedad, de la exención legal, en base a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 6º de la Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de Enero de 1978, respecto a la cual aparece claramente su inconstitucionalidad con la consiguiente inaplicabilidad por los Tribunales obligados a interpretar la Constitución para declarar derogadas o no aplicar las normas anteriores que se le opongan, puesto que la dicha Orden, al excluir de la exención determinados impuestos pendientes de liquidación por razón de estimaciones objetivas correspondientes al ejercicio de 1976 o anteriores, pugna abiertamente con el contenido del precepto legal citado en el anterior considerando, infringiendo así claramente el principio de jerarquía de las normas establecido en el artículo 9 de la Constitución e infringiendo también, al derogar tácitamente un precepto de rango superior, como una Ley, el artículo 2.2

del Código Civil, ya que como claramente ha expresado la Instrucción de la Sub-Secretaría de Hacienda de 2 de Septiembre de 1982, de conformidad con dictamen del Consejo de Estado, la exención del artículo 31 de la Ley 50/77 no admite ninguna limitación, pues para una debida interpretación del precepto ha de tenerse en cuenta que en el mismo subyace “un cierto caracter sinalagmático, muy distinto de la imperatividad habitual de la relación tributaria, el cual se estima fundamental a efectos interpretativos, ya que las normas fiscales, de acuerdo con la Ley que rige en la materia, han de interpretarse con arreglo a los criterios admitidos en Derecho y en este sentido no parece aceptable que se pueda perjudicar a quien amparado en la literalidad de la Ley, se entregó a la Administración Fiscal, descubriendo la realidad de su situación tributaria y quedó, por este solo hecho, a la merced de aquélla”; razones, por las que, sin duda, la Orden de 2 de Septiembre de 1982 sobre comprobación de operaciones de regularización, entiende aprobadas por la Administración las efectuadas al amparo de la Ley 50/77 “cuando la Inspección no haya comprobado dichas operaciones con anterioridad al 31 de Diciembre de 1980”, que es precisamente el caso de la Sociedad actora, como aparece en el primer considerando.

**CONSIDERANDO:** Que aunque, ya parezca innecesario, queremos añadir que aun cuando se estimara la validez de la Orden de 14 de Enero de 1978, sustentadora de la tesis de la Administración demandada, resultaría que su precepto de exclusión de la exención, no atañe al impuesto sobre las rentas del capital, pues el citado párrafo quinto de su artículo 6º se refiere a “cuotas pendientes de liquidación por razón de estimaciones objetivas”, por lo que si bien podría aplicarse a aquellos impuestos que —como el de sociedades— admiten la estimación directa, la objetiva y la subsidiaria de Jurados, no sería en ningún caso de aplicación a aquellos otros que, como el de las rentas del capital, no admiten mas estimación de la base imponible que la directa, constituida por el reflejo contable de dividendos, acciones con cargo a reservas, utilidades, beneficios, asignaciones y participaciones, aunque se utilice la presunción “iuris tantum”, a falta de tal reflejo contable, para la atribución de las bases imponibles en la cuantía que determinen los Jurados Tributarios (artículos 13 y 14 del citado Texto Refundido promulgado por Decreto 3.357/67); lo que es muy distinto de las estimaciones objetivas a que se refiere la discutida Orden Ministerial, y ello aunque, entre las presunciones, se utilicen los tantos por ciento de la estimación directa u objetiva de otro impuesto como el de sociedades, que es, precisamente, lo que ha realizado la Administración gestora del impuesto, al aplicar el artículo 15 del citado Texto Refundido en la liquidación impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que no existen méritos para hacer declaración expresa sobre las costas causadas.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso interpuesto por F. I. P. A., S.A. contra acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de Baleares de 25 de Junio de 1982, que le confirmó liquidación practicada por la Dependencia de Relaciones con los Contribuyentes, por el concepto de rentas del capital, ejercicio 1973, debemos declarar y declaramos tales actos administrativos contrarios al Ordenamiento Jurídico y en consecuencia los anulamos, declarando la exención de la Sociedad demandante del pago de tal impuesto en dicho ejercicio. (Ponente: Ignacio Infante Merlo).

funcionamiento “Karting” y Bar. Denegación. Usos contrarios Plan Parcial. Silencio Positivo en materia de obras y actividades. El pago de impuestos o existencia de permisos de la Administración Central no sustituyen a las potestades administrativas municipales. No es necesario pedir previamente en vía administrativa daños y perjuicios. No concesión indemnización si la actividad se inicia sin Licencia. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, en sesión celebrada el 29 de Enero de 1981, acordó “denegar la licencia solicitada por D. J. A. S. para proceder a la construcción de una pista de Karting y dependencias auxiliares en un solar sito en el enlace de la Autopista con Carretera Arenal en Can Pastilla”, acuerdo que, pese a haber sido notificado, con el ofrecimiento de los correspondientes recursos, fue consentido por el interesado (folios 119, 159, 160 y 163 de los autos).

**CONSIDERANDO:** Que por Decreto de la Alcaldía del mismo Ayuntamiento de 19 de Octubre de 1981 se resuelve “denegar la petición realizada por D. J. A. S. consistente en que se le otorgue licencia para la apertura y funcionamiento de unas pistas de Karting y bar en el enlace de la Autopista a la carretera del Arenal Can Pastilla”, el cual, pese a haber sido notificado en forma, no fue recurrido (folios 20 del expediente y 159, 160 y 163 de los autos).

**CONSIDERANDO:** Que ambas resoluciones se basan en que ni el proyecto ni la actividad se ajustan a los usos previstos en la Ordenación Especial de la Manzana de Servicios del Plan Parcial de la Playa de Palma, aprobado definitivamente por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el día 20 de Abril de 1977.

**CONSIDERANDO:** Que la Alcaldía, en virtud de Decreto 1.608 de 13 de Mayo de 1982, ordena al hoy recurrente “que cese en la actividad que desarrolla y, consecuentemente, la clausura de la misma, pistas de Karting y Bar ubicada en el enlace de la Autopista a la carretera del Arenal (Can Pastilla, Ses Fontanelles), a partir del recibo de la presente resolución, por cuanto funciona sin la correspondiente licencia municipal por haber sido ésta denegada mediante Decreto número 3.589 de fecha 19 de Octubre de 1981”.

**CONSIDERANDO:** Que contra este último Decreto se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

**CONSIDERANDO:** Que la oposición al Decreto referido se basa en que las licencias han de entenderse otorgadas por silencio administrativo positivo; pero en manera alguna puede ser aceptada esta alegación, pues para que entre en juego esta figura, regulada en el artículo 9.1, apartado 7º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de Junio de 1955, y aplicable a todos los supuestos de solicitud de licencia para la realización de cualesquiera de los actos a que se refiere el artículo 178.1 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se requiere el estricto cumplimiento de los requisitos formales previstos por aquel precepto reglamentario, que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 1973, hay que observar con gran detenimiento y escrúpulo, ya que confieren unos derechos que sólo a cambio del cumplimiento exacto y preciso de las formalidades legales pueden reconocerse a los administrados, y que son las siguientes: 1ª) Solicitud de la licencia y presentación con ella del pertinente proyecto técnico; 2ª) El transcurso de dos meses a contar de la fecha en que la solicitud hubiera ingresado en el Registro General; 3ª) Acudir, insistiendo en la petición, a

la Comisión Provincial de Urbanismo y que transcurra un nuevo plazo, en este caso de un mes; y 4<sup>a</sup>) La inactividad de la Administración, Ayuntamiento y, por subrogación, la citada Comisión, concretada en la falta de notificación al interesado de acuerdo expreso; y, por lo que respecta a la licencia de apertura, y dado el carácter de actividad cualificada que corresponde a la de autos, que hace inaplicable lo dispuesto en el referido artículo 9 del Reglamento de Servicios, es operativo el 33.4 del de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de Noviembre de 1961, que exige un plazo de cuatro meses desde que la solicitud se produzca y la de otros dos contados desde el día en que se denuncie la mora a la Administración una vez transcurrido aquél, porque, en contra de la interpretación que de tal precepto hace el recurrente, el término "podrá", que pudiera parecer potestativo en cuanto a dicha denuncia se refiere, resulta enteramente obligatorio para producir la consecuencia del también "poder" considerar otorgada la licencia, de forma que sin utilizar la posibilidad primera no hay término hábil para llegar a la segunda (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1971, 23 de Diciembre de 1980 y 7 de Abril de 1982); por otra parte, si bien es cierto que una primera tendencia jurisprudencial establecía que el silencio positivo sustituye el acto expreso a todos los efectos, pues, aun reconociendo los perjuicios que puede irrogar a la Administración, opera ope legis y tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza, independientemente de si lo pedido es o no viable, pues si no lo es la Corporación pudo y debió resolver expresamente antes del cumplimiento del plazo que lo configura, porque transcurrido éste sólo le queda el instrumento de la lesividad, pero lo que en modo alguno puede hacer es dictar otro acto con olvido del anterior que engendrará derechos subjetivos, pues de admitirse así se conculcaría el principio de que la Administración autora de algún acto engendrador de derechos no puede revocarlo de oficio, sino a través de la lesividad, principio programático de ineludible observancia (sentencia de 20 de Mayo de 1966, confirmando la doctrina de otras anteriores), una segunda corriente (sentencia de 9 de Diciembre de 1964 y 18 de Marzo de 1970) afirma que el silencio positivo suplir el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la Ley, pues así como esta figura ficta no es una comodidad de la Administración sino una garantía para los particulares, no puede admitirse que prospere cuando lo que resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a la Ley, y aun otras sentencias (2 de Abril de 1975 y 22 de Diciembre de 1978) siguen la línea de que con el silencio positivo puede ganarse la autorización o aprobación solicitadas en los términos del proyecto presentado, a menos que esas autorización o aprobación presuntas sean nulas de pleno derecho, porque no cabe lograr por una vía subsidiaria y supletoria de la actividad administrativa lo que ésta no habría podido otorgar nunca o sería radicalmente nulo si lo hubiera concedido; y el artículo 178.3 de la Ley del Suelo, al decir que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los Planes, Proyectos, Programas y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, ha optado por la segunda de las soluciones, dando, pues, prioridad a la defensa de la legalidad sobre las conveniencias del tráfico jurídico; y contra la afirmación de las resoluciones citadas en el sentido de que las obras y actividades contenido de las licencias pretendidas conculcan la normativa prevista en el Plan Urbanístico que rige en la zona, no se ha producido la más mínima prueba, por lo que, por aplicación del principio del favor actis o de presunción de legalidad de los actos administrativos, ha de estimarse que, en efecto, los permisos solicitados no pueden ser otorgados por contravenir el planeamiento vigente.

**CONSIDERANDO:** Que, como inexorable consecuencia de lo anteriormente expuesto, resulta obligado concluir que las obras realizadas y la actividad del establecimiento carecen de la oportuna cobertura legal y, por ende, que el Decreto recurrido se ajusta a Derecho.

**CONSIDERANDO:** Que en manera alguna obsta a la legalidad del acuerdo impugnado el hecho de que el recurrente viniera satisfaciendo determinados impuestos municipales o hubiera obtenido otros permisos de la Administración Central, pues, como constantemente ha declarado el Tribunal Supremo, el pago de estos impuestos no significa ni que la licencia esté concedida ni que por ello deba concederse, pues aquellos gravan la realización del hecho de la actividad con independencia de su legalidad o ilegalidad, sin prejuzgar su concesión ni vincular al Ayuntamiento para que se otorgue (sentencias, entre otras

muchas, de 7 de Abril y 22 de Septiembre de 1982), y la autorización y los actos de la Administración Central no prejuzgan, sustituyen ni enervan las potestades administrativas municipales, pues se trata de supuestos en los que se produce una superposición de competencias, o de competencias concurrentes o compartidas, lo que hace que la definitiva autorización revista la naturaleza de acto complejo o, mejor aún, de acto múltiple, no pudiendo considerarse lograda aquélla sino hasta que concurren todas las que individualmente tengan que obtenerse (sentencia de 22 de Enero del mismo año).

**CONSIDERANDO:** Que ante la petición de que los daños y perjuicios ocasionados al actor con motivo de la clausura del establecimiento, que se formula en la demanda, opone la defensa del Ayuntamiento la imposibilidad legal de dicha solicitud con base en que no se hizo previamente en vía administrativa; pero para rechazar esta objeción basta decir que si bien la Ley de Régimen Local y el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en sus artículos 411 y 381, respectivamente, imponen la reclamación previa en la vía gubernativa, y en igual sentido se pronuncia la Ley de Expropiación Forzosa, aplicable a todas las Administraciones Públicas, en su artículo 122, posteriormente fue acogida la tesis (sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 26 de Marzo de 1973 y 7 de Febrero de 1981) de que la promulgación de la Ley de la Jurisdicción ha modificado esta normativa, porque sus artículos 42 y 84 c) hacen viable siempre en el proceso la petición indemnizatoria sin necesidad de esa previa reclamación, por tratarse de un elemento constitutivo de la especie concreta de pretensión tendente a obtener, como secuela del acto impugnado, el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, tesis que, por otra parte, ya es plenamente acogida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que convierte la antigua necesidad de reclamación previa en una simple facultad de opción del administrado, que puede acudir directamente a la vía jurisdiccional.

**CONSIDERANDO:** Que, no obstante, la referida petición no puede ser acogida, pues no es posible, jurídicamente hablando, otorgar el derecho a una indemnización sin responsabilidad de la entidad a quien se reclama, y ésta no ha procedido a revocar una licencia en virtud de la adopción de nuevos criterios o por error en su otorgamiento, supuestos a los que se refiere el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, y que no concurren en el caso de autos, en el que si bien es verdad que el recurrente ha tenido perjuicios como consecuencia del cierre del establecimiento, su existencia obedece a su propia culpa, ya que no debió iniciar su actividad sin contar previamente con la oportuna licencia (sentencia de 23 de Diciembre de 1980); es decir, es premisa del derecho a indemnización en los supuestos de clausura de establecimientos el haber obtenido la debida autorización de la autoridad municipal para el ejercicio de la actividad de que se trate, autorización que, como ha quedado reiteradamente expuesto, falta en este caso (sentencia de 7 de Octubre de 1981).

**CONSIDERANDO:** Que no se estima la existencia de los motivos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. J. A. R., en nombre de D. J. A. S., contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 13 de Mayo de 1982, por el cual se ordena el cese de la actividad que desarrollaba de pistas de Karting y bar en el establecimiento ubicado en el enlace de la Autopista con la carretera de El Arenal (Can Pastilla; Ses Fontanelles), debemos declarar y declaramos que tal acto administrativo se ajusta a Derecho; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

**97. OBRAS ILEGALES INFRINGIENDO LA LICENCIA OTORGADA.** Demolición. Medidas de protección de la legalidad urbanística. Doctrina general. Prescripción. La potestad de demolición caduca con el transcurso del tiempo señalado en la L.S. Inactividad de la Administración. La demolición es medida extrema. Principio de proporcionalidad de la sanción. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, como ya se ha dicho en otras sentencias de esta Sala, las medidas de protección de la legalidad urbanística establecidas en los arts. 184 y 185 de la Ley del Suelo que se denominan respectivamente, suspensión y demolición, aunque puedan acordarse en un solo expediente o procedimiento administrativo, ya que la demolición ha de ser precedida de suspensión notificada o de requerimiento, están claramente diferenciadas en la Ley, no sólo por lo indicado de que la de demolición no tiene necesariamente que ser precedida de suspensión, como ocurre en el supuesto del artículo 185-1, sino fundamentalmente por su propio fundamento y naturaleza jurídica, que, a su vez, determina las competencias para el ejercicio de una y otra facultad de intervención en la edificación y uso del suelo, pues mientras la suspensión se configura de igual modo que la licencia, como un acto de control preventivo público al ejercicio de ciertas actividades aun cuando sean manifestaciones de derechos civiles, pero a diferencia de ella, como provisional, en cuanto no decide la legalidad o ilegalidad de aquel ejercicio, al ser sólo consecuencia de su ausencia o de la infracción de sus condiciones, la demolición, en cambio, se configura como un acto definitivo al deber fundar en una comprobada infracción de las normas del régimen del suelo y ordenación urbana, que impide el otorgamiento de la licencia legitimadora o constituida por la omisión consciente del deber urbanístico de solicitar la licencia en el plazo otorgado por requerimiento a este efecto o notificación de suspensión, y además, en que tales infracciones no puedan ser subsanadas por el transcurso del plazo de prescripción; por cuya razón de ser el uno acto provisional y el otro acto definitivo, la Ley otorga la competencia del primero al Alcalde o Gobernador Civil y del segundo a la Corporación Municipal, sin perjuicio de la subrogación que permite el art. 184.4 en caso de inactividad en tan importante competencia urbanística.

CONSIDERANDO: Que por tales razones no puede admitirse el argumento empleado por la Corporación demandada al desestimar el recurso de reposición y después repetido en la contestación en la demanda, de que no cabe invocar la prescripción contra el acuerdo de demolición, al no haberse utilizado contra la resolución o decreto del Alcalde de suspensión, ya que, además, tal conclusión iría contra las reglas o principios generales que norman la actividad administrativa (S.S. del Tribunal Supremo de 15 de Noviembre de 1974, 26 de Octubre, 21 de Noviembre de 1975, 9 de Mayo de 1978, 25 de Junio de 1979, 13 de Junio de 1980 y 6 de Julio de 1981), entre los que destaca la aplicabilidad de la prescripción como límite o tope a la actividad sancionadora de la Administración que, al no estar regulada en la legislación anterior, dió lugar a Jurisprudencia contradictoria sobre el plazo, por lo que precisamente, para corregir tal deficiencia, el actual texto Refundido lo estableció en un año en sus arts. 185 y 235, tal como explica su Exposición de motivos con las palabras: "... se amplian los supuestos de demolición de obras a las que ya estuvieran ejecutadas, siempre que no hubiera transcurrido mas de un año desde su terminación..." (hoy cuantro en virtud de lo dispuesto en el art. 9 del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de Octubre); razones todas por las que mas modernas Sentencias del Tribu-

nal Supremo admiten el plazo de la prescripción "como medida de protección de la seguridad jurídica" (Sentencia de 3 de Noviembre de 1980), quedando extinguidas aquellas postestades o acciones, por su transcurso, por lo que comporta la legalización de la obra, sin posibilidad de imponerse al interesado nueva legalización o la demolición (Sentencia de 11 de Mayo de 1982), computandose el plazo desde la terminación total de la obra (Sentencia de 15 de Abril, 23 de Septiembre y 19 de Octubre de 1981).

**CONSIDERANDO:** Que en el presente caso, este plazo ha de ser computado desde que transcurrieron los dos meses otorgados por la notificación de la suspensión al interesado acordada por Decreto de la Alcaldía de 25 de Junio de 1980, para solicitar la oportuna licencia, pues entonces, como se infiere claramente del acta de los celadores y del informe del aparejador municipal consiguiente a inspección realizada (folio 1 y vuelto del expediente), ya habían sido terminadas las obras que se denunciaban y que fueron objeto de una inútil suspensión y de la consiguiente orden de demolición, terminación que, por otro lado; se pone también de manifiesto del conjunto de la prueba practicada en los autos, aunque despues se realizara la subida de una pared medianera; autorizada en la licencia independiente de 21 de Octubre de 1981 y aunque se pudiera sospechar que el porche denunciado construido sobre la cubierta del primer piso, estuviera destinado a algo más que porche, como aparece en el reconocimiento judicial, corriendo desde entonces el plazo de un año (anterior a la vigencia del citado Decreto Ley 16/1981, de 16 de Octubre, que lo elevó a cuatro), cumplido de sobra, cuando empieza la actuación municipal determinada por la omisión de no haber solicitado la licencia en el plazo de dos meses concedido (informes de la Policía y Celador Municipales o los folios 23 y 26 del expediente de los días 17 y 30 de Abril de 1982), pues como dice la sentencia citada del T.S. de 14 de Julio de 1981, pasado ese tiempo "el Ayuntamiento carecía de facultades para ello (para acordar la demolición) por haber transcurrido con exceso el plazo de habilitación legal"; conclusión ésta que se deriva también del contenido del párrafo 4 del propio art. 184, pues en él se dispone la pérdida de la competencia del Ayuntamiento para acordar la demolición zor su inactividad en el tiempo, pues "si el Ayuntamiento no procediera a la demolición en el plazo de un mes contado desde la expiración del término al que se refiere el número precedente (el de dos meses desde la suspensión), o desde que la licencia fuese denegada por los motivos expresados, el Alcalde o el Gobernador Civil *dispondrá* directamente dicha demolición".

**CONSIDERANDO:** Que la misma conclusión se impone por la aplicación de la doctrina legal sobre interpretación de los preceptos determinantes de la demolición, pues con arreglo a una reiterada de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, establecida al aplicar el art. 171 de la Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956, hoy concordante con el 184 del Texto Refundido de dicha Ley de 9 de Abril de 1976 la demolición de obras ejecutadas sin licencia o infringiendo la otorgada, constituye una medida excepcional o extrema, que ha de ser aplicada mediante una interpretación de la norma lo mas restrictiva posible, para no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir, medida excepcional o extrema, que por su gravedad y trascendencia, única y exclusivamente puede estimarse como procedente cuando se utilice como fundamento de la misma, una expresa referencia a las normas urbanísticas cuya acreditada vulneración impida la legalización de las referidas obras (Sentencias de 26 de Junio, 27 de Diciembre de 1974, 17 de Marzo de 1978, 17 de Junio de 1980 y 27 de Febrero, 11 de Marzo, 10 de Octubre y 23 de Noviembre de 1981); por lo que apareciendo de la prueba pericial practicada a instancia de la actora que no hay aumento volumétrico con las obras realizadas y haciendo constar los peritos dictaminantes a instancia de la propia demandada que aunque se trata de edificio anterior a las vigentes ordenanzas municipales, sólo implica respecto a ellas, un ligero aumento de superficie (2,52 metros cuadrados) y un ligero aumento de volumen (4,41 metros cúbicos), sin que las obras realizadas presupongan consolidación y aunque supongan modernización, no sufre incremento el valor de expropiación, aparece evidente la inexistencia de clara vulneración de la normativa urbanística, constituida en el presente caso por el art. 60-1 de la vigencia Ley del Suelo, que nos lleva a estimar la improcedencia de demoler obras que podrían ser legalizada y que además, han prescrito por la inactividad de la Administración durante el plazo señalado en la Ley.

**CONSIDERANDO:** Que no existen méritos para hacer expresa declaración sobre las costas causadaa.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. S. F. C. contra los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de 2 de Junio de 1982 que le ordenó la demolición de obras realizadas en inmueble sito en calle Son Campos, 34 de esta ciudad y contra el acuerdo de la misma Comisión de 17 de Noviembre del mismo año que le desestimó reposición del anterior, debemos declarar y declaramos tales actos contrarios al Ordenamiento Jurídico y en su consecuencia, los anulamos, sin hacer declaración sobre las costas causadas en el proceso jurisdiccional. (Ponente: Ignacio Infante Arerlo).

## 100

**100. LICENCIA APERTURA VIAL.** Parcelación rústica. Doctrina General sobre divisiones de fincas rústicas. Núcleo urbano. Cumplimiento de la legislación agraria. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto impugnar los acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 2 de Junio y 20 de Octubre de 1982, desestimatorio éste del recurso de reposición interpuesto contra el primero, por los que se deniega al hoy recurrente la licencia de apertura de vial en la finca Beldeport, toda vez que esta apertura encaminada a la formación de una parcelación no permitida por el artículo 96 de la Ley del Suelo, tratándose como se trata de suelo rústico, conforme el artículo 222 de las Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificaciones.

**CONSIDERANDO:** Que, como resulta claramente del expediente administrativo (solicitud de licencia y memoria y planos del proyecto), la licencia interesada no tiene por objeto una mera "apertura de vial", sino una parcelación rústica de secano, de la que forma parte la apertura de vial para dar acceso a las diferentes parcelas a formar.

**CONSIDERANDO:** Que con arreglo a tales premisas, es indudable que nos encontremos en el supuesto previsto en el artículo cuarto del Real Decreto Ley 16/1981, de 16 de Octubre, cuando dispone que se considera como suelo no urbanizable el suelo calificado como rústico por los Planes Generales y Normas subsidiarias de Planeamiento, aun no adaptados, calificación ésta de suelo no urbanizable que obliga a imponer a la solicitud de licencia del recurrente todas las limitaciones que la vigente Ley del Suelo prevé para los suelos así calificados en los Planes adaptados, pues como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 1981, siguiendo la doctrina de la de 24 de Marzo del mismo año, la perpetuación del régimen jurídico del suelo anterior parece lógicamente referido a los supuestos de suelo urbano, ya que tal calificación viene condicionada a su inclusión o incorporación a un perímetro de delimitación, no incidiendo directamente sobre los terrenos rústicos, o no urbanizables según la nueva terminología, siéndoles por ello aplicables las previsiones y limitaciones prescritas en la Ley reformada en toda su amplitud.

**CONSIDERANDO:** Que como ya se dijo en otras sentencias de esta Sala, como las de 3 de Noviembre de 1982 y 6 de Mayo, 10 y 29 de Octubre de 1983, sentada esta calificación de suelo no urbanizable, y como quiera que en él se pretende realizar por el recurrente la división de parte de la finca de su propiedad en varias independientes, se hace preciso recordar que toda operación técnica de división de suelo, que como ejercicio del derecho de propiedad es lícita en derecho civil, el cual le da acceso al Registro de la Propiedad generalmente bajo la forma de segregación de fincas menores de la finca matriz, está sometida sin embargo a intervención administrativa determinada por las exigencias del interés social en el régimen del suelo y en la ordenación urbanística, y por ello la Ley que regula esta intervención administrativa distingue en esa operación material y jurídica de división de fincas dos especies contempladas en los artículos 85.1.4º y 94.1 de la vigente Ley del Suelo, que la denomina, en el primero, divisiones, segregaciones o fraccionamientos, y, en el segundo, parcelación urbanística, siendo la segunda subespecie de la primera, en el sentido de que aquella división simultánea o sucesiva (segregación) será parcelación urbanística cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población y, además, será ilegal cuando sea contraria a lo establecido en el Plan, Programa o Norma Urbanística o no haya sido previamente aprobado el Plan General o Parcial, tratándose de suelo urbano o urbanizable, e ilegal, también, con Plan o sin Plan, cuando se trata de suelo no urbanizable, hasta tanto no se modifique su calificación urbanística, tal como resulta de la conjugación de los artículos 94 y 96 de la Ley; mientras que, por el contrario, los fraccionamientos de propiedades en suelo urbanizable no programado y en suelo no urbanizable en virtud de transferencias, divisiones o segregaciones que no puedan dar lugar a la constitución de un núcleo de población, sólo están sometidas a la legislación agraria (artículo 81.1.4º, en relación con el 86.1).

**CONSIDERANDO:** Que de todo ello resulta evidente que para determinar si un proyecto de división o fraccionamiento de finca situada en terreno no urbanizable o urbanizable no programado es o no ilegal, hay que atender a la posibilidad de que tal proyecto pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población, para evitar que una finca rústica, integrada en suelo de esta naturaleza, se convierta en un asentamiento de tipo residencial y netamente urbano (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1978), pues, como dice la de 30 de Enero de 1979, no cabe admitir que bajo el disfraz de actos particulares de parcelación se ejecuten urbanizaciones sin atenerse al procedimiento dispuesto; pero como quiera que el legislador no ha definido expresamente lo que hay que entender por "núcleo de población", sino que se limita a decir en el artículo 94.1 que "se considera parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a un núcleo de población, *en la forma en que éste se defina reglamentariamente*" (el subrayado es nuestro), y como quiera también que el Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2.159/1978, se limita a ordenar entre las determinaciones que deben contener los Planes Generales Municipales de Ordenación, en suelo urbanizable no programado, la "definición, a efectos de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley del Suelo, del concepto de núcleo de población, con base en las características propias del Municipio, estableciendo las condiciones objetivas que den lugar a su formación", es claro que deja su definición, en cada caso, al Plan General Municipal, que en el supuesto que nos ocupa no existe aún, por lo que habrá que determinar su concepto buscando su finalidad o "mens legis" en los preceptos que lo mencionan, tales como el artículo 85.1, limitaciones 1ª, 2ª, 3ª y el propio artículo 94.1, de los que se deduce que núcleo de población es contrario a finalidad agrícola y a edificaciones aisladas, correspondiendo a edificaciones características de las zonas urbanas.

**CONSIDERANDO:** Que los terrenos de que se trata, según el Plan General de Ordenación Urbana, están clasificados como zona de Cintura, Título 31 de las Ordenanzas Municipales, cuyo artículo 224 especifica que la superficie de parcela mínima es de 7.000 metros cuadrados (certificación del folio 129 y texto de las referidas Ordenanzas incorporado a los autos); e independientemente de lo expuesto en los anteriores Considerandos, no puede olvidarse que la petición de la parte actora se refiere a la apertura de un vial y a la división de la finca en otras fincas rústicas menores de, al menos, la superficie indicada, para ser cultivadas conforme a su destino, por lo que es inadmisibile la afirmación, conte-

nida en los acuerdos recurridos, de que “no cabe duda de que las obras solicitadas no van encaminadas y destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la íntegra finca, donde se proyectan aquellas obras”, porque, además, si en otra etapa posterior se pide la licencia de edificación —distinta de la de parcelación— de edificios aislados destinados a vivienda familiar, naturalmente sobre la base de una parcelación no urbanística, única admisible en suelo calificado de no urbanizable, es cuando habrán de seguirse los trámites previstos en los preceptos citados en el acuerdo: 85 y 96, en relación con el 43.3, de la Ley del Suelo, y 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística, pero no ahora, en que sólo se pide la apertura de un vial y la división de la finca en otras rústicas menores.

**CONSIDERANDO:** Que por consiguiente, sobre estas bases, resulta también evidente que la división de una finca rústica en otras mas pequeñas, pero de suficiente extensión para que las edificaciones que en ellas se puedan realizar queden totalmente aisladas (artículo 85, limitación 3ª) y que estén destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza y destino de la finca, aunque también caben edificios aislados destinados a vivienda familiar (limitación 2ª), debe ser permitida, siempre que la extensión de las parcelas consiguiente a la división o fraccionamiento, sea la suficiente para no impedir el destino agrícola al que están supeditadas, pues “no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria” (limitación 4ª, artículo 85), constituida en la actualidad por los artículos 43 al 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto aprobado por Decreto 118/1973 de 12 de Enero, que concretamente en su artículo 44.1 establece que “la división o segregación de una finca rústica solo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo”, la que fué fijada, para cada una de las provincias españolas, por delegación legal, en Orden de 27 de Mayo de 1958 (Ministerio de Agricultura), correspondiéndole a Baleares en toda la provincia 1,50 hectáreas para secano y 0,20 hectáreas para regadío, equivalentes a 15.000 y 2.000 metros cuadrados respectivamente; razón ésta última por la que, en anneriores sentencias de esta Sala, se estimaron como permisibles parcelaciones en suelo rústico de regadío o de secano que no sobrepasaban los límites establecidos, respectivamente, por la citada orden, vigente, mientras no sea modificada o derogada y por la que, en la presente ocasión, se estima procedente la desestimación del recurso interpuesto, en cuanto que la división solicitada, por la extensión de las parcelas resultantes, vulnera la limitación 4ª del artículo 85 de la Ley del Suelo al pretenderse fraccionar en contra de la legislación agraria que, a pesar de lo alegado por el recurrente, debe prevalecer sobre lo dispuesto en una ordenanza municipal anterior a la Ley del Suelo, pues, como ya se dijo anteriormente, “se considera como suelo no urbanizable el suelo clasificado como rústico por los Planes generales y normas subsidiarias de planeamiento municipal, aun no adaptados. Su régimen urbanístico será el establecido en el artículo 86 de la Ley del Suelo” (artículo 4 del citado Real Decreto-Ley 16/1981 de 16 de Octubre), el que se remite a las limitaciones del artículo 85.

**CONSIDERANDO:** Que en consecuencia, procede la desestimación del recurso; sin que se observe la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa condena en costas.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. G. B. S., en nombre de D. R. P. N., contra los Acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 2 de Junio y 20 de Octubre de 1982, desestimatorio este último del recurso de reposición formulado contra el primero, por los que se deniega a aquél la licencia de apertura de un vial en la finca Beldeport, debemos declarar y declaramos que tales actos administrativos se ajustan a Derecho y, en consecuencia, los confirmamos; sin hacer expresa imposición de costas. (Ponente: Angel Reigosa Reigosa).

## C. INDICE ANALITICO

Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas

Licencia de traslado instalación y funcionamiento, 87

Vicios de Procedimiento, 87

Aguas

Autorización explotación pozo, 77

Anulación

Liquidación tributaria, 103

Base imponible

Contribuciones especiales, 92

Bonificaciones

Tasa licencia obra, 72

Competencia jurisdiccional, 62

Competencia técnicos, 63

Concesiones

Autorización de servicios privados de interés público, 108.

Contribuciones especiales

Alumbrado público, 74

Encintado acera, 92

Pavimentación calles, 92

Dominio público

Construcciones en zona marítimo-terrestre, 93

Cuestiones sobre declaración: competencia de la jurisdicción ordinaria, 107

Elecciones locales, 70

Exenciones

Impuesto municipal sobre solares, 64.

Por regulación fiscal, 89

Farmacias

Licencia de apertura, 62

Concepto de núcleo de población, 62.

Fondo de Garantía Salarial

Exclusión representantes de comercio, 90

Funcionarios

De la Administración Local, 66, 105 y 110.

Del Cuerpo Técnico Señales Marítimas, 81

Jubilación, 66

Opción en relación a la cotización a la S.S., 66

Hecho Imponible

Impuesto sobre solares, 64

Impuesto Trafico de Empresas, 76.

Impuesto

Incremento valor terrenos, 103.

Industrial, 94.

- Rentas de Capital, 89
- Solares, 64
- Trafico de empresas, 76
- Inadmisibilidad del recurso, 98 y 107
- Inconstitucionalidad, 89
- Insalud
  - Especialidades, 83
- Interpretación
  - Normas tributarias, 89
- Jerarquia de normas, 89
- Jurisdicción contencioso-administrativa
  - Naturaleza, 74
- Licencia apertura, 96
- Licencia fiscal
  - Actividades comerciales e industriales, 94
- Licencia obras
  - Acreditación de propiedad, 67
  - Apertura de viales, 79, 100 y 104
  - Cesación de efectos, 106
  - Explotación canteras, 98
  - Obras ilegales que la infringen, 97
  - Obras mayores, 63
  - Prórrogas, 84
- Notificaciones
  - Defectuosas, 71
  - De liquidación tributaria, 103
- Peritos
  - Preferencia mayor número de peritajes y de informes municipales, 86, 88
- Planes de urbanismo
  - Aprobación inicial Plan Parcial, 102
  - Aprobación definitiva Plan Parcial
  - Naturaleza
  - Vigencia Plan Provincial, 65
- Propiedad industrial
  - Identidad de marcas, 78
- Responsabilidad de la administración
  - Prescripción de la acción, 82
  - Daños permanentes y continuados, 82
  - No hay indemnización si la actividad se inicia sin licencia, 96
- Sanción laboral
  - Facultad del Tribunal para rebajar la multa, 80
  - Principio de Proporcionalidad, 80
  - Valor actas de Inspección Trabajo, 91
- Señales de seguridad
  - Mantenimiento a cargo del Municipio, 68
- Sujeto pasivo
  - Licencia fiscal Impuesto Industrias, 94

**Suspensión de acuerdos**

Plazo para trasladar el  
acuerdo a la Jurisdicción  
cuando el acto afecta a  
competencias Estatales o  
invade competencias aje-  
nas, 85

**Tasa**

Licencia de Obras, 72

**Urbanismo**

Declaración de ruina, 88

Demolición obras, 95, 97,  
101, 107

Denegación legalización  
obras, 109

Divisiones de Fincas, 73,  
100, 104

Núcleo de población, 73,  
79, 104

Parcelaciones rústicas,  
72, 79, 100 y 104

Ruina económica y técni-  
ca, 86

## II. SALA DE LO CIVIL (1)

### A. INDICE CRONOLOGICO

175. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Letra librada y ejecutada por el suegro de acreedor causal. Letra en blanco. Doctrina del T. S. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 13 de septiembre de 1983\*.*
176. **Daños y perjuicios.** Filtraciones provenientes de la finca vecina. Análisis de la prueba y determinación causal. *Sentencia de 14 de septiembre de 1983.*
177. **Separación matrimonial.** Conducta vejatoria. Cuidado del hijo del matrimonio. Consideración de la edad del mismo. No impide la atribución de su guarda a la madre el que ésta trabaje fuera del hogar. *Sentencia de 14 de septiembre de 1983.*
178. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 15 de septiembre de 1983.*
179. **Propiedad horizontal.** Obligación de contribuir a los gastos comunes. La cesión provisional de una parte determinada a la comunidad para destinarla a vivienda del portero no excusa tal obligación legal. *Sentencia de 16 de septiembre de 1983.*
180. **Separación matrimonial.** Carga de la prueba. Presunciones. *Sentencia de 20 de septiembre de 1983.*
181. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Es oponible a tercero de mala fé o que intervino directa o indirectamente en el contrato subyacente. Supone improvisión la no liberación pactada de gravámenes que afectan a la finca vendida. *Sentencia de 21 de septiembre de 1983\*.*

---

(1) La presentación y selección de esta sección han sido realizadas por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, J. Ferrer Marcel, con la colaboración de los Profs. C. Gutiérrez e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal.

182. **Daños y perjuicios.** Lesiones producidas por desprendimiento de un poste para la práctica del baloncesto en zona deportiva municipal. Incompetencia de jurisdicción. Competencia de la ordinaria. Examen del régimen jurídico regulador de la materia. Inexistencia de defecto legal en la forma de proponer la demanda. *Sentencia de 22 de septiembre de 1983\**.
183. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Ineficacia del ofrecimiento de pago posterior al requerimiento resolutorio. Incongruencia. *Sentencia de 22 de septiembre de 1983.*
184. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Maniobras de fortuna o emergencia. Estimación de la oposición como motivo de nulidad. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983\**.
185. **Compraventa mercantil.** Novación en depósito. No la supone la carta conminatoria al pago de la mercancía o a su devolución. Falta de "animus". *Sentencia de 26 de septiembre de 1983.*
186. **Daños y perjuicios.** Deterioros en vivienda alquilada causados por tercera persona autorizada por la arrendataria para introducirse en ella. Obligaciones del arrendatario. Culpa "in vigilando" e "in eligendo". Fuerza mayor y caso fortuito. Estimación de la demanda. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983\**.
187. **Resolución de contrato por incumplimiento.** Falta de voluntad rebelde y de cumplimiento por parte del accionante que impide el éxito de la demanda. *Sentencia de 27 de septiembre de 1983.*
188. **Juicio ejecutivo cambiario.** Simulación relativa materializada en hacer figurar como tomador a un testaferro. Nulidad de la cláusula valor recibido: intranscendencia. Desestimación de los motivos de oposición. *Sentencia de 28 de septiembre de 1983.*
189. **Daños y perjuicios.** Accidente de circulación. *Sentencia de 28 de septiembre de 1983.*
190. **Daños y perjuicios.** Accidente de circulación. *Sentencia de 30 de septiembre de 1983.*
191. **Simulación.** Análisis de la prueba de la que se deduce. *Sentencia de 30 de septiembre de 1983.*

192. **Responsabilidad decenal.** Prescripción; inexistencia. Innecesidad de demandar al vendedor de materiales defectuosos. Concepto de ruina. *Sentencia de 30 de septiembre de 1983.*
193. **Prescripción.** Interrupción por reclamación extrajudicial. Es prueba de la misma la fotocopia de una copia de carta dirigida al demandado y sellada, la copia, por ella. Interpretación restrictiva de la prescripción. Culpa extracontractual. Costas. Temeridad a la que no se obsta fueran acordadas diligencias para mejor proveer. *Sentencia de 5 de octubre de 1983.*
194. **Tercera de dominio.** No es prueba del dominio del tercerista las facturas de compra y las garantías. Derecho Balear: interpretación del artº 3º de la Compilación. Condominio y fines esenciales del matrimonio. Posesión de bienes muebles: su subordinación a la posesión del inmueble en que estén instalados. *Sentencia de 5 de octubre de 1983\*.*
195. **Alimentos.** Exclusión del derecho a ellos de los hijos mayores de edad. *Sentencia de 6 de octubre de 1983.*
196. **Separación matrimonial.** *Sentencia de 6 de octubre de 1983.*
197. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de causa. Desestimación de este motivo de nulidad. Las cuestiones relativas al cumplimiento del contrato causal rebasan los límites del juicio ejecutivo. *Sentencia de 7 de octubre de 1983.*
198. **Daños y perjuicios.** Acción indemnizatoria. Prescripción: interrupción mediante requerimiento notarial de mandatario verbal del perjudicado. Culpa in vigilando e in eligendo: solidaridad. Doctrina del T.S.- Cosa Juzgada: no la supone el fallo penal que predica la existencia del hecho. *Sentencia de 7 de octubre de 1983\*.*
199. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas. Diferencia entre "consentimiento" y "conocimiento". Doctrina del T.S.. Descripción de la obra no autorizada. Estimación de la demanda. *Sentencia de 10 de octubre de 1983.*
200. **Separación matrimonial.** Malos tratos. Prueba testifical: valoración de la misma. *Sentencia de 11 de octubre de 1983.*
201. **Separación matrimonial.** Pensiones alimenticias y compensatorias.

*Sentencia de 11 de octubre de 1983.*

202. **Divorcio.** Cuidado de los hijos que habían quedado a cargo de la madre durante los ocho años anteriores a la disolución. Criterio de estabilidad. *Sentencia de 11 de octubre de 1983.*
  
203. **Ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. No es óbice la no realización de maniobras de fortuna por el conductor demandado. Supuestos en que tales maniobras son exigibles. Exceso de velocidad: no resulta probado por un sedicente informe pericial fundado en declaraciones de una parte, datos estadísticos y testimonio de un solo testigo. Vía adecuada para hacer valer la excepción. Doctrina de la Sala. *Sentencia de 13 de octubre de 1983\*.*
  
204. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria: requisitos para su concesión. Obsta a ella el que la postulante viviera con independencia desde que se produjo la ruptura de la convivencia, muy anterior, y la relación estable con varón lo que es causa extintiva de la acaso concedida e impeditiva del nacimiento del derecho a ella. *Sentencia de 13 de octubre de 1983\*.*
  
205. **Arrendamiento de obras.** Determinación pericial del precio. Dictámenes contradictorios. Valoración de los mismos por el Tribunal. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*
  
206. **Pago.** Incumbe al demandado probar que los talones entregados al actor lo fueron como medio solutorio de las letras que reclama. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*
  
207. **Divorcio.** Pensión alimenticia a favor de los hijos al cuidado de la madre. Actividad laboral de la misma. Necesidad de que la pensión compense las atenciones de que por causa de su ocupación la madre no puede dispensar a aquellos. Pensión compensatoria. Improcedencia. *Sentencia de 20 de octubre de 1983\*.*
  
208. **Juicio ejecutivo cambiario.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 20 de octubre de 1983.*
  
209. **Juicio de desahucio.** Calificación del contrato: arrendamiento de temporada. *Sentencia de 24 de octubre de 1983.*
  
210. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión o traspaso. Doctrina del T.S. sobre régimen de carga de la prueba. Alegación de que

el tercero se ha introducido en el local merced a un contrato de trabajo probado documentalmente. Necesidad de probar que tal documentación no es simulada. La presunción que surge de dicho contrato cede ante la de traspaso cesión o subarriendo. Estudio de la prueba y estimación de la demanda. *Sentencia de 24 de octubre de 1983\**.

211. **Divorcio.** Pensión compensatoria. Factores a tener en cuenta para su concesión. *Sentencia de 27 de octubre de 1983\**.
212. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falta de provisión de fondos. Prohibición gubernativa de usar los objetos adquiridos mediante las letras. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*
213. **Separación matrimonial.** Aspectos económicos. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*
214. **Separación matrimonial.** Alcoholismo: carece de entidad causal cuando el cónyuge afectado está rehabilitado o precisa del ambiente familiar para lograr su curación. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*
215. **Separación matrimonial.** Régimen de visitas. Confirmación de la sentencia apelada. *Sentencia de 28 de octubre de 1983.*
216. **Separación matrimonial.** Alimentos. Las ayudas de los padres a uno de los cónyuges tienen el carácter de liberalidad, siendo intrascendentes en orden a la fijación de aquéllos. *Sentencia de 28 de octubre de 1983.*
217. **Separación matrimonial.** Constituye causa remitir los efectos personales de la esposa a la ciudad en que se hallaba para atender a una hija habida de unión anterior. Pensión compensatoria. *Sentencia de 31 de octubre de 1983.*
218. **Contratos.** Nulidad. Va contra sus propios actos quien impugna un contrato de arrendamiento cuyas rentas había percibido con anterioridad. Subrogación mortis causa: el legado del negocio instalado en el local no desvirtúa el carácter de heredero testamentario del subrogado. *Sentencia de 2 de noviembre de 1983.*
219. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo. Legitimación activa del

- fiador que paga por el deudor principal. Acciones que le asisten: de reembolso, en base a la fianza, y subrogatoria, a partir de la relación acreedor originario-deudor principal. Acción ejecutiva cuando se utiliza la segunda posibilidad. *Sentencia de 2 de noviembre de 1983\**.
220. **Juicio ejecutivo cambiario.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 3 de noviembre de 1983.*
221. **Separación matrimonial.** Alimentos. *Sentencia de 3 de noviembre de 1983.*
222. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falsedad del título. La constituye la aceptación de la cambial por el gerente de una compañía sin la concurrencia de las demás personas que se indican en los estatutos sociales. Intranscendencia de la vía de oposición elegida (se subraya en la sentencia que lo alegado constituye motivo de nulidad del n° 1 del art° 1.467). *Sentencia de 3 de noviembre de 1983\**.
223. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Contrato causal resuelto inicialmente por incumplimiento y posteriormente rehabilitado. Existencia de provisión. *Sentencia de 4 de noviembre de 1983.*
224. **Juicio ejecutivo cambiario.** Timbre. Adición de timbres móviles. Legislación aplicable. Fraccionamiento de pagos y disminución del impuesto: adición de las bases correspondientes. Interpretación restrictiva de tales excepciones. *Sentencia de 5 de noviembre de 1983\**.
225. **Juicio ejecutivo.** Póliza de préstamo. Condiciones de la misma que permiten sea declarada vencida en caso de temor fundado de impago. Suspensión de pagos del deudor. *Sentencia de 8 de noviembre de 1983.*
226. **Juicio ejecutivo cambiario.** Pluspetición. Complejidad contable y jurídico material que rebasa los cauces de esta clase de procedimientos. Pericial contable de la que resulta un saldo muy inferior al reclamado. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 8 de noviembre de 1983\**.
227. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de mención del lugar de creación

del efecto. Nulidad del juicio. *Sentencia de 9 de noviembre de 1983.*

228. **Juicio ejecutivo.** Naturaleza de estos procedimientos. Póliza de afianzamiento. Pago por el fiador de la cantidad límite. Cantidades adeudadas por la acreditada que exceden de tal límite. Improcedencia del proceso elegido. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 9 de noviembre de 1983\*.*
229. **Juicio ejecutivo cambiario.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 10 de noviembre de 1983.*
230. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de pago hecho al librador no tenedor del efecto. Intranscendencia cambiario. *Sentencia de 10 de noviembre de 1983\*.*
231. **Separación matrimonial.** Alimentos *Sentencia de 11 de noviembre de 1983.*
232. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Título que no individualiza al conductor del vehículo causante. Renuncia de la indemnización en el proceso penal. Artº 10 del Texto Refundido, en relación con el 109 de la L.E. Cr.. Falta de cobertura por la póliza. *Sentencia de 11 de noviembre de 1983.*
233. **Separación matrimonial.** Su planteamiento por vía contradictoria obliga a resolver las causas en que se funde, aunque el cónyuge demandado acceda a la separación una vez iniciado el proceso. Conducta vejatoria. Sentido amplio y concepto. Pensión compensatoria. *Sentencia de 14 de noviembre de 1983\*.*
234. **División de cosa común.** Fincas legalmente indivisibles de cuya agrupación resulta otra divisible. Venta en pública subasta al suponer su división un desmerecimiento a lo que no opone la explotación de aquélla por uno de los condóminos. Medidas provisionales de separación en virtud de las que dicha explotación fue concedida a la esposa condómina. Rechace de que continúe tal explotación para el supuesto de venta la cual supone una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en aquel expediente. Establecimiento de una pensión sustitutoria de los frutos. *Sentencia de 15 de noviembre de 1983.*

235. **Pago.** No lo supone la transferencia de una cantidad inferior a la adecuada que fue expresamente rechazada. Propiedad horizontal. Recargos por mora expresamente previstos en los estatutos. Validez. *Sentencia de 16 de noviembre de 1983.*
236. **Arrendamiento de obras.** Reclamación del precio de obras extraordinarias cuyo encargo no se concretó documentalmente en contra de lo previsto al respecto en el contrato base: es intrascendente. Consentimiento tácito. Doctrina del T.S. *Sentencia de 16 de noviembre de 1983.*
237. **Divorcio.** Prevalencia del interés de los hijos. Patria Potestad. Procedimiento para acordar sobre la misma. Diferencias entre su atribución y la de alguno de sus efectos. Régimen de visitas: finalidad. *Sentencia de 16 de noviembre de 1983.*
238. **Juicio ejecutivo.** Diligencias preparatorias sobre reconocimiento de firma del acepto tachada antes de falsedad. Ficta Confessio. Nulidad del juicio. *Sentencia de 17 de noviembre de 1983.*
239. **Arrendamiento de obras.** Reclamación del precio. *Sentencia de 21 de noviembre de 1983.*
240. **Separación matrimonial.** Pensión compensatoria. *Sentencia de 21 de noviembre de 1983.*
241. **Arrendamientos urbanos.** Cierre. Asimilación a cambio de destino del local. Interpretación del contrato y de la voluntad negocial. *Sentencia de 22 de noviembre de 1983.*
242. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas y no de adaptación. *Sentencia de 22 de noviembre de 1983.*
243. **Medidas provisionales de separación.** Tramitación del recurso de apelación durante la que recae sentencia, que adquiere firmeza, en el proceso de separación, dejando para el período de ejecución lo pretendido en el incidente. Decaimiento de lo acordado provisionalmente. *Sentencia de 22 de noviembre de 1983.*
244. **Arrendamientos urbanos.** Obras in consentidas. Modifican la configuración las que afectan a los elementos esenciales de la construcción y a la naturaleza y resistencia de los materiales. Obras de adecuación. Su autorización se entiende ínsita en el contrato. Impor-

tancia del factor tiempo referido al de la realización de las obras a efectos de calificación. *Sentencia de 24 de noviembre de 1983\**.

245. **Arrendamientos urbanos.** Subarriendo, cesión, traspaso. Es causa de resolución la introducción de una persona jurídica en el local formada por los arrendatarios. Estimación de la demanda. *Sentencia de 25 de noviembre de 1983.*
246. **Arrendamientos urbanos.** Cierre. Local destinado a almacén. Falta de actividad. Carga de la prueba. Existencia de cierre. *Sentencia de 29 de noviembre de 1983\*.*
247. **Acción cambiaria declarativa.** Cuestiones nuevas. *Sentencia de 29 de noviembre de 1983.*
248. **Pago en interés ajeno.** Acción de reembolso. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983.*
249. **Transporte marítimo** sobre cubierta. Pérdida de la mercancía transportada. Fuerza mayor. Protesta de averías. Consecuencias legales. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983\*.*
250. **Reclamación de cantidad.** Trabajos presupuestados y trabajos extra. Análisis de la prueba. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983.*
251. **Contrato de opción.** Traspaso de local de negocio. Carácter imperativo de las normas que prevé al respecto la L.A.U., concebidas en beneficio del arrendador: excepciones y doctrina del T.S.. Pago de cantidad en concepto de precio del traspaso y no de adquisición de enseres del negocio. *Sentencia de 2 de diciembre de 1983\*.*
252. **Daños y perjuicios.** Legitimación activa que resulta contradicha por actos propios de quien opone la excepción. Solidaridad y cosa juzgada. Inexistencia. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983.*
253. **Seguridad social.** Convenio suscrito con la Agrupación Nacional de entidades aseguradoras de automóviles. Reclamación de cantidad. Prescripción. Inexistencia. Irrelevancia de las circunstancias que rodearon el accidente. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983.*
254. **Daños y perjuicios.** Requisitos para el éxito de la acción indemnizatoria. Culpa extracontractual en colisión de vehículos. Carga de la

prueba que incumbe al demandante. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983\**.

255. **Recurso de apelación.** Inexistencia a la vista del Letrado de la parte demandante. Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*
256. **Medianería.** Muro medianero y su elevación por uno de los propietarios sobre la mitad de su grosor a él correspondiente. Construcción por el otro medianero apoyando las vigas sobre el tramo elevado. Supone inmisión dominical. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*
257. **Recurso de apelación.** Adhesión al mismo. Posterior desistimiento del recurso. Estimación, no obstante, de la adhesión. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983\*.*
258. **Separación matrimonial.** Carga de la prueba en esta clase de procedimientos. Conducta vejatoria. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*
259. **Daños y perjuicios.** Alcance de la indemnización: reposición del patrimonio del perjudicado en el estado en que se hallaría de no haber mediado el acto lesivo. Indemnización de los “daños indirectos” entre los que se incluyen los gastos de alquiler de un coche para acudir al trabajo habitual. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983\*.*
260. **Culpa extracontractual.** Inexistencia de culpa del perjudicado que absorba o compense la del otro conductor implicado. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*
261. **Obligaciones con cláusula penal.** Requisitos para su validez y eficacia. Interpretación restrictiva de las mismas. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*
262. **Separación matrimonial.** Desestimación de la demanda por falta de prueba. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*
263. **Juicio ejecutivo cambiario.** Falta de provisión de fondos. Cesión del crédito de un tercero contra el aceptante al librador del efecto. Doctrina del T.S. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983\*.*
264. **Daños y perjuicios.** Letra de cambio no protestada por los Bancos

demandados: supone el incumplimiento de un mandato. Inexistencia de perjuicios patrimoniales precisos, en todo caso, para el éxito de la acción indemnizatoria. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983\**.

265. **Intimidación.** Antijuridicidad del mal con que se amenaza. No lo es el de acudir a las autoridades policiales tratándose de un talón sin fondos librado por el hijo de la demandante que asumió la deuda de éste. Prueba pericial: valoración según las reglas de la sana crítica. Inexistencia de intimidación. *Sentencia de 12 de diciembre de 1983.*
266. **Reclamación de cantidad.** Análisis y valoración de la prueba. *Sentencia de 12 de diciembre de 1983.*
267. **Juicio ejecutivo cambiario.** Librador-ejecutante en suspensión de pagos. Falta de legitimación activa al no litigar asistido de los Interventores. Interpretación del artº 6 de la Ley de Suspensión de Pagos. Doctrina del T.S. y desestimación de la excepción. Falta de provisión de fondos por existir entre los litigantes una situación de cuenta corriente no liquidada. *Sentencia de 14 de diciembre de 1983\*.*
268. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 14 de diciembre de 1983.*
269. **Daños y perjuicios.** Incendio de un vehículo tras accidente de circulación. Nexo causal. Estimación de la demanda. *Sentencia de 15 de diciembre de 1983.*
270. **Juicio ejecutivo cambiario.** Excepción de falsedad. No la supone el incumplimiento del contrato causal. Existencia de provisión de fondos no desvirtuada por la deficiencia de los servicios prestados en que la misma radica. Pluspetición: cuestiones extracambiarias que hacen inviable la excepción. *Sentencia de 16 de diciembre de 1983\*.*
271. **Relaciones paterno filiales.** El bien de los hijos debe inspirar la atribución de su guarda. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*
272. **Impugnación de acuerdos sociales.** Derecho a información: no puede invocar su privación el accionista que no instó el examen de la documentación que prevé la Ley y que dispuso, por aplazamiento comunicado de la Junta, de tiempo suficiente para ello. Ambito

de la impugnación: Acuerdos de interés general. Desestimación de la demanda. Falta de consignación del nombre del demandado: inexistencia de defecto legal. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*

273. **Recurso de apelación.** Confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*

274. **Propiedad horizontal.** Impugnación del acta de la junta. Desestimación. *Sentencia de 19 de diciembre de 1983.*

275. **Juicio ejecutivo.** Irrelevancia de que el título que sirvió para despachar la ejecución fuera el documento original o fotocopia del mismo. Poder posiblemente insuficiente en su origen: válida subsanación del defecto en el curso del proceso. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983\*.*

276. **Pobreza.** Diligencias para mejor proveer: su alcance. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*

277. **Divorcio.** Petición, en segunda instancia, de dispensa de la obligación de ayuda económica por ser imposible el régimen de visitas establecido por la sentencia apelada. Desestimación. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*

278. **Indemnización de daños y perjuicios.** Daños a un tercero no demandado. Litis consorcio pasivo necesario. Inexistencia. Prescripción: interrupción del plazo mediante carta certificada y comunicaciones telegráficas. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*

279. **Cosa juzgada.** Identidad de cosas mas no de personas que impide el juego de la presunción. *Sentencia de 21 de diciembre de 1983.*

280. **Recurso de apelación.** Confirmación por sus propios fundamentos de la sentencia apelada. *Sentencia de 21 de diciembre de 1983.*

281. **Daños y perjuicios.** Determinación de la suma indemnizatoria. *Sentencia de 22 de diciembre de 1983.*

682. **Documentos privados.** Adveración de su fecha por cualquiera de los medios de prueba reconocidos en derecho. Doctrina del T.S. *Sentencia de 22 de diciembre de 1983\*.*

283. **Acción declarativa de dominio.** Camino privado. *Sentencia de 24 de diciembre de 1983.*

284. **Juicio ejecutivo de tráfico.** Culpa exclusiva de la víctima. Análisis de la prueba y desestimación de la excepción. *Sentencia de 28 de diciembre de 1983\**.
285. **Reclamación de cantidad.** Suministro de hormigón a mandatario que lo contrató en nombre propio. Extralimitación en el mandato. Desestimación de la demanda dirigida contra el mandante. *Sentencia de 28 de diciembre de 1983.*
286. **Arrendamiento de industria hotelera.** Reclamación por el arrendador, al término del contrato, de los menoscabos sufridos en los muebles y enseres, de conformidad con lo previsto en el contrato. Indebida moderación por el Juzgado, al amparo del artº 1.103 del C.C., de la suma indemnizatoria: requisitos para la procedencia de dicha facultad. *Sentencia de 29 de diciembre de 1983\**.

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 175

**175. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de falta de provisión de fondos. Letra librada y ejecutada por el suegro del acreedor causal. Letra en blanco. Doctrina del T.S. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 13 de septiembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión litigiosa suscitada se contrae al punto relativo a la concurrencia o ausencia de provisión de fondos, como presupuesto éste de la eficacia de la letra de cambio entre librador y librado-aceptante; y para una mejor delimitación de lo que constituye el objeto de la contienda se hace conveniente preestablecer los siguientes extremos: a) la entidad librada aceptó, como consecuencia de las relaciones mantenidas con el yerno del ejecutante —consistentes éstas, según parece, en labores de decoración, pintura y empapelado—, la letra de cambio cuya efectividad se pretende en este juicio, por un importe de 376.026 pesetas y con vencimiento al día 28 de marzo de 1981; b) esas relaciones, las habidas entre la entidad aceptante y el referido yerno, no sólo se plasmaron en la aludida letra, sino que no es ésta más que una manifestación tangible de una parte de aquéllas, las cuales dieron origen a una primera expedición de cambiales, posteriormente renovadas por otras, de las que precisamente una de ellas es la que fundamenta este pleito, de acuerdo todo ello con el documento privado fechado al día 29 de diciembre de 1980, que ha sido reconocido por quienes en él intervinieron (entidad aceptante y el indicado yerno) así como por la parte accionante; c) la parte ejecutada ha reconocido asimismo la validez de la letra de cambio y el origen de la misma, cifrado, según se ha referido, en los servicios prestados por el yerno del actor, lo que, a su vez, ha sido expresamente admitido por éste, añadiendo que “la letra de cambio se la vendió a su suegro, el ejecutante, haciéndole esta entrega a cambio del dinero importe de la cambial”; d) ni las partes litigantes han expresado ni en los autos aparece constancia alguna acerca de que la aludida letra de cambio fuera librada en blanco o dejando alguna de sus menciones sin cumplimentar. Dados estos hechos, por la parte ejecutada se excepciona aduciendo la ausencia de provisión de fondos entre librador y aceptando, debido a que, en su entender la inexistencia de relaciones directamente mantenidas con el librador comporta tal carencia de cobertura y, consiguientemente, la improsperabilidad de la pretensión ejecutiva ejercitada.

CONSIDERANDO: Que la causa originadora del efecto cambiario de referencia se halla, y así se desprende de las explícitas y paladinas manifestaciones de los contendientes, en la deuda nacida como consecuencia de los servicios prestados por el yerno del ejecutante, comprometiéndose la entidad deudora a cumplir su obligación mediante la suscripción y aceptación de varias letras de cambio que materialmente entregó al mencionado yerno, y habida cuenta de que en la cambial no consta, en el espacio reservado al librador, el mis-

mo yerno sino precisamente su suegro, que es quien acciona en este juicio —siendo la razón de ello una anterior negociación habida entre éste y su yerno, en virtud de la cual recibió el importe de la letra a cambio de dicho documento—, no cabe llegar sino a la conclusión de que la repetida cambial fue librada en blanco, al menos en cuanto a la indicación de la persona del librador, incorporándose éste con posterioridad en la persona del ejecutante, tan pronto como tuvo lugar la negociación acabada de referir. Es obvio, y así se desprende de los elementos (aleatorios y probatorios) traídos al litigio, que fue esto lo sucedido, so pena de convertir la posición de la entidad aceptante en incoherente y patentemente absurda: la letra de cambio expedida por ésta responde a una relación jurídica subyacente en virtud de la cual se ha engendrado una deuda que iguala o supera el montante de dicho efecto y de la que debe responder aquella entidad, abonando su importe, frente a la persona con quien materialmente se relacionó o, en su caso —si la letra fue expedida en blanco—, frente a quien resulte ser formalmente librador de la misma tan pronto como haya sido hecho constar éste en el documento materializador de la letra de cambio.

**CONSIDERANDO:** Que tanto la doctrina científica como jurisprudencial han reconocido resueltamente la validez y eficacia de las denominadas letras en blanco, esto es, aquéllas que han sido expedidas por el librador o por el aceptante sin que esté completo el texto cambiario, con la condición, claro está, de que al tiempo de pretender su eficacia en juicio esté ya completada en cada una de las menciones necesarias para que pueda surtir efecto en juicio (sentencia del Tribunal Supremo de uno de mayo de 1952); y, así, bajo el imperio del principio general del respeto a la voluntad privada (artículo 1255 del Código Civil), debe reconocerse que “los contratantes están facultados para formalizar obligaciones de crédito mediante documento firmado por el deudor con el nombre del acreedor en blanco, porque una declaración de voluntad en esta forma constituida tiene el alcance de autorizar a la persona que la recibe, que por este solo hecho la acepta, para que pueda llenar el espacio en blanco con su propio nombre o con el de un tercero, facilitando así la transmisión del crédito sin los requisitos de la cesión; y ha de admitirse, como presunción “*iuris tantum*”, que en estos casos el deudor consiente por anticipado en obligarse con la persona que resulte titular del crédito, como si desde el primer momento hubiese sido el acreedor legítimo, y que renuncia a todas las excepciones que no sean las personales oponibles a este mismo titular” (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1943). Esta doctrina jurisprudencial está concorde con nuestro ordenamiento positivo, en ninguno de cuyos textos legales aparece prohibida la letra en blanco, con las orientaciones marcadas por la doctrina científica, que admite la validez de las obligaciones cambiarias asumidas cuando la letra estaba en blanco, y con la práctica comercial cotidiana, que se sirve de dicho procedimiento para dar una mayor fluidez y celeridad a las operaciones mercantiles: no existe, pues, ningún precepto que obligue a consignar los requisitos normativamente ordenados al mismo tiempo y por la misma persona, sino que es admisible la inobservancia de la denominada unidad de acto en la estampación de un efecto cambiario.

**CONSIDERANDO:** Que, aplicando los razonamientos precedentes al presente supuesto, el librado aceptó en blanco —al menos en cuanto a la indeterminación de la persona del librador— una letra de cambio cuyo origen se halla en una relación jurídica subyacente perfectamente concretada, que significó el trasvase de un valor del que aquél se benefició y que es por sí misma suficiente para permitir afirmar la concurrencia de una relación de provisión de fondos, por lo que decae la excepción esgrimida en tal sentido. El que deba abonar el importe de la letra a la misma persona con quien materialmente se relacionó o a un tercero desconocido para el aceptante es algo que no deja de tener un carácter accesorio e irrelevante porque lo realmente importante es la evidencia de la asunción de una obligación cambiaria que el propio aceptante debe soportar y cumplir como consecuencia de la existencia de una previa relación jurídica material (provisión de fondos). De no ser así, quedaría siempre privada de eficacia toda letra de cambio emitida sin especificación de la identidad del librador —en clara contradicción con la doctrina que sobre la letra en blanco aparece recogida por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales—, puesto que en los casos en que resulte ser librador una persona diferente de aquélla con quien se mantuvo la relación causal originaria no cabría hacer eficaz de ninguna manera la acción ejecutiva que todo efecto cambiario lleva inherente: ni podría ser ejercitada por el librador —porque pudiera oponérsele la excepción de falta de provi-

sión de fondos—, ni tampoco por la persona que materialmente se relacionó con el aceptante transmitiendo el valor en que se plasma la provisión de fondos, en tanto que no consta reflejada su presencia en la misma letra de cambio. La eficacia, pues, de toda cambial librada en blanco, siempre que quede acreditada una relación jurídica sustantiva que le dió origen, impone desestimar la excepción de improvisión de fondos aun cuando el librador sea persona distinta de aquélla con quien se relacionó el librado-aceptante. Y es éste el caso que ahora se ventila, so pena de entender que el efecto fue librado estando adornado desde el inicio de todas las menciones necesarias para producir efecto en juicio, en cuyo caso debe estimarse que el aceptante no tuvo inconveniente alguno para que fuera revestido de la condición de librador una persona diferente de la que intervino en la conclusión de la relación causal o subyacente, subsistiendo también en tal caso la relación de provisión con el aceptante. Así pues, en uno u otro caso se dan cuantos requisitos son precisos para la efectividad de la letra de cambio, incluyéndose desde luego el relativo a la provisión de fondos.

**CONSIDERANDO:** Que, procediendo modificar la sentencia apelada y estimar la demanda inicialmente interpuesta, debe ser variado el pronunciamiento relativo al pago de costas en primera instancia, a cuyo abono debe ser condenado el ejecutado por ser así imperativo; no haciendo especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en esta instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. G. F. G-L. en nombre y representación de D. L. F. S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Manacor en uno de abril de mil novecientos ochenta y dos, debemos revocar y la revocamos en su integridad; y, estimando la demanda inicialmente interpuesta por el mencionado Procurador en la representación indicada, debemos mandar y mandamos seguir la ejecución adelante, hasta hacer trance y remate de los bienes embargados al demandado y, con su importe cumplido pago al actor de la cantidad de TRESCIENTAS SETENTA Y SEIS MIL VEINTISEIS PESETAS de principal y MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESETAS por los gastos de protesto ocasionados por la cambial origen de los autos, intereses legales desde la fecha del protesto y al pago de las costas causadas en la instancia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las ocasionadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 181

**181. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falta de provisión de fondos. Es oponible a tercero de mala fé o que intervino directa o indirectamente en el contrato subyacente. Supone improvisión la no liberación pactada de gravámenes que afectan a la finca vendida. *Sentencia de 21 de septiembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el contenido de la oposición formulada en primera instan-

cia por los apelados y el de la impugnación deducida por el ejecutante contra el pronunciamiento estimatorio de aquélla; motivan que el tema de esta alzada esté formado por dos cuestiones: A) Oponibilidad de la falta de provisión de fondos al tomador de la cambial y B) Inexistencia de la provisión de fondos.

**CONSIDERANDO:** Que la resolución recurrida se fundamenta en una argumentación técnico-jurídica que esta Sala incorpora a la presente resolución como propia y cuya corrección no ha sido alterada por los razonamientos impugnativos en cuanto: *Primero.*— La inoponibilidad frente a tercero de las excepciones fundadas en las relaciones personales con el librador desaparece en los supuestos de actuación de mala fé o intervención directa o indirecta en el contrato causal, como expresamente lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de diciembre de 1964 recogida en la de 17 de enero de 1970 “por eso también esta Sala, ha tenido que declarar que si el tercero tenedor de la letra actuó con mala fé o intervino directa o indirectamente en el contrato causal subyacente, también a éste se le puede oponer con eficacia la excepción de falta de provisión de fondos”; *Segundo.*— La intervención del actor/tomador de la cambial en el contrato causal es conclusión que se impone desde el contenido de la estipulación contractual 2ª a, por cuanto al asumir la específica obligación de liberar al inmueble objeto del convenio de las cargas y gravámenes que le afectaban y para cuyo cumplimiento recibe una determinada cantidad de dinero —intervención cuya significación es independiente del quantum dinerario— se produce plenamente en la mecánica consumativa de la contratación como responsable del cumplimiento de una condición esencial pues afecta a la propia integridad del derecho dominical sobre el bien contratado; y *Tercero.*— La falta de provisión de fondos es la conclusión que corresponde a la acreditada no liberación total de las cargas y gravámenes que afectaban al inmueble objeto del contrato subyacente, por cuanto el contenido de la estipulación primera conforma una condición esencial de significación suficiente para entender no hecha la provisión de fondos cuando resulte incumplida, pues su potencialidad, conduce a que la ejecución de un gravamen no levantado genere la salida de la cosa del patrimonio del comprador, como hubiere sucedido en el supuesto litigioso, si este contratante no lo hubiera adquirido en pública subasta.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia motivo para hacer especial declaración sobre las costas de este grado jurisdiccional.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don G. T. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Ibiza en fecha de dos de marzo de mil novecientos ochenta y dos en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada. Dada la incomparecencia en esta alzada del demandado-apelado D. M. P. P., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 182

**182. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Lesiones por desprendimiento de un poste para la práctica del baloncesto en zona deportiva municipal. Incompetencia de jurisdicción. Competencia de la ordinaria. Examen del

régimen jurídico regulador de la materia. Inexistencia de defecto legal en la forma de proponer la demanda. *Sentencia de 22 de septiembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando este litigio sobre una hipótesis de responsabilidad extracontractual sustantivamente asentada en el artículo 1902 y demás concordantes del Código Civil, y aun habiéndose suscitado con carácter previo dos cuestiones de índole procesal —incompetencia de jurisdicción y defectuoso modo de proponer la demanda—, se hace necesario, como medio para centrar y delimitar adecuadamente el tema litigioso, sentar los presupuestos siguientes: a) el accidente acaecido, base de la reclamación ejercitada, se produjo en una zona verde situada exactamente frente al Centro Público (escuela) de Rafal Vell, en la que existen diversos módulos o elementos para la práctica de algunos deportes, entre ellos el del baloncesto, los cuales pertenecen al Ayuntamiento de Palma de Mallorca; b) en sesión celebrada el día 30 de septiembre de 1977, ese Ayuntamiento aprobó los pliegos de condiciones para ejecución de las obras de la zona verde de referencia y convocó la oportuna licitación para adjudicarlas mediante subasta que, una vez celebrada, lo fueron en virtud de acuerdo adoptado el día 20 de abril de 1978; en dicho pliego de condiciones se establecía, entre otros extremos, que serían construidos unos juegos para niños, entre los que fueron instalados unos postes para la práctica del baloncesto en las condiciones que se indicarán; c) durante la mañana del día once de mayo de 1980, cuando Juana Andreu Salvá, a la sazón de quince años de edad, estaba jugando con varias amigas en las cercanías de uno de esos postes de baloncesto, se desplomó éste cayendo sobre ella, siendo golpeada en su espalda por el aro y ocasionándole lesiones de gran consideración; d) ese poste se sustenta sobre una base rectangular móvil con cuatro puntos de apoyo y freno, debiendo tener colocados unos contrapesos constituidos por dados de hormigón situados sobre una parrilla existente en la parte posterior de su base, los cuales son aptos para contrarrestar los posibles esfuerzos producidos por el viento o por el juego sobre el aro; esos dados o contrapesos, en número de tres para cada poste, no están sujetos ni a la parrilla ni al suelo, por lo que es relativamente sencilla su retirada valiéndose de las dos asas que cada uno de ellos posee; e) como consecuencia del accidente narrado, la menor lesionada presenta un síndrome de sección medular que condiciona una paraplejía de carácter irreversible, precisando de una silla de ruedas y presentando incontinencia esfinteriana rectal y vesical y pérdida de la sensibilidad genital, de tal manera que, dada la condición irreversible de las lesiones padecidas, precisa de revisiones periódicas de las secuelas de esa lesión medular durante toda su vida, así como de la asistencia y ayuda prestada por otra persona igualmente por el resto de sus días; f) de acuerdo con el reconocimiento judicial practicado el día 15 de febrero de 1982, existen en la zona verde referenciada dos postes de baloncesto que “seguramente no son los mismos que los que estaban colocados el día de autos, pues a los existentes en la actualidad se les vé con una base rectangular completamente adheridos en sus cuatro extremos al suelo con tornillos, siendo por completo inamovibles por estar, como se ha dicho, sujetos y fijos en el firme del suelo”. Antes de entrar en el estudio de la cuestión sustantiva, conviene examinar los problemas procesales suscitados por la parte demandada, aludiendo en primer término al tema de la declinatoria de jurisdicción para después hacerlo respecto del defectuoso modo de formular la demanda.

CONSIDERANDO: Que, con independencia de la claridad y precisión con que haya sido formulada la excepción de incompetencia de jurisdicción (número primero del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al ser de orden público la cuestión de atribución de jurisdicción por razón de la materia, puede este Tribunal, sin incurrir en posible incongruencia, entrar a examinar esta cuestión (sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de siete de febrero de 1973 y de cinco de marzo de 1977). La parte demandada entiende que el problema litigioso debe ser conocido por la jurisdicción contencioso-administrativa y no por la ordinaria, fundamentada en que dicha parte —el Ayuntamiento de Palma de

Mallorca— es entidad de Derecho público y que la responsabilidad que le es exigida derivaría, en su caso, de su actuación dentro de la esfera administrativa, lejana por tanto del ámbito privado o civil en que se inserta la acción ejercitada. No son desconocidas las dificultades interpretativas suscitadas por las diversas disposiciones que inciden directamente sobre el tema discutido (así, los artículos 121 y 128 de la Ley de Expropiación Forzosa y el artículo 141 de su Reglamento, los artículos 405 y 406 de la Ley de Régimen Local, el artículo tercero, en su apartado b), de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y por las exégesis doctrinales y jurisprudenciales relativas al mismo, pero debe sentarse, de acuerdo con la doctrina más autorizada y con diversas resoluciones jurisprudenciales, que, disponiéndose en el apartado b) del artículo tercero de la normativa reguladora de la jurisdicción administrativa que conocerá ésta, entre otras cuestiones, de las que se suscitan sobre “la responsabilidad patrimonial de la Administración pública”, la sumisión a una u otra jurisdicción viene determinada en virtud de las varias posiciones que la Administración puede adoptar ante el Derecho o, lo que es lo mismo, el conocimiento de las causas corresponderá a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso-administrativa según el modo concreto de acción de la Administración, bien sea dentro del perímetro privado, bien sea dentro de la esfera pública. En efecto, la competencia de la jurisdicción ordinaria se da cuando el Estado —y los demás entes públicos, asimilados a él— actúe en relaciones de Derecho privado (artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), con arreglo a sus propias normas —derecho común— y como cualquier otro particular o sujeto de Derecho —esto es, como persona jurídico-privada—, “excepción a la regla general que la más autorizada doctrina restringe a los supuestos de gestión del patrimonio privado y de ejercicio de actividades industriales o mercantiles por la Administración, ordinariamente realizadas a través de entes dotados de propia personalidad” (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1982); si, por el contrario, su actuación se produjo usando de la posición de preponderancia en que la norma sitúa a la Administración en ciertos casos, será efectiva la aplicación del artículo tercero, apartado b), antes mencionado. Este precepto, por consiguiente, queda reducido a aquellos supuestos en que los entes públicos actúen sometidos su especial preceptiva —el Derecho administrativo— e investidos de las prerrogativas o atributo de poder que los caracterizan: cuando se ocasionan daños con motivo de una actuación de carácter administrativo, ejercitando las potestades públicas sujetas a la normativa administrativa, surge una responsabilidad cuyo conocimiento y resolución compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo expresa nuestra doctrina jurisprudencial, indicando que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa queda circunscrita “a los casos en que el daño se produzca con motivo de una actividad o servicio público, el cual, por su propia esencia, implica que se preste de una manera regular y continua, empleando un procedimiento especial para satisfacer una necesidad pública, directa e inmediata”, y añadiendo que están excluidas de esa consideración “las actividades que sólo de una manera esporádica, mediata o indirecta, contribuyen a la ejecución de una obra o prestación de un servicio público” y, en general, todas aquellas en que la Administración “actúe como persona jurídica privada al igual que cualquier particular, sin hallarse investida, consiguientemente, en el desarrollo de su actividad, de la prerrogativa o atributo de poder” (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1975). En definitiva, la pretensión resarcitoria deberá deducirse ante una u otra jurisdicción en atención a la normativa reguladora de la actividad que ocasionó el daño, es decir, en consideración a la forma de actuación administrativa, lo que no es sino consecuencia del doble concepto en que se manifiesta toda actuación administrativa: “uno, considerándolo en ejercicio de una función pública típicamente administrativa, y otro, obrando como persona jurídica, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones” (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1963).

**CONSIDERANDO:** Que en la determinación de la jurisdicción competente para resolver sobre el presente asunto litigioso cobran especial importancia tanto los hechos acaecidos como la naturaleza de la acción ejercitada y la persona contra quien se dirige (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1975 y de 5 de marzo de 1977, ésta última ya citada); y, a tal efecto, aparece suficientemente claro que, de un lado, se reprocha al Ayuntamiento demandado no haber adoptado la debida diligencia en relación con las con-

diciones de seguridad que debía reunir un poste de baloncesto instalado en un parque público, con lo que se favorecía enormemente la probabilidad de caer al suelo tan pronto como fueran retirados los contrapesos de hormigón meramente superpuestos a su base sin sujeción alguna, y, de otro lado, la acción ejercitada encuentra su fundamento jurídico en los artículos 1902, 1903 y demás concordantes del Código Civil, relativos a la responsabilidad extracontractual de un ente público que es demandado en cuanto propietario de ese bien concreto y en cuanto particularmente obligado a observar los expresados deberes de diligencia. Partiendo, pues, de las condiciones identificadoras de lo que en el presente juicio se ventila, es patente que lo ocurrido no puede tipificarse como materia administrativa (sentencia de 23 de octubre de 1975), sino que, como consecuencia de los términos en que se plantee la demanda, el fundamento de la misma y la invocación del artículo 1902 del Código civil, el pleito discurre dentro del ámbito adecuado al conocer la jurisdicción civil de una materia que claramente corresponde a la misma, en que la parte actora ha de probar tanto el hecho dañoso como el de ser debido a la negligencia de la parte demandada, de tal suerte que “no se trata, en suma, del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos, sino de la omisión de las medidas de seguridad cuya falta pone de manifiesto la negligencia de los que por sus funciones estaban obligados a adoptarlas” (sentencia de 18 de abril de 1977 y, en el mismo sentido, las de diez de octubre de 1972 y la ya referida de cinco de marzo de 1977). Cabe, pues, acudir a la jurisdicción ordinaria cuando la causa del daño haya radicado en un comportamiento positivo o negativo de índole extraadministrativa y desconectada como tal del servicio público (sentencia citada de 19 de febrero de 1982), de tal manera que si los perjuicios sobrevienen por imprevisión respecto de los propios bienes patrimoniales —como ocurre en el caso aquí discutido— es un tema de derecho puramente civil, de los expresamente aludidos por los artículos 405 al 407 de la Ley de Régimen Local, compatibles con los términos segundo de la Ley reguladora de la jurisdicción administrativa que dice que “no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria” (sentencia de tres de marzo de 1973 y las en ésta citadas). Por lo que, dadas estas claras consideraciones, y habida cuenta de que lo que ha de enjuiciarse no se centra en la actuación del Ayuntamiento en cuanto ante dotado de “auctoritas”, sino como persona que, como cualquier otro particular, estaba obligada a velar por la seguridad en el uso de sus propios bienes por parte de los ciudadanos —cuestión ésta de sabor marcadamente privado o civil—, debe concluirse desestimando la excepción de declinatoria o incompetencia de jurisdicción formulada.

**CONSIDERANDO:** Que, deducida excepción procesal sobre defectuoso modo de proponer la demanda (número sexto del artículo 533 de la Ley Procesal Civil), en relación con lo ordenado en el artículo 524 de la misma norma procesal, que exige claridad y precisión en la exposición de los hechos, fundamentos de derecho, lo que se pide, la persona contra quien se pide y, en su caso, la especificación de la acción ejercitada a efectos competenciales, y aduciéndose por la parte demandada que la demanda formulada adolece de inconcreción en su relación fáctica y fundamentación jurídica, lo que se traduce en un erróneo ejercicio de acción, no puede prosperar tal alegación, pues tanto el cuerpo de la demanda, en que se exponen con suficiente claridad los hechos acaecidos y los preceptos legales aplicables, como su suplico, en que se expresa con precisión que lo que se pretende es la oportuna indemnización como consecuencia de ciertas negligencias achacadas a la entidad demandada, reflejan indubitadamente la adecuada precisión y claridad requeridas por el aludido artículo 524, al que se refiere el número sexto del mencionado artículo 533, “y más en cuanto que lo proclamado por estos preceptos no hay que entenderlo con el rigor formal de una literalidad gramatical en las peticiones de las demandadas, proyectadas en sus súplicas, sino en el sentido de que éstas, adecuadamente coherentes con las remisiones que en ellas se hagan en las pretensiones consignadas en su exposición fáctica, con manifestación en fundamentación jurídica, pongan de relieve lo en definitiva reclamado, ya que el Derecho lo que impone son posibilidades reales y efectivas de conocimiento indubitado de lo que se reclama, y no especulaciones teóricas que no desvirtúen ese conocimiento” (sentencia de 28 de febrero de 1978). Pero es que, además, si, como aclara una reiterada doctrina jurisprudencial, en la súplica de la demanda es donde con claridad y precisión deben formularse las pretensiones objeto de la discusión, no cabe duda de que en la presente supuesto se cumplen adecuadamente tales requisitos, ya que por el actor se solicita

una indemnización de daños y perjuicios “derivados del accidente referido” que debe ser satisfecha por la parte demandada como responsable del mismo, por lo que “ha de entenderse que el actor fijó con suficiente claridad y precisión lo que pedía en su escrito de demanda, y, si bien es cierto que tal precisión no se extiende a los fundamentos de derecho... también lo es que, en virtud del principio “iura novit curia”, le hubiera bastado al actor con la simple cita del precepto del ordenamiento jurídico que entendía aplicable”, sin necesidad de prolijos razonamientos jurídicos de interpretación de normas (sentencia de 24 de mayo de 1982); siendo de reseñar, por último, que la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que se haga en la demanda de una norma legal, como por los hechos alegados y lo pedido en la súplica, no siendo preciso determinar la acción, bastando que se deduzca de la relación de hechos y fundamentos de derecho, sin que vincule al juzgador la calificación de las acciones que haga el litigante, pues aquél es competente para precisar en cada caso la utilizada, todo ello en virtud de los principios “iura novit curia” y “da mihi factum et dabo tibi ius” (sentencia de 12 de noviembre de 1982). Por todo lo cual es obvia la improcedencia de la excepción propugnada.

**CONSIDERANDO:** Que la muy conocida doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual, cuyos exponentes más cercanos se encuentran en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1980, 27 de abril de 1981 y 20 de diciembre de 1982, ha determinado un acercamiento a posiciones muy próximas a la de la responsabilidad objetiva, aunque desde luego sin completa abrogación del aspecto psíquico o culposo que siempre debe concurrir en mayor o menor medida y en atención al grado de exigibilidad de una mayor o menor diligencia en el causante de los daños, pero imponiendo una inversión en la carga probatoria (sentencia de esta Audiencia de 29 de abril de 1983), permite eludir cualquier razonamiento genérico sobre la misma y centrar el estudio en el concreto caso aquí discutido; y, a tal efecto, conviene puntualizar que: a) ninguna duda existe acerca de la concurrencia de cuantas condiciones son precisas para la operatividad del artículo 1902, pues es manifiesto que la conducta omisiva y negligente del demandado, a que inmediatamente se aludirá, determinó de manera eficiente la causación del resultado luctuoso cuya indemnización se pretende; b) la actuación de la entidad demandada no se ajustó a los patrones de diligencia que las particulares circunstancias concurrentes en el presente caso imponían: en efecto, la negligencia que cabe achacar a la demandada queda centrada, más que en posibles faltas en la vigilancia sobre el estado y funcionamiento de los elementos o aparatos destinados a la práctica deportiva, en el hecho de no haber adoptado desde un principio cuantas medidas de seguridad eran necesarias para evitar posibles accidentes de todo punto previsibles, pues aunque efectivamente cupiera pensar que el uso normal de aquellos elementos deportivos no debía deparar accidentes como el acaecido, no basta con servirse de meras presunciones de normalidad (previsibilidad media que se corresponde con una diligencia media), sino que, tratándose de una zona verde utilizable por cualquier persona, son precisamente estas circunstancias las que debían haber acrecentado el grado de diligencia de la entidad demandada y, consiguientemente, ampliado la esfera de posibles y previsibles sucesos lesivos, adoptando en consecuencia medidas de seguridad destinadas a evitar la producción del accidente como el ocurrido; y no cabe duda alguna de que, si así se hubiese hecho al tiempo del acondicionamiento deportivo de la mencionada zona verde, previéndose la posibilidad de que los contrapesos del poste de baloncesto, no sujetos a la parrilla sobre la que se posaban ni clavados ni fijados al suelo, pudiesen ser fácilmente retirados, cualquiera que fuese el fin perseguido con ello, el accidente no se hubiese producido, con lo que vuelve a resaltarse la conexión causal que media entre aquella negligencia y este resultado lesivo; c) lo acabado de indicar hace completamente inviables determinadas alegaciones de la entidad demandada, relativas al momento en que fueron retirados los contrapesos —antes o mientras jugaba la lesionada en las proximidades del poste de baloncesto caído—, porque está errado el enfoque de la cuestión: al margen de posibles imprudencias de terceros, desde luego desconocidos, y por encima de ellas, sobresale la del Ayuntamiento ya analizada, que es anterior en el tiempo y en la importancia a cualquier otra que, además, en manera alguna ha quedado demostrada; ni tiene validez ninguna el hecho de que el modelo de poste, al parecer debidamente patentado y homologado, sea de uso generalizado incluso en lugares abiertos, pues, aun cuando esto sea así, sólo se está predicando en unos términos abstractos

o generales desconectados de las particulares circunstancias de casos como el presente, en que el hecho de tratarse de una zona verde abierta a todo el mundo y susceptible por ende de ser sometida a las más variadas manipulaciones o manejos obligaba a emplear una mayor imaginación en la previsión de posibles accidentes, y esto ya debió hacerse o bien al tiempo de redactar y aprobar los pliegos de condiciones, o bien al tiempo de terminarse la construcción o colocación de los elementos deportivos, inspeccionando lo que había sido instalado, o bien incluso con posterioridad y como consecuencia de la labor de vigilancia y conservación de tales instalaciones, al haberse observado la facilidad o la frecuencia con que eran retirados los contrapesos: el no haberse actuado así ha determinado, pues, la causación de las lesiones de referencia; d) tampoco goza de virtualidad la pretendida deficiencia en la constitución de la relación procesal, puesto que, además de los vínculos de solidaridad pasiva que ligan a los presuntos responsables frente al accionante (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1903, 18 de febrero de 1967 y 15 de octubre de 1976, así como la de esta Audiencia de 19 de enero de 1983), que hacen innecesario demandar conjuntamente a todos los supuestos o posibles responsables del daño, es absolutamente inadmisibles una corresponsabilidad exigible al padre de la menor a título de culpa "in vigilando" y son, desde luego, tangenciales a los efectos de este pleito las posibles responsabilidades del contratista o fabricante de aquellos elementos deportivos, amén de que no parece tampoco factible hallar ninguna especie de responsabilidad en quienes dirigen una escuela que hay frente a la indicada zona verde, porque ninguna demostración fáctica ni jurídica se ha hecho aquí a este último efecto. La responsabilidad queda centrada, a los efectos de este litigio, en el Ayuntamiento demandado, el cual debe responder no sólo en virtud de lo prescrito en los artículos 1902 y 1903 y demás concordantes del Código Civil, sino también de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 405 y 406 de la Ley de Régimen Local, que establecen la responsabilidad civil directa de las entidades locales "cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos", sin culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o Agentes.

**CONSIDERANDO:** Que, en relación con la impugnación que de la sentencia de primera instancia hace la parte actora, en forma adherida a la apelación promovida por la entidad demandada, y que se centra tan sólo en el montante indemnizatorio, que estima insuficiente en atención a las gravísimas consecuencias que el accidente ha deparado a la menor de edad lesionada, procede estimarla parcialmente, aumentando el importe objeto de la indemnización que ahora queda cifrado en el total de nueve millones de pesetas, y ello porque, efectivamente, la gravedad de las lesiones, en sí mismas consideradas, afectan a la médula con carácter irreversible, y la de las secuelas, que exigen la presencia constante de una persona, bien sea familiar o un tercero, que preste atención para la realización de las necesidades vitales más elementales, así como la necesidad de constante o periódica atención médica, abligan a atender no sólo al resarcimiento por lo que actualmente se está sufriendo sino al de lo que está por venir, previéndose así las contingencias esperables y la depauperación que el costo de la vida ha de producir en esa indemnización. En suma, en aquella cantidad se comprenden cuantos conceptos, materiales y morales, presentes y futuros, están relacionados con las lesiones padecidas, procurándose así solventar o, cuando menos, aminorar la situación en que la lesionada se halla.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones suficientes para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas de esta instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones, de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor N. M., en nombre y representación del AYUNTAMIENTO DE PALMA, contra la sentencia de veintiocho de octubre del pasado año, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Palma, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que este rollo dimana y con estimación del recurso de apelación, interpuesto en forma adherida por el Procurador señor B. P. en nombre y representación de Don A. A. M., como padre y legal representante de su hija menor J. A. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia mencionada a excepción del mon-

tante indemnizatorio que, en lugar de cifrarse en seis millones de pesetas, queda fijado en la suma de nueve millones de pesetas, quedando idéntica aquella sentencia en lo restante. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia en la alzada de los demandados rebeldes, notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282, 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días, no se insta su notificación personal. Ponente: Carlos Climen Durán.

## 184

**184. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO.** Culpa exclusiva de la víctima. Maniobras de fortuna o emergencia. Estimación de la oposición como motivo de nulidad. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que para resolver la defensa articulada con carácter preferente por la Sociedad apelante es preciso fijar, a modo de premisas jurídicas, lo siguiente: *Primero.*- Que si bien es cierto que la apreciación de la culpa exclusiva de la víctima exige la prueba por parte del agente no sólo de su total ausencia de culpa o reprochabilidad, sino también de la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño, no lo es menos que esta doctrina no puede tener el alcance absoluto que le asigna la sentencia impugnada puesto que el sistema de cobertura del seguro obligatorio no descansa en una pura relación causalista u objetiva, sino en un esquema de responsabilidad “cuasi-objetiva” o de “responsabilidad atenuada”, que impone reconducir la precisión de esas maniobras evasivas a su verdadero ámbito, que no es otro, como esta Sala precisó en sentencia de 14 de diciembre de 1981 y 8 de febrero de 1982, “que el impuesto, con arreglo al artículo 1104 de 1 Código Civil, por las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar, pues entender lo contrario sería equivalente —con infracción así del sentido teleológico de la norma— a esterilizar el sistema y convertir en mera fórmula teórica la posibilidad defensiva de referencia”; *Segundo.*- Que para la realización de tales maniobras evasivas, cuya falta impide calificar como exclusiva la culpa de la víctima, es preciso, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 8 de febrero de 1982, “la temporaneidad de las mismas, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar la maniobra evasiva; lo que sucede tanto en los supuestos de previsibilidad concreta (peatón detenido en el centro de la calzada, vehículo situado en el centro y señalizando que va a cambiar de dirección, etc.) cuanto en los de peligro abstracto y posible, como pueden ser los indicados en el artículo 17 del Código de la Circulación...” y *Tercero.*- Que la culpa de la víctima exonera al agente cuando es único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causativo, pues por manifiesto ha de tenerse que en tal supuesto no autorizan la condena de otro precepto legal alguno, la equidad, ni la lógica (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1974, 12 de Abril de 1975 y 3 de Abril de 1979, entre otras).

CONSIDERANDO: Que analizado el material probatorio existente en la litis resultan acreditados los elementos fácticos siguientes: 1) La colisión se produjo entre la parte delantera del ciclomotor conducido por el actor y la parte trasera del turismo asegurado en

la compañía apelante; 2) En el momento de la colisión el turismo se hallaba detenido y a punto de reanudar su marcha; 3) Aquella maniobra de detención se había realizado, y ésta de reanudación de marcha iba a realizarse, en cumplimiento de las preceptivas señales luminosas existentes en el lugar de la colisión; 4) A la izquierda del carril ocupado por el turismo existen otros dos que permitían la circulación del ciclomotor. y 5) A la derecha del lugar ocupado por el turismo también existía un espacio, más estrecho que el anterior, que posibilitaba la circulación del ciclomotor.

**CONSIDERANDO:** Que el relato fáctico formado por los datos precedentes conduce a considerar, contrariamente a lo estimado por el Juzgador a quo, que la colisión se produjo por causa exclusiva de una acción culposa del perjudicado, pues ni cabe calificar como no culposa una conducción que ante la presencia de un vehículo detenido en la calzada omite la maniobra de su propia detención o alguna de carácter evasivo realizable por la izquierda o por la derecha de aquél, ni puede considerarse tal culpa como no exclusiva cuando la conducta del otro intermitente se ajusta plenamente a la normativa reguladora de la circulación y no lo es exigible maniobra alguna evasiva, de emergencia o de fortuna pues en la situación en que se hallaba no era previsible la colisión relatada ni temporalmente eran posibles tales maniobras dada la simultaneidad lógica entre el apercibimiento del riesgo y la realidad de éste.

**CONSIDERANDO:** Que ante la problemática de calificar la causa de oposición estimada, bien como excepción que propicia el fallo declaratorio de no haber lugar a dictar sentencia de remate (con obligatoria imposición de costas) o bien entre los motivos de nulidad contemplados en el artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala en sentencia de 6 de julio de 1979, 12 de mayo de 1980 y 8 de febrero de 1982 ha resuelto encuadrarle en el ordinal 2º del artículo 1467 citado (no ser exigible la cantidad) al reputar "que el artículo 18 del Texto refundido se limita a yuxtaponer este motivo de oposición a las excepciones propiamente dichas y motivos de nulidad, sin adscripción expresa a unas u otras, por lo que al ser la enumeración del artículo 1464 comprensiva de óbices procesales y medios extintivos o suspensivos de una relación obligatoria que se presupone existente, la inexigibilidad inicial parece mas adecuadamente cobijable como motivo de nulidad" (sentencia de 8 de febrero de 1982).

**CONSIDERANDO:** Que lo expuesto motiva la ausencia de expresa condena al pago de las costas de primera instancia al no estimarse temeridad en la ejecutante, pronunciamiento que igualmente corresponde, por razón de estimación del recurso, al pago de las costas de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad M. N. S.A. contra la sentencia dictada el veinticuatro de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Palma en el juicio ejecutivo de tráfico de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos esta resolución, y estimando la oposición formulada por la mencionada entidad apelante debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio ejecutivo promovido por el actor D. M. G. G. sin hacer especial declaración sobre las costas de ninguna de las dos instancias de este proceso. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 186

**186. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Deterioros en vivienda alquilada causados por tercera persona autorizada por la arrendataria para introducirse en ella. Obligaciones del arrendatario. Culpa "in vigilando" e "in eligendo". Fuerza mayor y caso fortuito. Estimación de la demanda. *Sentencia de 26 de septiembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que por el accionante, arrendador de una vivienda, se reclama la indemnización de los daños experimentados en el piso arrendado a la demandada, que importan un total de 362.950 pesetas, los cuales se produjeron como consecuencia de una explosión ocasionada por una tercera persona que, autorizada por la arrendataria para introducirse en dicha vivienda quien le prestó las llaves, y con el fin de suicidarse, seccionó el conducto del gas, lo que por sí mismo le causó la muerte, y posteriormente, dado que se había acumulado el gas en cantidad suficiente como para crear una atmósfera explosiva, hizo explosión, causando los referidos daños, probablemente debido a la ignición producida por la chispa que genera el contactor que cierra y abre el circuito eléctrico del grupo compresor del frigorífico. Partiendo del incumplimiento contractual propugnado en la sentencia apelada, frente al que se opone la parte demandada en virtud de las razones que se irán exponiendo, la normativa reguladora de la responsabilidad del arrendatario por los daños ocasionados en el objeto arrendado durante la vigencia del contrato, sustancialmente recogida en los artículos 1555, número segundo, 1563 y 1564 del Código Civil, se disciplina de la siguiente manera: A) Es principio general el recogido en el número segundo del artículo 1555, conforme al cual tiene el arrendatario, entre otras, las obligación de "usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado y, en defecto de pacto, al que se infiere de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra". Se impone así un deber de diligencia respecto del uso del objeto arrendado que se encauza, en términos generales, dentro de los principios de normalidad y de prudencia, de tal suerte que esa normal utilización permita también la obligación de restituir la cosa, al concluir el arriendo, "tal como la recibió" —presumiéndose por ministerio de la Ley que el arrendatario la recibió en buen estado, salvo prueba en contrato (artículo 1562)—, "salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable" (artículo 1561), pues de lo contrario surge la responsabilidad correlativa al inadecuado uso del objeto arrendado: "el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya" (artículo 1563, que es complementado por el 1568). B) Esa responsabilidad viene determinada, pues, por un dato objetivo: la pérdida o el deterioro de la cosa arrendada. Ambos términos expresan la diferente entidad o graduación de los daños sufridos en la cosa arrendada, bien sea la pérdida o destrucción total de la cosa, quedando ésta imposibilitada por completo para desempeñar cualquier función económica o jurídica, bien sea la pérdida parcial o menoscabos padecidos por la cosa, a excepción, claro está, de aquellas mermas o disminuciones padecidas por el mero transcurso del tiempo y que se reputan consustanciales al uso, no susceptibles de engendrar responsabilidad, y de las ocasionadas por caso fortuito a que inmediatamente se hará alusión. Pero el concepto normativo de "deterioro" no cabe reducirlo a esos pequeños daños producidos por el tiempo o por el ordenado uso, porque de lo contrario holgaría la referencia que a ese deterioro se contiene en el artículo 1563, al hallarse ya contemplado en el citado 1561: sino que se refiere a aquellos otros que, sin suponer la destrucción total de la cosa, son ocasionados por la falta de diligencia exigible al arrendatario, cuya responsabilidad sólo desaparece cuando se comprueba la concurrencia de una hipótesis de caso fortuito. Por consiguiente, la noción de "deterioro"

rioro" abarca cualquier daño o menoscabo sufrido en la cosa arrendada que ni comporte su destrucción total ni se integre dentro de aquellas pequeñas mermas que el tiempo o el uso diligente hayan podido producir. C) Dada la redacción del artículo 1563, antes transcrito, se muestra evidente la imposición normativa de una presunción de culpabilidad achacable en principio al arrendatario, la cual sólo queda sin efecto cuando pruebe éste que el daño se ocasionó sin su culpa, esto es, obedeciendo a causas fortuitas o a fuerza mayor. La doctrina jurisprudencial es unánime en tal aserto, reconociendo la plasmación legal de una presunción "iuris tantum" de culpa que exige para su destrucción una demostración en contrario (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1930, 20 de mayo de 1946, 5 de junio de 1961, 17 de mayo de 1967, 10 de marzo de 1971 y 9 de febrero de 1974), operándose en consecuencia una inversión en la carga de la prueba, que ha de ser soportada por el arrendatario (sentencias de 23 de marzo de 1953 y 23 de junio de 1956): se modela de nuevo, a estos concretos efectos, una objetivización de la responsabilidad que sólo decae cuando quede justificada la concurrencia de un supuesto fortuito; D) Aunque la responsabilidad por la pérdida o deterioro viene siempre atribuida al arrendatario, no es necesario que la causación del daño haya sido producida por éste, sino que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1564, "el arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa". Si bien una interpretación excesivamente literal, pegada al texto legal, podría inducir a estimar comprendidos en la dicción "personas de su casa" tan sólo a los familiares del arrendatario o a quienes sin serlo, viven habitualmente en la vivienda arrendada, no cabe sin embargo circunscribir esta esfera dentro de tan restringidos límites sino, atendiendo las razones y finalidad de esa disposición, ampliarla hasta el punto de comprender a todos aquéllos que mantienen algún vínculo (familiar, amistoso, laboral, etc.) con el arrendatario o, lo que es lo mismo, excluyendo a aquellos extraños que introducidos ilícitamente en la vivienda pudieren ser causantes de algún daño, lo que no impediría, en su caso, el juego de lo prescrito en los artículos 1902 y 1903 y demás concordantes del Código civil: en definitiva, la noción de "personas de su casa" admite en su seno a cualquier persona que se haya introducido en la vivienda arrendada con la autorización expresa o tácita del arrendatario, cualquiera que haya sido el motivo por el que esa autorización haya sido concedida. Esta exégesis encuentra su fundamento, ante todo, en la finalidad perseguida por el legislador con la promulgación del precepto que se analiza: lo que se pretende es conceder el arrendador la máxima seguridad de que ha de ver satisfechos todos aquellos deterioros o pérdidas que tengan su origen en el desarrollo del contrato de arrendamiento, y esa protección dispensada normativamente se realiza del mejor modo legitimándose para dirigirse en cualquier caso contra el arrendatario a fin de que abone los gastos producidos por tales menoscabos, incluso aun cuando no haya sido éste el que materialmente los haya ocasionado y quepa imputarlos a un habitual o accidental tercer ocupante de la vivienda, lo que, a su vez, no impedirá en ulterior litigio discernir, en su caso, a quién incumbe responsabilizarse de los daños causados, cuestión ésta que, como es obvio, es ajena al presente pleito y no es susceptible de ser examinada. Junto a esta finalidad normativa, cabe hallar —y así se indica con exactitud en la sentencia apelada— en la responsabilidad "in eligendo" y en la "in vigilando" un complemento idóneo para la ampliación de responsabilidad configurada en el artículo 1564, porque el hecho de autorizar a un tercero para que ocupe la vivienda fuera de la presencia del arrendatario o el de permitirle la estancia en su presencia no significa sino la asunción de un especial deber de diligencia en que el grado de exigibilidad se acentúa extraordinariamente hasta el extremo de casi objetivizar la responsabilidad (con la consiguiente inversión de la carga de la prueba), precisamente en aras de proteger los derechos del arrendador que no sólo ha transmitido al arrendatario el uso de la cosa sino también la confianza de que ha de usarla y conservarla con exquisita diligencia. Si el uso normal y cotidiano de la cosa arrendada se halla sujeto a las exigencias impuestas por la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1555, número segundo), ello no obsta para aumentar en gran medida esa exigencia cuando de daños —pérdida o deterioro— se trata, atendidas las razones expuestas, hasta el punto de exonerar de responsabilidad únicamente cuando el arrendatario demuestre que el daño ha sido ocasionado en virtud de caso fortuito o de fuerza mayor. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo al afirmar que el arrendatario "es responsable, según los artículos 1564, 1910 y 1903 del Código Civil, de los actos realizados por las personas que con su consentimiento se encuentren en su domicilio, por cuanto dicha situación otorga a éstos el carácter de mandatarios o gestores legales del arrendatario en lo que afec-

ta y se concluye en dicho local” (sentencia de 26 de Octubre de 1960). E) El caso fortuito o la fuerza mayor, antítesis de la culpa o negligencia, constituye, pues la única vía de exoneración de responsabilidad y, en virtud de la inversión operada en la carga de la prueba, debe ser el arrendatario quien demuestre haber acaecido tal evento, “no sólo por aplicación de la norma genérica que establece el artículo 1214 de la Ley Civil sustantiva mencionada, sino también por la específica contenida en el artículo 1183, en relación con el principio general del Derecho: *alegans casus fortuitus illum probare tenetur*” (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1974, y también las de 25 de junio de 1977 y de 18 de marzo de 1978). Aun cuando los conceptos de previsibilidad y evitabilidad que recoge el artículo 1105 del Código civil son teóricamente amplísimos y de límites imprecisos (sentencia de 9 de noviembre de 1949), están necesariamente vinculados y condicionados con el grado de diligencia que en cada supuesto concreto se debe prestar (sentencia de 11 de noviembre de 1982), de tal suerte que, si bien cabría admitir, en términos generales, la concurrencia de supuestos fortuitos en “aquellos hechos totalmente insólitos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que pueda calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar” (sentencia referida de 9 de noviembre de 1949), ello debe ser concretado y singularizado en cada caso atendiendo precisamente al grado de diligencia que la norma impone; de tal manera que la determinación del concepto de culpa o el de su antónimo caso fortuito, y el de sus límites, no es algo que, desde una perspectiva jurídico-privada, venga precisado por las nociones vulgares o corrientes, sino que muy al contrario queda delimitado en contemplación de la regulación normativa que del concepto de diligencia se haga en cada caso concreto, bien porque así haya sido explicitado en la norma, bien porque así resulte de su adecuada interpretación, sustituyéndose por tanto el concepto de diligencia ordinaria por el de diligencia normativa impuesto por la ley, que de ordinario incrementa el grado de exigencia en el celo o cuidado por las cosas y, por ende, en la esfera de previsibilidad y evitabilidad que debe ser objeto de la atención del particular interesado, a quien se le ordena que aumente el número de hipótesis posibles susceptibles de ser previstas. Se deriva de ello que, además del elemento objetivo que configura el caso fortuito (hecho insolito o extraordinario), y al lado de las exigencias de imprevisibilidad o inevitabilidad, insuperabilidad e irresistibilidad (sentencias de 18 de noviembre de 1980 y 13 de abril de 1982, así como las citadas en aquéllas), es necesario que la causa originadora del evento dañoso sea extraña e independiente de quien se apoya en él (sentencia de 19 de enero de 1972), esto es, que ninguna intervención haya tenido, activa o pasivamente, en la causación del daño. Como sea que en el caso que aquí se enjuicia la arrendataria autorizó a un tercero a que fuese a la vivienda arrendada y le prestó las llaves de la misma, es obvia su contribución causal en la producción de aquel resultado, de tal suerte que no cabe afirmar que éste le sea totalmente ajeno: si permitió la entrada de otra persona en su vivienda, asumió a partir de entonces frente al arrendador la responsabilidad respecto de cualquier daño que ésta pudiese ocasionar, quedando sólo exculpada en cuanto a aquellos daños que ni siquiera el arrendador hubiese podido impedir. Por todas las razones apuntadas procede confirmar íntegramente la sentencia apelada, con la salvedad que inmediatamente se indica.

**CONSIDERANDO:** Que, habiéndose constatado la existencia de un error en la designación de la persona demandada, no imputable desde luego al actor, y como sea que esa circunstancia ha determinado probablemente su falta de personación durante la primera instancia, haciéndolo a partir del instante en que le fue notificada, procede, en atención a estas contingencias que no son demostración concluyente de temeridad ni de mala fe, revocar el fallo apelado en cuanto el abono de costas. En cuanto a las causadas en esta instancia, procede, de acuerdo con el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo preceptuado en la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, y dadas las circunstancias expuestas, que permiten entender inexistente la concurrencia de temeridad o mala fé, no hacer pronunciamiento a tal respecto.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. A. C. en nombre y representación de D<sup>a</sup>. P. O. P. contra la sentencia

de veintitres de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de los de Palma debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente a excepción de la condena en costas de que fue objeto la parte demandada en dicha sentencia, las cuales serán satisfechas conforme a las reglas ordinarias, esto es, cada parte las propias y las comunes por mitad. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 194

**194. TERCERIA DE DOMINIO.** No es prueba del dominio del tercerista las facturas de compra y las garantías. Derecho Balear: interpretación del artº 3º de la Compilación. Condominio y fines esenciales del matrimonio. Posesión de bienes muebles: su subordinación a la posesión del inmueble en que estén instalados. *Sentencia de 5 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia desestimatoria de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa del deudor, aquí declarado en rebeldía, es apelada, reiterando la tercerista en esta segunda instancia, que los bienes embargados no son propiedad de su marido —como tales se trabaron—, sino de ella exclusivamente, tanto por haberlos adquirido la ahora apelante después de la celebración de su matrimonio, —presentó a tal efecto varias facturas y garantías de electrodomésticos extendidas a su nombre—, como por el hecho de ser de su exclusiva propiedad el piso donde se practicó el embargo, y además por regirse su matrimonio por el régimen económico de separación de bienes, ya que su esposo está sujeto al derecho foral mallorquin.

CONSIDERANDO: Que la tercería de dominio, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 18 de Mayo de 1978 y 3 de Marzo de 1980, viene a ser una acción reivindicatoria que sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres requisitos siguientes: a saber, el dominio del actor, identificación de la cosa reclamada, y posesión o detentación de la misma por el demandado; y al estar reconocidos estos dos últimos requisitos, queda por acreditar el primero: que los bienes embargados son de la exclusiva propiedad de la tercerista, pues por tal concepto se reclaman.

CONSIDERANDO: Que las dos facturas y las dos garantías de electrodomésticos presentadas con la demanda instauradora de esta litis, como justificantes de la titularidad dominical de la tercerista sobre los bienes que se reclaman —artículo 1537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, no son ratificadas ni confirmadas su autenticidad en autos, como tampoco se ha probado que el piso donde fueron embargados los bienes que se reivindican —muebles, electrodomésticos, aparato de televisión y equipo estereofónico—, fuese propiedad de la hoy tercerista apelante, pues no se aportó documento alguno ni se practicó prueba de ninguna clase sobre tal particular.

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente en el acto de la vista fundamentó esencialmente su pretensión revocatoria del fallo impugnado, en que al regirse su matrimonio

por el régimen de separación de bienes, imperante en esta región foral, al ser su marido de vecindad civil mallorquina, según se desprende de la partida de su matrimonio celebrado en Burgos el día 21 de Diciembre de 1971 con la aquí apelante (folio 88) y por aplicación del artículo 14 del Código Civil, los bienes embargados, objeto de esta litis, no se les puede atribuir la consideración de gananciales como lo hace el Juez "a quo".

**CONSIDERANDO:** Que el apartado segundo del artículo 3º de la Ley 5/1961, de 19 de Abril, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares, proclama que "A falta de contrato sobre bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos", y como la ausencia de capitulaciones matrimoniales es el supuesto normal en Mallorca —no consta que el de la tercerista sea una excepción—, el régimen de separación de bienes es el que impera en esta Isla, concorde con una tradición jurídica secular de esta tierra que se suele fundamentar en la influencia y aplicación del Derecho romano. No obstante, la parte apelante olvida que la eliminación de la presunción muciana en la Copilación balear, determinó sus sustitución en dicho Cuerpo legal por una presunción de copropiedad —artículo 3.3.—, similar a la del actual artículo 1362 del Código Civil, que no encaja técnicamente en el contexto de un régimen de absoluta —término empleado en el transcrito precepto— separación de bienes. Innovación que ha merecido severa y adversa crítica por parte de la doctrina foralista, dada la generalidad en que está redactada: "Pertencerán por mitad y por indiviso a ambos conyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno". Mas tal presunción hay que relacionarla necesariamente con la celebración de un matrimonio, con sus fines y las consiguientes obligaciones de los cónyuges, y con ello es de perfecta formulación, en cuanto su aplicación se circunscribe, como en el presente caso al ámbito del mobiliario de uso ordinario del hogar, supuesto en que pensaron los redactores de la Compilación al establecer la transcrita presunción de copropiedad. En efecto, y con referencia al caso que se contempla, es indudable que la adquisición de los muebles, electrodomesticos, televisor y sistema estereofónico ahora embargados y aquí reclamados, se verificó para la familia y en atención a la misma, en cumplimiento de los deberes que gravitan sobre el patrimonio de los cónyuges en cuanto al levantamiento de las cargas familiares, y no para que pasaran a integrarse en uno de los patrimonios privativos de los consortes. Amén que por aplicación de los principales posesorios de los artículos 448 y 464 del Código Civil, se estima que sobre tales bienes existe una copropiedad de ambos cónyuges, toda vez que como antes se expuso, la tercerista-apelante no ha aportado elemento probatorio alguno de que el piso donde se practicó el embargo sea de su propiedad. Si se tiene presente que dicha presunción de copropiedad es más una norma de índole procesal que un procepto sustantivo, ya que sólo entrará en juego cuando se disuelva el vínculo matrimonial o se suspenda la vida común por la oportuna resolución civil o eclesiástica y se proceda a la liquidación matrimonial del mismo, supuesto que no es el de autos, se llega a la conclusión de la improcedencia total de la reivindicación formulada por la tercerista y por ende a la confirmación del fallo desestimatorio recaído.

**CONSIDERANDO:** Que toda vez que sólo se ha personado una parte en esta segunda instancia, huelga hacer declaración especial respecto a las costas de este recurso.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. R. L. M., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintiseis de Noviembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio de tercera de dominio —trámite de mayor cuantía— de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Dada la rebeldía del demandado Don J. L. R. y la incomparecencia en esta segunda instancia del codemandado Don A. M. P., notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si en el término de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: Julio A. Llovet Alabau.

**198. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Acción indemnizatoria. Prescripción: interrupción mediante requerimiento notarial de mandatario verbal del perjudicado. Culpa in vigilando e in eligendo: solidaridad. Doctrina del T.S.- Cosa Juzgada: no la supone el fallo penal que predica la existencia del hecho. *Sentencia de 7 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el pronunciamiento parcialmente estimatorio de la pretensión indemnizatoria que la C. T. N. dedujo contra el demandado en ejercicio de la acción derivada del artículo 1903 del Código Civil ha sido impugnado: 1) Por el demandado, en base a los motivos de oposición formulados en la instancia: a) Prescripción de la acción; b) Defectuosa constitución de la relación jurídico procesal; c) Cosa juzgada; d) Culpa de la actora y 2) Por la demandante, en base a que la desestimación parcial del quantum indemnizatorio solicitado ha sido incorrectamente fundamentado.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de oposición formulado por la parte demandada debe desestimarse, como correctamente hizo el juzgador “a quo”, por ser inatendible la alegada ineficacia del requerimiento efectuado por Don J. M. V., pues que éste no acreditara documentalmente el encargo recibido de la C. T. en nada obsta a la constatación de la realidad de un mandato expreso, especial y verbal que revelando la voluntad conservativa de la actora impide se pueda imputar lealmente a ésta —máxime cuando el demandado admite en confesión judicial que siempre ha tenido al recurrente por delegado de la T. en Menorca— el abandono sustentador del instituto prescriptorio que, por no hallarse fundado en un principio de justicia intrínseca, debe ser objeto de una aplicación cautelosa y restrictiva, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 31 de enero y 9 de marzo de 1983.

CONSIDERANDO: Que igual suerte corresponde al segundo de los motivos impugnativos dado que: a) en los supuestos de culpa in vigilando o in eligendo existe entre los responsables por uno y otro concepto, la solidaridad consagrada por la doctrina científica como “solaridad impropia” (Sentencias del Tribunal Supremo 24-3-53, 14-2-64, 27-10-82, entre otras); b) es doctrina apoyada en el artículo 1144 del Código Civil y constantemente declarada por la jurisprudencia que existe solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo (Sentencias del Tribunal Supremo 28-10-72, 20-3-75, 3-1-79, 30-12-81 y 28-5-82, entre otras); y c) que tal vínculo de solidaridad excluye toda posibilidad de oponer y apreciar la existencia de situaciones litis-consorciales necesarias (Sentencias del Tribunal Supremo 16-3-71 y 28-5-82) como las invocadas como existentes entre el demandado propietario del camión, el conductor de éste y la compañía constructura.

CONSIDERANDO: Que para la inatendibilidad del tercer motivo de oposición es suficiente recordar que, como reiteradamente tiene declarado el tribunal Supremo, “fuera del supuesto previsto en el párrafo 1º del artículo 116 L.E.C.r. —declaración de que no existió— los Tribunales de lo Civil tienen facultades no solamente para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica” (sentencia del Tribunal Supremo 30-5-83 que a su vez recoge la doctrina proclamada por las sentencias de 4-2-43, 2-7-65, 3-5-67 y 20-1-70), por cuanto la responsabilidad penal derivada del delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposas o negligentes son especies jurídicas que, aunque expresivas de un mismo

principio y culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo cual, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil.

**CONSIDERANDO:** Que la desestimación del cuarto motivo de impugnación se impone como obligada conclusión desde el momento que la invocación culpabilista que lo estructura resulta inatendible tanto en la eficacia excluyente pretendida en primera instancia como en la compensatoria solicitada en ésta, pues además de no haberse acreditado el hecho fáctico en que se sustenta, ha quedado probado en el proceso la existencia de una serie de circunstancias —el vehículo circulaba con el volquete levantado; el conductor había circulado en distintas ocasiones por el mismo lugar; el cable era visible— que comporta, por un lado, la previsibilidad del daño, exigible como requisito esencial de la culpa extracontractual y obstativa al caso fortuito previsto en el artículo 1105 del Código Civil y, por otro, la actuación negligente del autor material del daño, requisito imprescindible para declarar la responsabilidad del empresario demandado.

**CONSIDERANDO:** Que el análisis del último motivo de impugnación debe iniciarse desde la precisión de los conceptos que, en el parecer de la actora han sido tratados incorrectamente en la resolución recurrida, y que son: a) la exclusión del importe de la mano de obra utilizada; b) la reducción de los gastos de transporte; c) la exclusión del concepto de dirección técnica y administración y d) la disminución del importe correspondiente al lucro cesante.

**CONSIDERANDO:** Que contrariamente a los razonamientos del juzgador “a quo” debe concederse la indemnización solicitada en la integridad de sus conceptos y cuantía en cuanto: 1º.- La utilización de mano de obra propia para un trabajo extraordinario supone la no utilización de la misma para los trabajos ordinarios con el consiguiente deterioro económico producido por el retraso de éstos; 2º.- En la sentencia recurrida se omite considerar que la reparación de lo dañado tuvo una duración de once días y que a todo concepto de “ida” corresponde el de “vuelta”; 3º.- La dirección técnica y administrativa es intervención exigida por la especialidad del servicio telefónico dañado y objeto de reparación y 4º.- El importe de 191.166 pesetas solicitado en base a los perjuicios derivados del no uso de la línea telefónica no ha sido calculado caprichosamente, como estima el juez “a quo”, sino en función, como consta en el dictamen pericial obrante a los folios 122 y 123, del conocimiento técnicamente cierto del tiempo medio de ocupación de la línea telefónica dañada, corregido por una serie de valores y coeficientes determinados en el dictamen referido.

**CONSIDERANDO:** Que lo anterior conduce a fijar como cuantía a que ascienden los daños y perjuicios, una vez deducida la de 4.166 pesetas, correspondiente al valor del material retirado, la de 512.405 pesetas que coincide con el quantum indemnizatorio pretendido en la demanda instauradora de la litis, motiva la íntegra estimación de ésta.

**CONSIDERANDO:** Que no procede hacer expresa declaración sobre las costas de la primera instancia ni, sobre las de ésta.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. M. P. y estimando el recurso de apelación interpuesto por la C. T. N. contra la sentencia dictada el quince de noviembre de mil novecientos ochenta y dos por el señor Juez de Primera instancia de Mahón en el juicio declarativo de mayor cuantía de que trae causa este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución y estimando íntegramente la demanda presentada por la mencionada Compañía T. debemos condenar y condenamos al demandado Don J. M. P. a que abone a aquélla la cantidad de (512.405 ptas.) quinientas doce mil cuatrocientas cinco pesetas en concepto de daños y perjuicios más los intereses legales correspondientes a la misma desde la fecha de presentación de la demanda, sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

**203. EJECUTIVO DE TRAFICO.** Culpa exclusiva de la víctima. No es óbice la no realización de maniobras de fortuna por el conductor demandado. Supuestos en que tales maniobras son exigibles. Exceso de velocidad: no resulta probado por un sedicente informe pericial fundado en declaraciones de una parte, datos estadísticos y testimonio de un solo testigo. Vía adecuada para hacer valer la excepción. Doctrina de la Sala. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que consentida por la entidad demandada la desestimación de su alegada falta de personalidad del actor, la temática de esta alzada está compuesta por las dos cuestiones siguientes: *Primera.* - Determinar si existe culpa exclusiva de la víctima; *Segunda.* - Caso positivo, establecer si la estimación de tal defensa debe situarse entre las que determinan el fallo declaratorio de no haber lugar a dictar sentencia de remate (con obligatoria imposición de costas) o entre los motivos de nulidad contemplados en el artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que el actor-apelante impugna la estimación del singular motivo defensivo recogido en los artículos 1 y 8 del Texto Refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, en base a estos dos motivos: 1) El conductor del vehículo asegurado no realizó maniobra de emergencia o de fortuna al objeto de evitar o aminorar el resultado lesivo producido y 2) Dicho conductor circulaba a una velocidad superior a la permitida.

CONSIDERANDO: Que como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 8-2-82, es necesario para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna: a) La temporaneidad de las mismas, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar tales maniobras; b) Que las circunstancias de lugar posibiliten su realización que vendría a alterar la normal y precedentemente correcta conducción por parte del agente y c) Que las mismas circunstancias no impidan la adopción de tales maniobras, cuando de adoptarlas pudiera seguirse un mal más grave, al ser obviamente aplicable al caso la doctrina del estado de necesidad, que no es exclusiva del derecho penal.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de lo precitado al caso litigioso no puede conducir a la desestimación de la defensa debatida, por cuanto un nuevo examen del material litisdecisorio muestra la imposibilidad temporal de realizar maniobra alguna dado que el giro del ciclomotor conducido por el causante del actor se produjo cuando el vehículo asegurado se hallaba a escasa distancia (dos o tres metros). Inmediatez que no permite la realización de maniobra alguna evasiva, de emergencia o de fortuna destinada a paliar —y no a evitar, en este caso—, los efectos de la colisión, dado que aquéllas necesitan un espacio temporal/tiempo para que se produzca la decisión mental y la acción correspondiente.

CONSIDERANDO: Que tampoco el invocado exceso de velocidad puede impedir la estimación del motivo defensivo, como correctamente razonó el juzgador a quo, dado que los medios de prueba aportados no logran su finalidad verificadora por cuanto: A) El denominado informe pericial —en rigor documento por no haberse sujetado al cauce proce-

dimental adecuado a tal medio probatorio— ha sido emitido, por una parte, en base a declaraciones de la parte actora y, por otra parte, sobre datos estadísticos y no obtenidos por medio de un previo análisis de la realidad; B) La percepción personal de un testigo no es medio idóneo para determinar un exceso de velocidad de 10 kilómetros por hora.

**CONSIDERANDO:** Que la segunda cuestión enunciada debe resolverse a favor de la tesis impugnativa como lo tiene declarado esta Sala al expresar en Sentencia de 8-2-82 “Que, una vez más, la peculiar naturaleza del proceso ejecutivo de tráfico, en el que el título es de producción automática obligatoria dictado por el juez penal, se plantea, a efectos de declaración de costas, la necesidad de “situar” la causa de oposición estimada, si entre las excepciones que propician el fallo declaratorio de no haber lugar a dictar sentencia de remate (con la obligatoria imposición de costas por vencimiento) o bien entre los motivos de nulidad contemplados en el artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, disyuntiva resuelta por esta Sala en las Sentencias 124/1979, de 6 de julio y 78/1979, de 6 de julio y 78/1980, de 12 de mayo, en el sentido de encuadrarla en el ordinal 2º del citado artículo 1467 (“no ser exigible la cantidad”), el reputar que el artículo 18 del texto refundido se limita a yuxtaponer este motivo de oposición a las excepciones propiamente dichas y motivos de nulidad, sin adscripción expresa a unas u otras, por lo que al ser la enumeración del artículo 1464 comprensiva de óbices procesales y medios extintivos o suspensivos de una relación obligatoria que se presupone existente, la inexigibilidad inicial parece más adecuadamente cobijable como motivo de nulidad solución además asistida de indudable fundamento de equidad y que por ello impone su adopción”.

**CONSIDERANDO:** Que al no estimarse obviamente temeridad en el actor no procede hacer expresa declaración sobre el pago de las costas de la primera instancia, ni dado el tenor de esta resolución, sobre las de esta alzada.

**FALLAMOS:** Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don J. Ll. V. contra la sentencia dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de los de Palma en el juicio ejecutivo de que este rollo dimana debemos, revocando en parte dicha resolución, declarar la nulidad del referido juicio ejecutivo promovido por el citado apelante, sin hacer expresa declaración sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 204

**204. SEPARACION MATRIMONIAL** Pensión compensatoria: requisitos para su concesión. Obsta a ella el que la postulante viviera con independencia desde que se produjo la ruptura de la convivencia, muy anterior, y la relación estable con varón lo que es causa extintiva de la acaso concedida e impositiva del nacimiento del derecho de ella. *Sentencia de 13 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que consentida por los litigantes la resolución de instancia en

cuanto decreta su separación matrimonial, la temática de esta alzada queda circunscrita a determinar si la actora tiene derecho a percibir la pensión indemnizatoria o compensatoria establecida por la normativa contenida en el artículo 97 del Código Civil —derecho negado por el demandado recurrente en vía adhesiva— y, en su caso, fijar su cuantía dada la disconformidad de la actora, recurrente principal, con la establecida por la resolución impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que la exposición que el juez o quo realiza en el segundo considerando de la sentencia recurrida sobre los caracteres de la pensión normada por el artículo 97 del Código Civil —exposición básicamente compartida por esta Sala— debe complementarse con las siguientes notas: e) el nivel de vida cuyo descenso constituye uno de los elementos necesarios para la declaración del derecho ha de haberse tenido durante el último período de normalidad matrimonial y b) el desequilibrio económico del cónyuge que reclama la pensión ha de existir en el momento y como consecuencia de la ruptura de la convivencia conyugal, sin que circunstancias o alteraciones posteriores puedan originar el derecho que se pretende.

**CONSIDERANDO:** Que son antecedentes fácticos esenciales a efectos resolutorios los siguientes: 1).- Los litigantes contrajeron matrimonio el 30 de septiembre de 1950; 2).- De dicha unión nacieron dos hijos: M. D., de 24 años de edad y F., fallecido; 3).- Desde 1961 la convivencia matrimonial se interrumpió sin que haya sido posible su reanudación (hecho concordado por los litigantes en los escritos principales del proceso); 4).- Durante tal período de tiempo cada litigante, mediante unión no matrimonial, estableció afectiva y económicamente su vida con independencia del otro y 5).- Durante dicho tiempo la actora no ha ejercitado acción alguna, cualquiera que fuera su naturaleza y fundamento, destinada a obtener prestación económica del demandado.

**CONSIDERANDO:** Que aplicada la doctrina expuesta anteriormente al supuesto fáctico conformado por los datos precitados no existe causa estimatoria de la pretensión impugnativa actora, pues la independencia económica y afectiva de que la esposa gozó después de la ya lejana ruptura de la convivencia conyugal es contraria al requisito temporal y causal exigible para la declaración del derecho a percibir una pensión indemnizatoria. Conclusión negativa que igualmente se obtendría atendiendo a la estable relación marital mantenida por la actora con otro hombre desde 1961 —unión de la que nació un hijo como ha quedado acreditado plenamente— pues considerada normativamente (artículo 101 de Código Civil) tal relación como causa de extinción de la pensión concedida es clara su condición impositiva del nacimiento del derecho al percibo de la misma.

**CONSIDERANDO:** Que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta instancia.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. M. A. C. y estimando el de igual clase y carácter adhesivo formulado por Don F. M. C. contra la sentencia dictada el veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, en el proceso matrimonial de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos esta resolución en el sentido de declarar que la actora no tiene derecho a percibir la pensión regulada por el artículo 97 del Código Civil.

Se confirma el resto de la resolución recurrida y no se hace especial declaración sobre el pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 207

**207. DIVORCIO.** Pensión alimenticia a favor de los hijos al cuidado de la madre. Actividad laboral de la misma. Necesidad de que la pensión compense las atenciones de que por causa de su ocupación la madre no puede dispensar a aquellos. Pensión compensatoria. Improcedencia. *Sentencia de 20 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el objeto de esta alzada queda exclusivamente centrado en la revisión de la cuantía de la pensión alimenticia en la sentencia de instancia en favor de los hijos del matrimonio (artículo 93 del Código Civil), así como en la dilucidación de la procedencia —y, en su caso, el importe— de la pensión compensatoria recogida en el artículo 97 del mencionado Código. En cuanto al primer extremo, y haciendo propios los claros razonamientos expuestos en la resolución recurrida sobre este particular, conviene no obstante puntualizar lo siguiente: a) el marido, en efecto, mantiene —a la vista de los elementos probatorios obrantes en autos— un ritmo de vida que denota con suficiente claridad que sus ingresos o percepciones laborales son muy superiores a lo que realmente consta acreditado; b) los dos hijos del matrimonio, nacidos durante 1976 y 1978, conllevan unos gastos que aumentan progresivamente con la edad y que, dado el estado social en que se desenvuelven, precisan de unas atenciones difícilmente soportables con la señalada pensión; c) si la esposa desarrolla una actividad laboral, al igual que hacía antes de producirse la ruptura matrimonial —y ello, como ha de verse, impide la concesión de la pensión compensatoria reclamada—, es obvia la necesidad de suplir económicamente las atenciones que, en caso de no trabajar, hubiere ella misma dispensado a sus hijos. Son estas razones que, unidas a las recogidas en la sentencia apelada, presentan una fuerte consistencia como para elevar el montante de la pensión alimenticia que se otorga en favor sólo de los hijos del matrimonio hasta la suma de 40.000 pesetas mensuales. En cuanto al segundo de los extremos, el relativo a la pensión compensatoria, no se hace procedente la concesión de cantidad ninguna, toda vez que no se ha probado ningún desequilibrio experimentado por la esposa a raíz de la ruptura matrimonial: si ésta sigue trabajando, sin que el fracaso matrimonial haya incidido en manera alguna en su actividad laboral, y no consta que se haya producido mutación sustancial alguna en su patrimonio, ni en sus ingresos ni en sus expectativas, siendo parejas las situaciones anterior y posterior a la separación matrimonial, no existe ninguna razón consistente para otorgar la pensión postulada, por lo que debe ser confirmada en este extremo la resolución impugnada.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta alzada.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con parcial estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor C. P. en nombre y representación de D<sup>a</sup>. M. A. T., contra la sentencia de veinticuatro de Enero del corriente año, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente a excepción del montante de la pensión alimenticia decretada, que deberá ser de cuarenta mil pesetas (40.000 ptas.) mensuales, manteniéndose idénticos los restantes pronunciamientos contenidos en dicha sentencia. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

**210. ARRENDAMIENTOS URBANOS.** Subarriendo, cesión o traspaso. Doctrina del T.S. sobre régimen de carga de la prueba. Alegación de que el tercero se ha introducido en el local merced a un contrato de trabajo probado documentalmente. Necesidad de probar que tal documentación no es simulada. La presunción que surge de dicho contrato cede ante la de traspaso cesión o subarriendo. Estudio de la prueba y estimación de la demanda. *Sentencia de 24 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la acción ejercitada por la arrendadora tiene como objeto la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por la introducción de un tercero en el local arrendado sin el cumplimiento de la normativa aplicable a tal evento (artículo 114, número segundo, de la Ley de Arrendamientos urbanos), y frente a ello ha sido aducida por el arrendatario la existencia de una relación laboral entre él y el tercero presuntamente introducido, que hace ineficaz la acción ejercitada y mantiene inalterada la relación locativa. Es conveniente, para una más completa delimitación de lo discutido, partir de los siguientes hechos, que se reputan debidamente demostrados a tenor de los elementos probatorios aportados: a) arrendadora y arrendatario suscribieron el contrato de referencia, en una de cuyas cláusulas se pactó expresamente la prohibición de subarrendar o ceder a terceros el local arrendado; b) habiéndole surgido al arrendatario la posibilidad de desempeñar un trabajo de temporada en otra localidad, cosa que aceptó, mantuvo conversaciones con una tercera persona con el objeto de que fuese ésta quien se hiciese cargo del negocio de bodega desarrollado en el referido local, y con tal fin, y con la intervención de un abogado que se encargó de hacer las gestiones oportunas y de enfocar técnicamente los deseos de aquéllos, suscribieron un contrato de trabajo temporal en el que, entre otras cosas, además del salario pactado, se hizo constar que habría liquidación diaria de la caja con el empresario-arrendatario y, en su defecto, con su esposa, previéndose un libro de liquidaciones en que se firmaría diariamente la conformidad de ambos con la liquidación realizada, y conviniéndose también que el trabajador se haría cargo del dinero para proceder a su ingreso o para hacer frente a los pagos que surgiesen, liquidándose por este concepto entre las partes cada vez que lo estimasen conveniente; c) el arrendatario ha efectuado los abonos a la Seguridad Social que, con motivo de este contrato, se han devengado durante tres mensualidades y hasta que finalizó esa relación laboral, y asimismo ha satisfecho los gastos de mantenimiento del local (agua, gas y electricidad, impuestos y contribuciones, etc.); d) el tercero introducido en el local ha venido pagando diariamente la cantidad de 5.000 pesetas al arrendatario, a la finalización de la jornada y después de firmar en el mencionado libro de liquidaciones, siendo la esposa de aquél la que materialmente ha efectuado tales menesteres de firma y de cobro; el resto de la caja del día ha quedado en poder del tercero de referencia, ignorándose las cantidades reales por él manejadas y no constando si se practicó alguna liquidación por tales conceptos; tampoco aparece referencia ninguna al modo como era llevada la adquisición de mercancías ni, en general, a todo lo relacionado con este extremo; e) como consecuencia de discordancias habidas entre el arrendatario y el referido tercero, se produjo un serio altercado que desembocó en la finalización de aquella relación laboral y en la instrucción de diligencias penales que, al parecer, continúan en tramitación; fruto de ello fue el requerimiento notarial inmediatamente practicado a instancia de la arrendadora y dirigido al tercero —que a la sazón continúa ocupando el local arrendado— en que éste manifestó hallarse allí en concepto de realquilado y abonar las 5.000 pesetas diarias ya mencionadas.

**CONSIDERANDO:** Que es doctrina jurisprudencial conocida la que, partiendo de que son requisitos para la eficacia del número segundo del artículo 114 de la vigente normativa arrendatía el que se produzca una sustitución en el uso o goce de la cosa arrendada y que ella se verifique incumpliendo los requisitos necesarios para su validez (sentencias de 13 de mayo de 1955 y de 11 de diciembre de 1975), reconoce que en materia subarrendatía se dan unas particulares circunstancias que propician, en evitación de la resolución contractual inicial, la ocultación o disimulación de la relación sublocativa, y precisamente atendiendo a tal circunstancia —a la dificultad probatoria con que se encuentra el arrendador— se admite que la probanza de esa relación encubierta no sea efectuada de una manera circunstanciada y exhaustiva ni, desde luego, se extiende a precisar si constituye una cesión, un traspaso o un subarriendo (sentencias de 24 de marzo de 1953, 4 de marzo de 1955 y 18 de diciembre de 1959), sino que, lejos de precisiones probatorias y calificaciones jurídicas casi imposibles de realizar, basta con demostrar la presencia de un tercero en el local arrendado para que sea operativa la presunción de que se ha introducido indebida o ilegalmente un tercero ajeno a la relación arrendatía (sentencias de 14 y 19 de enero de 1952, 25 de mayo de 1954, 10 de marzo y 19 de octubre de 1955, 29 de marzo de 1958, 7 de diciembre de 1959, 3 de mayo de 1961, 16 de noviembre de 1962 y 29 de febrero de 1972), ocasionándose así una inversión en la carga probatoria que obliga al arrendatario a demostrar que la estancia de ese tercero obedece a causas justificadas (sentencias de 22 de junio de 1971 y 30 de mayo de 1972).

**CONSIDERANDO:** Que, frente a la presunción de ilegal introducción de un tercero en el local arrendado, opone el arrendatario como hecho obstativo la vigencia de una relación laboral mediante entre aquél y éste, acreditándolo formalmente en virtud del contrato temporal de trabajo por ellos suscrito y por el efectivo abono de las cuotas de la seguridad social, satisfechas por el arrendatario como empresario del negocio en que interviene dicho tercero en condición de trabajador asalariado. No obstante, aunque una aducción tal sea susceptible —por sí misma, apriorísticamente y sin ninguna otra consideración— de enervar la pretensión resolutoria, es necesario, además de la aportación de los justificantes de la relación jurídica laboral, ordinariamente documentales, demostrar que se corresponden con la realidad, es decir, que existe una perfecta concordancia entre lo escrito y lo vivido o, en otras palabras, que los documentos y demás elementos probatorios son un vivo reflejo de la realidad. Bien es cierto que esta correlación entre documento y realidad suele apreciarse casi automáticamente en una gran generalidad de casos, operándose pues una presunción de concordancia con la realidad, pero ello cede frente a hipótesis en que concurre una presunción contraria que, por ministerio de la ley o merced a la doctrina jurisprudencial, goza de mayor fuerza: la presunción de introducción ilegal de un tercero en el local arrendado es eficaz mientras no quede materialmente demostrado que ello está justificado, y esto desde luego no ocurre con la mera suscripción formal de un contrato de trabajo, sino que se hace preciso demostrar precisa y detalladamente el real funcionamiento o desenvolvimiento de esa relación laboral en cada uno de sus aspectos o matices, hasta el punto de que no quede ningún resquicio o asomo para la duda. No sostener esta afirmación conduciría a otorgar prevalencia al aspecto formal de las relaciones jurídicas sobre su aspecto material y, en consecuencia, a desvirtuar la presunción normativa aludida que, de esta manera, devendría ineficaz: si lo jurídico ha de estar enfocado hacia lo real, se hace preciso que la presunción normativa de una realidad sólo pueda ser destruida por la constatación de otra realidad distinta, y no con meros elementos probatorios de índole formal no contrastados con lo realmente hecho o vivido. Por consiguiente, el ángulo desde el que debe ser estudiada la cuestión litigiosa no se halla en la antítesis entre presunción normativa de introducción ilegal y existencia de relación laboral obstativa, sino entre ésta y el concepto de disimulación de subarriendo: se hace preciso examinar, en consecuencia, la realidad de dicha relación laboral y si se corresponde ésta con las relaciones realmente habidas entre quienes en ella están implicados, pues sólo demostrándose esa correlación puede ser eficaz el hecho impositivo aducido por el arrendatario.

**CONSIDERANDO:** Que no puede prosperar la pretensión del arrendatario al no quedar probada la realidad de la relación laboral por él propugnada, ya que, si bien consta la efectiva suscripción de un contrato de trabajo y el abono correspondiente a la seguridad social, han quedado indemostrados dos aspectos esenciales para que efectivamente esa rela-

ción pueda ser reputada como laboral. En efecto: A) No consta en modo alguno que fuese el arrendatario quien dirigiese el negocio de bodega como si fuese empresario: la casi permanente ausencia de éste y la delegación en su esposa —quien al parecer se limitaba a recoger materialmente la cantidad diaria estipulada—, así como los plenos poderes conferidos al tercero para adquirir mercancías y efectuar pagos, sin ningún control o fiscalización que esté demostrado, evidencian que quien formalmente aparece como mero empleado ostenta facultades que excedan de su cometido normal, pues el arrendatario no ha aportado justificación ninguna escrita de las adquisiciones o pagos realizados, como correspondería si es que hubiese dirigido personal y eficazmente su negocio. B) La percepción de 5.000 pesetas diarias sin control ninguno sobre el total diario ingresado, y la dejación del resto obtenido, cuyo montante real es desconocido, en manos del tercero para atender unos gastos también desconocidos y desde luego no controlados por el arrendatario, evidencian que aquél, lejos de ser retribuido en virtud de salario —tampoco consta el efectivo pago de los salarios pactados—, participaba en todos los beneficios a salvo de las mencionadas 5.000 pesetas más los gastos mismos del negocio. La combinación de todos estos elementos permite afirmar que lo acordado entre los interesados fue una relación subarrendaticia con diversos elementos asociativos, ocultada por una fingida de orden laboral.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

**VISTOS:** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor Don J. C. P. en nombre y representación de Don J. M. T. R. contra la sentencia de dos de febrero de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la rebeldía del demandado Don A. G. M., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 211

**211. DIVORCIO.** Pensión compensatoria. Factores a tener en cuenta para su concesión. *Sentencia de 27 de octubre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, estando centrado el objeto de esta impugnación en la regulación de la vertiente económica derivada de divorcio (pensiones alimenticia y compensatoria de los artículos 93 y 97 del Código civil), ha de notarse, ante todo, que el matrimonio, como institución jurídica peculiar y compleja, caracterizada por un entramado de relaciones e intereses personales, sociales y económicos que se desenvuelven durante su existencia, proyecta sus efectos de toda índole más allá del período de su vigencia y, en caso de haber sido disuelto (artículo 85 del citado Código), exige una adecuada ordenación del

estado de cosas anterior: aunque el divorcio significa la disolución o terminación del matrimonio, dejando de estar sujeto a la normativa ordinaria aplicable a un estado matrimonial normal, no por ello dejan de subsistir numerosas situaciones humanas o económicas que exigen una adecuada solución atemperada al nuevo estado de cosas. Es obvio que la situación posterior a la disolución matrimonial está fuertemente condicionada por cuanto ha sucedido durante la vigencia del estado matrimonial y, consiguientemente, todo esto ha de repercutir decisivamente en la conformación de esa ulterior situación: el entramado de actividades, prestaciones, aportaciones y contribuciones de cualquier naturaleza efectuadas por los cónyuges ha de ser —en la medida de lo posible, habida cuenta la dificultad probatoria en una materia en que la buena fe ha solido presidir su desarrollo— inventariada y compensada, procurándose la mejor aproximación a una solución justa y equitativa dado que, en la mayor parte de los casos, deben ser cuantificados elementos de naturaleza muy diversa y difícilmente mensurables. Nuestro ordenamiento jurídico (artículo 97 del Código civil) parte, como medio de acercarse a esa determinación, de los elementos objetivos proporcionados por el estado de cosas existentes al tiempo de la separación o del divorcio, y exige, además del obvio requisito de que se haya producido una separación o un divorcio, que uno de los cónyuges —el reclamante— se encuentra en una situación económica inferior a la mantenida durante la subsistencia del matrimonio, jugando así la norma con términos comparativos temporales; pero impone además —acumulándose al anterior requisito— que quien reclama se halle en una situación económica también inferior a la del otro cónyuge, lo que significa el juego de términos comparativos personales: sólo la combinación de ambas condiciones comparativas —temporal y personal— ha de permitir la obtención de la pensión compensatoria o indemnizatoria normativamente prevista. Para la concreción de la cuantía de la compensación económica se acoge nuestro ordenamiento a elementos de muy diversa naturaleza que cabe reconducir, bajo un criterio de orden temporal, a aquéllos que están referidos a actos y hechos ocurridos durante el matrimonio y a aquéllos otros que, condicionados por la anterior existencia del matrimonio, tienen una proyección de futuro: entre los primeros aparecen mencionados, a modo de ejemplo, los acuerdos anteriores de los cónyuges, la dedicación pasada a la familia, la colaboración laboral en las actividades del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal (números 1º, 4º, 5º y 6º); entre los segundos, la edad y estado de salud del reclamante, la cualificación profesional y las probabilidades de acceder a un empleo, la dedicación futura a la familia, la eventual pérdida de un derecho de pensión (números 2º, 3º, 4º y 7º). Así pues, los criterios normativos se acogen a una concepción que ve en el matrimonio una institución jurídica con unos rasgos muy característicos, entre los que tanto su duración prolongada en el tiempo como la incidencia de factores de la más diversa índole, tanto económicos y sociales como humanos y psicológicos, así como la contemplación de los frutos humanos que es susceptible de producir —y que gozan de preferente y particular protección—, constituyen aspectos que no terminan tajantemente al tiempo de decretarse la separación o el divorcio, sino que se prolongan en el tiempo indefinidamente y deben ser objeto de regulación a falta de acuerdo entre los interesados. Aquellos datos objetivos contemporáneos a la terminación de la relación matrimonial (empeoramiento temporal y personal), y los anteriores y posteriores a esa finalización deben siempre atender, y están decisivamente condicionados, por las posibilidades económicas de quien debe prestar la pensión compensatoria y por las necesidades de quien debe recibirla (número 8º del artículo 97), convirtiéndose así éste en elemento fundamental y preferente para cuantificar el montante de la pensión a conceder.

**CONSIDERANDO:** Que, haciendo aplicación al presente caso de cuanto acaba de señalarse, aparecen suficientemente claras las necesidades de la esposa reclamante, madre de tres hijos de 14, 12 y 10 años de edad, quien ha prestado y ha de prestar todos los cuidados y atenciones a los mismos; así como las posibilidades económicas del marido, quien obtiene amplios ingresos por razón de su trabajo, superando con amplio margen los seis millones de pesetas líquidas, amén de tener la propiedad de algún inmueble y otros costosos aparatos médicos. Aun cuando hubo dos pactos conyugales, suscritos con anterioridad al divorcio ahora decretado, con motivo de haber acordado su separación, habiéndose fijado de comun acuerdo la cantidad de 60.000 pesetas para cubrir las necesidades de la esposa e hijos (acuerdos suscritos en 1978 y 1979, éste homologado en la sentencia canónica de separación), y aunque por el esposo se reclama el estricto cumplimiento de lo así

pactado, aumentándose proporcionalmente la cantidad convenida con los aumentos porcentuales habidos en sus ingresos, lo que significaría cifrar la pensión a conceder en la cantidad de unas 90.000 pesetas mensuales, frente a las 105.000 pesetas concedidas en la sentencia de primer grado (60.000 pesetas para los hijos en concepto de pensión alimenticia —artículo 93— y 45.000 pesetas para la esposa en concepto de pensión compensatoria —artículo 97—), es lo cierto que tales pactos no son en modo alguno vinculantes sino que, de acuerdo con el número primero del citado artículo 97, constituye un elemento más de enjuiciamiento sin valor vinculante ninguno y tan sólo meramente orientativo en relación con los restantes enumerado en él, sea estimado por el juzgador como condicionante del importe de la pensión a su libre y entera discrecionalidad. Tales pactos se muestran indudablemente como un elemento de juicio de considerable importancia, pero los elementos probatorios traídos a los autos, apreciados en su conjunto, denotan la insuficiencia probable de esas cantidades para subvenir a los gastos ordinarios, dado el estado y nivel de vida de los cónyuges, por lo que deben ser incrementados hasta el límite señalado en la sentencia de instancia, y además el esposo habrá de abonar los gastos educativos ordinarios de sus hijos, ya que de lo contrario haría parcialmente ilusoria la pensión así asignada. Por consiguiente, ha de mantenerse la pensión alimenticia de los hijos en la cantidad de 60.000 pesetas más los gastos de colegio de los tres hijos, así como la pensión de 45.000 pesetas mensuales en favor de la esposa.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador señor S. en nombre y representación de Don R. R. L. y con parcial estimación del recurso de apelación promovido por el Procurador señor B. en nombre y representación de Doña G. R. P., contra la sentencia de veintitres de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos, debiendo abonar el esposo las cantidades allí señaladas más los gastos de escolarización de sus tres hijos. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 219

**219. JUICIO EJECUTIVO.** Póliza de préstamo. Legitimación activa del fiador que paga por el deudor principal. Acciones que le asisten: de reembolso, en base a la fianza, y subrogatoria, a partir de la relación acreedor originario-deudor principal. Acción ejecutiva cuando se utiliza la segunda posibilidad. *Sentencia de 2 de octubre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, versando la cuestión litigiosa sobre, la legitimación de la

parte ejecutante para valerse de la acción ejecutiva derivada de una póliza bancaria de préstamo y crédito, la cual es ejercitada por quien inicialmente se constituyó en fiador del deudor principal y que, como consecuencia de haber satisfecho en lugar de ésta el importe de la operación crediticia, ha accionado situándose en la posición del originario acreedor, se suscitan posiciones encontradas que en sustancia se fundamentan, de un lado, en lo dispuesto en los artículos 1838 y 1839 del Código Civil —reguladores de las denominadas acciones de reembolso y de subrogación— y, de otro, en consideraciones jurídico-formales derivadas de una estricta y literal interpretación de lo prevenido en el número sexto del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento civil, previo el deslinde entre aspectos sustantivos y procesales y la estimación de que aquella posible subrogación tan solo se extiende a la vertiente sustantiva de los derechos.

**CONSIDERANDO:** Que el pago realizado por un fiador, sustituyendo al deudor en el cumplimiento de su obligación principal, engendra una doble vía para resarcirse del importe satisfecho: las acciones de reembolso y de subrogación que se regulan, respectivamente, en los artículos 1838 y 1839 del Código civil (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1972 y 14 de noviembre de 1981). Como consecuencia del pago efectuado, y examinada la cuestión desde la perspectiva del deudor principal, se produce una mutación de los términos personales de la relación jurídica, permaneciendo semejante al resto: la relación obligacional se da entonces entre el deudor principal y el nuevo acreedor —antes fiador—; y éste, teniendo un indudable derecho a ser reintegrado en su patrimonio, puede servirse o bien de la relación contractual interna mantenida con el deudor principal en virtud del contrato de garantía que es la fianza (acción de reembolso) o bien de la relación contractual externa habida entre acreedor originario y deudor principal —de la que inicialmente era ajeno el mismo fiador— que, como consecuencia de su pago, ha devenido en propia por el mecanismo de la sustitución personal (acción subrogatoria). El fiador —convertido ahora en acreedor del deudor originariamente garantizado por él— puede decidirse libremente por una u otra relación jurídica: si opta por el conducto del reembolso, deberá estar a lo acordado particularmente con el deudor principal al tiempo de constituirse la fianza; si se acoge a la relación jurídica principal, se subroga “En todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor” (artículo 1839) y, por lo tanto, si el acreedor originario estaba investido de la potestad de utilizar la acción ejecutiva, ha de entenderse que asimismo estará facultado el nuevo acreedor, situado en la posición de aquél, para valerse de ella: mantener otra cosa equivaldría a mutilar la institución de la subrogación y a introducir distintos que la misma norma desconoce. Razones de mera lógica y de funcionalidad apoyan esta consideración: si la finalidad que los aludidos preceptos persiguen es la de procurar el resarcimiento del fiador que pagó —el cual cumplió así una obligación en espera de obtener una contrapartida que, momentáneamente, queda materializada en un crédito todavía irrealizado—, es lógico estimar utilizables los mismos derechos, y por las mismas vías procesales, que aquél —el acreedor originario en cuya posición se ha subrogado— posea y que no ha utilizado merced al pago efectuado por el tercero fiador; y además, desde un ángulo funcional enfocado hacia la realidad, sostener lo contrario conduciría a desdibujar y devaluar la figura misma del fiador al serle recortadas las posibilidades de realización de su crédito: tendería la misma posición jurídica que la del deudor principal —cuando el fiador se halla en el lado pasivo de la relación principal, esto es, antes de realizar el pago—, pero no gozaría de la misma posición del acreedor —cuando se encontrara en el lado activo de esa misma relación como consecuencia de haber efectuado el pago—. Es claro, pues, que la fianza no debe significar la implantación de ningún beneficio, pero tampoco puede suponer una situación que sea de peor condición que la de aquéllos que intervienen en la relación principal garantizada.

**CONSIDERANDO:** Que son de aplicación al caso discutido los razonamientos expuestos y que, en consecuencia, el accionante se halla perfectamente facultado para interponer acción ejecutiva fundamentada en el número sexto del artículo 1429 de la Ley procesal civil, pues la distinción pretendida por el ejecutado entre aspectos sustantivo y procesal, estimándose que sólo en lo jurídico-sustantivo se produciría la subrogación, significa la introducción de una diferenciación inadmisiblemente no reconocida normativamente, ni cabe basar la carencia de legitimación en una afirmada falta de designación del ejecutante en

el título ejecutivo, porque además de haber quedado acreditada documentalmente la causa de la sustitución personal operada, consta esa designación con claridad en el título, bien que sea en concepto de fiador: tales consideraciones, las sostenidas por el ejecutado, devienen más en formalistas o rituarías que en jurídico-formales y, desde luego, deben ceder frente a la obviedad derivada del tenor de los preceptos sustantivos antes mencionados.

**CONSIDERANDO:** Que dandose lugar a la demanda ejecutiva han de imponerse por ministerio de la ley las costas de la primera instancia a la parte ejecutada, no apreciándose razones para hacer especial pronunciamiento en cuanto a las causadas en este grado jurisdiccional.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don M. A. S. en nombre y representación de Don G. O. E. contra la sentencia de quince de mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Palma debemos revocarla y la revocamos íntegramente y, en su consecuencia, estimando la demanda inicialmente interpuesta por el mencionado Procurador en la representación indicada debemos mandar y mandamos seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados al demandado y, con su importe cumplido pago al actor de la cantidad de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTAS SETENTA PESETAS, mas los intereses legales desde la fecha de la interpelación y los señalados en el artículo 921 bis desde la fecha de esta resolución con expresa condena de las costas causadas en la primera instancia a la ejecutada-apelante y sin hacer expresa declaración de las producidas en este segundo grado jurisdiccional. Dada la rebeldía de Doña C. G. V., notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 222

**222. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falsedad del título. La constituye la aceptación de la cambial por el gerente de una compañía sin la concurrencia de las demás personas que se indican en los estatutos sociales. Intranscendencia de la vía de oposición elegida (se subraya en la sentencia que lo alegado constituye motivo de nulidad del n° 1 del art° 1.467). *Sentencia de 3 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que a la acción ejecutiva dimanante de una letra de cambio protestada por falta de pago y promovida con base en el número 4 del artículo 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte ejecutada opuso las excepciones de falsedad del título y de falta de provisión de fondos; excepciones que, estimadas por el juez "a quo", determinaron el fallo recaído que declara no haber lugar a pronunciar sentencia de remate

y que es objeto de impugnación en esta segunda instancia por ser improcedente, según la parte apelante-ejecutante, tal estimación; por lo que procede el examen por este Tribunal “ad quem” de dichas causas de oposición.

**CONSIDERANDO:** Que la invocada excepción de falsedad del título ejecutivo se apoya en que la letra de cambio base de esta litis, no fué legalmente aceptada por la entidad librada, A. M. S.A. ya que sólo fue firmada por su Director-Gerente que carece de facultad “per se” para aceptar cambiales en nombre de dicha compañía anónima; y, dejando a parte la cuestión de si tal causa de oposición mas que falsedad del título ejecutivo —excepción 1ª del artículo 1464 de la citada Ley Procesal— constituye nulidad de la obligación cambiaria —número 1º del artículo 1467 de la repetida Ley adjetiva—, que como tal causa y con carácter subsidiario tambien se postula en el escrito de oposición, hay que reseñar que consta reconocido en autos que la expresada letra de cambio fué aceptada unicamente por don J. M. B., Director—Gerente de la entidad librada, cargo para el que fué nombrado, de acuerdo con el artículo 32 de los Estatutos sociales, en la primera reunión que celebró el Consejo de Administración, y que desempeñó hasta dos días despues de la expedición y aceptación de la repetida cambial; atribuyendo a dicho cargo el mencionado artículo 32, entre otras facultades, la que conjunta y solidariamente con uno de los Consejeros Delegados, y con la del señor Presidente del Consejo, ostentar “la firma social para realizar cualesquiera de los aspectos señalados en el apartado 4 del artículo 29, referente a las competencias del Consejo de Administración” y entre dichas competencias se mencionan, en el referido apartado 4, la de “librar, aceptar, ceder, endosar, descontar, avallar, negociar, cobrar, pagar y protestar letras de cambio”. Al tener restringida el Director-Gerente su capacidad cambiaria por los Estatutos sociales y por el propio acto del nombramiento, restricción con eficacia jurídica —según se reconoce, con carácter general, en el considerando tercero de la Sentencia de 6 de Octubre de 1975—, ya que la firma social sólo la puede validamente ejercitar si acompaña a la suya la de algunos de los altos cargos antes mencionados, lo que no se produjo en el caso que se enjuicia, pues la referida letra de cambio sólo fué firmada, como ya quedó expuesto, por el Director-Gerente de la compañía mercantil librada, es por lo que se reputa incompleta a ineficaz su aceptación, lo que determina la nulidad de la obligación cambiaria del título en cuya virtud se despachó la ejecución. Sin que tal criterio pueda calificarse, como lo hace el hoy apelante-ejecutante, de rigidez estatutaria que por comodidad quedó en letra muerta, pues se trata de una exigencia normativa de los Estatutos sociales de estricta observancia; como tampoco se puede argüir que ello choca frontalmente con dos viejos principios de derecho: 1º) el que nadie puede ir validamente contra sus propios actos, y 2º) el que nadie puede invocar en su beneficio un motivo de nulidad del que él ha sido causante; ya que el ahora recurrente, como socio fundador de la entidad librada y firmante de sus Estatutos sociales sabía que el Director-Gerente de dicha compañía, carecía “per se” de capacidad cambiaria para aceptar letras de cambio y por ello no ignoraba la ineficacia cambiaria que se producía por la sola aceptación de la letra de cambio por el Director-Gerente. Por la misma causa tampoco puede estimarse conculcación de la buena fé, igualmente aducida por la parte apelante en el acto de la vista, pues el principio de la buena fé, establecido como norma de interpretación y ejecución de los contratos de comercio en el artículo 57 del Código mercantil, y frecuentemente invocado en el Código Civil, equivale, según se desprende del artículo 1258 del Cuerpo legal ultimamente mencionado, a aquellas normas de conducta que han de ser observadas por toda conciencia honrada y leal.

**CONSIDERANDO:** Que al estimarse la nulidad de la obligación cambiaria, y sin necesidad de entrar en el examen de la otra causa de impugnación —la excepción de falta de provisión de fondos—, procede la desestimación del recurso de apelación formulado.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don R. M. M., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha doce de Abril de mil novecientos ochenta y tres dictada por el señor Juez de Primera instancia de Mahón en el juicio

ejecutivo de que dimana el presente rollo, en cuanto declara no haber lugar a dictar sentencia de remate y se condena al ejecutante al pago de las costas devengadas en primera instancia; sin hacer especial imposición de las causadas en esta alzada. Ponente: Julio A. Llovet Alabau.

## 224

**224. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Timbre. Adicción de timbres móviles. Legislación aplicable. Fraccionamiento de pagos y disminución del impuesto: adición de las bases correspondientes. Interpretación restrictiva de tales excepciones. *Sentencia de 5 de noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el ejecutado, después de haber dejado transcurrir el plazo establecido por el artículo 1463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin formalizar la oposición previamente anunciada, recurre contra la sentencia de remate que puso término a la primera instancia del proceso alegando que las letras de cambio base de la ejecución despachada adolecen de dos irregularidades tributarias generadoras de ineficacia ejecutiva, como son: 1º) Su extensión en efectos timbrados de clase inferior a la correspondiente y 2º) El fraccionamiento fraudulento de la letra de cambio que correspondía al negocio jurídico celebrado entre los litigantes.

CONSIDERANDO: Que el análisis de los títulos aportados con la demanda instauradora de la litis —análisis permisible pese a la conducta procesal del demandado por cuanto la naturaleza de los motivos impugnativos lo propicia— conduce a la desestimación de la impugnación deducida por las razones siguientes: A) La primera irregularidad tributaria invocada es inexistente pues cada una de las cambiales ejecutadas está reintegrada con la cuantía correspondiente a su nominal, sin que la adición de timbres móviles al objeto de completar los efectos timbrados utilizados sea obstáculo para tal conclusión dado que la adición mencionada, atendida la fecha de expedición de los títulos, era modo de reintegro autorizado por la Orden Ministerial de Hacienda de 27 de junio de 1980 y por las Disposiciones Transitorias cuartas de la Ley 32/1980, de 21 de junio y del texto refundido aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1980 y B) La segunda irregularidad fiscal consistente en el fraccionamiento fraudulento de la letra de cambio que correspondía a la negociación celebrada genera únicamente la obligación de adicionar las bases respectivas a fin de exigir la diferencia del impuesto, como expresamente establece el artículo 36.2 del mencionado Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados. Efecto que es de estricta dimensión fiscal, obviamente distinto a la ineficacia ejecutiva con que el artículo 37.1 del mismo texto legal sanciona los supuestos de extensión de la letra de cambio en efecto timbrado de cuantía inferior y de imposible asimilación a la misma en cuanto las disposiciones fiscales relativas a las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales deben ser interpretadas restrictivamente como limitadoras del derecho a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

CONSIDERANDO: Que interponer y mantener un recurso en base exclusivamente

a alegaciones inconsistentes por carecer del mínimo apoyo legal constituye conducta temeraria merecedora de ser condenada al pago de las costas causadas en esta instancia.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don J. R. R. contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Ibiza el doce de febrero de mil novecientos ochenta y tres en el juicio ejecutivo cambiario de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución con expresa condena del apelante al pago de las costas de esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 226

**226. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Pluspetición. Complejidad contable y jurídico material que rebasa los cauces de esta clase de procedimientos. Pericial contable de la que resulta un saldo muy inferior al reclamado. Desestimación de la excepción. *Sentencia de 8 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la acción ejecutiva, dimanante de dos letras de cambio protestadas por falta de pago —una por un importe de 300.000 pesetas y la otra, de 130.912 y promovida con base en el n° 4 del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte ejecutada, aceptante de las dos cambiales, opuso en primera instancia y ahora reproduce en su calidad de recurrente en esta alzada y como único motivo impugnativo en la exposición “in voce” en el acto de la vista, la excepción de plus petición —artículo 1466 de la citada Ley Procesal—, aduciendo que el saldo resultante de las diversas operaciones mercantiles mantenidas por los hoy litigantes durante varios años, es de 79.724,22 pesetas a favor de la entidad ejecutante, si bien el informe pericial practicado en este proceso, señaló un saldo a favor del hoy ejecutante-apelado de 38.192 pesetas (folios 502/505).

**CONSIDERANDO:** Que el examen y estudio de la voluminosa y prolija prueba documental de la parte ejecutada —más de 450 documentos consistentes en facturas, recibos, albaranes, letras de cambio, notas contables, copia de un acta de protesto de una cambial, un contrato de reserva del solar n° 253 de la Urbanización Son Ferré, emplazada al Sur del término municipal de Calviá, suscrito como adquirente por Don J. Ll. R. —uno de los Consejeros-Delegados de la entidad ejecutante—, y un talón nominativo inutilizado, todo ello sin ordenación alguna, constituye una cuestión compleja, no sólo desde un punto de vista contable, es revelador en ese sentido que el informe del perito obrante a los folios 503/505 de los autos principales, arroje un saldo inferior al reconocido y consignado en autos por la parte ejecutada, así como las diversas observaciones que el perito hace de prescindir de ciertas anotaciones existentes en determinados documentos examinados en su peritaje, sino también y fundamentalmente por una cuestión esencialmente jurídico-material, cual es si el importe de dicha “reserva” del citado solar en la Urbanización Son Ferré, que asciende a 525.000 pesetas (folio 79 de los mismos autos) y que se incluye como partida contable, tanto por el ejecutado como por el perito y que el juez “a quo” rechaza por

no constar que su firmante, el Sr. Ll. R., obrara autorizado por la sociedad ejecutante, debe computarse o nó en la liquidación de las relaciones mercantiles de los hoy litigantes y por ende en la determinación del importe de la deuda pendiente a favor de la entidad ejecutante y a cargo del ejecutado. Tal complejidad desborda ampliamente el contenido de este juicio ejecutivo, juicio especial, expeditivo, abreviado y con características propias (Sentencia, entre otras, de 20 de Mayo de 1972), lo que impide entrar en su completo examen y debida resolución en él, so pena de desvirtuar su propia naturaleza y convertirlo en un juicio exhaustivo y amplio para resolver todas las cuestiones económicas pendientes de las numerosas y dilatadas relaciones mercantiles habidas por los hoy litigantes, lo que determina el rechazo de tal excepción y por ende la desestimación del recurso formulado.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fé a efectos de imposición de las costas de esta segunda instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso interpuesto por don A. S. G., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintinueve de Septiembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Ponente: Julio A. Llovet Alabau.

## 228

**228. JUICIO EJECUTIVO.** Naturaleza de estos procedimientos. Póliza de afianzamiento. Pago por el fiador de la cantidad límite. Cantidades adeudadas por la acreditada que exceden de tal límite. Improcedencia del proceso elegido. Desestimación de la demanda. *Sentencia de 9 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el juicio ejecutivo, regulado en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil y caracterizado por las notas de especialidad —en cuanto a su objeto— y de sumariedad —en cuanto aparecen restringidos los instrumentos de que las partes pueden valerse para sostener sus pretensiones, por lo que la resolución dictada no adquiere autoridad de cosa juzgada—, tiene por objeto la efectividad de aquellos derechos de crédito que constan en títulos o documentos de tráfico mercantil o civil o por confesión de deuda, cuya realización deviene inmediata —ante la presentación de cualquiera de los instrumentos materializadores de esos créditos mediante la expedición de un mandamiento de pago o, en su caso, el embargo de bienes del deudor que garantiza el cumplimiento de la ulterior sentencia que se dicte. La contundencia de este proceso ha impuesto especiales exigencias: “la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución” (artículo 1429 de la citada Ley procesal, en su párrafo primero), es decir, sólo pueden valerse de este peculiar cauce procesal aquéllos títulos designados con claridad por la norma; y, así, se indica seguidamente que “sólo tendrán aparejada ejecución”

aquellos títulos que concretamente se mencionan, de suerte tal que cualesquiera otros, excluidos por tanto de la enumeración legal, tan sólo podrán servirse de las vías procesales ordinarias, no sujetas a especialidad ninguna. Se abren así dos caminos procesales susceptibles de ser seguidos para la realización de un crédito: el especial ejecutivo, que se constriñe exclusivamente a aquellas hipótesis normativamente determinadas debido al particular carácter de los créditos que a esa vía se acogen —fundamentado, a su vez, en la naturaleza eminentemente expeditiva del proceso—; y el ordinario, carente de privilegio ninguno y sometido por tanto a las prescripciones procesales ordinarias. El beneficio que comporta la utilización de aquel especial procedimiento —y los correlativos posibles perjuicios que para el deudor pueden derivarse del hecho de hacer efectivo un crédito sin plena cognición judicial, como consecuencia de las limitaciones que sufren las partes al no poder valerse de los medios ordinarios de defensa— obliga a mantener un criterio restrictivo sobre los supuestos incardinables en esta especial esfera procesal, hasta el punto de excluirla cuando no concurran todos cuantos requisitos son precisos, de acuerdo con la preceptiva legal, para que sea actuada: los condicionantes formales adquieren, a lado de los sustantivos o materiales, un particular relieve, y esto es así como correlativa consecuencia del prevalente papel que lo formal desempeña al tiempo de la iniciación del juicio ejecutivo, al bastar con la mera constatación externa o rituarial del documento o título que lleva legalmente aparejada ejecución y su adecuación a las coordenadas formales cuyo mero cumplimiento desata el despacho de ejecución. El privilegio ejecutivo y la restricción formal constituyen, pues, la síntesis o equilibrio entre crédito y deuda cuando aquél se incorpora a un documento del tráfico jurídico al que, sea por su importancia jurídica intrínseca sea por su frecuente utilización en los negocios, el legislador dota de especial relevancia.

**CONSIDERANDO:** Que, pretendiéndose por el ejecutante la realización ejecutiva de una póliza de préstamo y de crédito abierta hasta un límite de 500.000 pesetas en favor del ejecutado, ha sido excepcionado el pago del importe de dicha póliza, el cual fue satisfecho por un tercer garante. En efecto, ha pagado éste la indicada suma, más los intereses y demás gastos, y así ha sido reconocido por la entidad ejecutante: la cantidad que se reclama en este litigio, amparada en la mencionada póliza, está constituida por el exceso de crédito concedido por esa entidad en favor del deudor, una vez descontado el importe inicial de aquella póliza —ya satisfecho por el avalista—, por lo que el problema a resolver queda centrado en torno a si, abierto un crédito en cuenta corriente hasta una cantidad determinada, cabe extender la “fuerza ejecutiva” que indudablemente tiene el crédito inicialmente concedido —en virtud de la póliza suscrita por los interesados— a aquellas otras cantidades que, sobrepasando el máximo de ese crédito, son también entregadas a título de crédito o de préstamo. La solución del problema exige atender, antes que nada, a una consideración previa de orden procesal: con independencia de la realidad o irrealidad de lo adecuado, antes de examinar la cuestión de índole sustantiva —dentro de los estrechos límites permitidos por todo juicio ejecutivo—, es ineludible referirse a la procedencia o improcedencia de la vía procesal por la que se ha optado y verificar, en caso de asegurarse la ejecutiva y no la ordinaria declarativa, si se dan los condicionamientos formales antes aludidos. La elección de este cauce ejecutivo, más rápido y terminante que el ordinario, impone un enfoque procesal previo al material, y esto ha de ser necesariamente así aun cuando las razones sustantivas del accionante aparezcan claras e irrefutables: no cabe, pues, confundir los planos de lo adjetivo con lo sustantivo, ni utilizar valoraciones materiales para aplicarlas en el ámbito de lo formal, porque ambos aspectos, aunque interrelacionados entre sí, son diferentes y sujetos a directrices distintas cuando de la prosperabilidad de un especial juicio se trata. No seguir estas orientaciones no traería sino la consecuencia, absolutamente contraria a la seguridad jurídica y al formalismo exigido tajantemente por la misma norma, de enervar la autoridad de este específico juicio y permitir su ampliación a esferas no consentidas por su preceptiva reguladora.

**CONSIDERANDO:** Que la excepción de pago aducida por el ejecutado debe producir la eficacia que es consustancial a ella, extinguiendo en consecuencia el crédito “ejecutivo” que hasta el momento de su realización ostentaba el ejecutante contra el ejecutado. Aunque el ejecutado adeude mayor cantidad que la satisfecha —cosa que es cierta en una perspectiva sustantiva—, no adeuda nada que sea susceptible de ser reclamado por vía ejecutiva: el pago efectuado por el avalista, comprensivo de las 500.000 pesetas, más intereses

y gastos, a que ascendió la apertura del crédito en cuenta corriente —y que, desde luego, debe ser imputado, como efectivamente hizo la entidad ejecutante, al importe especificado en la póliza de préstamo y crédito—, ha hecho decaer la “ejecutividad” del crédito (lo que no impide al tercer garante que pagó acogerse a la póliza como medio de hacer efectiva ejecutivamente, frente al deudor principal, la cantidad satisfecha). No es que no se le deba nada a la entidad ejecutante, sino que, habiendo sido pagado todo lo que era reclamable por vía ejecutiva, no cabe acogerse ya a este cauce, restando la vía ordinaria declarativa para cuanto exceda del importe expresado en la póliza de referencia: sostener otra cosa conduciría a ampliar desmedidamente el campo del juicio ejecutivo y a permitir desplegar su especial eficacia ante créditos no expresamente amparados en ningún título o documento en que así se indique. El límite cuantitativo —500.000 pesetas— del crédito, como máximo que se concedía en la póliza suscrita por los interesados, impide cualquier ampliación: si ya fue cubierto, mediante el pago —sea del mismo deudor, sea de un avalista—, no caben ensanches no autorizados normativamente, pues ello equivaldría además a reconocer la posibilidad de que un mismo título ejecutivo pudiera ser hecho valer por dos veces consecutivas, contravieniéndose la letra y el espíritu de la Ley. Es en el cauce declarativo ordinario en donde debe ventilarse la cuestión aquí suscitada, y ello es así porque las consideraciones procesales o formales antedichas lo imponen ineludiblemente, incluso aunque las razones sustantivas esgrimidas se muestren como perfectamente atendibles y aun cuando ello pueda ocasionar un claro perjuicio como consecuencia de la dilación experimentada en el pago del crédito. Por todo ello, procede confirmar la sentencia impugnada al hallarse ajustada a Derecho.

**CONSIDERANDO:** Que no concurren razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don a. S. Ll. en nombre y representación de B. C. B. S.A. contra la sentencia de once de diciembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia en esta alzada del demandado Don B. S. V., notifíquese esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 230

**230. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de pago hecho al librador no tenedor del efecto. Intranscendencia cambiario. *Sentencia de 10 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, siendo el problema suscitado en este litigio el relativo a la eficacia ejecutivo-cambiaria de ciertos pagos efectuados por el aceptante en favor del li-

brador, ingresando fondos en la cuenta corriente de éste, cuando la acción ejecutiva es ejercitada por el tomador de los efectos —entidad bancaria en que se halla abierta esa cuenta corriente— contra el mismo aceptante, conviene sentar, como premisa conceptual de la que es ineludible partir —por venir impuesto por la peculiar naturaleza de cuanto se relaciona con la esfera de lo cambiario—, que la letra de cambio es un título-valor de índole esencialmente formal (exigencia de forma escrita modelada legalmente, cuya inobservancia impide desplegar su propia y especial eficacia) que incorpora el derecho de crédito al título o documento, produciéndose entre ellos (derecho y documento) una interrelación jurídica que le dió origen cuando es transmitido a un tercero, objetivándose respecto de ella y obteniendo una propia autonomía vinculada a la literalidad de lo consignado en este mismo documento. Tan pronto, pues, como un tercero incide en la relación cambiaria se depega ésta de la relación originaria o causal y se eleva por las vías de la abstracción que le son propias, sin volver a su punto de partida más que cuando, desaparecidas las terceras personas que penetraron en el mundo cambiario, revierte aquélla hacia las que la engendraron, supuesto éste al que jurisprudencialmente se ha reconocido la virtud de recuperar sus orígenes jurídicos y de autorizar el valimiento de cuanto jurídicamente tiene sus raíces en esa relación inicial, eliminándose las cortapisas propias de la mentada abstracción.

**CONSIDERANDO:** Que la abstracción propia de las relaciones cambiarias —cuando un tercero adviene a ellas—, cuya más relevante manifestación se halla en la incorporación del derecho al documento, quedando aquél constreñido dentro los límites impuestos por la literalidad de las designaciones cambiarias, trae como consecuencia, entre otras cosas, la de que el pago debe ser realizado única y exclusivamente al legítimo detentador del efecto —que, a su vez, es único y exclusivo detentador del derecho cambiario—, si es que se quiere extinguir la obligación dimanante del título cambiario; y es también condición inexcusable para operar dicha extinción que el pago —que se realiza a dicho portador— se verifique precisamente sobre el documento que instrumentó el crédito. Sólo concurriendo ambos requisitos cabe reputar extinguida la obligación cambiaria: cualquier otra cosa, incluido el pago a un tercero sin que ello produzca utilidad ninguna al acreedor cambiario, no elimina aquella relación, subsistiendo íntegra y permitiendo su efectividad por los cauces procesales ejecutivos reconocidos en la Ley de enjuiciamiento civil (artículo 1429 y siguientes). Ambos requisitos tienen su apoyo, desde luego, en la normativa mercantil: de un lado, y en cuanto a la necesidad de pagar al legítimo portador del efecto, aparece reiteradamente declarado en las designaciones que en los artículos 488 y siguientes del Código de comercio se hace al “tenedor”, “persona legítima”, o “portador” de la letra; y, de otro, respecto del imperativo de pagar ante la presentación del efecto, viene expresamente exigido en el artículo 495 de dicho Código al ordenar el pago “precisamente sobre el ejemplar que contenga la aceptación”, encontrando su complemento en el párrafo siguiente que se refiere a la subsistencia de la responsabilidad cambiaria, frente al tenedor de la letra, cuando el pago hubiese sido hecho a cualquier otro. Las estrictas normas cambiarias obligan a subordinarse a sus imposiciones sin admitir más excepciones que las expresamente regladas: otra cosa significaría confundir los planos cambiario y sustantivo, al propio tiempo que negar la especificidad propia de aquél y devaluarlo hasta el punto de privarle de la contundencia procesal que es consustancial al mismo. Frente a estos razonamientos la parte ejecutada ha aducido que pagó algunos efectos al librador del mismo, no detentador de las cambiales —excepciones de pago y de pluspetición—; y, con tal fin, alega que los abonos efectuados en la cuenta corriente del librador (abierta precisamente, según ya se ha dicho, en la entidad bancaria accionante) tienen plena validez, incluso a efectos cambiarios (en cuyo apoyo cita las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1943, 27 de abril de 1945 y de 18 de junio y 26 de noviembre de 1948), por cuanto ello ha redundado en beneficio y utilidad del acreedor cambiario.—artículo 1163, en su párrafo segundo, del Código civil— (alude, fundando así su postura, a las sentencias del mismo Tribunal de 21 de junio de 1955 y de 10 de marzo de 1960). No obstante, debe rehusarse tal razonamiento por desconocer la naturaleza abstracta y autónoma de las letras de cambio en el caso de que hayan pasado a poder de un tercero ajeno a la relación causal y originaria, y a tal efecto conviene precisar: a) que la doctrina jurisprudencial ha reconocido, en efecto, la validez de los pagos en cuenta corriente, pero tan sólo cuando la relación no es cambiaria o cuando, siéndolo, el litigio se sigue entre librador y librado sin la intervención de terceros ajenos a ello: es claro, pues, que los supuestos jurisprudenciales traídos

a colación son inaplicables a un caso en que, como el presente, es radicalmente diferente la situación jurídica de los contendientes (no litigan aquí librador y librado, sino tomador y librado); b) que los pagos realizados por el librado —cuya demostración se da aquí por supuesta y que, desde luego, no impide su discusión y deber de probanza en eventual procesal declarativo— en modo alguno consta que hayan redundado en beneficio del acreedor-tenedor de los efectos: dichos pagos fueron, al parecer, ingresados en la cuenta corriente del librador, de su propia y exclusiva pertenencia, sin que la entidad bancaria accionante obtuviese la más mínima utilidad de ello. La relación de valuta habida entre librador y tomador —aquí accionante— ha significado a éste un desembolso del que ahora pretende reintegrarse del aceptante, valiéndose para ello de los medios procesales normativamente regulados: si el librado abonó extracambiariamente el importe de las cambiales es ello algo tangencial e irrelevante para los intereses del accionante, y no apreciarlo así conduciría a destruir la mecánica usual, contemplada por la norma, de las letras de cambio así como la introducción de anomalías que harían decaer su importancia jurídica y social. No cabe, pues, confundir las esferas cambiaria y sustantiva: aquélla tiene preferencia sobre ésta y debe ser inmediatamente realizada, cosa que no impide ventilar por la vía jurisdiccional pertinente las cuestiones pendientes entre librador y librado.

CONSIDERANDO: Que no es dable alterar la sentencia impugnada en base a argumentaciones puramente formales derivadas de un presunto incumplimiento de la normativa sobre protestos, toda vez que la aclaración efectuada por el Notario que intervino en ellos ha subsanado cualquier deficiencia que a primera vista pudiera aparecer.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don A. S. Ll. en nombre y representación de Don J. S. M. contra la sentencia de dos de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia de Inca debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 233

**233. SEPARACION MATRIMONIAL.** Su planteamiento por vía contradictoria obliga a resolver las causas en que se funde, aunque el cónyuge demandado acceda a la separación una vez iniciado el proceso. Conducta vejatoria. Sentido amplio y concepto. Pensión compensatoria. *Sentencia de 14 de noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la modificación operada en el Código Civil a raíz de la publicación de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, en materia matrimonial, ha significado, además

de la reimplantación de su disolución por divorcio, una sustancial alteración del instituto de la separación matrimonial, cuya obtención puede lograrse por dos vías —según la voluntad de los conyuges— enumeradas en el artículo 81 del Código civil: a) en virtud del inicial acuerdo de los conyuges, bien sea porque ambos así lo pidan o bien porque lo solicite uno sólo de ellos contando con el consentimiento, suficientemente constatado, del otro (número primero); en cuyo caso se seguirá la tramitación especial recogida en la disposición adicional sexta de la referida Ley que, de acuerdo con lo que se indica en sus primeras palabras, rige para “las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos conyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro”, siendo además preceptivo el acompañamiento a la demanda de la “propuesta de convenio regulador de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código” (artículo 81, número primero en relación con el número segundo de la disposición adicional sexta mencionada); b) mediante la petición de uno de los conyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación (número segundo) o, en otras palabras, a instancia de un solo conyuge cuando no haya obtenido o no conste —al tiempo de presentar su solicitud— la prestación constatable del consentimiento del otro, en cuyo caso esa falta de conformidad es suplida por la necesidad, exigida legalmente, de demostrar que el otro conyuge se halla inserto en una de las causas de separación enumeradas en el artículo 82: ello elimina toda obligación de presentar convenio regulador —insusceptible de ser obtenido ante la falta de concordancia de voluntades— y determina el seguimiento de un proceso contradictorio regulado en la disposición adicional quinta de la citada Ley. La taxatividad y claridad que, en este punto concreto, presenta la nueva norma impide correcciones o ampliaciones a hipótesis diferentes de aquéllas explícitamente contempladas so pena de quebrarla tanto sustantiva como procesalmente; ni consiguientemente es factible asimilar al primero de los supuestos enumerados el caso en que, habiéndose instado la separación por un conyuge sin consentimiento del otro, accede luego, durante la tramitación del proceso y en cualquiera de sus fases, a dicha separación, pues aunque cada uno de ellos desea obtenerla, y así lo han expresado, pueden mantener planteamientos distintos tanto en relación con la causa o causas que han abocado a su separación como respecto de las consecuencias que de ella pueden derivarse: coinciden pero no concuerdan sus voluntades o, lo que es lo mismo son contestes respecto del efecto pero no respecto de la causa ni de la vía que ha de conducir a un resultado por ambos apetecido. Por consiguiente, la ausencia de voluntades convergentes —en los términos normativamente previstos— sólo permite acudir a la vía contradictoria, y ello obliga a examinar y resolver sobre las diversas causas aducidas por los litigantes, en tanto que ellas constituyen elementos identificadores de la acción ejercitada y el principio de congruencia impone una total coherencia con las peticiones deducidas por las partes. Todo ello no impide reconocer y desear la bondad de una regulación permisiva con la real y efectiva voluntad de los conyuges —cualquiera que fuere el momento en que se manifestase—, que obviase cualquier penetración en la conducta seguida por cada uno de ellos y que, inspirada en meros criterios objetivos de índole temporal, atendiese única y exclusivamente —sin resquicio alguno a influencias provenientes del comportamiento conyugal— al interés de los hijos como medio de remediar o paliar la desagradable situación emanada de una ruptura matrimonial; pero la normativa actual impide, dados los términos estrictos que la conforman, salirse del cauce por ella marcado y ampliarla a supuestos no expresamente previstos.

**CONSIDERANDO:** Que los razonamientos condenados en la sentencia de instancia son un claro reflejo de las conclusiones a que se llega después de la lectura de los autos: tanto la causa quinta, de corte eminentemente objetivo (el transcurso del plazo de seis meses, libremente consentido por los conyuges, durante el cual han vivido separados de hecho), como la primera (conducta vejatoria del marido), ambas del artículo 82 del Código civil, han de reputarse cumplidamente probadas. Esta última, entendida, claro ésta, en un sentido mucho más amplio que el literal (como maltratar, perseguir a otro o hacerle padecer), considerada como aquel modo de comportarse en el tiempo que, sin dar origen a actos estridentes o llamativos o siendo éstos escasos, se caracteriza por la reiteración de actos de mayor o menor relieve que deterioran el papel o función asumida en el matrimonio y que, en consecuencia, significan un pequeño y permanente zaherimiento para quien, a su vez, está actuando de acuerdo con ese papel o función, esto es, de acuerdo con lo que es

esperable y aun exigible en el seno de todo matrimonio, según la configuración que actualmente presenta. Ello es, sin duda, lo que al menos ha ocurrido en el seno del matrimonio que se examina y es admisible, desde luego, dicha causa de separación, tal y como hace la sentencia que se impugna, cuyos razonamientos se hacen propios de ésta.

**CONSIDERANDO:** Que, en cuanto al montante de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, determinado en la sentencia de instancia en la suma de 90.000 pesetas mensuales, conviene no perder de vista, antes que nada, lo acordado notarialmente por los cónyuges el día cuatro de junio de 1981, en que se fijó una pensión también mensual de 30.000 pesetas, en concepto de alimentos y en favor de la esposa: dicha cantidad se deja incolume por la sentencia recurrida, como debía ser en atención a su naturaleza alimenticia, y debe ser abonada por el esposo de conformidad con lo por él menos pactado y suscrito. Pero, al propio tiempo, éste acuerdo económico —que, según se dice, continúa su vigencia— cumple la función (de acuerdo con el número primero del artículo 97 antes citado) de constituir un dato esencial, tanto positiva como negativamente, a la hora de señalar la pensión compensatoria. Ciertamente es que en ésta late un contenido alimenticia que, si no esencial, es al menos de cierta relevancia, y debe ser computado en el balance previo a la fijación de la cuantía de la pensión. Por lo menos, la clara y exhaustiva relación de bienes de los cónyuges, recogida en la sentencia impugnada que denota un patente desequilibrio y consiguiente empobrecimiento en la esposa, y el estado social y económico en que el matrimonio se desenvolvía, son indicadores de que la pensión a otorgar ha de tener la suficiente entidad como para permitir que la esposa pueda seguir viviendo en el piso que le fue cedido por su esposo y atender adecuadamente a sus necesidades más usuales, por lo que, además de las treinta mil pesetas que en concepto de alimentos debe percibir, se estima idónea la suma de 75.000 pesetas mensuales, éstas en concepto de pensión compensatoria, permaneciendo inalterado el resto de la resolución apelada.

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar razones para un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. C. F. en nombre y representación acción de Don B. G. T. contra la sentencia de catorce de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Tres de los de Palma, debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos, a excepción de la cantidad de NOVENTA MIL PESETAS que debe ser sustituida por la de SETENTA Y CINCO MIL PESETAS, permaneciendo inalterado el resto del fallo. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Clement Duran.

## 244

**244. ARRENTAMIENTOS URBANOS.** Obras in consentidas. Modifican la configuración las que afectan a los elementos esenciales de la construcción y a la naturaleza y resistencia de los materiales. Obras de adecuación. Su autorización se entiende insita en el contrato. Importan-

cia del factor tiempo referido al de la realización de las obras a efectos de calificación. *Sentencia de 24 de noviembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que el problema litigioso queda enucleado en la antítesis entre “obras de adaptación” y “obras modificadoras de la configuración”, posturas sostenidas respectivamente por arrendatario y arrendador, por lo que conviene hacer unas previas precisiones. Está asentado en los principios informadores de la ordenación arrendaticia urbana que cualesquiera obras que afecten a los elementos esenciales de la construcción o a la naturaleza o resistencia de los materiales en ella empleados, o que modifican la configuración del objeto arrendado (vivienda o local de negocio), aun sin alterar la solidez o seguridad de lo construido, constituyen por su propia naturaleza un acto de disposición que, siendo inherente al dominio, rebasa las facultades comprendidas en el derecho de uso, único adquirido por el arrendamiento (sentencia de 22 de noviembre de 1962). De ahí que cualquier variación incontestada por el arrendador, que se produzca durante el curso del contrato determina su resolución, según dispone el número séptimo del artículo 114 de la Ley especial arrendaticia. No obstante, la lógica y la naturaleza de las cosas ha llevado a reconocer la existencia de un lapso de tiempo —de ordinario, el inmediatamente sucesivo al momento del comienzo de la vigencia contractual— en que, atendidas las obvias necesidades de acondicionar el objeto locado al destino pactado, se suspende la facultad resolutoria hasta tanto pueda ser usado para el fin acordado. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada la que considera que en todo contrato de arriendo de local de negocio ha de entenderse comprendido el permiso, o implícita autorización, para la adecuación del local al destino pactado (sentencia, por todas, de 27 de junio de 1962); pero para que esto sea así —y no opere el defecto resolutorio apuntado— se ha estimado necesaria la concurrencia de un doble condicionante temporal y material: A) Desde un punto de vista temporal, la adaptación va referida al momento inicial del contrato (sentencia de 29 de marzo de 1971) o, lo que es lo mismo, al período de puesta en marcha del negocio ubicado en el local. Dicho lapso de tiempo nunca está predeterminado y oscila según las circunstancias de cada caso, siendo su duración apreciable discrecionalmente por los Tribunales, si bien deberán éstos atenerse a dos inexcusables puntualizaciones: de un lado, las obras de adaptación nunca son indefinidas, pues en caso contrario se habría consagrado la posibilidad de usurpar facultades soberanas del dueño (sentencias de siete de febrero de 1962 y de 21 de diciembre de 1971) o, renuncia, sin contrapretación suficiente, de esos derechos en favor del arrendatario, quien podría alterar a su albedrío y sin límites el objeto usado en concepto de arriendo (sentencia de 25 de junio de 1979), y, de otro, esas obras han de haberse realizado inmediatamente después de la iniciación del contrato o en fecha cercana a su comienzo, a menos que, realizadas muy posteriormente, justifique cumplidamente el arrendatario las razones de su ejecución (sentencia, citada, de 22 de noviembre de 1962). B) Desde una perspectiva material, las obras de adaptación han de ser las precisas para el inicio o puesta en marcha del negocio (sentencia de 17 de abril de 1964), ya que sería absurdo entregar un local para un destino prefijado sin reunir las condiciones necesarias y sin poder, al propio tiempo, adecuarlo a este destino (sentencia de 27 de febrero de 1965), pues quedaría entonces sin virtualidad práctica (sentencia de 27 de junio de 1979). Es éste un requisito asimismo determinable libremente por los Tribunales, quienes deberán atender primordialmente al texto contractual, es decir, a lo concertado acerca del destino o actividad en que debe emplearse el local. Dados estos dos condicionantes —temporal y sustantivo—, es consecuencia inmediata que cualquier obra que no se atempere a ese marco deberá ser reputada como modificadora de la estructura o configuración del local —siempre que a su vez, se den los requisitos para que así pueda conformarse—, operándose el efecto resolutorio legalmente determinado. Por consiguiente, no cabe apreciar adaptación ninguna en aquellas obras que, efectuadas con considerable posterioridad al momento de la conclusión del contrato, amplían o mejoran el local, sea afectando su seguridad sea su configuración (sentencia de 17 de Octubre de 1964), pues en tales casos no existe acomodación a un destino sino mera conveniencia del arrendatario (sentencia de 14 de Marzo

de 1964 y de 25 de enero de 1966), y además se convertiría en letra muerta la prohibición legal de realizar obras sin consentimiento expreso o tácito dada en defensa de los derechos dominicales (sentencia de 27 de febrero de 1965).

**CONSIDERANDO:** Que los precedentes razonamientos son aplicables al caso debatido y, por consiguiente, vistos los elementos probatorios obrantes en autos, procede resolver el contrato arrendaticio. En efecto, las obras ejecutadas por el arrendatario cumplen, en sentido negativo, los dos requisitos precitados: de una parte, se trata de obras con entidad suficiente para estimar mutada la configuración del local, siendo muy ilustrativo el dictamen pericial emitido en orden al revestimiento de varias columnas con escayola, a la colocación de una segunda pared separada por un espacio de aire para insonorizar el local, con la consiguiente reducción del volumen en ocho metros cúbicos, al levantamiento de soportes, con obra de fábrica, para sostener algunos entarimados de madera, a la construcción de algunos arcos apoyados en columnas de la estructura del local, etc.; y, de otra parte, tales obras aparecen ejecutadas cuando el arriendo tenía alrededor de año y medio de vigencia, lapso de tiempo que permitiría, por sí solo, negar la índole adaptativa de las obras, si no fuera porque tanto del destino inicialmente pactado —que aun cuando a primera vista pueda parecer muy complejo no lleva inherentes las obras realizadas por el arrendatario— como de una de las cláusulas contractuales —que tan sólo permite realizar dos concretas y determinadas alteraciones, sometiendo a expreso consentimiento cualquier otra variación, de lo que se infiere que el destino dado al local pasaba por la configuración que presentaba al inicio de la relación arrendaticia (salvadas esas dos excepciones)— precipitan irremediabilmente a semejante conclusión. Así pues, no son obras de adaptación sino de modificación —mejora y ampliación—, y como esto significa una indudable mutación de la configuración del local arrendado —cosa que nunca ha puesto en duda el arrendatario, estimada aisladamente la cuestión— ha de operar la causa resolutoria aludida, sin que quepan justificaciones basadas en que tales alteraciones venían impuestas por la naturaleza del negocio cobijado en el local, porque, aun cuando pueda ser ello cierto —en una consideración aislada de toda interpretación del texto contractual—, no lo es menos que el destino inicialmente concertado debía sujetarse a las condiciones fácticas que ese local presentaba, y esta condición no es unilateralmente usable sin la concurrencia del arrendador.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sra. V. B. en nombre y representación de Don Y. T. N. contra la sentencia de dos de noviembre de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Ibiza debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus extremos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Dada la incomparecencia en esta alzada de los demandados Don A. O. C. y Don L. A. A., notifíqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: Carlos Climent Durán.

## 246

**246. ARRENTAMIENTOS URBANOS.** Cierre. Local destinado a almacén. Falta de actividad. Carga de la prueba. Existencia de cierre. *Sentencia de 29 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, versando el problema litigioso sobre resolución contractual arrendaticia por cierre de local arrendado, de conformidad con lo prevenida en los artículos 114, número 11, en relación con el número tercero del artículo 62, ambos de la especial normativa arrendaticia urbana, ha de seguirse la orientación jurisprudencial marcada repetitivamente por el Tribunal Supremo —recogida certeramente en la sentencia de instancia— que patrocina una concepción de la dicción legal “cierre” en unos términos siempre condicionados por el destino pactado por las partes sobre el local de negocio: el presupuesto contenido en el artículo primero de la Ley —apertura al público del local— debe ser siempre integrado por la voluntad contractual efectiva de los interesados; y, así, habiendo acordado que el local de referencia sería destinado a almacén de determinados productos, queda delimitado el concepto de cierre por tal circunstancia, de suerte tal que la falta de toda actividad debe reputarse como cierre del local. La apreciación conjunta de los elementos probatorios aportados a los autos —recogidos expresamente en la sentencia recurrida— precipitan la conclusión de que, en efecto, ninguna actividad se ha desarrollado en el local durante, cuando menos, seis meses en el curso de un año: tanto las comprobaciones externas notariales como la facturación de determinados servicios esenciales, así como las mismas manifestaciones de quienes están vinculados con la entidad demandada o guardan vecindad con dicho local, conducen a la vehemente presunción de que en tal local ha cesado toda actividad. Esa presunción legal, sentada desde siempre por la antedicha doctrina jurisprudencial —basada en la gran dificultad probatoria de todo hecho negativo—, trae la inversión en la carga de probar, que corresponde al arrendatario, y como sea que ninguna justificación convincente ha sido hecha acerca de que el local cobije las operaciones propias de todo almacén, debe prevalecer aquella presunción y dar lugar a la resolución contractual postulada, confirmando así la sentencia recurrida.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. G. M. en nombre y representación de P. R. S.A. contra la sentencia de veintitres de junio de mil novecientos ochenta y tres dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

**249. TRANSPORTE MARITIMO.** Sobre cubierta. Pérdida de la mercancía transportada. Fuerza mayor. Protesta de averías. Consecuencias legales. *Sentencia de 30 de noviembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el transporte de mercancías sobre la cubierta del buque, entraña generalmente un incremento del riesgo que conlleva el transporte marítimo ordinario —con mercaderías estibadas en la bodega de la nave—, ya que aquella ubicación puede afectar a la seguridad y maniobrabilidad del buque y desde luego, a la conservación y adecuada entrega del género transportado en el puerto de destino. Nuestro Código de Comercio, siguiendo la tradición marítima, no prohíbe que se lleve sobre cubierta alguna mercancía, si bien lo condiciona en el n° 5 del artículo 612, a que concurren determinadas circunstancias y se observen ciertas formalidades: a) Que las mercaderías por su disposición, volumen o peso no dificulten las maniobras maríneas ni puedan comprometer la seguridad de la nave y b) que la naturaleza de las mercancías, la índole especial de la expedición y la estación favorable de la travesía, lo permitan, debiendo oír el Capitán la opinión de los Oficiales del buque y contar con la anuencia de los cargadores y del naviero. La inobservancia de tal normativa constituye una falta náutica del Capitán que le hace responsable civilmente, y por derivación al naviero, frente a terceros (n° 5 del artículo 618), de los daños que sobrevinieran al buque o al cargamento por fuerza mayor, según se desprende del artículo 620.

**CONSIDERANDO:** Que en el caso que se reexamina en esta alzada, consta reconocido o probado que el camión guía marca Pegaso, matrícula A-5894-A propiedad de la entidad actora que era transportado el día 5 de noviembre de 1980 en la cubierta del buque portacontenedores “Valvanera del Mar”, propiedad de la sociedad demandada, desde el puerto de Alicante hasta el de esta ciudad, al recibir durante el temporal que azotó la travesía un golpe de mar, rompió sus trincas y lo lanzó, por el cortado de estribor, al mar; acaecimiento que se consignó con el Diario de navegación y dió lugar a la correspondiente protesta de averías. El expresado transporte marítimo se verificaba por puro favor sin devengo de flete alguno y en virtud de relaciones familiares existentes entre directivos de una y otra empresa, no constando que se extendiera conocimiento del embarque.

**CONSIDERANDO:** Que la parte actora postula la revocación de la sentencia recaída en base a haber cometido el Capitán del buque “Valvanera del Mar” una falta comercial al verificar el transporte de dicho vehículo sobre cubierta sin consentimiento escrito suyo, como cargador, por así exigirlo, según el recurrente, la Ley de 22 de Diciembre de 1949 y el mencionado artículo 612 del Código de Comercio. Pretensión revocatoria que no puede prosperar por las siguientes razones: A) La invocada Ley de 1949 no es de aplicación al presente caso, ya que esta tiene por objeto, como lo declara su artículo primero, “regular las relaciones entre elementos interesados en el transporte de mercancías por mar, y se aplicará solamente al contrato de transporte internacional” y en el supuesto actual, prescindiendo de la causa jurídica del transporte marítimo que se verificaba, es indiscutible que tal transporte no era internacional, ya que el puerto de embarque del camión grúa fué el de Alicante y el de descarga era el de Palma de Mallorca y B) por cuanto si bien es cierto que el n° 5 del artículo 612 del repetido Cuerpo legal exige para verificar el transporte sobre cubierta del buque “contar con la anuencia de los cargadores”, no lo es menos que no se dispone que tal consentimiento sea por escrito como sustenta, carente de toda apoyatura legal, la parte ahora recurrente; y del conjunto de la prueba practicada se estima la existencia de anuencia del aquí apelante ya que un encargado suyo, que condujo el referido ca-

mión grua al puerto de Alicante para su embarque, una vez a bordo el vehículo, ayudó en las tareas de un trincaje en la cubierta del buque; lo que determina la inexistencia de falta náutica o comercial por parte del Capitan del buque, y al ser debida la pérdida del vehículo a fuerza mayor y haberse formalizado la oportuna protesta de averías, la norma aplicable es la del artículo 810 del Código de Comercio que proclama que el dueño de la cosa que recibió el daño, soportará la avería simple o particular, ya que esta calificación ostenta la pérdida del camión grua que transportaba el buque de la entidad demandada-apelada.

**CONSIDERANDO:** Que por el expuesto y por los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, procede la confirmación de esta.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de las costas de este recurso.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicacion.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad A. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, el primero de Diciembre de mil novecientos ochenta y dos en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de ls costas de esta alzada. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 251

**251. CONTRATO DE OPCION.** Traspaso de local de negocio. Carácter imperativo de las normas que prevé al respecto la L.A.U., concedidas en beneficio del arrendador: excepciones y doctrina del T.S.. Pago de cantidad en concepto de precio del traspaso y no de adquisición de enseres del negocio. *Sentencia de 2 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que el problema litigioso queda centrado en la eficacia o ineficacia a otorgar a un contrato de opción de traspaso suscrito entre anterior y posterior arrendatario y, en su consecuencia, en la dilucidación de la procedencia de los pagos que en ese contrato se detallan para el caso de estimarse convertida la opción en efectivo traspaso; y así, mientras el nuevo arrendatario alega que aquella opción perdió virtualidad tan pronto como transcurrió el plazo de treinta días previsto para recabar autorización expresa del propietario para el traspaso, sin haberlo conseguido, el anterior arrendatario, que se considera cedente, estima que los hechos acaecidos con posterioridad a la suscripción del contrato de opción revela con indudable claridad la consumación del traspaso, siendo acreedor por tanto de las cantidades que reclama. Los hechos que se reputan demostrados en la sentencia de instancia —asumidos en ésta— presentan como extremos más salientes los siguientes: a) en el contrato de opción de traspaso de ocho de noviembre de 1978 se concertó un precio global de seis millones y medio de pesetas, cuyo pago se realizaría —en caso

de consolidarse la opción— en diferentes plazos allí especificados; b) se pactó una duración de treinta días para el ejercicio del derecho de opción, durante el cual el entonces arrendatario debería recabar el consentimiento del dueño, “quien deberá dar su conformidad expresa y escrita al presente traspaso” (pacto segundo), añadiéndose que dicho propietario, “en prueba de aceptación con las presentes cláusulas, firma al pie del presente documento” (pacto sexto); c) fechado al día 29 de diciembre del mismo año, el mencionado propietario y el ahora demandado suscribieron un contrato de arriendo en relación con el mismo local de negocio, en el que se transcriben, casi literalmente, algunas de las cláusulas reflejadas en el contrato de opción; d) ambos litigantes reconocen haber sido satisfecha la suma de 2.800.000 pesetas, pagada por el actual arrendatario al que le precedió existiendo divergencia en cuanto al concepto a que dicha cantidad se refiere (el actor dice que es parte del precio del traspaso, mientras que el demandado indica que obedece a la compra del negocio ubicado en el local); e) el representante del dueño ha reconocido haber percibido la suma de un millón de pesetas a raíz de la celebración del nuevo contrato de arriendo. La exposición de estos hechos enmarcan la cuestión litigiosa en torno a la validez —subsistencia o no— de contrato de opción inicialmente suscrito por los contendientes.

**CONSIDERANDO:** Que, hallándose el nudo de la argumentación del demandado (el nuevo arrendatario o presunto cesionario) en la caducidad de la opción por él adquirida or un plazo de treinta días sin que del contrato así suscrito se haya derivado otro que formalmente incorpore o materialice el traspaso y sin que conste expresamente la autorización del propietario a dicho traspaso, conviene sentar que: a) el carácter imperativo de las normas reguladoras del traspaso de una vivienda o local arrendado está en función de la protección de los derechos del arrendador, siendo su objeto impedir la realización a espaldas suyas de actos que significan una extralimitación de las potestades conferidas al arrendatario —centradas en el mero uso y goce de la cosa locada— y una intromisión en su esfera dominical, por esos obligatorios preceptos cesan y carecen de razón de existir cuando el interés del arrendador se muestra suficientemente amparado, bien porque ha renunciado a los derechos legalmente conferidos sobre el acto de traspaso, bien porque se ha probado que tenía conocimiento suficiente —manifestado ostensiblemente— de su realidad, de suerte tal que la inobservancia de los requisitos normativamente impuestos no acrean necesariamente la nulidad o ineficacia del traspaso, pues puede el arrendado optar por la resolución contractual o por su reconocimiento, o su libre voluntad, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 32 de la Ley de arrendamientos urbanos (sentencia de 9 de mayo de 1967); b) por consiguiente, prepondera el principio de la libre autonomía de voluntad en materia de traspaso, sin perjuicio de la potestad de instar la resolución contractual cuando se acredite el incumplimiento de cualquiera de los requisitos legalmente establecidos, cosa que desde luego no podrá instarse si anteriormente había consentido el arrendador (sentencia de 7 de marzo de 1970 y de 11 de marzo de 1972); c) es admisible la convalidación de un traspaso deficientemente efectuado cuando el arrendador no se vale de los medios impugnatorios legalmente concedidos (sentencia de 25 de marzo de 1964); d) la autorización del arrendador no necesariamente tiene que expresarse en forma solemne o escrita, bastando con un mero consentimiento tácito, siempre que sea terminante, claro e inequívoco, lejano de manifestaciones de dudosa o ambigua significación (sentencia de 8 de febrero de 1964).

**CONSIDERANDO:** Que esta doctrina jurisprudencial es de inmediata aplicación al caso debatido: la plena libertad de forma en materia de traspaso, siempre sujeta a los intereses del arrendador, no impone requisito ninguno cuando los derechos de éste son respetados; y en el presente caso el arrendador ha prestado su conformidad al traspaso tanto percibiendo su participación en el precio como otorgando nuevo contrato de arriendo. Esto es prueba evidente de su asentimiento, y ningún obstáculo significa su no constancia documentada: no entenderlo así significaría contravenir las prescripciones legales y convertir un requisito material en meramente ritual que discorde con la realidad de lo concertado. La armonía interpretación de los elementos probatorios y manifestaciones de las partes —otorgamiento del contrato de opción y posterior arrendamiento, así como percepción de una determinada cantidad y pago por el nuevo arrendatario de cerca de tres millones de pesetas a quien le precedió en la locación— precipitan la conclusión de que lo habido es un traspaso real (sentencia de 15 de diciembre de 1982), lejos de formalismos inútiles

contrarios a la realidad de las cosas. No cabe admitir, en justificación del pago de 2.800.000 pesetas, satisfechas por el actual al anterior arrendatario, que ello respondía a la adquisición de enseres y materiales del negocio albergado en el local arrendado, pues ninguna justificación ha sido hecha en tal sentido y la realidad de lo actuado en juicio demuestra que esa cantidad es parte del precio global del traspaso.

**CONSIDERANDO:** Que, admitida la vigencia de la opción de traspaso, ya convertida en efectivo traspaso, resta por determinar el monto que por el nuevo arrendatario debe ser abonado a su predecesor: dados los elementos de enjuiciamiento antes apuntados, la solución aparece clara si se atiende a los criterios expresados en el número tercero del artículo 39 de la Ley de arrendamientos urbanos. Si la participación en el precio que está destinada al arrendador debe ser retenida del precio de traspaso por el cesionario, quien debe abonarla al arrendador, y éste manifiesta haberla percibido, es innegable que esa cantidad —satisfecha, pues, por el concesionario— debe ser adicionada a lo reconocido como ya pagado —dos millones ochocientos mil pesetas—, cuya suma constituye el sustraendo del total pactado por el traspaso, resultando así la cantidad de 2.700.000 pesetas que, también señalada en la sentencia de instancia, debe ser pagada por el actual arrendatario, por lo que debe ser confirmada tal resolución. Deben ser rechazadas consideraciones fundadas en presuntas incongruencias, en tanto que es esta cifra y no otra la que resulta ajustada a la vista de los elementos probatorios obrantes en autos.

**CONSIDERANDO:** Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con desestimación de los recursos de apelación interpuesto por los Procuradores Srs. C. N. R en nombre y representación respectivamente de don Y. L. A. y don P. T. contra la sentencia de veintinco de mayo de mil novecientos ochenta y dos dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de los de Ibiza debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 254

**254. DAÑOS Y PERJUICIO.** Requisitos para el éxito de la acción indemnizatoria. Culpa extracontractual con colisión de vehículos. Carga de la prueba que incumbe al demandante. *Sentencia de 5 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que para el éxito de la acción derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil y que es la que se ejercita en esta litis, han de darse, según reiteradísima jurisprudencia (sentencia de 10 de febrero

de 1978 y 25 de Abril 1979 entre otras muchas), los siguientes requisitos: realidad de un daño, existencia de una acción u omisión culpable o negligente y relación de causalidad entre aquel y esta.

**CONSIDERANDO:** Que reconocida la realidad de los daños sufridos por el vehículo de la entidad actora-apelante al ser alcanzado violentamente su parte trasera por la delantera del turismo asegurado por la compañía co-demandada apelada, y conducido, con la debida autorización, por el co-demandado D. Juan R. R., y admitido el importe de dichos daños —311.742 pesetas que se reclaman de principal en esta litis—, la cuestión a dilucidar se circunscribe pues, en determinar si la colisión se produjo por culpa del citado conductor señor R. R., recayendo la carga probatoria de tal circunstancia sobre la entidad demandate-recurrente, a tenor del artículo 1214 del Código Civil, al no existir inversión de tal carga, ni regir el principio de responsabilidad por creación de riesgos, ya que ambos vehículos estaban en marcha cuando se produjo la colisión.

**CONSIDERANDO:** Que de las pruebas practicadas no se estima acreditada la existencia de culpa o negligencia en el conductor del vehículo colisionante, ya que de la realidad del mencionado alcance, no se llega necesariamente a la conclusión de que el accidente se produjo por culpa del conductor del vehículo que chocó con el de la aquí apelante, en la forma que se expresa en el croquis del folio 66, como sostiene la recurrente, ya que también pudo acaecer la colisión en la forma que expresa la contraparte —croquis del folio 110—, lo que excluiría que fuese culposa o negligente la maniobra del codemandado Sr. R. R.; y al no haberse probado la existencia del requisito de culpa o negligencia que exige el citado artículo 1902, procede desestimar la apelación formulada.

**CONSIDERANDO:** Que dada la causa de desestimación de este recurso —no haberse probado la existencia de un requisito para que prosperase la acción ejercitada—, este Tribunal, no obstante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hace uso de la facultad que le concede la Ley 81/1963, de 8 de Julio y no impone las costas al apelante.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad S. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha diecisiete de Noviembre de mil novecientos ochenta y tres, dictada por la Juez en funciones del Juzgado de Primera instancia de Inca, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 257

**257. RECURSO DE APELACION.** Adhesión al mismo. Posterior desistimiento del recurso. Estimación, no obstante, de la adhesión. *Sentencia de 7 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que, desistido el recurso de apelación promovido por quien fue

condenado en primera instancia y perviviendo tan sólo la adhesión postulada por su oponente, sólo en cuanto al pronunciamiento sobre costas, aduciendo la temeridad y mala fe observada en su actuación procesal, meramente negativa de lo alegado y solicitado por el accionante, sin oponer ninguna contraargumentación o defensa mínimamente consistente o viable y que, desde luego, no ha tenido reflejo probatorio ninguno —todo ello con independencia de la valoración judicial de lo obrado en juicio—, debe accederse a la modificación que se solicita en cuanto que la actuación procesal del demandado —ahora desistido de su recurso— ha tenido finalidades distintas de la de discutir cuestiones jurídicas sustantivas apoyándose en alguna legación o fundamentación que ofrezca alguna, siquiera sea mínima, solidez. Por todo ello debe ser condenado al abono de las costas causadas en la primera instancia, así como la de ésta, dado el desestimiento instado el día anterior al señalado para la celebración de vista.

VISTOS los artículos citados y demas de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con estimación del recurso de apelación ahdesivamente interpuesto por el Procurador Don P. D. P. en nombre y representación de Don M. M. A. contra la sentencia de trece de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Juez del Juzgado de Primera instancia de Inca debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos a excepción del extremo relativo a las costas, que debe ser sustituido por el de la condena en costas en ambas instancias de M. M. A. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 259

**259. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Alcance de la indemnización: reposición del patrimonio del perjudicado en el estado en que se hallaría de no haber mediado el acto lesivo. Indemnización de los “daños indirectos” entre los que se incluyen los gastos de alquiler de un coche para acudir al trabajo habitual. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, que condena solidariamente al conductor del vehículo que colisionó con el del actor —que estaba estacionado— y a la Compañía aseguradora de aquel coche, a pagar al demandante la cantidad de 237.542 pesetas por daños, es impugnada por la referida entidad de seguros por cuanto afirma que la cifra correcta de tal condena debe de ser de 126.555 pesetas, importe de los desperfectos causados al turismo del hoy actor-apelado, y no ser procedente la partida concedida por el juez “a quo” de 46.317 pesetas por alquiler de un coche por el perjudicado durante un largo período de tiempo.

CONSIDERANDO: Que habiendo reconocido la entidad recurrente en el acto de la vista la procedencia de la desestimación de la excepción previa de prescripción de la acción, por ella formulada en primera instancia, y su obligación solidaria de responder de los daños causados por el vehículo por ella asegurada, por cobertura contractual de riesgos, queda circunscrita la presente apelación a la determinación del “quantum” indemnizatorio del daño causado.

**CONSIDERANDO:** Que la responsabilidad que proclama el artículo 1902 del Código Civil, tiene a reponer el patrimonio del perjudicado, mediante el abono de un equivalente en dinero, en el estado que se encontraría si el acto lesivo no se hubiera producido, no fijándose extensión de tal responsabilidad al no poner el legislador limitación alguna. El concepto de “daño” del citado artículo 1902 comprende, no solo el “daño directo”, que es consecuencia inmediata del acto ilícito, sino también el “daño indirecto”, que surge como consecuencia de la concurrencia con el acto ilícito de otros factores o circunstancias que hubieran podido no acompañarlo.

**CONSIDERANDO:** Que según el informe pericial acompañado con la demanda, y ratificado en autos, el importe total de los desperfectos causados al hoy recurrido por el conducido por el codemandado y asegurado por la entidad apelante, asciende a 191.225 pesetas (folios 6/8), y no a 126.555 pesetas como afirmó en el acto de la vista el recurrente, ya que esta última cifra figura como suma parcial en la primera hoja del presupuesto aludido (folio 6) y el importe de todos los perjuicios es la que consta como suma total en la última hoja del presupuesto (folio 8): la cantidad ya expresada de 191.225 pesetas. Igualmente es procedente incluir en el “quantum” indemnizatorio, como “daño indirecto”, 46.317 pesetas (folio 43), importe del alquiler de un vehículo por el perjudicado, ahora actor-apelado, para que supliendo el propio averiado por el acto ilícito, poder desplazarse desde su domicilio en la ciudad de Ibiza a la localidad donde trabajaba, Santa Eulalia del Rio. La suma de dichos dos conceptos indemnizables, da la cantidad de 237.542 pesetas, que es a la que condena a su pago a los demandados expresados; por lo que procede la desestimación del recurso formulado.

**CONSIDERANDO:** Que el párrafo último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que la sentencia confirmatoria contendrá condena de costas al apelante.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil D.A.P.A. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha nueve de Junio de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Ibiza, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con imposición de las costas de esta alzada al apelante. Dada la rebeldía de los codemandados don A. V. M. y don L. G. L., y la no comparecencia del actor don P. G. R., notifiqueseles esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 263

**263. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Falta de provisión de fondos. Cesión del crédito de un tercero contra el aceptante al librador del efecto. Doctrina del T.S. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que frente a la acción ejecutiva ejercitada por el librador de las

letras de cambio/título en que aquella se fundamenta, la aceptante de las mismas opuso en primera instancia y reitera ahora una improvisación de fondos sustentaba sobre dos proposiciones básicas: A) La apelante es deudora, por razón de préstamo, de la entidad "C. S.A." y no del librador de las cambiales y B) La apelante, en cumplimiento de su obligación de prestataria y en renovación de letras de cambio anteriores impagadas, aceptó a la entidad mencionada —y no al librador/apelado— éstas cuya ejecución ahora se impugna.

**CONSIDERANDO:** Que del análisis del material litisdecisorio resulta acreditado, con significación decisiva a efectos resolutorios, que: 1) La entidad C. S.A., era, al mismo tiempo que acreedora de la apelante por causa del préstamo, deudora del apelado por razón de arrendamiento de servicios y 2) Tal entidad, al objeto de articular un cauce para solventar su deuda, cedió a quien era su acreedor el crédito que ostentaba contra la ahora apelante.

**CONSIDERANDO:** Que por tal negociación jurídica la entidad C. S.A. transmitió al hoy apelado la titularidad del derecho de crédito que ostentaba frente a la ahora apelante y que por su naturaleza quedaba incurso en la regla general de cedibilidad de los créditos establecida en el artículo 1112 del Código Civil. Válida transmisión que motiva la desestimación de la improvisación de fondos por cuanto si como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 1983 "La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria, como es tesis del recurrente, lo conserva en su integridad", necesario es concluir que el librador tiene cumplida su obligación de proveer de fondos en el modo prescrito en el artículo 457 del Código de Comercio, sin que frente a ello sea eficaz oponer: a) la falta de conocimiento previo de la deudora/apelante o de su incorporación volitiva, porque como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de Febrero de 1891, 28 de Octubre de 1957, 7 de Julio de 1958, 5 de Noviembre de 1974 y 11 de Enero de 1983, la "cesión de créditos puede hacerse sin tal conocimiento e incluso contra su voluntad", ni b) la ausencia de notificación de la cesión realizada dado que tal requisito queda eficazmente superado por el conocimiento efectivo —"tener conocimiento" es la expresión literal del artículo 1527 del Código Civil— que sin duda tuvo la apelante como evidencia la aceptación de las letras de cambio libradas por el cesionario/acreedor.

**CONSIDERANDO:** Que no procede haber especial declaración sobre las costas de esta instancia.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto de Doña J. M. M. S. contra la sentencia dictada el dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y tres por el Sr. Juez de Juzgado de Primera instancia de Manacor, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 264

**264. DAÑOS Y PERJUICIOS.** Letra de cambio no protestada por los Bancos demandados: supone el incumplimiento de un mandato. Inexistencia de perjuicios patrimoniales precisos, en todo caso, para el éxito de la acción indemnizatoria. *Sentencia de 9 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que rechazadas las dos excepciones previas esgrimidas en primera instancia, queda firme la sentencia recaída en cuanto a tal desestimación, ya que la codemandada que las formuló solo se adhiere a la apelación en cuanto al extremo de la imposición de las costas, por lo que esta alzada se circunscribe a la cuestión de fondo.

**CONSIDERANDO:** Que en tal sentido procede en primer lugar señalar que la acción ejercitada en este juicio ordinario declarativo no es la cambiaria, dimanante de la letra de cambio acompañada a la demandada instauradora de esta litis y encaminada a su cobro, sino la indemnizatoria promovida contra las dos entidades bancarias demandadas —una de ellas como último endosatario y la otra, como última tenedora material del efecto—, por incumplimiento de las obligaciones de mandato de presentar oportunamente la cambial a su vencimiento a su pago y en caso de impago, para su oportuno protesto; incumplimiento que ha imposibilitado por el aquí actor-apelante (librador tomador de la letra de cambio), y actual tenedor, ejercitar la acción ejecutiva cambiaria por la negligente actuación de una o de las dos entidades bancarias demandadas —artículo 521 del Código de Comercio—. El importe de la referida letra de cambio es de 100.000 pesetas, cantidad que se reclama en esta litis, por el concepto de indemnización.

**CONSIDERANDO:** Que consta reconocido que la expresada cambial no fué presentada oportunamente a su vencimiento —26 de Diciembre de 1978— para su pago, ni tampoco se levantó protesto por impago, quedando con ello perjudicada —artículo 469 del C. C. S.A. imputa a la otra entidad codemandada, el B. de B. S.A., por actuación negligente, ya que siendo éste el último tenedor de la letra, como se indica en la propia cambial, no procedió a practicar, sino que soslayó, el trámite de protesto por falta de pago; el B. de B. S.A. por su parte sostiene que su proceder no fué negligente ya que no pudo protestar la letra de cambio mencionada por haberla recibido después de su vencimiento, hecho del que no es responsable, pues la otra entidad bancaria demandada, le remitió la cambial fuera de plazo para su protesto, ya perjudicada, como resulta de los sellos estampados en el documento obrante al folio 29, que señalan como fecha de recepción del efecto el día 10 de Enero de 1979. El acto de conciliación previo a la interposición de la demanda instauradora de este juicio se celebró el 2 de Noviembre de 1982 (folio 6).

**CONSIDERANDO:** Que las partes contendientes reconocieron, en el acto de la vista de esta apelación, la existencia de un mandato que obligaba al mandatario a instar oportunamente el protesto de la letra no pagada a su vencimiento y que tal obligación fué incumplida, si bien cada entidad demandada atribuye el incumplimiento a una actuación negligente de la otra codemandada, derivándose de ello la consiguiente responsabilidad a favor del mandante por daños y perjuicios, como expresamente lo estatuye el artículo 1718 del Código Civil. Como lo señala al efecto la doctrina científica y lo sustenta el Tribunal Supremo —sentencia de 26 de Junio de 1978—, cada uno es libre de aceptar o renunciar un mandato, pero una vez aceptado, el mandatario queda ligado por su aceptación, y está obligado a ejecutar todos los actos que entran en la misión a él confiada, so pena la indemnización de daños y perjuicios, si el incumplimiento le es imputable, lo que no pasa de ser una simple aplicación de la doctrina general contenida en los artículos 1258 y 1101 del Código mencionado.

**CONSIDERANDO:** Que una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que la base de la indemnización que conceden los artículos 1101 del Código Civil y el 925 de la Ley de Enjuiciamiento del mismo orden, y lo mismo se puede afirmar respecto a la del artículo 1718 del repetido Código, es la existencia real de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales tienen que probarse en autos, pues no basta admitir que haya existido ese incumplimiento, ya que no siempre se ocasiona perjuicios, según la Sentencia de 1 de Febrero de 1951, que hace referencia a las de 23 Marzo 1946 y 24 Diciembre 1947, reiterada por las de 17 Febrero 1951, 9 Enero y 14 Octubre 1952, entre otras muchas.

**CONSIDERANDO:** Que si bien es cierto que el incumplimiento de la obligación del mandatario al no ordenar el levantamiento del correspondiente protesto por falta de pago de la letra de cambio mencionada dió lugar a que la cambial se perjudicara, con la consiguiente pérdida de la acción cambiaria ejecutiva, como ya se expresó, y determinó

también la pérdida del derecho a reintegrarse de los endosantes y del librador que pruebe haber hecho provisión de fondos al librado (artículo 483 del Código de Comercio), no es menos cierto que ello no entraña "per se" que el hoy actor-apelante haya sufrido un daño patrimonial que el propio recurrente concreta en la pérdida de 100.000 pesetas, importe de la letra no protestada. En efecto: a) en el supuesto de haberse levantado el correspondiente protesto por falta de pago, ello no hubiera determinado indefectiblemente la viabilidad de la acción cambiaria ejecutiva, ya que el aceptante tenía posibilidad de oponer con eficacia en dicho acto notarial —no consta legitimada su firma— tacha de falsedad, negando categóricamente la autenticidad de la firma, lo que hubiera privado de fuerza ejecutiva a la letra (nº 3 del artículo 521 del Código de Comercio y nº 4 del 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). b) por cuanto el ejercicio de la acción cambiaria ejecutiva, de indiscutibles ventajas de rapidez y menor coste que la ordinaria, no lleva indefectiblemente unido su triunfo: el cobro del importe total de la cambial, ya que el procedimiento ejecutivo español no es un puro proceso de ejecución en sentido técnico-procesal (Sentencia de 26 de Octubre 1961), pues en él pueden alegarse y prosperar tanto excepciones, como causas de nulidad del juicio (artículos 1465, 1466 y 1467 de la mencionada Ley Procesal), y c) el ahora apelante pudo ejercitar otra acción por vía ordinaria contra el aceptante dirigida al cobro del importe de la letra perjudicada, pues implica error el "identificar la acción cambiaria con la acción ejecutiva, desconociendo que aquella, puede ser o no ejecutiva, según reuna o no determinados requisitos, y aunque pierda su fuerza de título de ejecución por no haberse dado cumplimiento a esos requisitos —la letra, por ejemplo, que se deja perjudicar— no queda sin eficacia para ser actuada en el juicio ordinario correspondiente; lo contrario equivaldría a privar a la letra de cambio, de toda posibilidad de circulación, y sería su muerte" (Sentencia de 26 de Octubre 1961, ya mencionada).

**CONSIDERANDO:** Que por todo lo expuesto se desprende que si bien resulta de autos el incumplimiento de una obligación contractual, concretamente de un mandato, no consta sin embargo acreditada la existencia real de perjuicios causados por dicho incumplimiento, lo que determina, según la doctrina jurisprudencial antes expuesta, la desestimación de la pretensión indemnizatoria ejercitada y por ende el del recurso interpuesto por el actor.

**CONSIDERANDO:** Que igual destino adverso ha de recibir la apelación, por adhesión, formulada por el codemandado B. de B. S.A. ya que su recurso se concretó "al extremo de la imposición de las costas de Primera instancia al actor" y tal condena no figura en el fallo recurrido, como reconoció en el acto de la vista de esta apelación el propio recurrente.

**CONSIDERANDO:** Que, dada la complejidad de la cuestión litigiosa, los contrapuestos criterios sustentados por las entidades bancarias demandadas y al ser la fundamentación legal básica de esta sentencia distinta de la de primera instancia, aunque coincidente en su fallo, este Tribunal, no obstante lo dispuesto en el párrafo último 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hace uso de la facultad que le concede la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio, y no impone las costas de esta alzada a ninguno de los dos apelantes.

**VISTOS** los artículos mencionados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don J. M. M. y el formulado por el B. B. S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha dos de Marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer especial imposición de las costas de esta alzada. Ponente: Julio Llovet Alabau.

**267. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Librador-ejecutante en suspensión de pagos. Falta de legitimación activa al no litigar asistido de los Interventores. Interpretación del artº de la Ley de Suspensión de Pagos. Doctrina del T.S. y desestimación de la excepción. Falta de provisión de fondos por existir entre los litigantes una situación de cuenta corriente no liquidada. *Sentencia de 14 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que las mismas causas que se alegaron en primera instancia como de oposición a la acción ejecutiva ejercitada, dimanante de 18 letras de cambio protestadas por falta de pago, se reiteran ahora, excepto una, en esta alzada como motivos de impugnación de la sentencia de remata recaída, a saber: a) falta de legitimación activa y b) falta de provisión de fondos. La excepción de plus petición, igualmente invocada en forma harto lacónica en el escrito de oposición a la demandada instauradora de esta litis y desestimada igualmente por el juez “a quo”, no fué reproducida en el acto de la vista de este recurso.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de apelación —falta de legitimación activa— se basa en que el ejecutante fué declarado en estado de suspensión de pagos en el expediente nº 1290/82 del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad y no obstante, promovió este juicio, ahora en segundo grado jurisdiccional, sin la concurrencia de los Interventores de la suspensión, y si bien es cierto que mas tarde se unió a autos un escrito de dichos Interventores en el que se hace constar sus conformidades al ejercicio de la acción ejercitada ya que se trata de un crédito del ejecutante contra su deudor, el ahora apelante, que consta contabilizado en el Balance de presentación de la Suspensión de pagos y que ha sido debidamente constatado por dicha Intervención (folio 144), ello no subsanó, según la parte recurrente, la nulidad e ineficacia que asigna el apartado último “in fine” del número 3º del artículo 6º de la Ley de Suspensión de pagos de 26 de Julio de 1922 a las operaciones que, mencionadas en dicho artículo 6º, practique el suspenso sin el concurso o acuerdo de los Interventores, al tratarse, según dicha parte, de una nulidad absoluta y no relativa, invocando al efecto el artículo 6.3 del Código Civil. Tesis ésta que no puede prosperar ya que ello implica desconocer los efectos que la declaración de pagos produce respecto a la situación del deudor suspenso, situación intermedia entre la libre disponibilidad y la inhabilitación patrimonial propia de la quiebra (artículo 878 del Código de comercio), pues si bien el suspenso conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, se le imponen ciertas “medidas precautorias y la seguridad”, que pueden llegar a la suspensión y sustitución del comerciante, gerente o Consejo de Administración, y a falta de medidas especiales, que no constan que fuesen acordadas respecto al ejecutante suspenso, su actividad comercial queda sometida a una constante y total intervención, en el sentido de que precisa el acuerdo de los interventores designados por el juez para la realización de los actos que menciona el artículo 6º de la citada Ley concursal; habiendo declarado el Tribunal Supremo que el citado artículo 6º “no veda formular reclamaciones extrajudiciales o judiciales por parte del suspenso” (Sentencia de 22 de Abril de 1980); amén que aun admitiendo hipotéticamente la posible existencia de una falta en la que el ejecutante hubiera podido incurrir al formular la acción determinante de este juicio, sin el concurso de los Interventores de la suspensión, quedó plenamente subsanada tal falta con la conformidad prestada por los Interventores que se expresa en documento unido a autos como folio 144.

**CONSIDERANDO:** Que entrando en el estudio del segundo motivo de impugnación —falta de provisión de fondos—, hay que señalar que dado el criterio ecléctico que sustenta la jurisprudencia patria respecto a la naturaleza jurídica de la letra de cambio, que la configura de carácter causal cuando se trate de relaciones entre los que la negociaron y abstracta cuando el poseedor de la cambial no la obtuvo del deudor, y al ser en esta litis el ejecutante el librador y el deudor el librado-aceptante, éste opone la excepción de falta de provisión de fondos, por no adeudar al ejecutado la cantidad que le reclama, reiterando en esta alzada su afirmación de la existencia entre los hoy litigantes, de un contrato de cuenta corriente que impide, hasta que se practique el saldo final, el conocimiento de la cantidad que adeuda y en su consecuencia la prosperabilidad de la acción entablada. El hecho de hallarse dos personas en situación de cuenta corriente no implica la existencia entre estas dos personas de un contrato de cuenta corriente; pues para que haya dicho contrato en sentido técnico y del que da un concepto descriptivo la sentencia general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don I. L. A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha veintinueve de Enero de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de esta ciudad, en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa condena de las costas de esta alzada a la parte recurrente. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## 270

**270. JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Excepción de falsedad. No la supone el incumplimiento del contrato causal. Existencia de provisión de fondos no desvirtuada por la deficiencia de los servicios prestados en que la misma radica. Pluspetición: cuestiones extracambiarias que hacen inviable la excepción. *Sentencia de 16 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que se centra en tres puntos el objeto de esta impugnación, circunscrita —como también lo está el juicio promovido— al efecto cambiario ejecutado: A) En cuanto a la excepción de falsedad, debe ser resueltamente rechazada, porque los posibles incumplimientos —más o menos relevantes— del contrato causal o generador de la cambial ejecutada no constituyen en modo alguno un falseamiento de la misma, ni la circunstancia de haber incumplido determinadas formalidades administrativas puede abocar a una consecuencia semejante. Ni el título ejecutivo en sí, ni el acto que le ha dotado de esa condición (número primero del artículo 1464 de la Ley de enjuiciamiento civil), se hallan afectados por la falsedad alegada en tanto que ninguna demostración ha sido hecha; por consiguiente, ninguna incidencia puede tener una excepción en manera alguna justificada. B) En lo tocante a la falta de provisión de fondos, es bien evidente su existencia: así queda constatado mediante la lectura del tenor contractual y la efectiva prestación de los servicios pactados. Es ello suficiente, a efectos cambiarios ejecutivos, para reputar existente la provisión: el que los servicios prestados fueren deficientes o no, el que se incum-

plieran algunos pactos habidos entre partes, son cuestiones tangenciales a los efectos propios de este juicio. La vía declarativa está siempre expedita para albergar cuestiones de esa índole, pero en modo alguno cabe sostener una ausencia o falta de provisión: se ha acreditado su existencia, y eso basta para producir los efectos jurídicos derivados de su concurrencia. C) Respecto de la excepción de plus petición, ninguna entidad tiene a los estrictos efectos ejecutivos cambiarios contemplados en este juicio. Se trata de un problema susceptible en un juicio ordinario y declarativo, en el que sin las limitaciones propias de un juicio como el presente quepa examinar con la debita profundidad las pretensiones de los litigantes. El ofrecimiento de ciertos descuentos o compensaciones debe ser relacionado con el resto de extremos que conciernen a las divergencias de los contendientes, pero en modo alguno cabe vincularlo necesariamente al montante de una de las letras —de entre otras varias— expedidas para el cobro de una relación arrendaticia temporal: se trata, pues, de un problema extracambiario y debe hallar su cauce de solución en vía declarativa, no siendo la ejecutiva sino la solucionadora de problemas estrictamente cambiarios. Por todo ello, procede confirmar íntegramente la sentencia recurrida, estando siempre abierta la vía declarativa para la definitiva solución del problema material que late en su fondo.

CONSIDERANDO: Que no se aprecian razones para hacer un especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. G. O. en nombre y representación de V. P. S.A. contra la sentencia de seis de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos de Palma debemos confirmarla y la confirmamos en todos sus pronunciamientos sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 275

**275. JUICIO EJECUTIVO.** Irrelevancia de que el título que sirvió para despachar la ejecución fuera el documento original o fotocopia del mismo. Poder posiblemente insuficiente en su origen: válida subsanación del defecto en el curso del proceso. *Sentencia de 20 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que, siendo de orden puramente rituario las razones aducidas para impugnar la sentencia de instancia, procede reproducir, haciéndolas propias, las argumentaciones vertidas en la sentencia de primer grado; y así: a) no cabe reputar insuficiente el poder general para pleitos que fundamenta la representación del Procurador de la parte actora, pues en él consta que los apoderados, otorgantes del poder ante el cónsul español, tienen facultad para representar a la sociedad poderdante, según certificación notarial adjunta al poder, en la que se expresa que los otorgantes del poder para pleitos es-

tán, a su vez, debidamente autorizados para representar, conjuntamente, la firma de la entidad actora, adicionándose que tal afirmación queda asegurada en virtud de comprobación e inspección de los libros del Registro mercantil alemán correspondiente; no existe duda, pues, de la validez del poder, subsanándose los defectos formales que, al tiempo de iniciarse la demanda, se observaran; b) el documento ejecutivo no carece de la fuerza que le imprime el carácter de tal, sino que, tratándose de un documento en que notarialmente se reconoce una deuda y no siendo ninguno de los contemplados en el número primero del artículo 1429, era preciso el previo reconocimiento bajo juramento (número segundo del mencionado artículo) para alcanzar esa eficacia ejecutiva, formalidad que al ser efectuada permitió despachar la oportuna ejecución; por consiguiente, ninguna relevancia tiene el hecho de que sea fotocopia o no lo sea: el hecho de haber sido reconocida autoriza a iniciar los trámites procesales ejecutivos, sin que se oponga ningún obstáculo legal; c) en cuanto a la cuestión de fondo, ninguna justificación —a salvo de la confesión del ejecutado, relativa a haber satisfecho la deuda reconocida— ha sido hecha en torno a la improcedencia de la reclamación. Por consiguiente, constando el documento materializador del crédito ejecutado —debidamente reconocido por su suscriptor— y no habiéndose practicado prueba alguna que revista la más mínima consistencia, procede confirmar la sentencia de instancia.

**CONSIDERANDO:** Que procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia, toda vez que sus alegaciones no han sido sino meramente repetitivas de lo ya sostenido en la instancia, apreciándose en su actuación una manifiesta temeridad.

**VISTOS** los artículos citados y demas de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. A. R. en nombre y representación de Don M. S. contra la sentencia de dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma debemos confirmarla y la confirmamos en todos su pronunciamientos, condenando a dicho apelante al pago de las costas causadas en esta instancia. Ponente: Carlos Climent Duran.

## 282

**282. DOCUMENTOS PRIVADOS.** Adveración de su fecha por cualquiera de los medios de prueba reconocidos en derecho. Doctrina del T.S.. *Sentencia de 22 de diciembre de 1983.*

**CONSIDERANDO:** Que para situar con claridad la cuestión impugnativa es conveniente exponer los antecedentes siguientes: a) La entidad actora, P. M. S.A. ejercita su acción contra las sociedades C. P. y C. N. P. al objeto de obtener la condena solidaria de ambas al pago del importe no satisfecho de determinados suministros de pescado; b) La sentencia dictada en primera instancia condena a la entidad C. P. S.A. al pago íntegro de la cantidad reclamada por estimar que es la única obligada a ello, pues en su condición

de arrendataria de la industria donde se sirvieron los generos impagados fue la que los solicitó y recibió, y absuelve a la entidad C. N. P. por entender que ninguna responsabilidad puede imputarsele dada su condición de propietaria de la industria ajena a su explotación y c) La entidad actora impugna la resolución mencionada y pretende nuevamente se condene también a la sociedad demandada absuelta.

**CONSIDERANDO:** Que el pronunciamiento impugnado, sustentado en una conclusión coherente obtenida tras un minucioso análisis de los medios probatorios, solo es susceptible de evidenciarse como incorrecto si no existiera prueba suficiente de la relación arrendaticia mencionada (insuficiencia que viene a concretarse en la ineficacia del documento arrendaticio por no autenticidad de su fecha) o si la entidad actora hubiera desconocido que la industria a la que remitía los generos era explotada por persona distinta de su propietaria.

**CONSIDERANDO:** Que el análisis de la primera posibilidad revocatoria debe considerar que el Tribunal Supremo lejos de la sentencia de 26 de febrero de 1984 que calificaba el artículo 1227 del Código Civil como de "absoluto y terminante", sostiene con un criterio cercano al caracter abierto del artículo 2704 del Ordenamiento Civil Italiano que la fecha de un documento privado puede ser acreditada por cualquier otro medio probatorio admitido en derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1958 que admitió la comprobación por referencia a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, sentencias de 16 de febrero de 1968, 20 de febrero de 1969 y 6 de julio de 1977), viniendo así a quedar considerada la fecha de un documento de tal naturaleza, una vez incorporado al proceso, como una afirmación fáctica paralela al resto de las alegaciones y susceptible, por tanto, de ser verificada por los medios probatorios citados, sin que ello atente contra la seguridad jurídica que, sin duda, fundamentó el referido artículo 1227 del Código Civil.

**CONSIDERANDO:** Que las fotocopias de las páginas de tres diarios de esta Ciudad correspondientes al mes de mayo de 1979, mediante las que la entidad C. N. P. convocó un concurso para la adjudicación de los servicios de su bar-restaurante, en unión de las especificas referencias que a tal concurso y a su posterior adjudicación aparecen en los libros de actas de la referida entidad y de las certificaciones de dos entidades bancarias acreditativas de que en el mes de mayo de 1979 avalaron a C. P. S.A. ante el C. N. P., de acuerdo con las clausulas del contrato firmado el 24 de mayo de 1979, referente a la adjudicación de los servicios de explotación de bar y restaurante del citado club, conforman un conjunto probatorio suficiente para estimar cierto que el 24 de mayo de 1979 se formalizó entre las sociedades co-demandadas el contrato privado arrendaticio cuya eficacia frente a terceros pretende enervar la sociedad apelante.

**CONSIDERANDO:** Que idéntica suerte adverse corresponde a la segunda vertiente revocatoria, pues si bien es cierto que no ha quedado acreditado se hiciera pública la adjudicación del concurso precitado, sin embargo la entidad actora no puede mantener, con la eficacia revocatoria pretendida, un desconocimiento sobre la explotación del negocio por persona o entidad distinta a la entidad propietaria por cuanto ha quedado verificado como cierto que: a) el concurso para la adjudicación de la gestión del negocio al que se sirvió el general impagado fue objeto de pública convocatoria en tres diarios de esta ciudad; b) la entidad actora suministró genero a la misma industria en tiempo de anterior o anteriores adjudicatarios y c) la relación comercial debatida se desarrollaba entre la entidad actora y Don V. B. C., socio de la entidad adjudicataria.

**CONSIDERANDO:** Que no obstante lo dispuesto en el último párrafo del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala, en uso de la facultad establecida en la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, estima procedente no hacer declaración especial sobre las costas de esta instancia atendida la falta de temeridad o mala fe en la interposición y mantenimiento del recurso de apelación que se resuelve.

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad P. M. S.A. contra la sentencia dictada el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta

y dos por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera instancia número Uno de esta ciudad, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en esta instancia. Notifíquese esta resolución a la demandada no comparecida en la alzada en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el término de tres días no se insta su notificación personal. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 284

**284. JUICIO EJECUTIVO DE TRAFICO.** Culpa exclusiva de la víctima. Análisis de la prueba y desestimación de la excepción. *Sentencia de 28 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la entidad demandada reproduce en esta instancia, como único motivo impugnativo, la peculiar excepción de culpa única o exclusiva de la víctima recogida como tal causa defensiva en los artículos 1 y 18 del texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, e invoca, en apoyo de su acogida, la doctrina que esta Sala expuso en Sentencia de 8 de febrero de 1982, específicamente en cuanto que “para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna dirigidas a evitar o cuando menos a aminorar el daño causado por la culpa de la víctima, restando así al evento la exclusiva imputación a aquella, resulta preciso: a) La temporaneidad de la maniobra evasiva, es decir, la posibilidad —humana y dentro de la pericia exigible a un conductor de móvil— de que a la advertencia del peligro inminente y grave suceda la posibilidad temporal de adoptar la maniobra evasiva”.

CONSIDERANDO: Que la determinación de la posibilidad temporal a realizar una maniobra de tal naturaleza —maniobra exigida por el juzgador a quo y que por inexistente, fundamenta la desestimación de la invocada culpa exclusiva exige un nuevo análisis de las distintas huellas o vestigios dejados por la colisión causa mediata de la litis. Función revisora que permite apreciar la existencia de un dato objetivo, omitido por la recurrente y escasamente valorado en la sentencia impugnada pese a que fundamenta conclusión idéntica a la mantenida en dicha resolución, cual es la localización de los daños sufridos por los dos vehículos intervinientes en el siniestro. Dato objetivo de interés prevalente pues localizados aquellos en la parte frontal del turismo y en la posterior de la bicicleta, concretamente en sentido perpendicular a su eje, resulta evidenciado que en el momento de la colisión la bicicleta se había incorporado plenamente a la calzada por la que circulaba el turismo asegurado en la entidad apelante. Incorporación total que, atendida la clase de vehículo utilizado, presupone, en primer término, que el espacio que media entre el lugar desde el que se accedía y el de la colisión sea recorrido, en su último tramo, bajo la iluminación del sistema de alumbrado utilizado por el turismo y, en segundo término, que tal recorrido dure el tiempo suficiente para que accionar el sistema de frenado o realizar una desviación del vehículo sea maniobra exigible, cuya omisión conduce, en aplicación del criterio contenido en la sentencia invocada por el recurrente, a estimar inexistente el motivo defensivo opuesto e improcedente la exoneración económica pretendida.

CONSIDERANDO: Que no existe causa para hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad M. N. S.A., contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Ascenso, en Comisión de Servicios en el Juzgado de Primera instancia número Uno de Palma de Mallorca, el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres, en el juicio ejecutivo de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución sin hacer especial declaración sobre las costas de esta instancia. Ponente: José Luis Calvo Cabello.

## 286

**286. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA HOTELERA.** Reclamación por el arrendador, al término del contrato, de los menoscabos sufridos en los muebles y enseres, de conformidad con lo previsto en contrato. Indebida moderación por el Juzgado, al amparo del artº 1.103 del C. C., de la suma indemnizatoria: requisitos para la procedencia de dicha facultad. *Sentencia de 29 de diciembre de 1983.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaída, en cuanto condena a la entidad reconvenida a satisfacer a la reconviniente la cantidad de cuatro millones de pesetas, es impugnada por ambas partes; aquélla, alegando que no debe abonar nada y ésta, por estimar que el "quantum" pecuniario mencionado es inferior al procedente, y no conceder los intereses legales que prescribe el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que concordes ambas contendientes que el 23 de Junio de 1973 formalizaron un contrato de arrendamiento de industria denominado Hotel "E. C." sito en la carretera de El Arenal, s/n, de Can Pastilla (folios 3/7) con un extenso, completo y detallado inventario general del material, mobiliario y efectos que tenía dicho hotel en el día de su entrega a la arrendataria (folios 8/51), contrato que fué objeto de diversas prórrogas y que finalizó, por expiración del término, el 31 de Diciembre de 1981 (folio 167), y reconocida la entrega de la industria locada a la arrendadora a principios del año 1982, sin que se haya podido concretar la fecha en que se realizó tal entrega, si bien fue con anterioridad al día 4 de febrero, ya que en esta data se autorizó el cambio de la titularidad del Hotel E. C. a favor de otra entidad hotelera (folio 293), surge la reclamación convencional por incumplimiento por parte de la arrendataria de las condiciones estipuladas en el contrato sobre buen uso, conservación y reposición de las instalaciones y bienes integrantes de la industria arrendada.

CONSIDERANDO: Que una de las fuentes de las obligaciones, y sin duda alguna la de mayor importancia, es la que tiene su origen en la voluntad de los particulares, que para satisfacer sus necesidades reciprocas, establecen sus pactos y condiciones, los cuales hay que respetar llevándolos a su ejecución, siempre que no se rebasen los límites que señala el artículo 1255 del Código Civil. Este Cuerpo legal acude, en su artículo 1091, al

paradigma de la Ley para expresar la fuerza vinculante del contrato, pues las obligaciones legales y las contractuales —en la medida en que sea correcta la contraposición— están dotadas de igual vigor.

**CONSIDERANDO:** Que en el citado contrato de 23 de junio de 1973 (folios 3/7) se estipuló, en la cláusula novena, la obligación por la arrendataria —aquí reconvenida— de devolver los bienes recibidos en las mismas condiciones de buen estado, sin mas mermas de las derivadas del uso normal de los bienes inventariados, en la cláusula undécima, se hace responsable a la arrendataria de la restauración, y conservación y reposición de los elementos que se alquilan, salvo los casos que tengan la consideración de catastróficos, y en la duodécima, se reitera la obligación de la arrendataria en orden a devolver lo recibido “en las condiciones y calidad que lo recibió salvo el uso normal...”, estipulaciones éstas que coinciden sustancialmente con lo preceptuado en los artículos 1561 y 1563 del mencionado código sustantivo.

**CONSIDERANDO:** Que frente al completo y minucioso inventario, ya aludido, de entrega de los materiales y efectos de la industria arrendada, en el que se consigna, sin duda alguna a instancia de la entidad arrendataria, las mas pequeñas deficiencias de los objetos inventariados —así se indica que falta muelle en las pinzas langostas y un mechero en uno de los tres hornillos de calentar copas de plata (folio 40)—, no consta que se recabara ni se obtuviera, en ningún momento ni forma alguna, la conformidad de la arrendadora por la devolución completa y perfecta de los elementos de la industria locada, conformidad que logicamente sólo se puede otorgar tras el correspondiente examen y comprobación de la existencia y estado de los elementos, tan numerosos como diversos, que integran toda industria hotelera de cierta importancia —más de cincuenta mil bienes muebles en el presente caso—. Por ello, el informe emitido por el ingeniero don J. L. M. F., protocolizado el 3 de marzo de 1982 con 59 fotografías que reflejan el estado, en dicha fecha, de ciertas dependencias, elementos y objetos del Hotel “E. C.” (folios 79/150), se ha de tomar de base, a falta de otros elementos fácticos, para determinar la prosperabilidad de las dos contrapuestas apelaciones formuladas: una, examinada esencialmente a que se declare que la arrendataria ha cumplido lo previsto en el apartado duodécimo del contrato suscrito por las hoy litigantes el 23 de junio de 1973 —deber de restauración, conservación y reposición de los bienes alquilados—, la otra, postula principalmente la declaración de haber incumplido la contraparte tal obligación, con la consiguiente indemnización a favor de la arrendadora.

**CONSIDERANDO:** Que el indicado informe se divide en cuatro capítulos; en los dos primeros se valoran las reparaciones y sustituciones de los elementos que se mencionan y que, según dictamen pericial practicado en el pleito por tres ingenieros industriales (folios 290 y siguiente), a excepción de las partidas que se refieren a la instalación y cuadros eléctricos que deben ser considerados adaptaciones a la nueva ordenación eléctrica, “se derivan del uso normal de los distintos elementos” y por lo tanto tales conceptos no son indemnizables a tenor de lo dispuesto en el invocado artículo 1561 y de lo estipulado en la cláusula novena del repetido contrato de arrendamiento. Igual carácter no indemnizable tienen las aludidas partidas referentes a la instalación eléctrica y cuadros eléctricos que, según dichos tres peritos deben ser considerados adaptaciones a la nueva ordenación técnica, ya que se tratan de desembolsos o gastos extraordinarios que, no previstos por los litigantes, no forman parte de la obligación de la arrendataria de “restauración, conservación y reposición de los bienes alquilados” y no existir precepto legal alguno que disponga lo contrario. Los dos últimos capítulos del informe del Sr. M. F. contiene la valoración de material inservible —2.680.5000 pesetas— y la de material que falta —2.355.844 pesetas— lo que dá una suma de 5.036.344 pesetas que la arrendataria debe satisfacer a la arrendadora a tenor del artículo 1563 del Código Civil y de lo estipulado en la cláusula novena del supradicho contrato de arrendamiento.

**CONSIDERANDO:** Que el criterio del juez “a quo” de moderar la citada suma de 5.036.344 pesetas en cuatro millones de pesetas, en uso de la facultad que a los Tribunales concede el artículo 1103 del Código Civil y en atención al hecho de que cuanto la industria se arrendó ya llevaba en funcionamiento más de 10 años, no es compartido por esta Sala;

pues la facultad de moderar el “quantum” indemnizatorio que otorga dicho precepto sustantivo, utilizable “atendidas las circunstancias y normas que los efecte” (Sentencia de 3 de Abril de 1940), y, en todo caso “dando las razones que justifiquen el uso de tal facultad, que no es arbitraria ni discrecional, en absoluto, sino limitada a los usos, la buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa y la desigualdad económica de los contratantes” (Sentencia de 30 de junio de 1981), no se reputa de aplicación al presente caso. El ejercicio de dicha especial facultad judicial moderadora está condicionada, según la sentencia ultimamente mencionada, a dos factores, uno de carácter adjetivo —se han de dar las razones que justifiquen su uso—, otro de índole sustantiva —las razones que se expongan han de tener el debido fundamento técnico-jurídico—; y si bien, en la moderación cuantitativa hecha en la resolución apelada se observó el factor formal, su fundamentación técnica no se estima de recibo; pues si bien es cierto que cuando la industria hotelera se arrendó ya llevaba en funcionamiento 10 años, ello no significa que fuera vetusta y que sus materiales y elementos fuesen desechables o casi inservibles —expresamente se hizo constar en el repetido contrato, la entrega de los bienes en buen estado—, no resulta de autos, ni siquiera se ha alegado, razón alguna que justifique el incumplimiento por la arrendataria de su obligación especialmente estipulada, de restaurar, conservar y reponer los bienes alquilados —el contrato duró ininterrumpidamente mas de 7 años—, por lo que tan patente, importante e injustificado incumplimiento contractual no puede ser objeto de una bonificación de un 20% aproximadamente —algo mas de un millón de pesetas—, al no existir causa jurídica ni de equidad para ello, pues el mantenimiento del importe total de las valoraciones señaladas pericialmente por materiales inservibles y que faltan en la industria hotelera arrendada —5.036.344 pesetas cuando finalizó el término convenido—, no implica un enriquecimiento de la arrendadora, sino la recuperación, desde un punto de vista técnico-económico, de su industria en las mismas condiciones que cuando la entregó en arrendamiento a la conñrparte.

**CONSIDERANDO:** Que la parte reconvenida —la arrendataria— así mismo impugna la sentencia recaída por estimar improcedente o en todo caso excesiva, la indemnización a que ha sido condenada, aduciendo en apoyo de tal pretensión la aplicación, por analogía, de la Orden de 23 de febrero de 1965 del Ministerio de Hacienda, que aprueba la tabla anexa de coeficientes de amortización para su aplicación a los Impuestos sobre Sociedades e Industrial, cuota por beneficio, y concretamente propugne la recurrente la aplicación de los coeficientes máximos anuales de amortización que establece para “Hostelería y Similares” la rama XII de dicha disposición, pretensión que se ha de rechazar, pues la invocada orden ministerial, de estricto carácter y alcance fiscal, como expresamente se declara en su artículo primero, no guarda relación o semejanza alguna con el supuesto que ahora se revisa en esta segunda instancia, pues se trata de una cuestión estrictamente jurídico-civil: la defectuosa devolución de una industria arrendada, al finalizar el término pactado, y sus efectos jurídicos.

**CONSIDERANDO:** Que la entidad arrendadora, aquí reconviniente, igualmente impugna la resolución dictada por haber omitido su fallo el devengo del interés que fija el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; hecho cierto, pero totalmente inoperante, ya que el interés que señala dicho precepto procesal es de carácter imperativo para el supuesto que en él se menciona, de suerte que aunque no se aluda en la sentencia, se devenga, por ministerio de la Ley, desde la fecha de la sentencia, a menos que se revoque, aunque sea parcialmente.

**CONSIDERANDO:** Que dada la inconsistencia de la fundamentación de la apelación formulada por la entidad O. H. S.A., se aprecia temeridad en dicha recurrente, lo que determina su condena en costas en esta segunda instancia.

**VISTOS** los artículos citados y demas disposiciones de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS:** Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad O. H. S.A. y estimando en parte el interpuesto por la entidad F. S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha catorce de marzo de mil novecientos ochenta y tres, dictada por el Ilmo. señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia número Dos

de esta ciudad, en el juicio declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto a la cantidad a que se condena a la entidad O. H. S.A. a satisfacer a la entidad F. S.A. que se fija en CINCO MILLONES TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTAS CUARENTA Y CUATRO PESETAS, suma ésta que desde el día de hoy devengará, a favor del acreedor, el interés señalado en el artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil; confirmando el resto del fallo recurrido. Se imponen las costas de esta alzada a la entidad O. H. S.A. Ponente: Julio Llovet Alabau.

## C. INDICE ANALITICO

## Acción

- Cambiaria declarativa 247
- Declarativa de dominio 283
- De división de cosa común 234
- De reembolso 219, 248
- Ejecutiva 219
- Subrogativa 219

Actos propios 218, 252

## Alimentos

- Hijos mayores de edad 195
- (Ver además, "divorcio" y "separación matrimonial")

Arquitectos 192

## Arrendamientos

- De industria 286
- De obras 205, 236, 239, 250
- De temporada 209
- Urbanos
  - Cesión, subarriendo, traspaso 210, 245, 251
  - Cierre 241, 246
  - Obras incontinentadas 199, 242, 244
  - Subrogación "mortis causa" 218

Condominio en Mallorca 194

Consentimiento 199, 236

## Contratos

- De fletamento 249
- De opción 251
- Interpretación 241
- Nulidad 218

Resolución por incumplimiento 187, 223

Cosa juzgada 198, 252, 279

Costas procesales 193

Desahucio, juicio de 209

Diligencias para mejor proveer 276

Diligencias preparatorias de ejecución 238

## Divorcio

- Alimentos 207, 277
- Cuidado de los hijos 202, 237, 271
- Pensión compensatoria 207, 211
- Visitas 237, 277

Documentos privados 193, 282

Fotocopias 275

Ejecutivo, juicio 275

- Diligencias preparatorias 238
- Póliza de afianzamiento 228
- Póliza de préstamo 219, 225

Ejecutivo cambiario

- Causa 197
- Cláusula de valor 188
- Falsedad 222, 270
- Falta de provisión de fondos 175, 178, 181, 212, 223, 263, 267, 270
- Letra en blanco 175
- Límites 197
- Lugar de creación 227
- Pago 230

- Pluspetición 226, 270
- Simulación 188
- Timbre 224
- Ejecutivo de tráfico
  - Culpa exclusiva 203, 284
  - Maniobras de fortuna 203
  - Título 232
- Excepciones procesales
  - Defecto legal 182, 272
  - Incompetencia de jurisdicción 18
  - Insuficiencia de poder 275
  - Legitimación activa 252, 267
- Intimación 265
- Litis consorcio pasivo necesario 278
- Mandato 285
- Medidas provisionales 234, 243
- Obligaciones con cláusula penal 261
- Pago 206, 235, 248
- Patria potestad, 237, 271
- Prescripción 192, 193, 198, 253, 278
- Presunciones 180
- Pobreza 275
- Posesión 194
- Propiedad horizontal
  - Gastos comunes 179, 235
- Impugnación del acta de la junta 274
- Protesta
  - De averías 249
- Prueba 180, 191, 206
  - Pericial 203, 205, 226, 265
  - Testifical 200
- Recursos
  - De apelación 255, 257, 268, 273, 277, 280
- Responsabilidad Civil
  - Accidente de tráfico 189, 190, 254, 269
  - Decenal 192
  - Carga de la prueba 176, 254
  - Culpa/negligencia 182, 193, 198, 260
  - Daños indirectos 259
  - Daños morales 182
  - Daños/perjuicios 176, 252, 259, 264, 281
  - Fuerza mayor 249
  - Nexo causal 269
  - Prescripción 192, 278
  - Solidaridad 198, 252
- Seguridad social 253
- Separación matrimonial 194, 233
  - Alcoholismo 214
  - Alimentos 201, 213, 216, 221, 231
  - Carga de la prueba 180, 258, 262
  - Conducta vejatoria 177, 217, 233
  - Custodia de los hijos 177, 271
  - Malos tratos 200
  - Pensión compensatoria 201,

- 204, 217, 233, 234, 240
- Régimen de visitas 215
- Servidumbres
  - De medianería 256
- Simulación 188, 191, 210
- Sociedades Anónimas
  - Derecho a información 272
  - Impugnación de acuerdos 272
- Solidaridad 198, 252
- Suspensión de pagos 225, 267
- Terceria de dominio 194

### III. SALAS 1ª y 2ª

#### DE LO CRIMINAL (1)

##### A. INDICE CRONOLOGICO

363. **Abusos deshonestos.** Tentativa. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 8 de Septiembre de 1983 (2ª).*
364. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 8 de Septiembre de 1983 (2ª)*
365. **Coacciones.** Elementos. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1983 (2ª).*
366. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos.** Del que resulta muerte. *Sentencia de 10 de Septiembre de 1983 (2ª).*
367. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1983 (2ª).*
368. **Falsedad en documento oficial.** Receta médica. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Septiembre de 1983 (2ª).*
369. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 13 de Septiembre de 1983.*
370. **Robo con fuerza en las cosas.** Trastorno mental transitorio, como eximente incompleta —síndrome de abstinencia—. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 15 de Septiembre de 1983.*
371. **Escandalo publico.** Falta de pruebas. Absolución. *Sentencia de 16 de Septiembre de 1983.*

---

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por el Profesor Gabriel Garcías Planas del Departamento de Derecho Penal.

372. **Robo con intimidación.** Uso de armas. Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1983 (2ª).*
373. **Realización arbitraria del propio derecho.** Animo de hacerse pago. Relación obligacional entre sujeto activo y pasivo. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1983 (2ª)\*.*
374. **Robo con fuerza en las cosas.** Llaves falsas (copia de las auténticas). Conformidad. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1983.*
375. **Uso de nombre supuesto.** Agravante de reincidencia. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 21 de Septiembre de 1983.*
376. **Estafa.** Elementos. Múltiples perjudicados. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983.*
377. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Circunstancia atenuante de embriaguez no habitual. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983.*
378. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
379. **Falsedad en documento oficial.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
380. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Delito de contrabando.** *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
381. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de embriaguez y agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
382. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 22 de Septiembre de 1983 (2ª).*
383. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983 (2ª).*
384. **Apropiación indebida.** No ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983\*.*
385. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada.

- Trastorno mental transitorio como eximente incompleta. El Tribunal ordena el internamiento en establecimiento hospitalario adecuado. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*
386. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. No se acredita ni que el abandono sea malicioso, ni que obedezca a una conducta desordenada. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983\*.*
387. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. (Estudio de esta circunstancia). *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*
388. **Salud pública.** Exhibición de sustancias estupefacientes. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*
389. **Robo con fuerza en las cosas. Receptación.** El Ministerio Fiscal retiró la acusación en el acto del Juicio Oral. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*
390. **Apropiación indebida.** “Animus rem sibi habendi”. El Tribunal aprecia la circunstancia modificativa específica del art. 529-7º “de especial gravedad”. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*
391. **Tenencia ilícita de armas.** Requisitos. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*
392. **Estafa. Emisión de talones sin fondos como medio engañoso. Agravante de reincidencia.** *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª)\*.*
393. **Intrusismo.** (Diferencias entre delito y falta). *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983 (2ª)\*.*
394. **Lesiones.** “Animus leadendi”. **Daños.** Falta. **Lesiones.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983 (2ª).*
395. **Hurto.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983 (2ª).*
396. **Homicidio.** Muerte de dos personas. **Lesiones graves.** Sin circunstancias. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983\*.*
397. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Trastorno mental transitorio como eximente incompleta. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983.*

398. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983.*
399. **Estupro.** No se acredita la situación de prevalimiento. Absolución. *Sentencia de 1 de Octubre de 1983.*
400. **Delito relativo a la prostitución.** Presunción de inocencia. Absolución. *Sentencia de 1 de Octubre de 1983.*
401. **Hurto.** Delito continuado. Circunstancias agravantes de realizar el hecho en la morada del ofendido y abuso de confianza. Dichas circunstancias no van, según reza la propia Sentencia, contra el principio acusatorio, pese a no haber sido apreciadas por las partes acusadoras ya que una de ellas calificó los hechos como robo, y al ser condenados por hurto, permite la apreciación de tales circunstancias. *Sentencia de 1 de Octubre de 1983.*
402. **Imprudencia temeraria con resultado de muerte.** *Sentencia de 3 de Octubre de 1983 (2ª).*
403. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. El Tribunal hace uso del art. 2 del Código Penal proponiendo al Gobierno un indulto parcial. *Sentencia de 3 de Octubre de 1983 (2ª).*
404. **Homicidio.** Tentativa. Trastorno mental transitorio, como existe incompleta. *Sentencia de 5 de Octubre de 1983.*
405. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con intimidación.** *Sentencia de 6 de Octubre de 1983.*
406. **Delito de fraude de funcionario público —Art. 401—.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª).*
407. **Robo con intimidación.** Frustración. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª).*
408. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª).*
409. **Robo con intimidación en las personas.** Uso de armas. Agravante de disfraz. **Tenencia ilícita de armas.** Elementos. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Hurto.** Falta Agravante de reinci-

dencia. *Sentencia de 10 de Octubre de 1983 (2ª).*

410. **Utilización ilegítima de vehículo de motor.** Atenuante de minoría de edad. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983 (2ª).*
411. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983 (2ª).*
412. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuantes de minoría de edad y arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983 (2ª).*
413. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 11 de Octubre de 1983.*
414. **Robo con fuerza en las cosas.** Se afirma la Sentencia la no participación del procesado ni como autor ni como complice. *Sentencia de 14 de Octubre de 1983 (2ª).*
415. **Receptación.** Ausencia de conducta típica, por desconocerse la ilicitud de la procedencia de los objetos. Presunción de inocencia. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª)\*.*
416. **Tenencia ilícita de armas.** Requisitos. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª).*
417. **Salud pública. Contrabando.** Tenencia para el propio consumo. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª).*
418. **Hurto.** No se acredita la participación de la procesada. Presunción de inocencia. **Hurto.** Falta. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983.*
419. **Salud pública. Tráfico.** Se absuelve a los procesados del delito de contrabando ya que ni fueron procesados ni acusados en las conclusiones provisionales por tal delito; el hecho pues, de que lo fueran al modificar las conclusiones la parte acusadora produciría, en base a los principios que rigen la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indefensión en el acusado. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983\*.*

420. **Hurto.** Elementos. Agravante de reincidencia. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983.*
421. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983.*
422. **Injurias** —Por escrito y sin publicidad—. Ausencia de conducta típica al faltar el “animus iniuriandi” y dado el carácter circunstancial del mencionado tipo de injusto. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª)\*.*
423. **Incendio.** Eximente incompleta de trastorno mental transitorio. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
424. **Robo con fuerza en las cosas.** No se acredita la participación del procesado. Presunción de inocencia. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
425. **Escándalo público.** Exhibicionismo. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
426. **Falsificación en documento mercantil. Estafa.** Tentativa. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
427. **Allanamiento de morada.** Requisitos. Falta de Moral. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*
428. **Abusos deshonestos violentos.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
429. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
430. **Daños.** Elemento objetivo y subjetivo. Conformidad. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
431. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Delito continuado. **Robo con violencia en las personas.** Casa habitada. Eximente incompleta de enajenación mental (drogadicción por habitual dosificación de heroína). *Sentencia de 20 de Octubre de 1983 (2ª).*
432. **Robo con fuerza en las cosas.** Perpetrado en edificio público. Ate-

- nuante de minoría de edad. **Falta de orden público.** Conformidad. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983.*
433. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. El Ministerio Fiscal retiró la acusación en el acto del Juicio Oral. *Sentencia de 20 de Octubre de 1983.*
434. **Tenencia ilícita de armas.** Elementos. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983\*.*
435. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. **Hurto.** Delito continuado. Agravante de realización del hecho en la morada del ofendido. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983.*
436. **Robo con violencia en las personas.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983 (2ª).*
437. **Hurto.** Elementos. **Robo con violencia en las personas.** *Sentencia de 22 de Octubre de 1983.*
438. **Salud pública.** No se acredita la participación en los hechos de la procesada. Presunción de inocencia. *Sentencia de 22 de Octubre de 1983.*
439. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. Absolución. *Sentencia de 22 de Octubre de 1983.*
440. **Robo con violencia en las personas.** Circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 23 de Octubre de 1983.*
441. **Marversación de caudales públicos.** Impropia, por quebrantamiento de bienes embargados. Elementos. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*
442. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*
443. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*
444. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. **Hurto.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 24 de Octubre de 1983 (2ª).*

445. **Falsedad en documento mercantil.** Elementos. **Estafa.** Requisitos. *Sentencia de 25 de Octubre de 1983 (2ª).*
446. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando.** *Sentencia de 25 de Octubre de 1983 (2ª).*
447. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos.** Con resultado de muerte y lesiones. *Sentencia de 25 de Octubre de 1983 (2ª).*
448. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
449. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Agravante de reincidencia y eximente incompleta de enajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
450. **Abusos deshonestos.** Propósito lúbrico. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
451. **Escándalo público.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 26 de Octubre de 1983 (2ª).*
452. **Hurto.** Falta. Conformidad. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
453. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Tentativa. Eximente incompleta de enajenación mental. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
454. **Vejación injusta.** Falta. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
455. **Salud pública.** Venta. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983 (2ª).*
456. **Estafa.** Apariencia de bienes en cuenta corriente. Concurrencia agravante de reincidencia. *Sentencia de 27 de Octubre de 1983.*
457. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Casa habitada. Escalamiento. *Sentencia de 28 de Octubre de 1983.*
458. **Abusos deshonestos.** Circunstancia atenuante de minoría de edad. **Coacciones.** Atenuante de minoría de edad. **Robo con intimidación de las personas.** **Receptación.** Atenuante de minoría de edad. **Daños.** Falta. *Sentencia de 28 de Octubre de 1983.*

459. **Salud pública.** Uso para el tráfico, atendiendo la cantidad de droga que tenía el procesado. *Sentencia de 29 de Octubre de 1983.*
460. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Octubre de 1983 (2ª).*
461. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983 (2ª).*
462. **Tenencia ilícita de armas.** Conformidad. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983 (2ª).*
463. **Falsedad en documento mercantil.** Elementos. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983 (2ª).*
464. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 3 de Noviembre de 1983.*
465. **Utilización ilegítima y de vehículo de motor ajeno. Resistencia a los agentes de la autoridad.** Circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1983.*
466. **Falsificación de sellos y marcas.** —Art. 275 y 276—. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1983.*
467. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. **Tenencia ilícita de armas. Allanamiento de morada. Lesiones.** Conducta encubridora por parte de uno de los procesados. *Sentencia de 4 de Noviembre de 1983 (2ª).*
468. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983 (2ª).*
469. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983 (2ª).*
470. **Robo con fuerza en las cosas.** Fractura de puerta. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983 (2ª).*
471. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Elementos. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983.*

472. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. El Tribunal por el mismo delito solicita un indulto parcial para otro procesado en base al Art. 2 del Código Penal. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983.*
473. **Robo con fuerza en las cosas. Sustitución de placa de matrícula de vehículo automovil.** *Sentencia de 5 de Noviembre de 1983.*
474. **Delito relativo a la prostitución.** Favorecimiento. (Tercería locativa). Absolución por falta de culpabilidad, en base al párrafo 3º del Art. 6 bis a) (error). *Sentencia de 8 de Noviembre de 1983\*.*
475. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Trastorno mental transitorio, como eximente incompleta. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1983.*
476. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 9 de Noviembre de 1983 (2ª).*
477. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1983 (2ª).*
478. **Receptación.** Conocimiento de la procedencia ilegal de los bienes. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1983 (2ª).*
479. **Incendio.** No se acredita la participación de los procesados. Presunción de inocencia. *Sentencia de 10 de Noviembre de 1983.*
480. **Homicidio.** Frustrado. **Daños.** Eximente de enajenación mental. Absolución. Internamiento en establecimiento psiquiátrico. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*
481. **Atentado a agente de la autoridad.** (Exceso en sus funciones por parte de los agentes) **Lesiones.** Falta. Absolución. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª)\*.*
482. **Estafa.** Delito continuado empleo de eurocheques falsificados. **Uso de documento de identidad falso.** *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*
483. **Cheque en descubierto.** Entrega de cheque como medio de pago sin

- poder realizarse su cobro. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*
484. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante eximente incompleta de transtorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*
485. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de rejas. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*
486. **Imprudencia simple con infracción de reglamentos.** Que si mediase, malicia constituiría delito de lesiones graves. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1983 (2ª).*
487. **Falsedad en documento oficial.** Delito continuado. Recetas médicas. **Estafa.** Delito continuado. **Uso de documento oficial falso.** Delito continuado. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1983 (2ª).*
488. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 12 de Noviembre de 1983.*
489. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Noviembre de 1983.*
490. **Robo con fuerza en las cosas. Hurto.** Delito continuado. Conformidad. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983.*
491. **Estafa.** Delito continuado. **Falsedad en documento mercantil.** Utilización de eurocheques falsificados. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983 (2ª).*
492. **Receptación.** Conocimiento de la ilícita procedencia. Concurrencia de la agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983 (2ª).*
493. **Malversación.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 15 de Noviembre de 1983 (2ª).*
494. **Robo con violencia en las personas.** Empleo de fuerza, golpes en diversas partes del cuerpo. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1983 (2ª).*

495. **Hurto.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Noviembre de 1983.*
496. **Delito relativo a la prostitución.** Error vencible de obrar lícitamente. Aplicación del último párrafo del Art. 6 bis a) y del Art. 66 del Código Penal. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983.*
497. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Rompimiento de escarapate. *Sentencia de 17 de Noviembre de 1983 (2ª).*
498. **Atentado a agente de la autoridad.** Ausencia de conducta típica al existir previa agresión por parte de la autoridad. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
499. **Utilización ilegítima de vehículo de motor. Imprudencia temeraria.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
500. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Rotura de ventana. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
501. **Uso de documento oficial falso.** Recetas médicas. Delito continuado. **Estafa.** Falta continuada. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983 (2ª).*
502. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 18 de Noviembre de 1983.*
503. **Falsificación de documento oficial.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Noviembre de 1983.*
504. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Rotura de ventanas. Agravante de reincidencia. **Robo con fuerza en las personas.** Tirón violento. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983 (2ª).*
505. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983 (2ª).*
506. **Estafa.** Conformidad. *Sentencia de 21 de Noviembre de 1983 (2ª).*
507. **Robo.** Casa habitada. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983.*

508. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 23 de Noviembre de 1983.*
509. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983 (2ª).*
510. **Atentado a agente de la autoridad.** Conformidad. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983 (2ª).*
511. **Parricidio.** Tentativa. Atenuante eximente incompleta de enajenación mental. Internamiento en un establecimiento psiquiátrico. *Sentencia de 24 de Noviembre de 1983 (2ª).*
512. **Robo con fuerza en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
513. **Robo con fuerza en las cosas.** Entrada por sitio distinto al destinado a su acceso. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
514. **Hurto.** Apropiación de documentos que justifican una deuda. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
515. **Robo con fuerza en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
516. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
517. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983 (2ª).*
518. **Homicidio. Lesiones. Daños.** Falta. No se acredita en ninguna de las infracciones penales la participación del procesado. *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983.*
519. **Estafa.** *Sentencia de 25 de Noviembre de 1983.*
520. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica por no existir abandono "malicioso". *Sentencia de 26 de Noviembre de 1983.*
521. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. *Sen-*

*tencia de 30 de Noviembre de 1983.*

522. **Robo con fuerza en las cosas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 30 de Noviembre de 1983.*
523. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1983.*
524. **Delito relativo a la prostitución.** No se acredita que determinada persona ejerciese la prostitución. **Malos tratos de palabra y de obra.** Falta. *Sentencia de 1 de Diciembre de 1983.*
525. **Incendio.** Atenuante de enajenación mental incompleta. Internamiento en Centro psiquiátrico hasta su repatriación. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
526. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad y agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
527. **Estafa.** El Ministerio Fiscal retira la acusación. Absolución. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
528. **Presentación en juicio de documento privado falso.** Conocimiento de la falsedad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª)\*.*
529. **Robo con violencia en las personas.** Tirón violento y conducción a lugar desierto. **Resistencia a agentes de la autoridad.** **Lesiones.** Falta. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
530. **Estafa.** Cuestión inmobiliaria. Enajenación de un bien gravado con anterioridad. Concurrencia de todos los requisitos que la configuran. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*
531. **Robo con fuerza en las cosas.** Agravante de reincidencia. Conformidad. *Sentencia de 5 de Diciembre de 1983.*
532. **Robo con fuerza en las cosas.** Tentativa. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 6 de Diciembre de 1983.*
533. **Robo con violencia en las personas.** "Tirón". *Sentencia de 7 de Diciembre de 1983 (2ª).*

534. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983 (2ª).*
535. **Violación.** Empleo de fuerza física que impide toda opción de rechazo de la víctima. Atenuante de embriaguez. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983 (2ª).*
536. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. *Sentencia de 9 de Diciembre de 1983.*
537. **Robo con violencia en las personas.** No se acredita la participación del procesado. *Sentencia de 10 de Diciembre de 1983.*
538. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Absolución. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*
539. **Evasión de presos.** Elementos. **Atentado contra agentes de la autoridad.** Requisitos. **Lesiones.** Falta. **Tenencia ilícita de armas.** *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983.*
540. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica por falta de medios económicos suficientes. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983 (2ª).*
541. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Diciembre de 1983 (2ª).*
542. **Amenazas.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983 (2ª).*
543. **Robo con violencia en las personas.** Atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983 (2ª).*
544. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Agravante de reincidencia. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983.*
545. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 14 de Diciembre de 1983.*
546. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*

547. **Parricidio.** Muerte de la esposa. Atenuantes de arrebató y arrepentimiento espontáneo. **Amenazas.** *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*
548. **Robo con fuerza en las cosas. Falsedad y estafa.** Conformidad. *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983.*
549. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Atenuante de minoría de edad. **Incendio.** *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983 (2ª).*
550. **Robo con violencia e intimidación en las personas y uso de armas.** Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
551. **Estafa.** Elementos. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
552. **Homicidio frustrado o lesiones graves.** Circunstancia eximente de legítima defensa. Principio "in dubio pro reo". *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
553. **Robo con intimidación en las personas con resultado de lesiones. Tenencia ilícita de armas. Uso de nombre supuesto.** Falta. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Diciembre de 1983.*
554. **Robo con violencia en las personas.** Agravante de reincidencia. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1983.*
555. **Tenencia ilícita de armas.** Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 17 de Diciembre de 1983 (2ª).*
556. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Agravante de reincidencia. **Hurto. Receptación.** *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
557. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
558. **Salud pública.** Circunstancias que conforman el tráfico como el envoltorio en dosis, existencia de balanzas y molinillo. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
559. **Estafa.** Utilización de sucesivos engaños. Notable perjuicio económico al perjudicado. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*

560. **Hurto con abuso de confianza.** Utilización de la llave por haber pernoctado con anterioridad en la vivienda. *Sentencia de 19 de Diciembre de 1983 (2ª).*
561. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. **Contrabando.** *Sentencia de 21 de Diciembre de 1983.*
562. **Estafa.** Ficción de solvencia en cuenta corriente. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 22 de Diciembre de 1983 (2ª).*

## B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

## 373

**373. REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO.**

Animo de hacerse pago. Relación obligacional entre sujeto activo y pasivo. *Sentencia de 17 de Septiembre de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado —y así expresamente se declara— que el día diez de diciembre de mil novecientos ochenta y dos el procesado B. S. A., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, se dirigió a la finca rústica denominada Son ., sita en el kilómetro cinco de la carretera de Sineu y propiedad de M. J. V., a cuyo servicio había trabajado, y como el mismo le adeudase salarios, conociendo que escondía la llave de la puerta debajo de un trozo de uralita, cogió la misma y accedió al interior, en una de cuyas naves, para hacerse así pago de los referidos salarios, cogió una motosierra, un taladro y otras herramientas por valor conjunto de ciento sesenta mil pesetas, que se han recuperado y entregado a su propietario.

RESULTANDO: Que, en conclusiones definitivas el Ministerio fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 500, 504-4º y 505 del Código penal y designando autor del mismo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al procesado, solicitó se le impusiera una pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en calificación igualmente elevada a definitiva, estimó que el procesado había cometido un delito de realización arbitraria del propio derecho y que al concurrir la circunstancia eximente de estado de necesidad procedía su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos narrados como probados en el primer resultando de esta sentencia no son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 500, 504-4º y 505 del Código penal, objeto de acusación, al faltar, como se desprende del relato fáctico, el necesario ánimo de lucro que requiere el primero de dichos preceptos, puesto que el apoderamiento violento a través de la “vis in re” tenía como finalidad la de hacerse pago, por lo que el “tipo” existente es el previsto en el artículo 337 del Código penal como delito de realización arbitraria del propio derecho, que es el que debe ser objeto de punición.

CONSIDERANDO: Que de dicho delito es responsable en concepto de autor directo del párrafo 1º del artículo 14 del Código penal el procesado.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la res-

ponsabilidad criminal, ya que la alegada eximente de estado de necesidad del numeral 7° del artículo 8 del Código penal está desasistida de toda prueba, por lo que resulta aplicable la reiteradísima doctrina legal expresiva de que las circunstancias modificativas han de estar tan acreditadas como el hecho mismo.

**CONSIDERANDO:** Que las costas procesales han de imponerse a los condenados por todo delito o falta según lo dispuesto en los artículos 109 del Código penal y 239 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

**VISTOS** los artículos citados y: 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 23, 27 y su tabla, 29, 33, 28, 63, 90 y 91 del Código penal y 14, 142, 144, 741, 742, 779 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado B. S. A. del delito de robo con fuerza en las cosas objeto de acusación y debemos condenarle y le condenamos como autor directo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de realización arbitraria del propio derecho, a una pena de ciento sesenta mil pesetas de multa, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada diez mil pesetas impagadas; condenándole asimismo, por ministerio de la ley, al pago de las costas causadas en este proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 384

**384. APROPIACION INDEBIDA.** No ingreso de las cuotas obreras de la Seguridad Social. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 23 de Septiembre de 1983.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente: que el procesado G. M. F., mayor de edad, de buena conducta, y sin antecedentes penales, actuando como gerente desde su fundación en 1944 de la empresa denominada C. M. M. M. y Compañía, con sede social en la misma ciudad de I., al hallarse la empresa en penuria económica, y pasando ésta por una grave crisis, en el Juzgado de 1ª Instancia de Inca se tramitó expediente de suspensión de pagos de la referida entidad, autos nº 226/76, ante la falta de liquidez, tuvo que recurrir a préstamos y créditos bancarios que solo la permitían pagar los salarios a sus empleados, pero no pudiendo ingresar las cuotas obreras de la seguridad social en el Régimen General de la Seguridad Social, por falta de dinero y ello durante los años 1975, excepto los meses de Agosto y Octubre, y los años 1976, 1977, 1978 y 1979, ascendiendo esta cantidad a 4.248.799,- pesetas, como consecuencia de este descubierto con la Seguridad Social al trabajador F. P. R., nacido el 26 de Junio de 1919, después de haber trabajado 13 años en la empresa, al jubilarse el 17 de Abril de 1980, le ha sido reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social una prestación equivalente solamente al salario interprofesional y no por la cuantía de su salario real.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los

hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida del artº 535 en relación con el artº 528 del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado G. M. E., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de tres meses de arresto mayor, accesorias e indemnización de 4.258.799,- pesetas a la Seguridad Social y de 500.000 pesetas a F. P. y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular —el I.N. de la Seguridad Social— en igual trámite, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de apropiación indebida y contra la libertad en el, digo, y seguridad en el trabajo, tipificados en los artículos 535 en relación con el 528-1º y artº 499 bis respectivamente del Código Penal, del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, solicitando, por el delito de apropiación la pena de 6 años y 1 día de presidio mayor, y por el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, dos meses de arresto mayor y multa de 20.000,- pesetas, con arresto sustitutorio de 30 días en caso de impago, accesorias y costas, y que indemnice al I.N. de la Seguridad Social en 4.258.799,- pesetas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, negando que los hechos fueran constitutivos de delito solicitó la libre absolución de su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de apropiación indebida de que es acusado el procesado, pues para apreciar esta infracción criminal, han de concurrir los siguientes elementos definidores de este tipo delictivo: a) una dinámica delictiva consistente en hacer suyo, distraer o negar haber recibido, dinero, efectos, o cualquiera otra cosa mueble que se hubiera recibido en calidad de depósito, comisión, o administración o por otro título que produzca obligación de devolverlo; b) una valoración antijurídica del aumento del patrimonio del autor de la infracción penal y c) la presencia del nexo psicológico de la acción de un ánimo de lucro (Sts. de 26 de Mayo de 1982), y en el presente caso falta el presupuesto de "haber recibido en depósito comisión o administración o por otro título que produzca obligación de devolverlo, dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble"; en efecto la deducción de dinero, que produciría un fenómeno de inversión del título de poseer, en cuya virtud de posesión emanada del dominio, que, el empresario tenía primitivamente, se trueca en posesión derivada del mandato o del depósito, es imposible dada la penuria económica y carencia de recursos por los que pasaba la empresa, por lo tanto el procesado no tuvo esas cantidades, y no se pudo apropiar o distraer algo que no tuvo —Set. del T.S. de 23 de Junio de 1980—. No existiendo pues el delito de apropiación indebida, es obvio que tampoco se habrá cometido el otro delito de que acusa el Instituto N. de la Seguridad Social, pues la conducta del procesado no es incardinable en ninguno de los apartados del artº 499 bis del Código Penal; y en virtud de todo ello procederá la libre absolución del procesado de los delitos de que viene siendo acusado, con declaración de oficio de las costas causadas.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 2, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos al procesado G. M. F. de los delitos de que viene acusado con declaración de oficio de las costas causadas. (Ponente: Juan L. Lorente Almiñana).

## 386

**386. ABANDONO DE FAMILIA.** Ausencia de conducta típica. No se acredita ni que el abandono sea malicioso, ni que obedezca a una conducta desordenada. *Sentencia de 24 de Septiembre de 1983.*

**RESULTANDO:** Probado y así se declara expresamente: que el procesado J. I. P., mayor de edad, sin antecedentes penales, contrajo matrimonio con A. F. P., el día 29 de Abril de 1972, del que nacieron dos hijos R. M. y J. M. el 6 de Marzo de 1973 y el 20 de Septiembre de 1974 respectivamente, matrimonio en el que desde un principio fueron frecuentes las desavenencias familiares, incluso el esposo una vez se marchó del hogar, volviendo y siendo recibido de nuevo por su esposa, perdonándolo, con motivo de esas desavenencias producidas por las cenas que el esposo realizaba con sus compañeros del equipo de fútbol de C'an P., y porque el marido frecuentaba alguna discoteca y que su mujer era desordenada, en algunas ocasiones la esposa impidió al procesado la entrada en el domicilio conyugal, siendo los primeros días del mes de Septiembre de 1980, el marido procesado ya no volvió al domicilio familiar, calle J., n° 91-1°, de C'an P., marchándose a vivir con un amigo, no entregándole ninguna cantidad de dinero, desde que abandonó el hogar familiar. El procesado sólo trabajaba de una manera fija en verano, y en el resto de año, realizaba trabajos esporádicos.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de abandono de familia del art° 487-1°, del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. T. P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de un mes y un día de arresto mayor y 20.000 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de 20 días por impago, accesorias legales y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, negando que los hechos fueran constitutivos de delito, solicitó la libre absolución de su patrocinado.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito de que viene acusado el procesado, ya que conforme a la Jurisprudencia del T.S. recogida entre otras en las sentencias de 8 de Mayo de 1981, y 10 de Octubre de 1981, no basta el mero apartamiento del hogar familiar, ni el simple incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o al matrimonio para la realización del tipo previsto en el art 487-1° y 2° sino que aquellos han de tener por causa específica, alternativa o conjuntamente el abandono malicioso del domicilio conyugal o la conducta desordenada del sujeto, y el abandono malicioso quiere decir tanto como sin base, justificación, móvil, pero en el presente caso el abandono del hogar fué debido a desavenencias familiares, y en cuanto a la conducta desordenada, ello no ha resultado acreditado, pues las declaraciones de la esposa y su madre pueden ser interesadas, y el informe de la guardia civil relata que frecuentaba discotecas alternando con extranjeras, pero no nombra testigos, y de los que declararon uno de ellos manifestó que solía ir tres veces por semana a la discoteca S., no pudiendo decir si iba con chicas extranjeras pues el expresado J. T. se sentaba en un taburete de la barra, con un par de amigos y que no gastaba mucho dinero; los demás manifestaron que no podría afirmar si el procesado frecuentaba las discotecas de las que eran propietarios; con estas pruebas no se puede realizar una afirmación rotunda, que permitiera condenar a una persona por el delito de abandono de familia en base a que si-gue una conducta desordenada, todo ello sin perjuicio de las consecuencias civiles que pu-

dieran derivar de la situación creada, por estas razones, procede la libre absolución del procesado, con declaración de oficio de las costas causadas.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª - 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado J. T. P., del delito de que viene acusado, con declaración de oficio de las costas causadas. (Ponente: Juan L. Lorente Almiñana).

## 392

**392. ESTAFA.** Emisión de talones sin fondos como medio engañoso. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 26 de Septiembre de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado, y así se declara expresamente, que el procesado G. R. B., mayor de edad, ejecutoriamente condenado el 8 de octubre de 1977 por una falta de estafa, el 2 de marzo de 1979 por un delito de estafa y el 19 de junio de 1979, 11 de enero de 1980 y 8 de febrero de 1980, por sendos delitos de cheque en descubierto, sin que se le haya apreciado la agravante de reincidencia, aparentando una solvencia de la que carecía, contrató con E. G. R. la compra de un cachorro de león por importe de cien mil pesetas, entregando al mismo con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete de marzo de mil novecientos ochenta sendos cheques por importe de cincuenta mil pesetas cada uno contra su cuenta corriente en la Caja de Ahorros de Baleares, talones que no pudieron ser cobrados por carecer de fondos suficientes y comoquiera que E. G. reclamara dicha suma al procesado éste relleno con su propia letra y a su nombre un talón con fecha cinco de abril de mil novecientos ochenta, contra una cuenta corriente del Banco del Noroeste de la que el procesado no era titular y que pertenece a persona ajena a estas relaciones. El procesado fué declarado en rebeldía y está en prisión por esta causa desde el día catorce de septiembre del corriente. No consta la firma que autoriza el talón del Banco del Noroeste corresponda al procesado, aunque sí el resto del texto de dicho talón.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos y un delito de Estafa, de los artículos 529-1º y 528-3º y b) un delito de falsedad en documento mercantil, artículo 303, en relación con los números 1 y 4 del artículo 302, todos ellos del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado G. R. B., con la concurrencia de la agravante de reincidencia, por lo que solicitó contra aquél la pena de: Por a) cuatro meses y un día de arresto mayor; por b) cuatro años, dos meses y un día de presidio menor y cincuenta mil pesetas de multa con arresto sustitutorio de cincuenta días caso de impago, accesorias, indemnización de cien mil pesetas al perjudicado E. G. R., y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, solicitó la libre absolución de su defendido, por estimar que no había cometido delito alguno.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados integran un delito de estafa, previsto y penado en los, dicese en el artículo 528 del Código Penal, porque el procesado por medio de un engaño tan típico como es el de presentarse como titular de una solvencia de la que carecía y para lograr un desplazamiento económico del patrimonio del perjudicado al suyo propio, con ánimo de lucro, le entregó los talones constándole que no dispondría de fondos en la cuenta para hacer efectiva la suma que los mismos representaban —Sentencia 11-2-1976— hecho que de acuerdo con la reforma introducida por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, se castiga con la pena de arresto mayor. Y sin que se pueda inculpar como autor de una falsedad en documento mercantil, tal como se pretende por la acusación, la conducta del procesado al cubrir con su letra parte del talón del Banco del Noroeste —no consta que la firma del librador corresponda al mismo— y entregárselo él mismo a su beneficiario con su propio nombre y apellidos, como librado, al ser configurado dicha alteración efectiva en dichos documentos mercantiles; pero con un tan ostensible inidoneidad, como tal, que descartan toda posible aceptación de que el tomador del cheque lo recibiese con la consciencia de que los mismos tuviesen real valor ante el citado banco, por lo que procede la libre absolución de dicho procesado por tal delito, habida cuenta de la presencia de un verdadero caso de delito imposible según la más reciente doctrina legal —Sentencias 26-2-1981; 27-4 y 25-5-1982—.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado G. R. B., por su participación voluntaria y directa en los hechos.

**CONSIDERANDO:** Que es de apreciar la circunstancia modificativa agravante de reincidencia del artículo 10-15ª, dados los antecedentes del procesado y que por aplicación del artículo 62-2ª, este Tribunal puede aplicar la pena en el grado máximo.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente, viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas, los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61-2ª, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 reglas 3ª, 142, 239, 240, 272, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos al procesado G. R. B., del delito de, dicese que debemos absolver y absolvemos al procesado del delito de falsedad en documento mercantil del que se le acusaba, declarando de oficio la mitad de las costas y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de estafa en cuantía superior a treinta mil pesetas, con la agravante de reincidencia, a una pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de privación de libertad; a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido E. G. R., la suma de cien mil pesetas, y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Remítase la pieza de responsabilidad civil al Instructor para que la termine con arreglo a Derecho. (Ponente: Alvaro Blanco Alvarez).

## 393

**393. INTRUSISMO.** (Diferencias entre delito y falta). *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983 (2ª).*

**RESULTANDO** probado, y así expresamente se declara, que en diversos lugares del término de Palma, la procesada M. H. G., mayor de edad, sin antecedentes penales, de profesión "guía transferista", en diversas fechas y ocasiones no determinadas, sin estar reglamentariamente autorizada para ejercer la actividad de "guía intérprete de turismo", mediante título expedido por el Ministerio o autoridad administrativa correspondiente, llevó a cabo de forma eventual esta última actividad, acompañando como tal "guía intérprete de turismo" a diversas expediciones o grupos de turistas en viajes y excursiones que organizaban diversas agencias de viajes, y a requerimiento de éstas. La profesión de "guía intérprete de turismo" está regulada por el reglamento de 31 de Enero de 1964, y sus titulares acompañan y asisten a excursiones denominadas turísticas. Los denominados "guías transferistas" no pueden acompañar a dichas excursiones turísticas, aunque sí pueden hacerlo, y prestan sus servicios profesionales, a las denominadas excursiones comerciales y a las nocturnas, de exclusiva finalidad festiva y gastronómica.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de intrusismo del artículo 321-2ª del Código Penal, en relación con el Reglamento de actividades Turísticas de 31 de Enero de 1964; del que conceptuó autora a la procesada M. H. G., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquélla la pena de, dícese las penas de seis meses y un día de prisión menor, multa de veinte mil pesetas, con treinta días de arresto sustitutorio, en caso de impago, accesorias y costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular mantenida por la entidad Asociación Profesional de Informadores Turísticos de Mallorca, en igual trámite, se mostró conforme con las conclusiones definitivas formuladas por el Ministerio Fiscal, si bien añadió como indemnización de daños y perjuicios la reclamación de la cantidad de dos millones seiscientos treinta y una mil setecientas setenta y tres pesetas, y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa de la procesada, en igual trámite, solicitó la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables para su patrocinada, por no ser ciertos los hechos que se le imputan, o no ser éstos constitutivos del delito de que se le acusa y alternativamente que se le condenara como autora de una falta del artículo 572-1º del Código Penal, a la pena de mil pesetas de multa.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos que se declaran probados no son legalmente constitutivos del delito de intrusismo previsto y penado en el artículo 321 del Código Penal, y si lo son de una falta prevista y penada en el número 1 del artículo 527 del Código Penal, pues si bien es cierto que después de la revisión efectuada en dicho tipo penal por el Decreto de 28 de Marzo de 1963, se eliminó el requisito o necesidad concerniente a que la profesión usurpada estuviese amparada por un título facultativo o académico, con cuya supresión se amplió considerablemente el ámbito y número de actividades profesionales protegidas por el artículo 321, no es menos cierto que deben depurarse unos límites cuantitativos y cualitativos que sirvan para cualificar unas determinadas conductas como constitutivas de un ilícito penal y separarlas de las que, siendo ilegales, no alcanzan tal gravedad y deben ser objeto de regulación y disciplina por el ordenamiento jurídico administrativo, o que traspasando los límites del Código Penal no llegan a la categoría de delito y deben ser penadas como faltas, según el artículo 427 del Código Penal. En este necesario afán de especificación el Tribunal Supremo ha establecido diversos criterios de matización: en sentencias de 7 de Diciembre de 1970 y 20 de Noviembre de 1975, nuestro alto Tribunal, para diferenciar los criterios de aplicación del delito del artículo 321 de los del 527-1º, establece el que el sujeto pasivo, o bien jurídico, protegido por el delito son los intereses generales de la sociedad, salud, sanidad, seguridad, etc., que se vean gravemente afectados por los actos que se ejercitan sin poseer la capacidad técnica acreditada por el título oficial correspondiente, y en cambio, en la falta, el sujeto pasivo o el bien jurídico protegido es la organización administrativa establecida para el ejercicio de ciertas actividades; este criterio jurisprudencial no ha sido modificado. Indudablemente el denominado "guía transferista" no está autorizado para realizar actividades propias de los "guías intérpretes de turismo", pero hay que convenir que la transgresión de esta limitación, aunque ataca intereses

legítimos, lo es por una diferencia meramente cuantitativa y no cualitativa y no afecta a intereses generales de la sociedad, salud, sanidad, seguridad, etc. de tal manera que el sujeto activo de tal infracción no debe ser condenado ni tenido por delincuente, aunque sí autor de la falta establecida en el artículo 527-2º del Código Penal.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar la circunstancia, dícese la concurrencia de circunstancias motivativas de la responsabilidad criminal.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autora, la procesada, de una falta, H. M. G.

**CONSIDERANDO:** Que la pretensión indemnizatoria planteada por la acusación particular, consistente en el pago de dos millones seiscientos treinta y una mil setecientas setenta y tres pesetas, como daños y perjuicios causados por la procesada, no puede ser atendida, pues ni ha sido acreditado su cuantificación mínimamente, ni tampoco se ha justificado el nexo causal posible entre el acto ilícito y el resultado lesivo, ni —finalmente— se ha determinado ni individualizado la persona perjudicada por la ilegal actuación de la procesada.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente, viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas; los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos a la procesada M. H. G. del delito de intrusismo del artículo 321 del Código Penal, de que es acusada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, declarando de oficio las costas por razón de este delito; y que debemos condenar y condenamos a la procesada M. H. G., en concepto de autora de una falta de intrusismo del número 1º del artículo 572 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de cinco mil pesetas de multa, con cinco días de arresto menor, sustitutorio en caso de impago, y al pago de costas por la falta. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Conclúyase por el Sr. Juez Instructor la pieza de responsabilidad civil con arreglo a Derecho. (Ponente: Juan Ignacio Pérez Alférez).

## 396

**396. HOMICIDIO.** Muerte de dos personas. **LESIONES GRAVES.** Sin circunstancias. *Sentencia de 29 de Septiembre de 1983.*

**RESULTANDO** probado y así se declara: expresamente: que los procesados B. M. S., de 30 años de edad y su padre J. M. C., de buena conducta informada y sin antecedentes penales, sobre las ocho horas del día 16 de Agosto de 1981, provisto el primero de su

escopeta de dos cañones marca "Ugartechea" calibre 12 y n° 53.691 y el segundo de su escopeta de un solo cañón marca "Alvaro Porcel" calibre 16, salieron a cazar conejos con horón por terrenos no acotados del término municipal de P. (Mallorca) y alrededor de las 9 horas se cruzaron con tres cazadores vecinos, ya de regreso, quienes les contaron el altercado que aquella misma mañana habían tenido con M. B. Ll. de 60 años de edad y su pariente B. B. G., de 44 años, cuando estaban cazando conejos en las inmediaciones de sus fincas, por estimar los nombrados que la Ley prohíbe disparar a menos de doscientos metros de las casas de campo, y que al retirarse, sin duda para atemorizarles habían disparado las armas que portaban, sin pretender otra cosa que molestarles, incidente que conocido por J. M. mereció el comentario "si aquellos se encontraban con su hijo no dispararían", y continuando su camino los procesados pasaron por algunas fincas, encontrándose sobre las once de la mañana en la denominada "S. R." propiedad de M. M. F., en cuyas inmediaciones se encuentra "S. M." propiedad de M. B. Ll., habiendo disparado B. M. en repetidas ocasiones y escuchando disparos de personas desconocidas, cuando teniendo inmediata una madriguera formada por un gran montón de piedras se colocó armado de su escopeta encima de una pared de una altura de 1,50 metros que rodea una "tana" adosada a la madriguera, mientras su padre soltó su arma quedando al pie de la pared, daba suelta entre las piedras al hurón; en esta posición y por la parte contraria de la pared en relación a J. M., llegaron M. B. Ll. que portaba una escopeta de un cañón marca "Crucelegui" calibre 16, con un cartucho en la recámara y B. B. G. Brigada de Artillería, aficionado a las armas y experimentado en su manejo, persona de fuerte carácter, con pocas simpatías en el pueblo y para disuadir que cazaran en sus terrenos tenía colocados a su alrededor cartelillos que decían "peligro" o dibujos en los que figuraba una calavera y unas tibias cruzadas y que en aquel momento portaba una carabina marca "Bergman" calibre 9 mm. sin proyectil en la recámara y cuatro cartuchos en el cargador y situados a unos cinco metros y medio a seis de la pared donde se encontraba B. M., en un claro del terreno carente de toda vegetación, perfectamente visibles, recriminaron al último nombrado que cazara en aquel lugar y de aquella forma, suscitándose con la contestación de los procesados una discusión, que fué degenerando sonando frases sobre quien tendría más cojones, creándose una situación tensa y de nerviosismo por ambos bandos y en estas circunstancias J. M. saltó la repetida pared de 1,50 metros y se dirigió hacia M. B., en tanto B. B. permanecía quieto a un metro y medio aproximadamente de su compañero con la carabina en alto, cuando J. M. llegó junto a M., intentó arrebatarle la escopeta que tenía en sus manos, asíéndola por el cañón con fuerza al tiempo que la apartaba de su dirección y en el curso del forcejeo entre ambos, le propinó un golpe tremendo con la culata a la cara de M., que alcanzándole en el pómulo derecho le produjo una fractura conminuta de todos los huesos de la hemicara derecha, lesión que de haber sobrevivido hubiera sanado a los ochenta días, con sesenta de asistencia facultativa, impedido para el trabajo y con la secuela de deformidad facial, consistente en el hundimiento de la hemicara derecha y defecto físico de los senos maxilares; excitado por la lucha de su padre y viendo a B. B., que no se había movido hasta aquel instante, pero que iba armado, desde la pared a unos cinco metros de distancia disparó primero contra el último nombrado alcanzándole plenamente en la región frontal, quedando muerto en el acto; acto seguido, en los momentos que M. B. caía desplomado por el golpe reseñado, disparó B. su segundo cartucho contra éste desde parecida distancia alcanzándole en el ojo izquierdo, que determinó su inmediato fallecimiento. Ante la monstruosidad de lo ocurrido, J. M., dirigiéndose a su hijo le dijo: "qué has hecho B." al tiempo que caía llorando, en tanto el hijo marchaba también horrorizado.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de dos delitos de homicidio del art° 407 y otro de lesiones del art° 420-3° ambos del Código Penal; del que conceptuó autores a los procesados B. M. S. y J. M. C., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquéllos dos penas de doce años y un día de reclusión menos, al procesado B. M. S., como autor de los dos homicidios, y una sola pena de dos años de prisión menor para J. M. C. como autor de las lesiones, accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 3.000.000,- de ptas. y de 2.000.000,- de ptas. a los perjudicados herederos de B. B. y de M. B. a satisfacer por B. M. y la de un millón de pesetas de indemnización a satisfacer por J. M. a los herederos de M. B. Ll. y a

ambos procesados el pago de las costas.

**RESULTANDO:** Que la acusación particular en igual trámite coincidió en líneas generales con la relación de los hechos, sus autores, en los delitos de homicidio y lesiones, circunstancias concurrentes, en ambos por lo que solicitó se le impusiera a B. M. como autor de los homicidios, dos penas de 14 años 8 meses y un día de reclusión menor y a J. M. una pena de dos años de prisión menos, accesorias correspondientes e idénticas indemnizaciones de las solicitadas por el Ministerio Fiscal y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa de los procesados en su argumentación, sostuvo que el autor de los homicidios fué el procesado J. M. y el de las lesiones graves el procesado B. M., cometidas las acciones en situación de legítima defensa real o putativa del artº 8º-4º del Código Penal, por lo que solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos declarados probados son constitutivos de dos delitos de homicidio del artº 407 del Código Penal y de un delito de lesiones graves del artículo 420-3º del mismo cuerpo legal y es autor de los dos homicidios B. M. S. y de las lesiones J. M. C. afirmación que resulta de la versión asumida por el primero el día 20 de Agosto de 1981, a los cuatro días de ocurrir los hechos, en declaración prestada ante la guardia civil, previa advertencia de la legalidad vigente y en la que libre y espontáneamente dió explicación detallada de su intervención en el suceso, refiriendo con datos los más mínimos, los antecedentes que desencadenaron la tragedia el día 16 de agosto, la tensión existente entre algunos cazadores de P., por la oposición de los B. a que se cazara junto o dentro de sus propiedades, pese a no estar acotadas; dejó descrita con minuciosidad la posición que tenía cada uno de los componentes en el momento de los disparos, dió por supuesto que en todo momento utilizó su propia escopeta, las reacciones emocionales después de la muerte de sus contrincantes, manifestación que concuerda exactamente con la prestada por su padre el mismo día ante los mismos agentes de la Autoridad, corroborando todas y cada una de las vicisitudes tenidas aquella mañana; esta actividad probatoria rodeada de todas garantías, vino confirmada en líneas generales con la inspección ocular de la misma fuerza pública, —el 18 de Agosto—, que con la descripción del terreno y forma que se encontraban las armas de las víctimas dió detalles que no contradicen en modo alguno lo declarado e incluso el informe técnico-policial del mismo 18 de Agosto, que únicamente difiere en cuanto a la posible posición del autor de los disparos que podía encontrarse apoyado sobre el muro por la parte posterior al lugar que se encontraron los cuerpos de los B., y que dada la forma que se encontraban sus armas... no esperaban serían asesinados y esta conjunta trabazón de los hechos derivados de las actividades policiales, fueron ratificadas, incluso con mayor precisión en la declaración que ambos procesados prestaron ante el Sr. Juez de Instrucción de Manacor, el día 21 de Agosto, donde asistidos de Letrado, es decir con el maximum de garantías, y conforme con los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución, aceptaron nuevamente la respectiva actividad desplegada por cada uno de ellos, refiriéndonos a la posición tenida por los contendientes en el momento de los disparos, el previo acuerdo entre el padre y el hijo, para cazar con el hurón en la madriguera, la presencia inesperada de los B., el tono ofensivo y molesto de sus palabras, el diálogo surgido de la prestación de B. B. de denunciarles a la guardia-civil llevándose el hurón, la propuesta de abandonar las armas y dejarles el animal, la tensión existente y sus reacciones emocionales, configuran toda la realidad de lo ocurrido, y que dada la capacidad de razonamiento en personas de formación elemental, es imposible fueran fruto de un acuerdo anterior; es consecuencia de lo dicho el rechazo de la nueva versión dada por los procesados, semanas más tarde, después de haber convivido en la prisión, en la que dan un giro de 180 grados respecto al autor de los disparos, coincidiendo en el acto de la práctica de las diligencias de reconstrucción de los hechos afirmaron que fué B. M., el que disparó con el arma de su hijo, mas la trama se presentaba tan mal urdida y la finalidad tan manifiesta, de salvar al hijo de sus responsabilidades, que en su narración llevo a afirmar que su hijo se encontraba a la otra parte de la pared detrás de un montón de piedras de 2.50 metros y que no vió sino como caían los cuerpos de los que resultaron muertos, patraña tan absurda como increíble, ya que queda inexplicable e inexplicable, quién fué el autor de la grave fractura que presentaba en la cara M. B. y advertidos de tan garrafal omisión, han pretendido subsanarla en posteriores declaraciones,

incluso en las prestadas el día del juicio oral, pero que por su configuración artificiosa, con detalles nimios si se quiere, pero de significado interés cual es el cambio de arma entre ambos procesados, tan poco frecuente por motivos obvios de práctica en su manejo, cuando son diferentes en el calibre y número de disparos posibles, y la colocación del cazador más hábil y ágil en el punto dominante, que indudablemente dada la diferencia de edad es el hijo, por cuanto queda expuesto que evidencia la falta de credibilidad de la versión que dan a los hechos, debe ser rechazada y admitir como única concordante con la realidad la prestada inicialmente por los procesados en reiteradas declaraciones rodeados, como se ha dicho, de todas las garantías procesales, y por su cohesión y concatencación de los hechos, forman la convicción de lo realmente sucedido.

**CONSIDERANDO:** Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados B. M. S. y J. M. C., por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los procesados B. M. S. y J. M. C., ni la circunstancia eximente de su responsabilidad de legítima defensa propia (artº 8º, 4º del Código Penal), invocada por su defensa como fundamento de su petición de libre absolución, y para ello, es preciso invocar la doctrina reiterada y uniforme del Tribunal Supremo que tiene declarado "que la legítima defensa, singularmente la propia, está concebida, como un derecho subjetivo que se confiere al que se vé ilegalmente agredido a reaccionar con actos estrictamente defensivos, en favor de su persona y derechos cuando el medio utilizado en esta función defensiva sea racionalmente necesario a fin de impedir o repelar los actos agresivos ya materialmente iniciados o en trance inminente de serlo, por lo que la doctrina de esta Sala ha rechazado la concurrencia de dicha circunstancia justificante y excluyente de responsabilidad criminal, cuando no se trata de una verdadera agresión, sino de ánimos de malquerencia y recíproca acrimonia que desemboca en una situación de riña o contienda que ambos contrincantes aceptan, no con propósito defensivo, sino con ánimo abiertamente dispuesto a recíproca agresión" (S. 28-10-82), e igual tiene dicho "que las simples amenazas o ademanes que no exterioricen inequívocamente el alcance de los propósitos S. 21-10-76; 16-11-78; 25-5-79 y 17-6-80, sólo son agresivas cuando las circunstancias que rodean el hecho, no según creencia o estimación del que se cree amenazado, sino según el objetivo criterio del Juzgador sobre la existencia de un peligro real inminente" (S. 27-Junio-1963) y en las de 21 Noviembre de 1941, 14-Abril-1951 y 22-Diciembre-1955, dice que no constituye agresión las palabras de simple amenaza, las frases conminatorias dichas en tono violento, ni los meros insultos, y al hilo de esta abundante doctrina, situados en el momento álgido que los que resultaron víctimas se presentan a los procesados, a los que recriminan sin amenazar, la forma y lugar que cazaba, fuera caprichosa o legal la interpelación, lo que da lugar a una discusión, que sube de tono y se pronuncian frases groseras reiteradas una y otra vez, enrareciéndose el ambiente, sin que hasta el momento, vigilantes ambos grupos, permanecen quietos en sus respectivas posiciones, más la tensión natural dados los minutos transcurridos entre discusiones e insultos, quiebra cuando J. M., saltando la pared, pasa al lugar que se encuentran los ya contrincantes, allí terminan las palabras y se pasa a las vías que de hecho se realiza, no con voluntad de pacificar, como afirmaron en sus declaraciones sino el de arrabatar una de las armas que portaban sus ya adversarios y creada una situación de pelea abierta, con los resultados que quedan reseñados, en este instante, un posible gesmo de B. B. de acudir en auxilio de su amigo o su intento de cargar su carabina, motivan a B. M. para sin vacilación y con voluntad de muerte, ya que tiene la escopeta apuntándoles para disparar, contra uno y otro oponente, en momento, que la situación de riña abierta, excluye toda posibilidad de aplicar la legítima defensa por falta de su primer requisito conforme a nutrida jurisprudencia; sin que apenas merezca ser razonada la inexistencia de una legítima defensa putativa, también invocada, que decae cuando todos los esfuerzos para dar una imagen de B. B., como sujeto violento y temible, ni de los antecedentes aportados, ni de la abundantísima prueba testifical practicada, resulta un solo dato que merezca ser destacado, casi unánimemente anticiparon en su declaración no haber tenido cuestiones o diferencias personales, dijeron que de oídas en el pueblo de P. no gozaba de simpatía, lo único que alcanza un simple valor anecdótico, es la colocación de cartelillos según quedan reseñados en los hechos probados, y nada en contra

supone la aversión que sentía contra los cazadores que disparaban cerca de su finca, conflicto que se suscita en todos los terrenos no acotados con los propietarios de los mismos; y, es último dato en contra de su temibilidad su presencia en el lugar de autos con el arma sin munición en la recámara que ya en principio supone, frente a otros armados, una situación de inferioridad, de lo que se deduce que no pasó por su mente que se recurriera por una cuestión de caza, al uso de aquellas, sin que razonablemente pueda ser creído, que conocida su referida situación de inferioridad por no portar en disposición de tiro la carabina desafiara con la palabra “defiéndete” a su adversario, cuya habilidad en el manejo de las armas, implícitamente había ponderado su padre por la mañana al decir “si voy con mi hijo no dispararán”, razones que conforme a un objetivo criterio obligan a rechazar como racionalmente fundado el temor del procesado B. M., quien falto de una motivación excluyente de su responsabilidad criminal, ya que nada justifica su proceder, siquiera la enorme tensión sufrida durante la penosa y larga discusión con sus víctimas, que entendía cercenaban sus derechos, pudiera ser fuente de una circunstancia atenuante, el grado de la pena a imponer no sufriría variación al haber pedido las partes acusadoras, una en sus conclusiones definitivas y otra “in voce”, la imposición de la pena correspondiente al homicidio, en su grado mínimo, lo que de darse la circunstancia 5ª del artº 9º del Código Penal no alteraría la solicitada por las partes, conforme queda dicho, lo que hace innecesario un mayor análisis sobre su existencia.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente, viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a los procesados B. M. S. y J. M. C., el primero en concepto de autor responsable de dos delitos de homicidio sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal y a J. M. C. en concepto de autor de un delito de lesiones graves, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, al primero dos penas de doce años y un día de reclusión menor, una por cada uno de los delitos de homicidio, y a J. M. C. a una pena de un año de prisión menor, por el delito de lesiones; a las accesorias de suspensión de cargo público, profesión u oficio durante el tiempo de duración de las condenas impuestas e inhabilitación absoluta a B. M. S., también durante la condena; a qué por vía de indemnización de perjuicios abone B. C. a los herederos de B. B. G. y de M. B. Ll., la suma de tres millones de pesetas y de dos millones de pesetas respectivamente, y a J. M. la cantidad de un millón de pesetas a los herederos de M. B. Ll., y al pago de las costas. 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 el que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contiene. (Ponente: Juan Pascual Salvá).

## 415

**415. RECEPCION.** Ausencia de conducta típica, por desconocerse la ilicitud de la procedencia de los objetos. Presunción de inocencia. *Sentencia de 18 de Octubre de 1983 (2ª).*

**RESULTANDO** probado, y así expresamente se declara, que el procesado L. S. A., mayor de dieciocho años, y sin antecedentes penales, que tenía como ocupación la de realizar trabajos de encargo para distintas joyerías, recibió la visita de otro procesado, no juzgado, a quien conocía, que le manifestó que por hallarse muy necesitado de dinero quería venderle unas piezas de oro y joyas, manifestándole que eran de su propiedad, a lo que el procesado, que ignoraba que tales objetos procedían de un robo efectuado al propietario de los mismos, D. R. P. P., accedió; comprando tales objetos, valorados en la suma de ocho mil pesetas; habiéndose recuperado un lingote de oro procedente de la fusión de varios objetos y unas alhajas y monedas sueltas.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de receptación del artículo 546 bis a), del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de las responsabilidades criminal, por lo que solicitó contra aquél las penas de tres años de prisión menor y multa de cien mil pesetas, accesorias e indemnización de sesenta y una mil trescientas cincuenta pesetas al perjudicado y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, negó que el procesado hubiese cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos narrados como probados no son constitutivos del delito de receptación del artículo 546 bis a), del Código Penal, objeto de acusación, por lo que procede la libre absolución del mismo, conforme al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; ya que el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, impide, como con los demás ya venía exigiendo reiterada doctrina legal para el delito de receptación, sentar presunciones en contra del reo, ni derivar el requisito del previo conocimiento de la procedencia ilícita de los objetos de conjeturas y sospechas; pudiendo contrariamente sentarse la presunción de desconocimiento de la ilicitud al no darse la circunstancia del precio vil subrayada por la jurisprudencia (POR TODAS, Sentencia de 29 de enero de 1973) como se desprende de las cifras recogidas en el relato fáctico.

**CONSIDERANDO:** Que por ello procede declarar de oficio las costas conforme con lo dispuesto en el Artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general aplicación: 1 y 23 del Código Penal, y 14, 142, 741, 742, 779 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado L. S. A. del delito de receptación, objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 419

**419. SALUD PUBLICA.** Tráfico. Se absuelve a los procesados del delito de contrabando ya que ni fueron procesados ni acusados en las conclusiones provisionales por tal delito; el hecho pues, de que lo fueran al modificar las conclusiones la parte acusadora produciría, en base a

los principios que rigen la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indefensión en el acusado. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983.*

RESULTANDO probado y así expresamente se declara que J. R. M. M. y A. P. A., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, recibieron el encargo de una persona desconocida de trasladarse a Amsterdam y adquirir heroína para su distribución posterior en la Isla, percibiendo, a cambio, cierta cantidad de esa droga, a la que no eran adictos; a tales efectos, puestos de acuerdo, compraron en aquella ciudad holandesa 135 gramos de dicha sustancia y al llegar al puerto de Palma, el 5 de Noviembre de 1982M —via Barcelona— fueron detenidos ocupándoseles, escondidos en el PM-2709-V propiedad del primero, 133,950 gramos de la heroína adquirida, que han sido valorados en 2.411.100,- pesetas.

RESULTANDO: Que, por tales hechos, fueron procesados por el Juez de Instrucción nº UNO de los de esta ciudad por delito contra la salud pública y el Ministerio Fiscal, en conclusiones provisionales, acusó a los encartados de un delito del artº 344 del Código Penal, solicitando una pena, para cada uno, de cuatro años y dos meses de prisión menor.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito contra la salud pública del 344 del Código Penal y un delito de contrabando de los arts. 1.1, 1.4, 3.1, y 2.1 de la Ley Orgánica 7/1982, de los que conceptuó autores a los procesados, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó para cada uno de ellos, las penas de cuatro años y dos meses de prisión menor y multa de 500.000,- pesetas con arresto personal de 60 días por el primer delito y dos años de prisión menor y multa de 2.500.000,- pesetas con apremio de 90 días por el segundo, acesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, concordó con el Ministerio Fiscal los hechos y la calificación jurídica, estimando de apreciación la atenuante 1ª del artº 9º del Código en relación con la exigente 1ª del artº 8º y solicitando la imposición, a cada acusado, de seis meses de arresto mayor y multa de 50.000,- pesetas por el delito contra la salud pública y un mes y un día de arresto mayor y 2.000.000,- de pesetas de multa por el contrabando; acesorias y costas.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito contra la salud pública, previsto y sancionado en el artº 344 del Código Penal, toda vez que los acusados actuaron en el ilícito tráfico de drogas tóxicas en la típica función de intermediarios, es decir, facilitando con su necesaria mediación —y en nuestro caso, a mayor abundamiento, mediante el transporte e introducción ilegal en el país— la adquisición de la heroína para su posterior distribución, con lo que consumaron el típico evento que aquel precepto sanciona (sentencias 20 diciembre de 1971 y 9 diciembre 1976) y si mediante tales prácticas, además, cometieron delito de contrabando, previsto en la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de Julio, artº 1.1, 1.7 y 2.1, es lo cierto que un importante óbice de punibilidad veda la sentencia condenatoria por tales hechos, pues de un atento examen de la causa se desprende que no recayó al respecto auto de procesamiento ni aún acusación formal en el juicio oral, con lo que los acusados quedaron, al modificarse las conclusiones acusatorias al fin de esta fase, en la más completa indefensión, sin posibilidad de prueba exculpatoria. En la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento criminal quedan claramente determinados los logros que se pretenden en orden a la instauración de los principios inquisitivo y acusatorio en el proceso penal y así como dice que el procesamiento da pie a la intervención del encartado en todas las diligencias “que puedan influir así sobre la determinación de la índole y gravedad del delito como sobre los indicios; de su presunta culpabilidad”, viéndolo pues como carril o marco de una futura acusación formal, así también expresa que “la calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del

delincuente, hecha por el acusador y el acusado, una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones", queda entonces como actividad delimitadora de la litis y sólo entre tales cauces puede y debe desarrollarse la prueba, el hecho (sanción) no determinado queda fuera de todo enjuiciamiento. Pensar de otro modo sería ir contra el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento y contra el propio texto de la Constitución de 1978 que, en su artº 24.2, establece que "todas las personas tienen derecho... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa" y, en este caso, se han cortado a los encartados sus posibilidades defensivas y exculpatorias. Frente a la postura absolutoria que adopta, no es obstáculo la conformidad —relativa— prestada por la defensa de los acusados, ya que ésta, en modo alguno, vincula al Tribunal si perjudica al reo (así, artºs 655 y 694 de la Ley procesado).

**CONSIDERANDO:** Que son responsables criminalmente en concepto de autores los procesados J. R. M. M. y A. P. A. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no es de apreciar circunstancias modificativa alguna de responsabilidad criminal, siendo rechazable la atenuante de trastorno mental transitorio incompleto (artº 9.1 en relación con el 8.1) alegada por la defensa en base a un supuesto estado de adicción a la droga que llevó a los acusados a la comisión del delito, ya que si tales estados han sido ya, en ocasiones (sentencias 10 y 24 de Mayo de 1982), valorados por nuestro Tribunal Supremo como eximentes o atenuantes, siempre ha sido en caso probados de toxicofrenia y síndromes de abstinencia que han producido alteraciones fundamentales en la conciencia y voluntad del sujeto, requisitos ineludibles del trastorno mental eficaz (vid. sents. 5 de Marzo 1980, 26 Enero 1981, etc.), nunca sobre eventos como el presente donde ninguna prueba directa o indirecta se ha practicado sobre la supuesta patología de los autores (ellos mismos, en las declaraciones iniciales, afirman, por el contrario, que consumen solo esporádicamente y sin adicción) y donde el tipo delictivo enjuiciado muy mal se aviene con estas situaciones de alteración o perturbación del psiquismo. Por todo ello, el grado de pena a imponer será el previsto en el artº 61.4 del Código, optando el Tribunal por el medio en atención a la gravedad del hecho y a la peligrosidad demostrada de los sujetos y al considerarse la heroína droga susceptible de causar grave daño, se acomodará el total de la pena a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito, vienen además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos a los dos acusados del delito de contrabando imputado y debemos condenar y condenamos a los procesados J. R. M. M. y A. P. A., en concepto de autores responsables de un delito contra la salud pública, por tráfico ilegal de sustancia que causa grave daño a la salud, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas, para cada uno de cuatro años y dos meses de prisión menor, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante este tiempo y multa de CINCUENTA MIL PESETAS, con arresto sustitutorio de un día por cada mil o fracción que dejen de satisfacer, así como al pago por mitad de las costas causadas. 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. Dese el destino legal a la droga intervenida. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

## 422

**422. INJURIAS.** —Por escrito y sin publicidad—. Ausencia de conducta típica al faltar el “animus iniuriandi” y dado el caracter circunstancial del mencionado tipo de injusto. *Sentencia de 19 de Octubre de 1983 (2ª).*

**RESULTANDO** probado y así se declara expresamente, que el procesado A. Ll. Ll., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales, con fecha, digo en fecha no precisada de la primera quincena del mes de junio de mil novecientos ochenta y uno, remitió por correo desde esta misma ciudad de Mahón al querellante don J. S. G., con quien no consta que hubiese enemistad previa alguna, una carta manuscrita y anónima del tenor literal siguiente: “S. te voy a dar una mala noticia, tu mujer te engaña con un buen amigo tuyo, vigila bien y muy pronto te darás cuenta no te lo digo en persona porque dirías que no es verdad pero tu vigila bien y pronto te enterarás”.

**RESULTANDO:** Que la parte querellante en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito, digo delito de los artículos 457, 458-2º, 3º y 4º y 459 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. Ll. Ll. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél las penas de dos años de destierro y cincuenta mil pesetas de multa, e indemnización de doscientas cincuenta mil pesetas al perjudicado, y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual trámite, negó que el mismo hubiera cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos narrados, como probados en el primer resultado de esta resolución, no son constitutivos del delito de injurias graves por escrito sin publicidad de los artículos 457, 458-2º, 3º y 4º y 459 párrafo segundo del código Penal, ya que el delito de injuria se caracteriza fundamentalmente por dos notas básicas, que son la precisión de un ánimo o dolo específico, sólo presumible cuando las expresiones sean objetivamente y “ex se ipsa” injuriosas, y su carácter circunstancial o dependiente de los elementos de la persona, ocasión, tiempo y lugar en que los hechos o acciones se producen (Sentencias; entre muchas, de 25 de abril de 1975 y 10 de febrero de 1976); y el análisis ponderado no sólo del contexto en que la emisión de la misiva se produce (no constancia de resentimiento ni enemistad previa entre las partes), sino también de su propio sentido conducen a la conclusión de eliminar la existencia del propósito deshonesto, dícese deshonorable que nuclearmente estructura el tipo, en tanto el “tono” es puramente admonitivo “vigila bien y muy pronto te darán cuenta”, “no te lo digo en persona porque dirías que no es verdad pero tú vigila bien y pronto te enterarás”) aparece desprovisto de matices objetivos y usualmente utilizados en el lenguaje como injuriosos, lo que se reafirma con la frase inicial “S. voy a darte una mala noticia”, que da por supuesta una ignorancia por parte del esposo de ese pretendido comportamiento inmoral o de infidelidad por parte de su cónyuge; todo lo que comporta la deducción de que tan desafortunada misiva, ciertamente reprehensible éticamente, no alcanza suficiente intensidad para vertebrar entitativamente el “tipo” de la injuria grave, al faltar el necesario dolo específico o (ánimus iniuriandi); por lo que procede dictar el pronunciamiento de libre absolución prevenido en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**CONSIDERANDO:** Que por ello procede declarar de oficio, las costas causadas de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la expresada Ley procesal.

**VISTOS:** Los artículos citados y 1 y 23 del Código Penal y 142, 791, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos libremente al procesado A. Ll. Ll. del delito de injurias graves por escrito y sin publicidad objeto de acusación, declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 434

### 434. TENENCIA ILICITA DE ARMAS. Elementos. *Sentencia de 21 de Octubre de 1983.*

**RESULTANDO** probado y así se declara expresamente que L. G. B., mayor de edad y sin antecedentes penales, el 22 de Junio de 1980, hizo entrega a J. L. B. S. de un revólver "Llama", calibre 38 especial y 9 balas idóneas para el disparo y el citado J. L. borró los números de serie sin conocimiento del procesado. Dicha arma la recogió L. G. de una casa abandonada, conociendo su existencia por medio de un tercero no identificado y para su tenencia no poseía licencia ni guía. El 29 del mismo mes el J. L. G., J. M. J. M., M. E. L. C. y C. S. E., de diecisiete años la primera y mayor de edad la segunda, ambas sin antecedentes penales, se dirigieron a Söller para adquirir cierta cantidad de LSD que pensaban consumir los dos primeros, entrevistándose con un tal M. cuyos demás datos se desconocen y al no convenir en el precio, el J. L. sacó el revólver indicado ante la sorpresa de las dos procesadas que ignoraban totalmente su existencia, así como las intenciones de su compañero, consiguiendo de esta forma la droga. Al enterarse de estos hechos, el procesado L. G. intentó, sin conseguirlo, que le fuera devuelta el arma. Finalmente, el 2 de Junio siguiente, J. L. B. y J. M. J., en el apartamento de éste, donde también se encontraban las dos procesadas, iniciaron, bajo los efectos de la droga, el juego llamado de la "ruleta rusa", disparándose una bala a la sién el J. L. y falleciendo en el acto, momento en que J. M. cogió el revólver del suelo y tras hacer varias percusiones en vacío se disparó también a la sién y falleció de inmediato.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego de los art<sup>os</sup>. 254 y 255-1<sup>o</sup> y otro de robo de los 500, 501-5<sup>o</sup> y último párrafo, todos del Código Penal, conceptuando autor al procesado L. G. del primero y a las dos procesadas del segundo, con la concurrencia de la atenuante 3<sup>a</sup> del art<sup>o</sup> 9<sup>o</sup> respecto a M<sup>a</sup>. E. L. C. y solicitando, para C., la pena de seis años y un día de prisión mayor, para E. L., cinco meses de arresto mayor y para C., digo S. E., un año de prisión menor y costas.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en trámite de conclusiones definitivas, retiró la acusación respecto a las dos repetidas procesadas y solicitó para L. G. B. una pena de seis meses y 1 día como autor, sin circunstancias, del delito del art<sup>o</sup> 254 del Código Penal.

**RESULTANDO:** Que la defensa de L. G. B. en el mismo trámite, se acomodó a las conclusiones del Ministerio Fiscal, si bien solicitó la aplicación del artº 256 del Código.

**CONSIDERANDO:** Que al seguir nuestro proceso penal las reglas del principio acusatorio formal, ante el hecho de retirar el Ministerio Fiscal su acta de acusación que pesaba sobre las procesadas, sin que exista en la causa acusador particular que mantenga la acción y no habiendo hecho uso el Tribunal de la tesis que permite el artº 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por coincidir sus convicciones, tras las pruebas efectuadas, con las del Ministerio Público, procede la libre absolución de M. E. L. y de C. S.

**CONSIDERANDO:** Que, por otra parte, los hechos descritos integran un delito de tenencia ilícita de armas de fuego, previsto y sancionado en el artº 254 del Código Penal, al constar averada la posesión y disponibilidad (Sent. 11 de Marzo de 1981) de un revólver, en perfecto estado de uso como desgraciadamente demostraron hechos posteriores, sin poseer las oportunas guías y licencias, con lo que se dan cuantos requisitos exige el tipo legal descrito.

**CONSIDERANDO:** Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado L. G. B., por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

**CONSIDERANDO:** Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad, ni tampoco el Tribunal hará uso de la rebaja penológica que permite el artº 256 del Código, sobre la ya solicitada en grado mínimo por el Ministerio Fiscal, pues las circunstancias que rodearon el decurso histórico-fáctico no permiten tal atenuación. No es lo mismo la mera tenencia de un arma rodeada de circunstancias que si no lo justifican si la hacen comprensible o poco peligrosa socialmente, que su entrega a terceros sin previsión de cuantos accidentes puedan devenir y, en nuestro caso, la no recuperación a tiempo, pese a tener ocasión, de evitar una catástrofe como la ocurrida, tras el aviso fatal de una previa utilización delictiva.

**CONSIDERANDO:** Que los responsables criminalmente de todo delito, vienen además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

**VISTAS** las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos a las procesadas M. E. C. y C. S. E., del delito de robo del que, provisionalmente, venían acusadas, ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra las personas o bienes de las mismas y declarando de oficio los terceras partes de las costas y debemos condenar y condenamos al acusado L. G. B., en concepto de autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias legales de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo y pago de una tercera parte de las costas causadas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Instructor la pieza de responsabilidad civil del condenado. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

**474. DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION.** Favorecimiento. (Tercería locativa). Absolución por falta de culpabilidad, en base al párrafo 3º del Art. 6 bis a) (error). *Sentencia de 8 de Noviembre de 1983.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que J. R. A., a la sazón de 78 años de edad, de normal conducta y sin antecedentes penales sobre fechas no precisadas del mes de Enero de 1982, cedió en arrendamiento una de las habitaciones de su casa al regente del denominado "Club O. D.", bajo precio de 500,- pesetas, cada vez que se ocupara para que las camareras de dicho bar efectuaran el acto carnal con sus clientes, circunstancia que ocurrió en cuatro ocasiones sin que el acusado llegará a percibir remuneración alguna, estando en la creencia de que su actuación no constituía delito alguno.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito relativo a la prostitución del artº 452 bis a) nº 2 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de seis meses y un día de prisión menor, multa de 30.000,- pesetas con arresto sustitutorio de 30 días en caso de impago, siete años de inhabilitación especial, accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, negó los hechos y solicitó la libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos declarados son legalmente constitutivos del delito previsto en el artº 452 bis d) nº 2 del Código Penal, delito que se perfecciona mediante el hecho de facilitar locales o habitaciones para el ejercicio de la prostitución, con cuya actividad se promueve y protege el ilícito comercio carnal en comunión con lo que doctrina y praxis vienen denominado "tercería locativa" (Senten. 28 de Enero y 16 de Mayo de 1980, 17 de Enero de 1981) y que supone conductas marginales en torno a un hecho en sí no típico, cual es la prostitución, montando un lucro negocial que el Código proscribe y sanciona.

CONSIDERANDO: Que si bien aparece como autor del delito el acusado J. R. A., no puede el mismo ser considerado culpable y como tal responsable —principio el de culpabilidad explícitamente resaltado en la exposición de motivos de la Reforma Urgente y parcial del Código Penal de 25 de Junio de 1983— por hallarse en la creencia errónea de estar obrando lícitamente —artº 6 bis a), tercer párrafo—, creencia que hay que reputar auténtica y racional, habida cuenta de la edad del sujeto y de la formalidad del delito. El procesado, desde su primera declaración (folio 4), afirma que "desconocía que el hecho de prestar una habitación de su casa para... fuera contra la ley" y, por otra parte, su única intervención en los hechos fué dar cobijo para una actividad no delictiva en sí misma, todo lo cual fuerza a concluir en una sentencia absolutoria con todas las consecuencias inherentes.

CONSIDERANDO: Que procede declarar de oficio las costas causadas.

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª,

142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al procesado J. R. A. del delito relativo a la prostitución del que venía acusado, ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra su persona y bienes y declarando de oficio las costas causadas. (Ponente: Guillermo Vidal Andreu).

## 481

**481. ATENTADO A AGENTE DE LA AUTORIDAD.** (Exceso en sus funciones por parte de los agentes) **LESIONES.** Falta, Absolución. *Sentencia de 11 de Noviembre de 1983 (2ª).*

RESULTANDO probado, y así expresamente se declara, que el día veinte de abril de mil novecientos ochenta y tres, el procesado F. B. M., a la sazón de diecisiete años de edad y ejecutoriamente condenado por robo, en sentencia de 31 de mayo y 25 de octubre de 1982, que se hallaba detenido en los calabozos de la Policía Nacional, de esta Ciudad, promovió en el mismo un fuerte escándalo y alboroto, entrando en el calabozo varios agentes, quienes para reducirle le agredieron, causándole una lesión en ojo izquierdo que le produjo pérdida temporal en la visión del mismo, reaccionando el procesado que propinó una patada en el bajo vientre al agente J. G. S., causándole lesiones que curaron sin defecto ni deformidad en dos días.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa como constitutivos de un delito de atentado a agente de la autoridad, del artículo 236 y de una falta de lesiones del artículo 582 del Código Penal; de los que conceptuó autor al procesado, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, por lo que solicitó contra aquél las penas de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor por el delito y de veinte días de arresto menor por la falta, e indemnización de cinco mil pesetas al perjudicado y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite, negó que el mismo hubiese cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que procede absolver libremente al procesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del delito de atentado del artículo 236 y de la falta del artículo 582, ambos del Código Penal, objeto de acusación por el Ministerio Fiscal; ya que, como se recoge en la narración fáctica, fueron precisamente los agentes policiales quienes, con indudable exceso en sus funciones y falta de proporcionalidad, acometieron al procesado y le causaron una lesión grave, por lo que la reacción defensiva (defensiva) del mismo no es constitutiva del delito y falta citados con arreglo a muy reiterada doctrina jurisprudencial, expresiva de que en tales casos el agente se ha autodespojado de su condición pública y desaparece el fundamento de la protección penal del expresado tipo.

**CONSIDERANDO:** Que por ello, procede la declaración de oficio de las costas causadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**VISTOS** los artículos citados y: 1 y 23 del Código Penal y 14, 142, 741, 742 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**FALLAMOS:** Que debemos absolver y absolvemos al procesado F. B. M. del delito de atentado a agente de la autoridad y de la falta de lesiones objetos de acusación, declarando de oficio las costas causadas en el proceso. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).

## 528

**528. PRESENTACION EN JUICIO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO.** Conocimiento de la falsedad. *Sentencia de 2 de Diciembre de 1983 (2ª).*

**RESULTANDO** probado —y así expresamente se declara— que el procesado J. V. B., mayor de dieciocho años y sin antecedentes penales —por tenerlos cancelados—, como consecuencia de unas deudas laborales que tenía con el trabajador de su empresa, A. S. B., cuantificadas, la primera en treinta y una mil pesetas, en acto de conciliación celebrado el veintidos de noviembre de mil novecientos setenta y seis, de las que abonó veinte mil, y en sesenta y seis mil seiscientos cuarenta y tres pesetas, conforme sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo, en causa 246/1977, presentó ante dicho Tribunal los recibos por importe de doce mil y sesenta y seis mil seiscientos cuarenta y tres pesetas, en los que persona no identificada, que no consta fuese el procesado, había simulado la firma del expresad señor S., a sabiendas por el procesado, que no había abonado a aquél las cantidades referidas, que tales recibos no habían sido firmados por el señor S.

**RESULTANDO:** Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de falsedad en documento privado, del artículo 306, en relación con el número 1º del artículo 302 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; por lo que solicitó contra aquél las penas de seis meses y un día de presidio menor, e indemnización de setenta y siete mil seiscientos cuarenta y tres pesetas al perjudicado A. S. B. y costas.

**RESULTANDO:** Que la defensa del procesado, en igual tramite, estimó que el mismo no había cometido delito alguno y solicitó su libre absolución.

**CONSIDERANDO:** Que los hechos narrados como probados no son constitutivos del delito de falsedad en documento privado, del artículo 306, en relación con el artículo 302-1º, del Código Penal, al no estar probado que fuese el procesado quien suplantó la firma del señor S. en los recibos, pero sí del delito de presentación en juicio de un documento

falso de tal clase, al existir el dolo específico que una reiterada doctrina legal (Por todas, Sentencias de 22 de marzo de 1963, 22 de diciembre de 1980 y 4 de julio de 1981) exige para la existencia de este delito, constituido por el conocimiento de la falsedad.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor directo del artículo 14-1º del Código Penal, el procesado J. V. B.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la no existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente, viniendo además obligados al pago de las costas por ministerio de la Ley.

VISTAS las disposiciones legales citadas, los artículos 1, 3, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 19, 23, 27, 30, 33, 38, 39, 42, 47, 49, 61, 72, 78, 101, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal; los 14 regla 3ª, 142, 144, 239, 240, 272, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar, dícese absolver y absolvemos libremente al procesado J. V. B. del delito de falsedad en documento privado, objeto de acusación y debemos condenarle y le condenamos en concepto de autor responsable de un delito de *presentación en juicio de documento privado falso*, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a una pena de dos meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante dicho tiempo; a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido A. S. B., la suma de setenta y siete mil seiscientos cuarenta y tres pesetas y los intereses de dicha cantidad conforme al artículo 921 bis de la Ley Procesal civil, desde la fecha de esta sentencia hasta que se verifique el pago, 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. (Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid).