JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE PALMA DE MALLORCA

Con el presente número se inicia la publicación periódica de la jurisprudencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca. En dicho empeño se hallan comprometidos la referida Audiencia, el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho. Para un mejor manejo de esta sección de "Cuadernos", conviene tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) La presentación se realiza en base a cada una de las distintas Salas.

b) Dentro de cada Sala, el material se organiza en torno a una triple consideración: 1) Indice cronológico con indicación numérica correlativa; 2) Textos jurisprudenciales; 3) Indice analítico referido a todas las sentencias.

c) Aquellas sentencias que en el índice cronológico figuren con un asterisco (*) se reproducen en la sección de textos jurisprudenciales.

d) En el índice cronológico de las Salas de lo criminal, las referidas a la Sala 2ª se indican con el signo (2ª) al final de la fecha.

I. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1)

A. INDICE CRONOLOGICO

1. **Expropiación forzosa.** Reversión. Valoración de bienes o derechos objeto de reversión. Elección del criterio para valorar. *Sentencia de 7 de enero de 1982.*

2. **Urbanismo.** Suspensión de obra ubicada en terrenos de reserva Urbana. Demolición. Actos confirmatorios, requisitos. Inadmisibilidad del recurso. *Sentencia de 11 de enero de 1982.*

3. **Funcionarios de correos y telecomunicaciones.** Concurso. Disconformidad con el baremo. El tiempo de servicio prestado en puesto de trabajo de nivel más alto en el que se cesa por expediente disciciplinario debe computarse a efectos de años de servicio. Interpretación del precepto 2.1.a. en relación con el 2.1.b. del Anexo VII del Reglamento de los Cuerpos Especiales de Correos y Telecomunicación. *Sentencia de 12 de enero de 1982.*

4. **Gestión tributaria. Oposición a la via de apremio.** Motivos. Falta de notificación de la liquidación. Modalidades de la notificación. **Domicilio fiscal.** *Sentencia de 19 de enero de 1982.* *

5. **Sanciones.** Prescripción de infracciones y caducidad del procedimiento. Principios jurídicos que informan el Derecho Penal aplicables al Derecho sancionador administrativo. Existencia de dolo o de simple negligencia. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*

6. **Contratos.** Concurso. Ilegalidad pliego concurso. Falta de impugnación. Defectos de procedimiento en la elaboración del pliego:

---

(1) La selección y presentación de esta sección ha sido realizada por los Profesores B. Colom Pastor, F. Medina Roses y M. García Fernández de los Departamentos de Derecho Administrativo, Derecho Financiero y Tributario y Derecho Laboral, respectivamente.

inexistencia o consentimiento. Publicidad. Adjudicación del Concurso. Concurso desierto. Actuación fuera de plazo. *Setencia de 25 deenero de 1982.*

7. **Revisión de oficio.** Requisitos: Ajustarse a las exigencias de los artículos 109 y 110; ausencia. *Sentencia de 28 de enero de 1982.*

8. **Sanciones.**Prescripción y Caducidad. Retirar cupos de artículo intervenidos no es una sanción. Falta de audiencia no da lugar a indefensión. No disminución efectiva de garantías. Motivación suficiente. Jerarquía normativa. Daños y perjuicios solicitados en recurso de alzada. admisión del Recurso. Alteración del Orden Público económico. *Sentencia de 29 de enero de 1982.*

9. **Notificación.** Requisitos. Obligación de notificar a los interesados. Darse por notificados. No hay obligación de notificar a los aspirantes el posible ejercicio de una acción pública. *Sentencia de 29 de enero de 1982.*

10. **Poder para pleitos.** Municipio. Falta de acreditación del acuerdo Corporativo al notario autorizante del Poder. Pleno, potestad para personarse; Alcalde, facultad para otorgar poder. Ejercicio concreto de acciones judiciales, supuestos generales. Subsanación de defectos. Contrato de suministros. Modificación de tarifas. Retroacción de efectos. *Sentencia de 2 de febrero de 1982.*

11. **Contrato de obras.** Revisión de precios. Habrá lugar, después del Decreto de 31 de mayo de 1974, si la cláusula está incluida en los pliegos de condiciones. *Sentencia de 8 de febrero de 1982.*

12. **Zona marítimo-terrestre.** Obras sin autorización. Derribo improcedente. Posibilidad de que la obra sea legalizada sin perjuicio de sancionar al infractor. Función revisora de la Jurisdicción. *Sentencia de 10 de febrero de 1982.*

13. **Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.** Otorgamiento de licencias por silencio positivo. Solo opera si hubiese podido otorgarse la licencia por acto expreso. Denegación por razones de Urbanismo. Interpretación sistemática de las normas industriales y urbanísticas. *Sentencia de 16 de febrero de 1982.* *

14. **Licencia de obras.** Otorgamiento: Salvo derecho de propiedad. Excepciones: que se pretenda realizar total o parcialmente la obra

sobre terreno que la Corporación estime que es de dominio público. **Conocimiento de cuestiones dominicales. Tribunales civiles.** Posibilidad de denegar licencia si consta de modo patente, claro e inequívoco la titularidad pública. Vias de recuperación de los Derechos dominicales: jurisdicción ordinaria; Interdictum propium. *Sentencia de 18 de febrero de 1982.* *

15. **Contrato de Gestión de servicios públicos.** Cristerio para distinguir el Civil del Administrativo: El objeto propio del mismo. **Distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo.** Revisión de tarifas. Repercusión del aumento a la concesionaria. Carácter retroactivo para evitar enriquecimiento injusto. *Sentencia de 23 de febrero de 1982.* *

16. **Camino.** No existe prueba plena y acabada de la naturaleza pública del mismo. **Resolución Municipal en defensa de intereses privados. Desviación de poder.** *Sentencia de 25 de febrero de 1982.*

17. **Contrato de gestión de servicios públicos.** La repercusión del aumento del precio tarifario del agua del Ayuntamiento al concesionario, previamente aprobado, a solicitud de EMAYA, no exige nuevo expediente ante el Gobernador Civil. *Sentencia de 3 de marzo de 1982.*

18. **Contrato de gestión de servicios públicos.** Corte de Suministro de la Concesionaria a un particular; prescindiendo del procedimiento, sin audiencia, ordenado por persona no competente. *Sentencia de 5 de marzo de 1982.*

19. **Licencia de obras.** Obras menores. Ampliación del recurso al acto expreso inncecesario. Otorgamiento de licencia por silencio positivo. *Sentencia de 8 de marzo de 1982.*

20. **Normas complementarias y subsidiarias de planeamiento.** Al elaborarse para suplir la inexistencia de Plan General o en todo caso para complementarlo no pueden modificar a un Plan Sectorial y a su correspondiente Plan Parcial. *Sentencia de 12 de marzo de 1982.* *

21. **Licencias.** Caducidad improcedente. Esta ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Condición incumplida por retraso de solo 8 dias. Superficie del terreno adecuada. *Sentencia de 16 de marzo de 1982.*

22. **Funcionarios.** No procede reconocimiento de trienios del tiempo en que fué sometido a depuración político-social, por haber permanecido posteriormente fuera de la carrera por causas imputables al demandante. *Sentencia de 17 de marzo de 1982.*

23. **Sanción.** Por no haber utilizado en la descarga de cemento a granel de un buque, a trabajador portuario del censo: improcedente. La utilización de la manguera (instalación de la concesionaria) queda excluida de este requisito según la ordenanza. *Sentencia de 18 de marzo de 1982.*

24. **Funcionarios locales.** No procede pedir la nulidad de la Resolución de la Dirección General de la Administración Local, por anular el acuerdo de la Corporación de Inca por el que se creó el Subgrupo de Administrativos de la Administración General, integrando en él al recurrente. El Funcionario no reunía las condiciones: No se puede ganar por silencio lo que no podría otorgarse de modo expreso. *Sentencia de 20 de marzo de 1982.*

25. **Fondo de garantia salarial.** Procedencia de las prestaciones. Efectos de la conciliación judicial ante las Magistraturas. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.* *

26. **Revisión de actos en via Administrativa. Recurso extraordinario de revisión.** Motivos de revisión: manifiesto error de hecho. Ambito de la función revisora. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.* *

27. **Contrato de obra.** Ampliación de obras que justifican un incremento del precio. Oposición a la liquidación provisional. Improcedente petición de intereses por demora. Improcedente actualización de precios ya que el contrato no contiene claúsula revisora. La Administración no debe responder de la indemnización del personal abandonado por el destajista del adjudicatario del contrato. *Sentencia de 29 de marzo de 1982.*

28. **Obras sin ajustarse a la licencia otorgada:** Suspensión de las mismas procedente aunque no se aparte de las ordenanzas, principio favor acti. Presunción de validez de los actos. Licencia acto reglado, se puede autorizar la parte del proyecto cuya construcción es factible con arreglo al Planeamiento. Marquesina que no se separa 3 metros de la alineación de la calle. Principio Favor Libertatis. Carácter excepcional del derribo, principio de menor demolición. Legalización de la marquesina si se separa tres metros de la alineación de la

calle. *Sentencia de 31 de marzo de 1982.* *

29. **Funcionarios.** Designación para ocupar plaza de Jefe de Servicio con carácter interino por quien la está ocupando en propiedad. Modificación de la plantilla anterior transformadora de la plaza de Médico Especialista en Neurosiquiatría a Jefatura de Servicio. Estimación del recurso. *Sentencia de 1 de Abril de 1982.*

30. **Decomiso de reses vacunas.** Norma aplicable, principio de especialidad. No es sanción. Análisis contradictorio. Prueba por presunciones. Dictámenes oficiales están revestidos del principio de veracidad. *Sentencia de 7 de abril de 1982.*

31. **Demolición de obra.** No hubo error en la concesión de la licencia. El edificio fue construido con sujección a las alineaciones y rasantes indicadas por los técnicos municipales. Las obras invaden terreno a ocupar por la vía pública. La demolición no tiene que correr a cargo del recurrente. Derecho del recurrente a reclamar daños y perjuicios al Ayuntamiento. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*

32. **Solares cementerio:** No procede el reconocimiento de propiedad. **Acto administrativo.** Nulidad en base a que está dictado por órgano manifiestamente incompetente. Doctrina general, la incompetencia tiene que ser "Notoria, evidente y grave". La temática debatida es administrativa. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*

33. **Oficinas de farmacia.** El conocimiento sobre la denegación de apertura es competencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, aunque haya resuelto en alzada el Pleno del Consejo General de Colegios de Farmaceúticos. No procede la siguiente interpretación: Las normas complementarias, aclaratorias y ejecutivas se integran, con aquellas que complementan o aclaran, en un mismo bloque normativo lo que permite que se apliquen con efectos retroactivos, ya que carecen de sustantividad. Apertura de nuevas farmacias: Interpretación restrictiva. *Sentencia de 15 de abril de 1982.* *

34. **Expropiación forzosa.** Valoración de una finca sita en el Polígono 2° del Sector Autopista de Portixol. Tasación realizada en base al valor urbanístico de la finca. Error de cálculo en el dictamen del arquitecto del Jurado. *Sentencia de 20 de abril de 1982.*

35. **Sanciones.** Indefensión inexistente ya que hubo notificación del pliego de cargos y de la propuesta de resolución. Constan las circunstancias personales del interesado, los datos de la Empresa y la relación de hechos y precios señalados como abusivos. Inexistencia de una de las infracciones tipificadas por falta de prueba. *Sentencia 23 de abril de 1982.*

36. **Expropiación forzosa.** Petición de la concesionaria para que expropie un pozo sin acompañar estudio o dictamen, denegación procedente. Red de abastecimiento defectuosa. Necesidad de que se amplíe la red. Principio favor acti. Dictámenes a informes. Señalamiento de inconvenientes y perjuicios en su explotación. *Sentencia de 28 de abril de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

4

4. GESTION TRIBUTARIA. OPOSICION A LA VIA DE APREMIO. Motivos. Falta de notificación de la liquidación. Modalidades de la notificación. **Domicilio fiscal.** *Sentencia de 19 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la entidad "X. S.A.", al impugnar, ante esta Sala, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo provincial de Baleares, de 29 de agosto de 1980, pretende, en esta vía jurisdiccional, después de haberlo intentado antes en la vía económico-administrativa, que se anulen cuantas actuaciones se produjeron desde que, en expediente correspondiente al ejercicio de 1975 del Impuesto General sobre la Renta de las Sociedades, relativo a dicha sociedad anónima, se omitió la reglamentaria notificación de la liquidación practicada (por dicho concepto y en aquel expediente, con un importe de dos millones ciento ochenta y tres mil novecientas noventa y cuatro pesetas) y se dictó la providencia de apremio (con un recargo de cuatrocientas treinta y seis mil setecientas noventa y nueve pesetas) frente a la que, por dicha sociedad, se planteó la reclamación desestimada por la expresada resolución económico-administrativa.

CONSIDERANDO: Que la posibilidad de que prospere tal pretensión, como consecuencia de lo previsto en el artículo 137 de la Ley General Tributaria y en el artículo 95 del Reglamento General de Recaudación (donde, como motivo de oposición a las providencias de apremio, figura el de "falta de notificación reglamentaria de la liquidación"), ha de ser rechazada, en este caso, a) porque dicha notificación se intentó practicar en el domicilio que la propia sociedad había precisado en su inicial "declaración" de este Impuesto sobre dicho ejercicio de 1975 y en los posteriores escritos que su representante dirigió, en julio de 1976, al Administrador de Tributos de la Delegación de Hacienda de Palma de Mallorca, ambos en relación con aquella "declaración", b) porque acreditado que, en ese domicilio, no era conocida la referida Sociedad —por el "aviso de recibo" postal unido al expediente— se procedió a practicar dicha notificación por medio de "edictos", que se fijaron en el Boletín Oficial de la provincia de Baleares y en el Ayuntamiento de Palma, conforme a lo establecido en el artículo 80,3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y c) porque, en modo alguno puede entenderse, que la Administración tributaria estaba obligada a practicar dicha notificación, en el nuevo domicilio de la sociedad, en Madrid, por la mera circunstancia de que éste figurara en la "declaración" del mismo Impuesto correspondiente al ejercicio de 1977, cuando ésta se presentó en una oficina de Correos de Madrid, en 24 de julio de 1978, cuando no consta la fecha en que la misma accedió a la Delegación de Hacienda Madrid (a la que se dirigió), cuando tampoco consta que de ese nuevo domicilio tuviere noticia la Delegación de Hacienda de Baleares, antes de practicarse —en la forma en que se hizo, dentro del primer cuatrimestre de 1979— la notificación edictal de aquélla liquidación y de dictarse, después, en el mismo año de 1979, la referida providencia de apremio, y, sobre todo, cuando, igualmente, falta constancia de que la so-

ciedad recurrente cumpliera la obligación que tenía de "comunicar en forma" a la Administración tributaria, dicho "cambio" de domicilio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto de 16 de octubre de 1975, lo que imponía el juego del siguiente artículo 5° del mismo Decreto, cuyo primer apartado prescribe que "cuando el sujeto pasivo no haya comunicado a la Administración tributaria el cambio de su domicilio fiscal, toda notificación intentada en el último domicilio por aquél declarado será eficaz en derecho a todos los efectos, según prevé el número 2 del artículo 45 de la Ley General Tributaria".

CONSIDERANDO: Que las expuestas razones —realmente las mismas que se reflejan en la resolución económico-administrativa recurrida— llevan a la Sala a estimar que la misma se ajusta a Derecho y, en definitiva, a la desestimación del presente recurso, sin que existan méritos para un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad "X. S.A.", contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Baleares, de 29 de agosto de 1980, como desestimatoria de la reclamación previamente planteada frente a la providencia de apremio dictada en el expediente correspondiente al Impuesto General sobre la Renta de las Sociedades a satisfacer por la entidad recurrente y relativo al ejercicio de 1975, debemos declarar y declaramos que, tanto aquella resolución como dicha providencia de apremio, son conformes al ordenamiento jurídico; sin expresa imposición de costas.

5

5. **SANCIONES.** Prescripción de infracciones y caducidad del procedimiento. Principios jurídicos que informan el Derecho Penal aplicables al Derecho sancionador administrativo. Existencia de dolo o de simple negligencia. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que según reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras muchas, de 8 de marzo y 23 de abril de 1976) y 1 de marzo y 12 de diciembre de 1977), es necesario atenerse a los principios jurídicos que informan el Derecho Penal en materia de imposición de sanciones administrativas, puesto que, en todo caso, cualquiera que sea la naturaleza del órgano al que se atribuye la función sancionadora, jurisdiccional o puramente administrativa, se actuá el jus puniendi; por ello, el enjuiciamiento en concreto de una resolución que ultime un expediente correctivo o sancionador ha de partir del análisis del hecho o acto imputado, de su naturaleza y alcance, para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los tipos de infracción previstos en la Ley, y en base de un criterio exclusivamente jurídico, puesto que la calificación de la infracción administrativa, referida a actos u omisiones aislados y concretos, no es facultad discrecional de la Administración o Autoridad sancionadora, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas, que exige, como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente, con rechazo expreso de criterios de interpretación extensivos o analógicos como no adecuados a la naturaleza jurídica del procedimiento.

13

13. ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS. Otorgamiento de licencias por silencio positivo. Solo opera si hubiese podido otorgarse la licencia por acto expreso. Denegación por razones de Urbanismo. Interpretación sistemática de las normas industriales y urbanísticas. *Sentencia de 16 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que (omissis) aunque a la vista del artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que con el fin de evitar construcciones inútiles y prevenir posibles perjuicios al particular afectado, establece que cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimientos de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuera procedente, pudiera objetarse a la conclusión más arriba expuesta que ambas licencias funcionan con independencia cuando se solicita en primer lugar la de apertura y que, cualesquiera que fueran las objeciones urbanísticas, debe concederse la tendente a la instalación de una industria, es clara la inutilidad de ésta si posteriormente no puede concederse el preceptivo permiso de obras; y, según resulta del artículo 30.1 del Decreto de 30 de noviembre de 1961, redactado a tenor del de 5 de igual mes de 1964 —...la Alcaldía podrá adoptar las siguientes resoluciones: 1. Denegación expresa motivada de la licencia por razones de competencia municipal basadas en los planes de ordenación urbana...— una cosa es la fundamentación urbanística del acto resolutorio del expediente sobre apertura de industria y otra distinta la que pudiera determinar el contenido de aquella resolución con base en las condiciones molestas, insalubres, nocivas o peligrosas de la proyectada actividad industrial; pero esta diversificación —que responde al criterio más general de distinguir entre industria y su emplazamiento a efectos de regular la concesión de licencias— no puede prescindir de lo que por propia naturaleza es un todo unitario en el cual se integran factores de variada índole, aunque éstos por separado incidan en los servicios y respectivos sectores de legalidad con que el Ordenamiento jurídico prevé la intervención administrativa en forma de licencia; por lo cual se requiere una interpretación sistemática y coherente de normas industriales y normas urbanísticas que defina la correlación e interdependencia entre los recíprocos conceptos que aquellas diversas normas contienen (sentencia de 24 de noviembre de 1977); porque si, como queda expuesto, resulta absurdo, y por ello rechazable, conceder un permiso de obras a sabiendas de que no podrá concederse el de apertura, con la consiguiente inutilidad del edificio para los fines pretendidos, también lo es conceder la licencia para una instalación industrial con conocimiento de que no podrán realizarse las obras para ubicarla; por otra parte, como expresa la sentencia de 5 de diciembre de 1978, resolviendo un supuesto en que la autoridad municipal se pronunció negativamente no por motivos que hicieran referencia a la calificación o a los sistemas correctores de la actividad industrial sino simplemente a la improcedencia de su emplazamiento según las normas del Plan de Ordenación, nada puede en derecho objetarse al ejercicio por el Alcalde de la facultad que le atribuye el citado artículo 30.1 para denegar la licencia por razones de competencia municipal basadas en los Planes, puesto que aunque normalmente se ejercite —por razones obvias de economía procesal— en el trámite inicial en aquel precepto aludido, no existe norma que le desapodere de esta facultad en momentos ulteriores, tanto al final del expediente como en cualquier otro momento anterior.

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto; sin que se observe la existencia de los motivos que,

según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

14

14. **LICENCIA DE OBRAS.** Otorgamiento: Salvo derecho de propiedad. Excepciones: que se pretenda realizar total o parcialmente la obra sobre terreno que la Corporación estime que es de dominio público. **Conocimiento de cuestiones dominicales. Tribunales civiles.** Posibilidad de denegar licencia si consta de modo patente, claro e inequívoco la titularidad pública. Vias de recuperación de los Derechos dominicales: jurisdicción ordinaria; Interdictum propium. *Sentencia de 18 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que si bien, por regla general, no es preciso que el solicitante de una licencia municipal de obras haya de acreditar su derecho de propiedad —o el de la persona por la que actúa- sobre el suelo en que se proyecte la ejecución de aquellas, porque la actividad administrativa, en materia de concesión de tal clase de licencias, esencialmente reglada, no tiene otra finalidad que la de evitar que mediante ellas se atente a las normas urbanísticas con los "actos de edificación y uso del suelo" del artículo 178 del vigente Texto refundido de la Ley del Suelo (como se deduce, entre otros, del precepto que contiene el párrafo uno del artículo 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, todavía vigente, donde se dice que "las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero"), lo cierto es que, frente a esa regla general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la existencia de una excepción, para operar en aquellos casos en que la obra o edificación pretenda realizarse, en todo o en parte, sobre terreno que la Corporación municipal estime que es de dominio público o patrimonial local, lo que no supone que el solicitante de la licencia haya de aportar —entonces— una "prueba cumplida y detallada, como si de un juicio se tratase" del dominio privado sobre ese terreno, ni, tampoco, que el Ayuntamiento quede facultado para decidir, en ese mismo expediente, la cuestión dominical suscitada (que es siempre de la exclusiva competencia de los tribunales civiles), porque —según precisa el propio Tribunal Supremo— la posibilidad de denegar la licencia postulada —por el motivo apuntado— se halla subordinada a que "de modo patente, claro e inequívoco, conste la titularidad pública" del terreno discutido y porque, fuera de ese caso, las Corporaciones Locales, para defender tales derechos dominicales, no pueden servirse de su competencia urbanística, sino que han de acudir, bien a la jurisdicción ordinaria civil, bien a la vía de la recuperación directa del objeto de aquellos, expresamente señalada por los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 55 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

CONSIDERANDO: Que la expresada doctrina jurisprudencial —reflejada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero y 26 de junio de 1975 y apli-

cada, por esta misma Sala, en la suya de 19 de febrero de 1980— posibilita, sin duda alguna, el éxito del presente recurso, como interpuesto por la Sra. S. y el Sr. T.B.

15

15. **CONTRATO DE GESTION DE SERVICIOS PUBLICOS.** Criterio para distinguir el Civil del Administrativo: El objetivo propio del mismo. **Distinción entre cuestión nueva y argumento nuevo.** Revisión de tarifas. Repercusión del aumento a la concesionaria. Carácter retroactivo para evitar enriquecimiento injusto. *Sentencia de 23 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que si bien la parte actora no plantea en los presentes autos, pese a la identidad de los supuestos de hecho, la excepción de efecto en la representación de la demandada, cuestión tratada in extenso en la sentencia citada, si alegó en el acto de la vista una "cuestión nueva": el contrato de que se trata es civil y, por lo tanto, sometido a la jurisdicción de este orden; y para determinar si un contrato tiene matiz administrativo o civil la doctrina parte de las siguientes consideraciones: atendiendo al sujeto, es decir, presencia de la Administración Publica en el contrato, criterio rechazable pues ésta puede contratar con arreglo al derecho privado; la observancia de ciertas formalidades en los contratos administrativos, pero también en los contratos privados cuando actúa la citada Administración, en algunas circunstancias pueden exigirse ciertas formalidades; en lo que atañe a la jurisdicción, pero resulta claro que para saber si la jurisdicción es aplicable o no a un determinado contrato será preciso calificar previamente su naturaleza jurídica; también se habla para establecer esta distinción de la presencia de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, criterio no valedero por cuanto alguno de éstos carecen de ellas; por lo que, ante todas estas posturas, la doctrina científica busca la distinción entre uno y otro contrato en *el objeto propio del mismo:* el contrato es administrativo cuando su objeto es una obra o servicio público, o, más concretamente, cuando se tienda en esa relación contractual de una manera inmediata y directa a satisfacer un servicio público y que la gestión de ese servicio, como materia contractual, sea de la exclusiva competencia de una de las partes contratantes, siendo indiferente que la otra parte sea un particular o una entidad de caracter público; y examinando nuestra doctrina jurisprudencial se llega a idéntica conclusión, desde las de 3 de julio de 1950, 22 de junio de 1951 y 26 de mayo de 1953 hasta las más modernas de 14 de octubre y 2 de diciembre de 1977 y 21 de febrero de 1979, que en orden a la distinción entre la contratación administrativa y la civil o mercantil utilizan como criterio dominante el del objeto o contenido, declarando que son administrativos aquellos contratos que afectan al servicio público, tomada esta expresión en sentido amplio de intereses públicos y comunes a cuya satisfacción tienda, de algún modo, la relación contractual de que se trate; y conforme a este criterio es de todo punto manifiesto que el contrato de autos participa de modo notable de esa vinculación al interés público que caracteriza a las relaciones contractuales administrativas: El Ayuntamiento de Calviá, que recibe agua en virtud del oportuno contrato de suministro de la Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado S.A. de Palma, la suministra a su vez a la entidad actora, Aguas Término Calviá S.A., concesionaria de las obras y servicios de abastecimiento

domiciliario de agua potable en ciertas localidades del Municipio; por todo lo cual es incuestionable la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que, según el artículo 3 a) de la Ley Jurisdiccional, conocerá de las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

CONSIDERANDO: Que, además, el problema suscitado constituye una *cuestión nueva*, que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 de mayo de 1967, 17 de febrero y 31 de marzo de 1973 y 22 de enero de 1974), es la que plantea un problema diferente de los contemplados previamente en las relaciones entre el administrado y la Administración *que puede conducir a un pronunciamiento de imposible formulación dentro de los términos en que se desarrollaron aquellas relaciones,* mientras que argumento nuevo es aquel que válidamente se esgrime, ampliado y reforzado con apoyatura jurídica no aducida previamente, alguna pretensión o extremo suscitado ante la Administración con el fin de mejorar las perspectivas de estimación de lo postulado, sin alterar el ámbito de los pronunciamientos previsibles y ponderados por el órgano o la autoridad llamados a decidir de modo definitivo; y esto sentado, resulta evidente el carácter de cuestión nueva que tiene la suscitada en el referido sentido de tratarse de un contrato civil el contemplado, pues de acogerse es claro que el pronunciamiento procedente sería, de acuerdo con el apartado a) del artículo 82 de la Ley de esta Jurisdicción —que el recurso se hubiere interpuesto ante un Tribunal que carezca de jurisdicción para ello por corresponder el asunto a otra jurisdicción—, una declaración de inadminisibilidad del recurso, mientras que, tal como está planteado, lleva necesariamente a decidir si la liquidación complementaria impugnada se ajusta o no a Derecho; por lo que ha de estimarse mal suscitado el problema de la naturaleza civil o no del contrato de autos, además de ser rechazable, como se expuso, en cuento al fondo.

20

20. **NORMAS COMPLEMENTARIAS Y SUBSIDIARIAS DE PLANEAMIENTO.** Al elaborarse para suplir la inexistencia de Plan General o en todo caso para complementarlo no pueden modificar a un Plan Sectorial y a su correspondiente Plan Parcial. *Sentencia de 12 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que inicialmente planteado este recurso por la Sra. J. L. U. como propietaria del solar número 8 de la Urbanización Cala Domingos, del término municipal de Manacor, contra los acuerdos de la Comisión provincial de Urbanismo de Baleares, de 24 de julio de 1979 y de 14 de mayo de 1980, y contra las resoluciones presuntas y desestimatorias de los respectivos recursos de alzada interpuestos, por la misma Sra. J. L. U. frente a aquellos acuerdos, y luego ampliado —este mismo recurso— contra la resolución expresa —también desestimatoria— del primero de aquellos recursos de alzada, preciso es que, en el inicio de esta resolución, se haga eco la Sala de la denuncia formulada por el Sr. Abogado del Estado, en el escrito de contestación que, como representante de la

Administración general del Estado, presentó en estos autos, sobre la concurrencia —en esta litis y respecto a la mantenida impugnación del aquel primer acuerdo de la Comisión de Urbanismo de 24 de julio de 1979— de la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82, c) de la Ley Jurisdiccional, aunque para rechazarla, porque de la lectura de dicho acuerdo resulta, que la Comisión de Urbanismo decidió, yá entonces, de modo definitivo, que las "Normas Complementarias y Subsidiarias del término municipal de Manacor" —sobre las que en ese momento se pronunciaba-serían de aplicación a la zona de dicho municipio denominada "Es domingos" (en la que radica el aludido solar de la hoy actora), al acordarse, con la "aprobación definitiva" de dichas "Normas" en cuanto afectaran "al Suelo Urbano de la Ciudad de Manacor y Suelo Urbanizable de área de desarrollo urbano de dicho núcleo", la "necesidad de subsanación de deficiencias... para el resto del término municipal, en plazo no superior a seis meses" y porque así lo entendió la propia Administracin —concretamente, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo— el resolver, expresamente, el recurso de alzada planteado por la Sra. J. L. U. frente al referido acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Baleares, de 24 de julio de 1979, y al desestimarlo, despues de expresar, en el primer Considerando de su resolución, que dicho recurso de alzada "reune las condiciones adjetivas para su admisibilidad... a la vista de lo preceptuado en el artículo 233 del vigente Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976".

CONSIDERANDO: Que debiendo proyectarse, por tanto, la función revisora de esta Sala, sobre dicho acuerdo de la Comisión de Urbanismo de 24 de julio de 1979, como sobre el posterior, de la misma Comisión, de 14 de mayo de 1980 (por el que, subsanadas las leficiencias señaladas en el anterior, se aprobaron definitivamente dichas "Normas Complementarias y Subsidiarias del término municipal de Manacor"), como sobre los demás actos administrativos expresos o presuntos que les sucedieron en la via administrativa (antes apuntados), porque en el suplico de la demanda de autos se postula la anulación parcial de tales acuerdos de la Comisión de Urbanismo y, por ende, de las "Normas" que por los mismos se aprobaron, en cuanto reguladores de la citada zona de "Es Domingos" o "Cala Domingos", por disponer éste de Plan General y de Plan Parcial vigentes desde 1973 y 1974, respectivamente, una detenida lectura de todo lo actuado sobre este asunto pone claramente de manifiesto que, estando de acuerdo las partes contendientes en que las tan aludidas "Normas" se elaboraron y aprobaron para "suplir" la inexistencia de Plan General municipal ordenador de todo el término de Manacor, discrepan, sin embargo, acerca de la posibilidad legal de tales "Normas" modifiquen el regimen urbanistico establecido, para aquella zona de "Cala Domingos", por los referidos Planes General y Parcial, desde 1973 y 1974.

CONSIDERANDO: Que por el común representante y defensor de las dos Administraciones públicas aquí demandadas (ya que la desestimación presunta del recurso de alzada planteado contra el segundo de dichos acuerdos de la Comisión de Urbanismo, es imputable al Consell General Interinsular de Baleares, por virtud de la transferencia de competencias al mismo del Real Decreto de 7 de septiembre de 1979), se mantiene —alineándose con el razonamiento reflejado en la ya aludida resulución de alzada del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo— que esa posibilidad legal existe y resulta del hecho de "suplir" tales "Normas" —por inexistencia del mismo- a un Plan General ordenador de todo el término municipal y de cumplir, por tanto, la misma finalidad ordenadora total de esa clase de Planes, por la que éstos se imponen sobre los denominados Planes Sectoriales (como lo es el referido Plan General de "Cala Domingos"), mientras que, contrariamente, por la parte recurrente se niega tal posibilidad legal, por carecer dichas "Normas" de rango jerárquico bastante para modificar la normativa de los Planes vigentes y por no tener, tampoco, como se deduce de su propia denominación, tales "Normas", finalidades distintas de las de "complementar" el planeamiento existente ó de "suplir" el inexistente.

CONSIDERANDO: Que sin desconocerse el esfuerzo que viene desplegando la doctrina para potenciar —por razones prácticas— las tan meritadas "Normas", con apoyo en las disposiciones de los artículos 88 y siguientes del Reglamento de Planeamiento (aprobado por Decreto 2159/78, de 23 de junio), recientemente premiado con la entrada

en vigor del Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre (por el que se posibilita la adaptación, a la moderna y vigente Ley del Suelo, de los Planes generales anteriores a ella, mediante "normas subsidiarias de planeamiento") y a pesar de que, en principio, la tesis de la parte demandada parece correcta, como avalada por el citado artículo 88 de dicho Reglamento, donde expresamente se dice que "las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento tendrán el ragon jerárquico de los (Planes de Ordenación) que complementen o suplan", la simple naturaleza reglamentaria de este precepto y las prescripciones de los artículos 45 y 49 de la actual Ley del Suelo (de las que se deduce que todos los Planes de Ordenación, teniendo vigencia indefinida, sólo podrán derogarse o modificarse por otros posteriores) y de los artículos 70,2 y 71,1 de la misma Ley (de las que resulta, que puedén existir dichas Normas "para todo o parte del territorio" propio de la competencia de las entidades locales y, concretamente, que pueden existir Normas Subsidiarias de Planeamiento para sólo aquella parte de un municipio que no disponga de plan de ordenación), llevan a esta Sala a entender, que el "rango jerárquico" que de las meritadas Normas predica el citado artículo 88 del Reglamento de Planeamiento, sólo lo ostentan las mismas en cuanto no se proyecten, modificando su ordenación urbanística, sobre el ámbito territorial de algún Plan, distinto de aquel al que complementen o suplan tales Normas, que siga todavía vigente.

CONSIDERANDO: Que partiendo de esta interpretación —parcialmente acorde con la de la apuntada tesis de la parte recurrente y, en todo caso, respetuosa con la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 3 de mayo y de 2 de octubre de 1979, claramente expresiva de que la de cubrir el "vacio" o la "insuficiencia" de ordenación urbanistica— y puesto que está suficientemente acreditado en estos autos a) que la zona de "Cala Domingos", situada dentro del término municipal de Manacor, dispone, desde 1973 y 1974, respectivamente, de Plan General y de Plan Parcial, y b) que a la normativa de éstos —modificándola— afecta la de las "Normas" que aquí se combaten (como sucede, precisamente, con la aplicable al solar de la recurrente, que pierde su calificación urbanística según dichos planes —Semi Intensiva B, Zona de Bungalows— para pasar a tener, en parte, la de Zona Verde y, en parte, de la Extensiva G-1, según resulta de la certificación municipal unida en el período probatorio de este proceso), es evidente que el presente recurso ha de prosperar, por no ajustarse al ordenamiento jurídico —aunque parcialmente— los actos administrativos impugnados, y que procede, por tanto, acceder a la pretensión deducida en el suplico de la demanda de autos.

25

25. **FONDO DE GARANTIA SALARIAL.** Procedencia de las prestaciones. Efectos de la conciliación judicial ante las Magistraturas. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

RESULTANDO: Que habiendo sido el Sr. Ll. despedido de la empresa "X., S.A." en la que venía prestando servicios e instado el correspondiente procedimiento ante la Magistratura de Trabajo, se resolvió ésta la número 1 de las de Palma, por medio de acto de conciliación, en el que declarada la improcedencia del despido se compromete la empresa a abonar al recurrente 96.000 ptas., solicitada la ejecución de tal conciliación y

declarada la insolvencia provisional de aquella se solicitó del Fondo de Garantia Salarial el pago de la indemnización correspondiente éste lo denegó por resolución de 26 de junio de 1980, que recurrida en alzada, fue confirmada y rechazado el recurso por nueva resolución de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial de 16 de diciembre siguiente.

CONSIDERANDO: Que por D. J. Ll. P., antiguo trabajador de la empresa "X., S.A." de esta ciudad, se planteó este recurso contra una resolución de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, de 16 de diciembre de 1980, por ser desestimatoria del recurso de alzada, previamente interpuesto por el propio Sr. Ll., contra otra anterior resolución de la Comisión provincial del mismo Fondo de Garantía Salarial, de Baleares, de 26 de junio de 1980, mediante la que se había denegado indemnización de 96.000 ptas., solicitada por el Sr. Ll. en 13 de febrero de 1980, con apoyo en las siguientes circunstancias: a) que el 23 de febrero de 1978, ante el Magistrado de Trabajo número Uno de esta capital y en "acto de conciliación", se llegó a una avenencia del Sr. Ll. con dicha empresa, por la que ésta, reconociendo la improcedencia de su despido y siéndole imposible su readmisión, le abonaría una indemnización de 96.000 ptas. —cantidad superior al salario de cuatro meses— dentro de los cinco primeros dias del mes de abril siguiente, b) que no habiendo sido satisfecha dicha indemnización, el Sr. Ll. instó, en 15 de octubre de 1979, la ejecución judicial de aquella conciliación, a lo que se accedió por providencia del siguiente día 16, en la que también se acordó el correspondiente embargo de bienes para cubrir aquella suma que resultó negativo, y c) que, por auto de la misma Magistratura de Trabajo, de 5 de noviembre de 1979, se declaró la insolvencia de dicha empresa, por lo que seguía sin percibir el importe de la expresada suma; todas cuyas circunstancias justificó documentalmente.

CONSIDERANDO: Que las aludidas resoluciones del Fondo de Garantia Salarial se fundan, coincidentemente, en la inexistencia de un reconocimiento judicial o administrativo de la indemnización pretendida por el Sr. Ll., como pactada por éste con su empresa, que obsta al solicitado abono de aquella por el meritado Fondo, por imperativo de lo establecido en el artículo 2° del Real Decreto-Ley 34/78, de 16 de noviembre; mientras que, por el Sr. Ll., se mantiene, tanto en la vía administrativa como en esta vía jurisdiccional, con expresa invocación de lo que prescribe el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Laboral, que existe "reconocimiento judicial" de dicha indemnización, por haber sido aprobada por el Magistrado de Trabajo, en aquel acto de conciliación, la "avenencia" a que se llegó en el mismo y que es, por ello, título bastante, tanto para exigir su cumplimiento por los trámites de ejecución de sentencias como para reclamar del Fondo de Garantia Salarial dicha indemnización.

CONSIDERANDO: Que toda vez que el "acto de conciliación con avenencia" (aunque ésta haya sido aprobada por el Magistrado de Trabajo ante el que se celebró aquél, por inexistencia de "lesión grave para alguna de las partes", como exige el aludido artículo 75 de la Ley de Procedimiento Laboral), no entraña un "reconocimiento judicial" de la indemnización, por despido improcedente, que puede fijarse, por simple "acuerdo" del trabajador y de la empresa, en dicho "acto de conciliación" (pese a la posibilidad de que se reclame aquélla por la misma vía procesal establecida para la ejecución de las sentencias, como también precisa dicho artículo 75, con disposición análoga a la del artículo 476 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) porque ese "cuantum" indemnizatorio no proviene de una decisión judicial, y dado que, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 34/78, de 16 de noviembre (desde su publicación, al siguiente día 18, en el Boletín Oficial del Estado), el Fondo de Garantia Salarial sólo viene obligado, hasta determinada cuantía, al abono de las "indemnizaciones reconocidas judicial o administrativamente en favor de los trabajadores, por causa de despido", en los supuesto de "insolvencia", declarada judicialmente, de sus empresas (según prescripción de su artículo 2°, luego reiterada en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980), no sólo ha de compartirse la apuntada tesis de las resoluciones recurridas (reproducida en el escrito de contestación a la demanda de autos), con rechazo de la sostenida por la parte recurrente, sino que ha de ser desestimado el presente recurso; pues, aunque aquel "acto de conciliación con avenencia" tuviera lugar el 23 de febrero de 1978, tanto la declaración de insolvencia de la empresa "X., S.A." (en 5 de noviembre de 1979), como la inicial reclamación del Sr. Ll. al Fondo de Garantia Salarial (en 13 de febrero de 1980), se produjeron yá du-

rante la vigencia de dicho Real Decreto-Ley 34/78, de 16 de noviembre, como, también, del posterior Real Decreto de 14 de agosto de 1979, vigente desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado del siguiente 5 de septiembre y aplicable a las "reclamaciones planteadas y resueltas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor" (según interpretó esta misma Sala en su anterior sentencia de 10 de junio de 1981).

CONSIDERANDO: Que al decidirlo así, por resultar las resoluciones administrativas aludidas conformes con el ordenamiento jurídico, no existen, sin embargo, méritos bastantes para un especial pronunciamiento sobre costas.

26

26. **REVISION DE ACTOS EN VIA ADMINISTRATIVA. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.** Motivos de revisión: manifiesto error de hecho. Ambito de la función revisora. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que hay que partir para la resolución del presente litigio, los siguientes:
1°) La Delegación de Hacienda de Baleares dictó acuerdo calificando como urbanos unos terrenos que el padre de los recurrentes F.S.Q. hoy fallecido, había adquirido en el término municipal de San Juan Bautista de la Isla de Ibiza el 3 de febrero de 1971; 2°) La propia Delegación de Hacienda giró el 19 de octubre de 1979 sendas liquidaciones de las cuotas de Contribución Urbana, correspondientes a los períodos de tiempo transcurridos entre el 1 de enero de 1974 y el 31 de diciembre de 1978; 3°) Por entender los recurrentes que si bien dichas liquidaciones fueron notificadas teóricamente de forma legal, llegaron a su conocimiento una vez transcurridos los plazos para proceder a su impugnación por los conductos ordinarios, interpusieron el recurso extraordinario de revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 171 de la Ley General Tributaria, 127 y 128 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 136 y siguientes del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, con base en la existencia de un *manifiesto error de hecho en la apreciación de las circunstancias que podían motivar la calificación de los terrenos en urbanos;* 4°) El Tribunal Económico-Administrativo Central, en acuerdo del 2 de octubre de 1980, declaró que existe errónea calificación del recurso, estimando que el escrito de interposición de fecha 15 de febrero de 1980 entraña la instancia de los recurrentes para que el Delegado de Hacienda de Baleares de conformidad con la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1976, acuerde, en su caso, la recalificación de los terrenos; y 5°) Contra este acuerdo se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERNADO: Que el artículo 171 de la Ley General Tributaria dice que el recurso extraordinario de revisión podrá interponerse... a) si se hubiera incurrido en *manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente;* similar previsión establece el artículo 136 del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo: que se hubiere dictado con *evidente y manifiesto error de hecho* que afecte a la cuestión de fondo, siempre que dicho error *resulte plenamente demostrado de la prueba documental unida al expediente* que haya servido de base para dictar los actos im-

pugnados; y el 127 de la Ley de Procedimiento Administrativo: que al dictarlo se hubiera incurrido en *manifiesto error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.*

CONSIDERANDO: Que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1979, dado el *carácter extraordinario* del recurso de revisión, en vía administrativa no es dable extender el conocimiento del Tribunal Económico-Administrativo —y por supuesto el de la Sala en vía jurisdiccional—, fuera del motivo en que tal recurso se basó.

CONSIDERANDO: Que al interpretar el artículo 136 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo aprobado por Decreto de 26 de noviembre de 1959 y el 171 de la Ley General Tribunaria de 28 de diciembre de 1963, el Tribunal Supremo ha reiteradamente proclamado (sentencias de 9 de marzo de 1970, 2 de noviembre de 1971, 4 de julio de 1973, 31 de mayo y 24 de octubre de 1974, 24 de enero y 18 de abril de 1975 y 22 de enero y 15 de octubre de 1976) que *error de hecho* es el numérico, artimético, o accidental, para cuya comisión no se precisa de raciocinio alguno y que ha de ser evidente por sí mismo, patente, claro y manifiesto, concretándose en el error material que versa sobre una cosa, hecho o suceso, esto es, sobre una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, y excluyendo de su ámbito, por tanto, lo que afecte a cuestiones de derecho, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración legal de las pruebas, interpretación de disposiciones legales y calificaciones jurídicas que pueden establecerse; doctrina ésta que al reconocer que las omisiones o inexactitudes producidas en las declaraciones de los contribuyentes solamente deben ser admitidas en supuestos de hecho simples, de inmediato y fácil concimiento y que den lugar a una fórmula de aplicación automática e indiscutible de los preceptos legales pertinentes, tiene también un claro fundamento de orden pragmático, pues de aceptarse otra solución habría de producirse una inseguridad jurídica permanente en relación con el resultado de las liquidaciones practicadas; opinión seguida por la de 1 de octubre de 1979 que expresa que el error de hecho ha de caracterizarse por se ostensible, manifiesto, indiscutible, independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, con exclusión de su ámbito de lo que afecte a cuestiones jurídicas, valoración legal de las pruebas e interpretación de disposiciones legales.

CONSIDERANDO: Que el ámbito, pues, del presente recurso jurisdiccional ha de ser centrado exclusivamente en el recurso extraordinario de revisión interpuesto por los recurrentes ante el Tribunal Económico-Administrativo Central con base en los citados artículos 171.1 a) de la Ley General Tributaria y 136.1. 1° del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo; y siendo ello así es procedente declarar que la resolución de aquél, *acertadamente sostiene,* con fundamento en el carácter formalista y excepcional de esta clase de recursos, *que no se da en el supuesto enjuiciado el evidente y manifiesto error de hecho* que afecte a la cuestión de fondo y que resulte plenamente demostrado de la prueba documental unida al expediente; lo cual es absolutamente cierto, pues en el expediente constan solamente: fotocopia de la escritura de compraventa, fotocopias de los Documentos Nacionales de Identidad, fotocopia del croquis de situación de las parcelas, fotocopia del acuerdo de la Administración de Impuestos Inmobiliarios, fotocopia de las notificaciones exigiendo el pago de la Contribución Urbana, acuerdos del Tribunal concediendo un plazo de 15 días para formular el escrito de alegaciones y proponer las pruebas, sendos escritos de los recurrentes manifestando que en el recurso interpuesto se incluían todas las pruebas y resolución del Tribunal; por lo que ni indiciariamente puede deducirse el error de hecho alegado y consistente en calificar de urbanos los terrenos, cuando en realidad son rústicos, según queda expresado.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, resulta procedente la estimación del presente recurso por la disconformidad a Derecho de la resolución recurrida, en cuanto a los pronunciamientos, que deben ser anulados, que contiene, al tratarse de un auténtico recurso de revisión el interpuesto, y al propio tiempo la desestimación del mismo por las pretenciones de los recurrentes en dicho recurso de revisión, tal como queda expuesto.

CONSIDERANDO: Que no se observa la existencia de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, determinan una expresa imposición de costas.

FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador A. N. M., en nombre de F. y G. S. L., contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de octubre de 1980, debemos anularla y la anulamos por no ser conforme a Derecho; y desestimando el recurso de revisión interpuesto, por su disconformidad con el Ordenamiento Jurídico, debemos declarar y declaramos que las liquidaciones de Contribución Urbana relativas a unos terrenos sitos en el término municipal de San Juan Bautista de la Isla de Ibiza, adquirido por el difunto padre de los recurrentes por escritura pública de 3 de febrero de 1971, se ajustan a Derecho; sin perjuicio de la recalificación, en su caso, de los terrenos cuestionados; sin hacer expresa imposición de costas causadas.

28

28. **OBRAS SIN AJUSTARSE A LA LICENCIA OTORGADA.** Suspensión de las mismas procedente aunque no se aparten de las ordenanzas, principio favor acti. Presunción de validez de los actos. Licencia acto reglado, se puede autorizar la parte del proyecto cuya construcción es factible con arreglo al Planeamiento. Marquesina que no se separa 3 metros de la alineación de la calle. Principio Favor Libertatis. Carácter excepcional del derribo, principio de menor demolición. Legalización de la marquesina si se separa tres metros de la alineación de la calle. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que son antecedentes de los que hay que partir para la resolución del presente litigio, los siguientes: 1°) El día 15 de abril de 1980 el Ayuntamiento de Calviá "acordó conceder autorización para realizar las obras solicitadas correspondientes a la reparación de desperfectos en el edificio Concorde de Paguera, emplazado en la Carretera de Cala Fornells..."; 2°) El 28 de mayo de 1980, registro de salida del 7 de junio siguiente, la Alcaldía dicta un Decreto-Resolución ordenando la suspensión, por carecer de licencia, de la "construcción de una estructura metálica formada por pilares cuadrados (2 U soldadas) y en tramado horizontal de viguetas doble T de una superficie de unos 220 metros cuadrados para aparcamiento de coches y porche de entrada al edificio", al mismo tiempo que se requiere al solicitante para que pida la oportuna licencia y se acuerda iniciar el expediente sancionador previsto en la Ley del Suelo y en el Reglamento de Disciplina Urbanística; 3°) El 10 de julio también de 1980,el Administrador Gerente del Edificio Concorde solicita la legalización de la obra efectuada; 4°) La Comisión Municipal Permanente en sesión celebrada el 22 de julio deniega la legalización "al no separarse los tres metros mínimos, según las Ordenanzas vigentes, la citada marquesina de la alineación de calles"; 5°) Interpuesto recurso de reposición, es desestimado por acuerdo de 13 de enero de 1981; y 6°) Contra estas dos últimas resoluciones se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que aunque por la representación municipal no se aportan a los autos las Ordenanzas ni los particulares de las mismas relativos al caso que se contempla,

resulta obligado aceptar la infracción denunciada, no sólo porque *en momento alguno fué negada o impugnada por el recurrente,* sino también porque en lo que respecta a la valoración probatoria el mantenimiento de la apreciación que sobre ello se hizo por las resoluciones municipales —apoyadas en los informes del Arquitecto Municipal, Asesoria Juridica y Jefe del Negociado de obras— se impone por el principio *favor actis,* que la Jurisprudencia ha venido reconociendo con insistencia en cuanto a los actos administrativos, declarando que se presume juris tantum que estos están ajustados a derecho y los acompaña al acierto, incumbiendo al que los impugna evidenciar la realidad de los vicios y anomalías que atribuye a aquéllos (sentencias de 1 de julio de 1971, 25 de octubre de 1972 y 25 de mayo de 1979), lo que, como queda expuesto, no se ha realizado.

CONSIDERANDO: Que, en realidad, el único argumento esgrimido para impugnar los actos administrativos denegatorios de la legalización de las obras se articula con base en que en el "proyecto básico y de ejecución para la reparación desperfectos en el edificio Concorde" se establece (Apartado c-1 a; folio 37) que "se considera conveniente la supresión de jardineras por ser zona de fácil filtración. Alternativamente se colocarán unas marquesinas prefabricadas ligeras con las que proteger el vestíbulo y parte del aparcamiento", por lo que, siempre según la tesis del actor, ha de entenderse que la licencia ampara todas las obras descritas en el proyecto; pero, como dicen las sentencias de 6 de junio de 1979 y 6 de junio de 1980, "aunque es cierto que un proyecto de edificación constituye un todo coherente que normalmente debe ser examinado y, por consecuencia, autorizado o denegado en bloque, existe una amplia doctrina jurisprudencial que tiende a autorizar aquella parte del mismo cuya construcción es factible con arreglo al planeamiento o normativa urbanística aplicable", y ello como consecuencia de que el otorgamiento de licencia para obras y construcciones en terrenos privados son actos reglados en cuanto que la Administración se limita a controlar si tal modalidad de ejercicio de las facultades dominicales del particular se ajustan a las disposiciones que lo encauzan y regulan en interés público, en los aspectos urbanísticos, higiénico, ornamental y otros de clara relación con el bien general, disposiciones a que los Ayuntamientos habrán de ajustarse en el doble sentido de tener que denegar las licencias a que tales disposiciones se opongan y de tener que conceder las que a las mismas se acomoden; por lo que, en caso de impugnación de la licencia es claro que los Tribunales, en el ejercicio de sus funciones revisora y fiscalizadora, deberían anularla por contravenir las Ordenanzas o, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en la parte ilegal; y el propio Ayuntamiento, en la misma hipótesis de licencia otorgada contra el ordenamiento urbanístico en vigor en la fecha del otorgamiento, puede adoptar las medidas a que se refieren los artículos 186 y siguientes del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976; pero es que tampoco puede entenderse que la licencia concedida ampara la construcción de la marquesina, porque el Ayuntamiento —aparte el error sufrido al no excluirla expresamente de la licencia— carecía totalmente de datos para ejercer su facultad reglada de incluirla en el permiso, por cuanto no se aporto al proyecto ningún plano, ni siquiera se hicieron constar sus medidas ni su concreto emplazamiento, y resula absurdo, y por lo tanto rechazable, que se dejase a la voluntad del constructor su edificación, contraviniese o no el ordenamiento urbanístico; y, por otra parte, no deja de ser significativo, que el recurrente no impugnase el Decreto de 28 de mayo de 1980 y acudiese a la vía de la legalización, y que en el expediente formado para la concesión de la licencia se hable equivocamente de "reparación de desperfectos, en el edificio", que, incluso, indujo a error al Ingeniero Jefe de la Jefatura Regional de Costas y Puertos que manifiesta" ...que no existe inconveniente en que se acceda a lo solicitado, puesto que las obras de referencia en nada modifican la situación legal del Edificio Concorde *ni alteran su entorno, por limitarse a reparaciones intrínsecas al edifico";* por último, debe hacerse constar que la Corporación pudo perfectamente solicitar que se completara el proyecto respecto a la repetida marquesina de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9, regla 4ª, párrafo 1°, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que permite la corrección de deficiencias subsanables, sin que por ello la petición actuada pierda su eficacia cronológica.

CONSIDERANDO: Que alega la parte actora que cuando recibió el traslado del Decreto de 28 de mayo de 1980 las obras estaban totalmente terminadas, por lo que la orden de suspensión era de cumplimiento imposible; pero aparte de que la prueba testifical

propuesta para justificar este extremo no es concluyente, pues D. A. S. P. habla de "alrededor de los meses de abril o mayo", D. J. R. N "que llegó del servicio militar en noviembre de 1980 y que el toldo de que se trata ya estaba instalado" y D. J. B. J. afirma "que le parece recordar que tuvo lugar en el mes de abril o primeros de mayo de dicho año 1980", no alegándose prescripción —en la pregunta formulada a los citados testigos se afirma que la marquesina terminó de instalarse en enero o febrero de 1980— el hecho tendría la única trascendencia de la inaplicación del artículo 184 de la Ley del Suelo, y ninguna otra, quedando incólume el contenido del 185 del mismo Cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que, como queda expresado, la denegación de la legalización se basa en que la marquesina no se separa tres metros de *la alineación de calles;* y al solicitarse a instancia del recurrente un informe del Consell Insular de Mallorca de que "la carretera que, desde la de Palma a Andraitx a su paso por Paguera, conduce a Cala Fornells, pertenece y está a cargo de este Consell con la numeración PM-V 101-1", parece —no se formula razonamiento alguno sobre este punto— indicar que el Ayuntamiento no tiene competencia sobre este aspecto; pero ello, aun sin estimar la contradicción que supondría todo lo actuado a su instancia, con una flagrante contradicción del principio de que nadie puede ir válientemente contra sus propios actos, implicaría un claro ejemplo de *competencias compartidas,* pero nunca una exclusión de la del Ayuntamiento y de la vigencia de las Ordenanzas municipales en materia de alineaciones.

CONSIDERANDO: Que la ordenación urbanística está configurada en cierto modo como función pública, alterando profundamente el sentido tradicional del derecho de propiedad, no en su definición legal genérica (artículo 348 del Código Civil), sino en la regulación del contenido del mismo cuando recae sobre un bien inmueble (artículo 350), produciendo, como ha resaltado la doctrina científica, una erosión de la antigua normativa y una inversión en la relación existente entre el suelo y las construcciones (jus aedificandi), hasta el punto de que ahora no es el suelo el que ostenta el valor fundamental y el que ejerce la vis atractiva, superponiéndose las conveniencias del desarrollo urbanístico, y, por lo tanto, del interés general, a través de la racionalidad de la tarea planificadora; ahora bien, esto no quiere decir que este cambio en la jerarquía de valores deba ir más allá de lo necesario, puesto que el derecho de propiedad continúa amparado, incluso constitucionalmente, por lo que tiene plena vigencia la prevención del artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales al declarar que el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen, y que si fueren varios los admisibles se elegirá al menos restrictivo de la libertad individual; así, conviene dejar sentado el carácter excepcional del derribo de una construcción como contrario a un derecho preexistente: ese derecho a edificar reconocido por los citados preceptos del Código Civil; expresando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1980 que en lo referente a la *demolición* de las obras realizadas hay que tener en cuenta que sólo deberá verificarse si no existe posibilidad de ser legalizada, por lo que disponer la demolición constituye una medida que únicamente debe adoptarse cuando se hayan cumplido los requisitos legales que para ello se establecen; y aun otras sentencias (26 de junio y 27 de diciembre de 1974 y 8 de mayo de 1980) hablan del principio de *menor demolición,* esto es, la estrictamente indispensable para ajustar a la normativa aplicable la obra denunciada; pues bien, dadas las características de las marquesinas —en el proyecto se las denomina prefabricadas ligeras— y teniendo en cuenta que la única infracción observada, como queda repetidamente expuesto, es la de no separarse tres metros de la alineación de calles, resulta procedente anular parcialmente los acuerdos impugnados en el sentido de que deben requerir al recurrente antes de la demolición para que si le conviene proceda a separarlas a la referida distancia impuesta por las Ordenanzas, en cuyo caso deberán ser legalizadas.

33

33. **OFICINAS DE FARMACIA.** El conocimiento sobre la denegación de apertura es competencia de la Sala de lo Contencioso de la audiencia Territorial de Palma de Mallorca, aunque haya resuelto en alzada el Pleno del Consejo General de Colegios de Farmacéuticos. No procede la siguiente interpretación: Las normas complementarias, aclaratorias y ejecutivas se integran, con aquellas que complementan o aclaran, en un mismo bloque normativo lo que permite que se apliquen con efectos retroactivos, ya que carecen de sustantividad. Apertura de nuevas farmacias: Interpretación restrictiva. *Sentencia de 15 de abril de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la hoy recurrente, D. M. L. LL., Licenciada en Farmacia, solicitó, en 18 de noviembre de 1978, la necesaria autorización para el establecimiento de una nueva Oficina de Farmacia en la barriada costera denominada Cala Moreya, sita en término municipal de Manacor, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3°, 1, b) del Real Decreto de 14 de abril de 1978, por el que se posibilita el establecimiento de nuevas oficinas de Farmacia "cuando la que se pretenda instalar vaya a atender a un núcleo de población, de, al menos, dos mil habitantes", como "excepción" al "régimen general" establecido por el párrafo 1 del mismo artículo 3°, donde se dice que "el número total de Oficinas de Farmacia... en cada Municipio no podrá exceder de una por cada cuatro mil habitantes"; habiéndose sido denegada dicha autorización por un primer acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmaceúticos de Baleares, de 6 de mayo de 1980, y por otro posterior —en trance de alzada del anterior— del Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmaceúticos, de 30 de octubre de 1980, contra los cuales la Sra. M. L. LL. planteó el presente recurso contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que para conocer del mismo, como órgano jurisdiccional competente, se halla plenamente facultada esta Sala, a tenor de lo dispuesto en los artículos 10, 1, c) y 11, 1ª de la Ley de esta Jurisdicción, en relación con lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, tal y como hemos mantenido, reiteradamente, en diversas sentencias, siempre dictadas con ocasión de revisar acuerdos similares a los ahora recurridos; lo que nos lleva a rechazar —sin necesidad de reproducir aquí los razonamientos expuestos en aquellas resoluciones, por ser de sobra conocidos por la representación del mencionado Consejo General— el alegato de inadmisibilidad que, sobre la incompetencia de este Tribunal y sobre la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, formuló dicha representación procesal en su escrito de contestación a la demanda de autos.

CONSIDERANDO: Que fundamentándose, los referidos acuerdos, tanto con las antes transcritas prescripciones del artículo 3° de dicho Real Decreto de 1978, como, también, con la normativa de la Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979 (publicada en el B.O. del Estado del 18 de diciembre siguiente) y, muy concretamente, con la disposición de su artículo 3, donde se preceptúa que "para conceder autorización de nueva Oficina de Farmacia, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del nú. 1 del artículo 3° del Real Decreto de 14 de abril de 1978, será preciso que el núcleo de población que vaya a atender cuente al menos con 2.000 habitantes, debidamente censados en el Municipio de que se trate, acreditados por certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento...", sos-

tiene la recurrente, en apoyo de su postura impugnatoria de tales acuerdos, que éstos no se ajustan a Derecho, porque deciden, en realidad, conforme a lo establecido en ese artículo 3 de dicha Orden ministerial de 1979 —que mal podía aplicarse a su solicitud, como formulada más de un año antes de que la misma se dictara y entrara en vigor— y prescindiendo, de hecho de lo dispuesto en aquél apartado b) del número 1 del artículo 3° del citado Real Decreto de 1978 —a tenor del cual, exclusivamente, debió de resolverse sobre su solicitud— por cuanto que —en su opinión— dicho apartado b) no contiene la exigencia de que los dos mil habitantes, que el mismo fija, sean, precisamente, "habitantes censados".

CONSIDERANDO: Que pudiendo rechazarse —en línea con las opuestas alegaciones de la parte demandada— el primero de tales razonamientos de la actora, porque dicha Orden ministerial de 1979 se dictó al amparo de la Disposición final 2ª del Real Decreto de 1978, por lo que se facultó al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social para dictar cuantas normas fueran necesarias para el desarrollo y aplicación de lo dispuesto en dicho Real Decreto y porque esa circunstancia ya posibilitaría la aplicación —a la solicitud de la Sra. M. L. LL. de dicha Orden ministerial, según la doctrina jurisprudencial que enseña que las "normas o disposiciones complementarias, aclaratorias y, en cierto modo, hasta ejecutivas" —dictadas como lo fué esa Orden ministerial— "se integran" —con aquellas que complementan o aclaran— en un mismo "bloque normativo", lo que permite que se apliquen con efecto retroactivo, ya que "carecen de sustantividad" (ver sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1979 y de 2 de febrero y 4 marzo de 1980), estimamos, sin embargo, que no resulta preciso tan expreso rechazo, porque ese razonamiento deviene inoperante desde el mismo momento en que —frente a la apuntada opinión de la recurrente— forzoso se hace tener que entender, tras detenida lectura de todo el texto del artículo 3° de aquel Real Decreto de 1978, que el tan aludido apartado b) de de su número 1, no sólo se refiere a "habitantes", pese a su literalidad, sino a "habitantes censados, como se desprende, fácilmente, de la varia referencia que al "censo" se hace en otros lugares del mismo artículo 3°, de la prescripción que contiene su número 3, donde se dice que "las excepciones señaladas en el número 1 de este artículo lo son a un criterio general restrictivo, conducente a adecuar el número de Oficinas de Farmacia a las cifras de población, de forma que cualquier posible autorización o apertura, con base en lo previsto en el apartado b)... anulará la posibilidad derivada del incremento de la cifra de habitantes" y del simultáneo empleo, en un mismo precepto, de los términos "censo", "población" y "habitantes", por el que se impone una interpretación equivalente de todos ellos.

CONSIDERANDO: Que ello conduce, consecuentemente, a la desestimación del presente recurso, por cuanto que, en el expediente unido, hay constancia de que, al tiempo de presentarse aquella solicitud de la Sra. M. L. LL. el núcleo de población de la barriada de Cala Moreya sólo alcanzaba la cifra de 103 habitantes censados, segun resulta de la rectificación del Padrón municipal de Manacor correspondiente al 31 de diciembre de 1977 (folio 26 del expediente); sin que ello suponga despreciar, en modo alguno, la doctrina jurisprudencial —invocada por la recurrente— que, en algunas ocasiones, computó, también, la cifra media anual de población flotante, en supuestos como el de autos (sentencia, entre otras, del T.S. de 21 de noviembre de 1979), ni de la que, con especial reiteración (sentencias, en tres otras y como más modernas, de 22 de octubre de 1980, de 7 de mayo, de 10 de junio y de 1 y de 9 de julio de 1981, también del T.S.), viene reclamando, en la aplicación de la normativa limitadora de la apertura de nuevas farmacias, una interpretación restrictiva, en beneficio del libre ejercicio profesional de los farmaceúticos y del mejor servicio público o social que las farmacias prestan, toda vez que, al parecer, el Tribunal Supremo no se ha enfrentado todavía con la más reciente normativa del tan aludido Real Decreto de 14 de abril de 1978 y de la también citada Orden ministerial de 21 de noviembre de 1979, aparte que, en el caso que nos ocupa, no existe posibilidad alguna de interpretación distinta de la que ha quedado expuesta anteriormente sobre el sentido y alcance del examinado apartado b) del número 1 del artículo 3° de dicho Real Decreto de 1978.

C. INDICE ANALITICO

Actividades molestas
Denegación por razones de urbanismo, 13
Otorgamiento de licencia por silencio positivo, 13
Actos administrativos
Nulidad, 24, 32

Camino Privado, 16
Contratos
Concurso, 6
Corte de suministro, 18
De gestión de servicios públicos, 15, 17
De obra, 27
De suministro, 10
Pliego del concurso, 6
Revisión de precios, 11, 27
Revisión de tarifas, 10, 15, 17
Cuestión nueva y argumento nuevo, 15
Cuestiones dominicales
Conocimiento, 14

Desviación de poder, 16
Domicilio fiscal
Declaración del domicilio, 4
Obligación de comunicarlo, 4

Expropiación forzosa
Error de cálculo en el dictamen del arquitecto del jurado, 34
Petición de un concesionario para que se expropie sin acompañar estudio o dictamen, 36
Tasación de bien según valor urbanístico, 34
Valoración de bienes objeto de reversión, 1

Fondo de garantía salarial, 25
Funcionarios
De Correos y Telecomunicaciones, concurso, 3
Locales, 24
Modificación de plantillas, 29
Trienios, 22

Notificación
En el domicilio, 4
Obligación de notificar, 9
Por edictos, 4
Requisitos, 9

Oficina de farmacia
Denegación de apertura, 33

Poder para pleitos
Falta de acreditación del acuerdo Corporativo al Notario autorizante, 10
Procedimientos de apremio
Falta de notificación, 4
Motivos de oposición, 4

Recurso extraordinario de revisión
Ambito: estrictamente a los motivos de revisión, 26
Competencia: TEAC, 26
Error de hecho, 26
Motivos de Revisión, 26
Revisión de oficio
Requisitos, 7

Sanciones
Alteración del orden público económico, 8
Audiencia, motivación, 8, 35
Decomiso de reses vacunas no es sanción, 30
Falta de prueba, 35
No lo es retirar cupos de artículos intervenidos, 8
No procede aunque se haya utilizado trabajador portuario, 23
Prescripción y caducidad, 5, 8
Principios que informan el Derecho sancionador administrativo, 5
Solares cementerio
Propiedad, 32

Urbanismo
Caducidad de la licencia, 21
Demolición, 2
Licencia de obras, otorgamiento salvo derecho de propiedad, 14
Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento, 20
Obras menores, licencias, silencio positivo, 19
Obras que invaden terrenos a ocupar por la vía pública, 31
Suspensión de obra, 2, 28

Vías de recuperación de los derechos dominicales de la administración, 14

Zona Marítimo terrestre, 12

II. SALA DE LO CIVIL (1)

A. *INDICE CRONOLOGICO*

1. **Contrato de seguro de automóvil.** Necesidad de comunicar a la compañía de seguros la transacción "inter-vivos o Mortis-causa", a los efectos de la continuidad del seguro voluntario. Naturaleza jurídica distinta la del seguro obligatorio de la del voluntario de vehículo a motor. *Sentencia de 18 de enero de 1982*.*

2. **Responsabilidad contractual.** Contrato de Seguro. *Sentencia de 18 de Enero de 1982*.*

3. Responsabilidad del propietario de la finca de los daños ocasionados por la ruina de todo o parte del inmueble. No es necesario llamar a proceso al arrendatario de la finca. No existe **litisconsorcio pasivo necesario**. *Sentencia de 18 de enero de 1982*.*

4. **Resolución arrendamiento de industria.** Necesidad de autorización del arrendador para la realización de obras. *Sentencia de 19 de Enero de 1982*.*

5. **Separación matrimonial.** Medidas provisionales. *Sentencia de 19 de Enero de 1982*.*

6. **Reclamación de cantidad. Reconvención.** Estimación parcial del recurso. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*

7. Auto de carácter **ejecutivo** a tenor del art. 10 del Texto refundido de la ley 122/1962 de 24 de diciembre sobre el uso y circulación de

---

(1) La selección jurisprudencial ha sido realizada por el Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares J. Ferrer Marcel. En la presentación han colaborado los Profesores C. Gutiérrez González e I. Tapia Fernández, del Departamento de Derecho Procesal, M. Perelló Caldentey y M. L. Zaforteza del Corral, del Departamento de Derecho Civil.

vehículos a motor. Excepciones de Nulidad del título y pluspetición. No ha lugar. *Sentencia de 21 de enero de 1982.*

8. **Responsabilidad en el contrato de obra.** Vicios en la construcción (Vicio del suelo-desprendimientos de elementos de la fachada). *Sentencia de 25 de Enero de 1982*.*

9. **Culpa extracontractual.** No hay necesidad de demandar al asegurado y aseguradora, en uso de la facultad contenida en el art. 1.144 Cc. No existe Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 29 de enero de 1982*.*

10. Constitución regular de la relación procesal cuando consta en el proceso la ausencia de interés de los no vocados a la Litis. No existe **Litisconsorcio pasivo necesario.** *Sentencia de 1 de febrero de 1982*.*

11. **Derecho de retracto sobre un local arrendado.** Aplicabilidad del retracto en el caso de aportación de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de sociedades anónimas. *Sentencia de 1 de Febrero de 1982*.*

12. Nulidad de **juicio ejecutivo.** No se puede acumular la acción ejecutiva frente al librador y al aceptante. *Sentencia de 3 de febrero de 1982*.*

13. **Separación matrimonial.** Malos tratos. Abandono de hogar. *Sentencia de 4 de Febrero de 1982.*

14. **Separación matrimonial.** Malos tratos. *Sentencia de 5 de Febrero de 1982*.*

15. **Responsabilidad extracontractual.** Indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de accidente. Plazo de prescripción de la acción. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982*.*

16. **Vicios en la construcción.** Responsabilidad. Contrato de obra. Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982*.*

17. Conversión del juicio universal del concurso voluntario de acreedores en **quiebra mercantil.** Indicios racionales de comerciante. *Sentencia de 8 de febrero de 1982*.*

18. **Responsabilidad contractual.** Contrato de seguro. Culpa exclusiva

de la víctima. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982*.*

19. **Responsabilidad contractual.** Contrato de seguro; cobertura de la póliza de seguro. Compensación de culpas. *Sentencia de 9 de Febrero de 1982*.*

20. **Responsabilidad extracontractual.** Indemnización de lesiones en accidente de tráfico. Prescripción de la acción. Concurrencia de culpas. Responsabilidad contrato de seguro. Prescripción de la acción. *Sentencia de 12 de Febrero de 1982*.*

21. **Juicio ejecutivo.** No ha lugar a las excepciones de compensación de crédito líquido y de plus-petición. *Sentencia de 15 de febrero de 1982*.*

22. **Juicio ejecutivo.** Incomparecencia del apelante al acto de la vista. No ha lugar al recurso y condena en costas. *Sentencia de 15 de febrero de 1982.*

23. **Resolución de contrato de arrendamiento urbano.** No procedencia de la prórroga forzosa. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982*.*

24. **Resolución de contrato de arrendamiento urbano.** Art. 114, 2 L.A.R. Subarriendo de la vivienda o local de negocio. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982*.*

25. **Tercería de dominio.** No determinación del dominio exclusivo y excluyente por el tercerista del bien inmueble trabado en la ejecución. No ha lugar. *Sentencia de 16 de febrero de 1982*.*

26. **Reclamación de cantidad.** Contrato de sociedad plasmado en documento privado. Posterior disolución. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982.*

27. **Legitimación activa.** Ambos cónyuges sujetos al régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, podrán ejercitar la acción conjuntamente o por separado. *Sentencia de 22 de febrero de 1982.*

28. **Desahucio de industria.** Falta de válidez argumentos del demandado sobre la no existencia del arrendamiento de industria. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982*.*

29. **Responsabilidad daños por accidente de tráfico.** Responsabilidad contrato de seguro. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982*.*

30. **Reclamación de cantidad.** Préstamo. Alegación de novación. Aplicación art. 1.158 del Código Civil. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982.*

31. **Alimentos provisionales.** Fijación cantidad: Art. 146 C. C. *Sentencia de 26 de Febrero de 1982.*

32. **Ejecución de obras de acondicionamiento de fachadas.** Obligación de reparar la obra. Existencia cláusula de garantía. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982*.*

33. **Reclamación de cantidad.** Fijación cantidad deuda. Imputación pago realizado mediante letras de cambio. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982.*

34. **Reclamación de cantidad.** Nadie puede desconocer en juicio una personalidad que tuviere reconocida fuera del mismo. *Sentencia de 1 de marzo de 1982.*

35. **Juicio ejecutivo.** Incomparecencia del apelante. No ha lugar al recurso y condena en costas. *Sentencia de 1 de marzo de 1982.*

36. **Declarativo de Mayor-cuantía.** Alegación de falta de legitimación pasiva. Aplicación del Estatuto de la Propiedad Industrial. *Sentencia de 2 de marzo de 1982.*

37. **Declaración de dominio sobre bienes inmuebles.** Bienes de dominio Público. Bienes de dominio privado. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982*.*

38. **Contrato de seguro.** El seguro voluntario de responsabilidad de vehículo a motor, se rige básicamente por lo estipulado en la póliza. Aplicación del art. 385 C. com. *Sentencia de 5 de marzo de 1982*.*

39. **Testamento ológrafo.** Declaración de su autenticidad y válidez. Valoración de las pruebas periciales. *Sentencia de 8 de Marzo de 1982.*

40. **Indemnización de daños.** Riesgos incluidos en póliza de seguro de vehículos de motor que desempeñan labores industriales o agrícolas. *Sentencia de 8 de maro de 1982.*

41. **Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio.** Realización de obras inconsentidas. *Sentencia de 9 de marzo de 1982.*

42. **Letra de cambio.** No contrae obligación alguna cambiaria el librado que no firma el acepto. Cesión del efecto cambiario para su negociación, y no cesión del crédito. *Sentencia de 9 de marzo de 1982.*

43. **Incumplimiento de contrato.** Responsabilidad de la herencia yacente. *Sentencia de 10 de marzo de 1982.*

44. **Incongruencia de sentencia.** Adquisición del aprovechamiento de aguas públicas por usucapión. *Sentencia de 10 de marzo de 1982.*

45. **Pretensión no probada suficientemente.** Reclamación de cantidad por impago de mercancía. *Sentencia de 11 de marzo de 1982.*

46. **Servidumbre de paso adquirida por usucapación inmemorial.** *Sentencia de 12 de marzo de 1982*.*

47. **Juicio ejecutivo.** Pluspetición. Discordancia entre el lugar designado para el embargo y aquel en que se llevó a cabo efectivamente. *Sentencia de 13 de marzo de 1982.*

48. **Renuncia y cláusula penal.** Legitimación "ad causam". *Sentencia de 13 de marzo de 1982**

49. **Separación causal.** Injurias e infidelidad. *Sentencia de 13 de marzo de 1982*.*

50. **Responsabilidad en el contrato de obra.** Art. 1.591 C.c. Vicios de la construcción. *Sentencia de 15 de marzo de 1982*.*

51. **Venta de cuota de participación en una explotación negocial.** Requisitos del contrato. *Sentencia de 16 de marzo de 1982.*

52. **Arrendamiento de apartamentos hoteleros. Desahucio.** Aplicabilidad de la LAU de 24-XII-1964. Arrendamiento de temporada. Art. 1.565 y 1.581 del C.c. Tácita reconducción. *Sentencia de 20 de marzo de 1982*.*

53. **Desahucio.** Aplicabilidad LAU de 24-XII-64. Arrendamiento de industria o de un local de negocio. *Sentencia de 22 de marzo de 1982*.*

54. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición. Provisión de fondos: ínsita en el pacto renovador. *Sentencia de 22 de marzo de 1982**

55. **Reclamación de cantidad.** Precio de arrendamiento de obra. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

56. **Deuda por realización de obras.** Precontrato de sociedad. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

57. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición fundada en la falta de provisión de fondos: puede ser esgrimida tanto por vía de excepción como por causa de nulidad. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.*

58. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición fundada en la defectuosa notificación del protesto y falta de provisión de fondos. *Sentencia de 23 de marzo de 1982.*

59. **Sociedad rural menorquina. Liquidación.** Art. 64 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares. *Sentencia de 24 de marzo de 1982*.*

60. **Compraventa mercantil.** Plazo de caducidad de cuatro días. *Sentencia de 24 de marzo de 1982.*

61. **Indemnización por los daños y perjuicios causados por una construcción ruinosa.** Posible existencia de fuerza mayor. Arts. 391 y 1.907 C.c. *Sentencia de 26 de marzo de 1982*.*

62. **Separación matrimonial.** Art. 821 C.c. y regla adicional 5ª Ley 30/1981. *Sentencia de 27 de marzo de 1982.*

63. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Fundado en la muerte de uno de los demandados. Falta de acreditación. Correcta constitución de la relación jurídico-procesal por el emplazamiento hecho en forma. *Sentencia de 2 de abril de 1982.*

64. **Subrogación en el contrato de arrendamiento.** Art. 50 de la LAU de 24-XIII-64. *Sentencia de 2 de abril de 1982.*

65. **Contrato de Compraventa.** Consignación de precio: arts. 1.445 y 1.176 C.c. *Sentencia de 3 de abril de 1982.*

66. **Posibilidad de admitir la acción de retracto de comuneros en una**

cesión de bienes. Plazo de dicha acción. arts. 1.524 C.c. y 1.618 Lec. *Sentencia de 6 de abril de 1982*.*

67. **Arrendamiento de local.** Art. 1.543 C.c. *Sentencia de 6 de abril de 1982*.*

68. **Separación matrimonial.** Regla 5ª Ley 30/1981: excepción al 1.247 C.c. *Sentencia de 6 de abril de 1982.*

69. **Juicio ejecutivo cambiario.** Nulidad: letra perjudicada. Falta de provisión de fondos oponible al tercero tenedor de mala fe. *Sentencia 6 de abril de 1982.*

70. **Tercería de dominio.** Requisitos que han de concurrir para el alzamiento de la traba del bien objeto de la tercería. *Sentencia de 7 de abril de 1982.*

71. **Prescripción de la acción y culpa exclusiva de la victima en texto refundido de la ley 122/1982,** de 24 de diciembre, **sobre uso y circulación de vehículos de motor.** *Sentencia de 7 de abril de 1982.*

72. **Pretensión de nulidad fundada en el art. 1,2 ley 13/1960** de 12 de mayo. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*

73. **Reclamación de cantidad.** Forma normal de acreditamiento de pago o "solutio" mediante recibo: eficacia desvirtuada por otros medios probatorios. Error de cuenta o aritmético. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*

74. **Litisconsorcio pasivo necesario:** apreciabilidad de oficio. *Sentencia de 13 de abril de 1982.*

75. **Reclamación de cantidad.** Naturaleza jurídica del contrato de reservas de plazas hoteleras. *Sentencia de 15 de abril de 1982.*

76. **Nulidad de contrato en documento privado por el que los conyuges se separan y hacen las estipulaciones económicas al caso.** *Sentencia de 22 de abril de 1982.*

77. **Infracción del art. 582 C.c. en relación al 583 C.c.** *Sentencia de 22 de abril de 1982.*

78. **Juicio ejecutivo cambiario. Oposición. Nulidad por iliquidez de la cantidad que se reclama.** *Sentencia de 23 de abril de 1982.*

79. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición fundada en la falta de provisión de fondos. Tercero tenedor de mala fe. *Sentencia de 26 de abril de 1982.*

80. **Acción de resarcimiento.** Prescripción. Fijación de la fecha inicial. *Sentencia de 26 de abril de 1982.*

81. **Litisconsorcio pasivo necesario.** Apreciabilidad de oficio. Incompatibilidad con la excepción de falta de legitimación *Sentencia de 26 de abril de 1982.*

81. **Resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio.** Art. 1° de la LAU de 24-XIII-1964. *Sentencia de 27 de abril de 1982.*

83. **Juicio ejecutivo cambiario.** Oposición: pluspetición. Falta de personalidad del librador ejecutante: apreciable, incluso de oficio. Documentos no fundamentales. Falta de provisión de fondos. *Sentencia de 30 de abril de 1982.*

84. **Resolución de contrato de compraventa.** Nulidad de lo actuado en 1ª instancia. Pago de las mejoras útiles. *Sentencia de 30 de abril de 1982.*

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

1

1 .**CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMOVIL.** Necesidad de comunicar a la compañía de seguros la transacción "inter-vivos o Mortis-causa", a los efectos de la continuidad del seguro voluntario. Naturaleza jurídica distinta la del seguro obligatorio de la del voluntario de vehículo a motor. *Sentencia de 18 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, como correctamente estimó el juzgador "a quo" en este punto, deben ser rechazadas las excepciones de falta de legitimación activa y de litisconsorcio pasivo necesario opuestas en el escrito de contestación en la demanda, dícese, de contestación a la demanda, fundada en el no acreditamiento de la propiedad del vehículo asegurado en la entidad demandada y ahora recurrente, ya que tal titularidad resulta acreditada en virtud no sólo de la certificación de la Jefatura de Tráfico de Burgos que obra en los autos, sino también del testimonio de la sentencia recaída en la causa penal por accidente de tráfico cuyo testimonio asimismo se halla en autos (Folio 168); justificación temporáneamente aportada al proceso, ya que se trata de documentos destinados a combatir una excepción y por ende no sometidos a la preclusión establecida en el art. 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil, conforme a lo sancionado reiteradamente por la doctrina jurisprudencial (Por todas, SS. de 2 de julio de 1960, 31 de octubre de 1963 y 24 de octubre de 1978).

CONSIDERANDO: Que, en cambio, sí debe tener acogida el motivo impugnativo de la sentencia recaída en primer grado jurisdiccional fundado por la recurrente en el contenido del art. 7° de las Condiciones generales de la póliza suscrita por el anterior dueño del vehículo con la demandada, expresivo de que "si el vehículo asegurado cambia de dueño a consecuencia de venta, donación, herencia, legado u otra causa cualquiera, los nuevos propietarios deberán declarar a la compañía por carta certificada su calidad de tales, en término de ocho días, cuando se trate de una transmisión inter vivos y dentro de un mes cuando lo fuera mortis causa; transcurridos dichos plazos, la garantía de esta póliza no surtirá efecto, si el cambio no consta en un apéndice firmado por ambas partes contratantes"; ya que al respecto no resulta acogible la fundamentación del fallo apelado, en tanto: a) Resulta descentrada la invocación del art. 27 del Reglamento del Seguro Obligatorio, relativo a que "la transferencia de la propiedad del vehículo durante la vigencia del contrato de seguro llevará aparejada la subrogación del adquirente en el lugar del asegurado y no alterará los efectos de aquél hasta el próximo vencimiento, en el que quedará automáticamente extinguido", ya que, como declara la S. de 8 de mayo de 1980 invocada por la recurrente (doctrina que ratifica la posterior S. de 23 de octubre de 1980), "es improcedente asimilar o confundir las respectivas normativas de los seguros obligatorio y voluntario en

la esfera automovilística pues mientras que el primero viene sometido a un régimen de derecho necesario en cuanto que surge de la obligación legal impuesta a todo propietario de un vehículo de motor como requisito indispensable para poder circular por el territorio nacional, el segundo o voluntario, por lo mismo que guarda sustantividad aunque sea compatible con el obligatorio, habrá de ser concertado y documentado con independencia de éste, según previene el art. 1° del Regl. de 19 de noviembre de 1964, y se regirá por sus específicos pactos por virtud de lo dispuesto en el art. 385 del C. Com., lo que explica la reiterada doctrina de esta Sala que aunque el seguro voluntario de automóviles sea concertado como complemento del obligatorio, conserva su genuina naturaleza y no puede identificarse con el otro ni someterse a su disciplina (SS., también, de 26 de abril de 1975 y 3 de marzo de 1978)".- b) Porque previsto tan concreto mecanismo para que operase eficazmente una eventual cesión de la posición contractual de asegurado, su inexistencia en el caso ahora decidido no puede quedar enervada por el resultado de la prueba testifical (testigos don J. P. H., don J. M. S. y don S. J. P.) del actor sobre las preguntas 2ª y 3ª (Folios 122 y ss.) relativa a unas supuestas conversaciones telefónicas, al haber manifestado a repreguntas su ignorancia de si se había o no cursado la carta prevista en la póliza; no pudiendo tampoco estimarse existente el supuesto uso mercantil invocado por la sentencia apelada, al haber quedado su existencia horra de toda probanza en los autos.

CONSIDERANDO: Que, "ex abundanttia", también debe ser acogido el segundo motivo impugnativo de la sentencia recurrido (asimismo temporáneamente invocado en la contestación a la demanda) consistente en la infracción por parte del hoy actor del art. 13 de la póliza al no haber dado el oportuno parte de siniestro a la entidad aseguradora dentro del plazo de cuatro días a partir de la ocurrencia de aquél, ya que el parte suscrito por el ahora demandante lleva fecha 25 de octubre de 1976 (Folio 142), como reconoce el demandado al absolver la tercera de las posiciones que para confesión le fueron formuladas por la contraparte (Folio 145), por lo que al haber ocurrído el accidente el día 14 de septiembre del mismo año, según consta por el testimonio de sentencia penal referido, es obvio que también por esta vía cesaría la garantía del seguro voluntario, al tratarse de responsabilidades impuestas judicialmente al hoy actor no cubiertas por el seguro obligatorio y por ende sometidas —según se indicó— a los términos del contrato.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en el demandante, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en primera instancia; así como obviamente sobre las de este recurso al producirse la estimación del mismo.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada M. N., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, desestimar y desestimamos la demanda interpuesta contra dicha demandada por el actor don J. O. V., absolviendo a la demandada de la pretensión ejercitada; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, pos esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

2

2. **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.** Contrato de Seguro. *Sentencia de 18 de Enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, sólo a efectos corroborativos de la ajustada fundamentación de la sentencia recurrida en lo esencial compartida por esta Sala, conviene partir a efectos resolutorios de la existencia en autos de los hechos trascendentes siguientes, que están en aquéllos firmemente acreditados: 1°) - Que el esposo de la actora, don B. E. N., trabajaba en el ramo de hostelería, al servicio del empresario don J. C. J.- 2°) - Que dicha empresa, en cumplimiento del convenio colectivo del ramo de hostelería del año 1978, tenía concertada con la entidad demandada una póliza de seguro acumulativo contra accidentes, que garantizaba a cada uno de sus empleados la percepción en caso de muerte de la suma de quinientas mil pesetas.- 3°) - Que en el art. 5° - a) de las condiciones generales de la póliza se prevé la exclusión de la cobertura del seguro en "los accidentes mortales que sufra un asegurado, que sobrevengan en estado de... embriaguez" (Folio 55 vt°.).- 4°) - Que el asegurado esposo de la actora falleció en esta ciudad el día 16 de octubre de 1978 (Folio 2) al ser arrollado al hacer marcha atrás por un autobús en el momento en que por causas desconocidas el interfecto se hallaba tendido en el suelo junto a las ruedas traseras del vehículo, terminando la causa penal (Sumario núm. 776 de 1978 del Juzgado de Instrucción número dos de Palma) sin declaración de responsabilidad, según consta del testimonio de la misma aportado a los autos (Folios 80 y ss.).- 5°) - Que al ocurrir el óbito el esposo de la hoy actora, según resulta del análisis efectuado por la Jefatura Provincial de Sanidad (Folio 126), tenía una tasa de alcohol en sangre de 261 mg./100 ml., calificada por el mismo organismo como "muy fuerte cantidad".

CONSIDERANDO: Que a la vista de tales antecedentes fácticos se deduce la correcta resolución adoptada por el juzgador "a quo", ya que al regirse el seguro voluntario por la póliza como expresiva de la voluntad contractual, según previene el art. 385 del Código de Comercio y recuerda reiterada y reciente doctrina jurisprudencial del T. S. (SS. de 26 de abril de 1975, 3 de marzo de 1978 y 8 de mayo y 23 de octubre de 1980), es obvio que debe operar la causa de exclusión de cobertura prevista en la póliza en los supuestos en que el accidente sobrevenga cuando el asegurado se halle en estado de embriaguez, que es lo que indudablemente ocurrió en el caso de autos, al calificar el propio organismo oficial que determinó la tasa de alcohol en sangre del interfecto como muy fuerte; lo que por lo demás resultaba "ex se ipsa" al ser un porcentaje superior al triplo del previsto por las disposiciones administrativas para sancionar por conducción de vehículos de motor con tasa de alcohol superior a 0,80; todo lo que abona, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil y sí, en cambio, hacer uso de la facultad conferida por la disposición adicional de la Ley 81 de 1963, de 8 de julio, al no reputarse temeridad la interposición de un recurso basado en un terma de herméutica contractual; lo que determina la improcedencia de hacer una especial declaración sobre costas de esta alzada.

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

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandante doña C. L. G. contra la sentencia dictada por el Ilm. Sr. Magistrado-

Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará la oportuna certificación al rollo de sustanciación del recurso, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3

3. Responsabilidad del propietario de la finca de los daños ocasionados por la ruina de todo o parte del inmueble. No es necesario llamar a proceso al arrendatario de la finca. No existe **LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO**. *Sentencia de 18 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente ha ceñido su pretensión impugnativa, según lo que resulta de la exposición realizada en la exposición, dícese "in voce" en el acto de la vista del recurso, a la reiteración de la excepción de litisconsorcio opuesta en el escrito de contestación a la demanda en una doble dirección: a) No vocación a la litis de la arrendataria del inmueble doña M. A. R.- b) No llamada al proceso de la esposa del demandado, doña C. P. B., titular de la mitad del inmueble, que pertenece proindiviso a ambos cónyuges y no de titularidad exclusiva del demandado; datos ambos de carácter distinto y que, consecuentemente, exigen un análisis separado; debiéndose indicar, "in limine litis", que la causa, título o fundamento de pedir de la acción ejercitada en la demanda objeto de este proceso es inequívocamente la derivada de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902 y ss. del Código civil y, más concretamente, según se deduce de la propia súplica de dicho escrito instaurador ("que las humedades, filtraciones y daños... tienen su causa u origen en el mal estado de la finca del demandado"), en tanto que aún no expresamente invocado en la fundamentación de derecho, la norma ciertamente invocada es la contenida en el art. 1.907 del CCiv.: "el propietario de un edificio es el responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere *por* falta de las reparaciones necesarias": preposición "po" equivalente según la R.A.E.L. a "denotar la causa", siendo tal norma secundaria o derivada de la más genérica establecida en el art. 389 del mismo cuerpo legal, situado en el capítulo V del Título II del Libro II del CCiv., es decir, en la disciplina normativa de la titularidad dominical, a la que impone un deber u obligatio ex lege en orden a evitar la ruina del objeto sobre el que recae.

CONSIDERANDO: Que desde esta perspectiva general ha de rechazarse, como rectamente hizo el juzgador de primer grado en su en lo esencial compartida fundamentación, la excepción de defectuosa integración del contradictorio o incompleta constitución de la relación jurídico-procesal opuesta por la demandada ahora recurrente por no haberse traído a la litis al arrendatario del inmueble desde el que se produjeron los daños, en tan-

to que para rechazar tal excepción bastará con tener en cuenta: a) Que la prueba efectiva de existencia de ese supuesto arrendatario o poseedor efectivo y de carácter inmediato sobre la cosa origen o causa de los daños incumbiría, de acuerdo con la norma contenida en el art. 1.214 del CCiv., al demandado; el cual no sólo no ha cumplido tal carga probatoria, sino que en autos existen datos suficientes para estimar tal alegación defensiva como desprovista de soporte acreditativo, ya que no sólo la certificación de la Delegación provincial de la Secretaría de Estado para el Turismo obrante en autos (Folio 80) indica que la titular del hostal o pensión ubicada en el inmueble parece que falleció hacia 1970, sin que conste en tal organismo cuál sea el actual explotador, sino también la certeza de la inexistencia de tal supuesta arrendatária dimana del resultado de la citación de la misma a prestar declaración en autos como testigo (Folio 64 vt°), expresiva de que "no se ha podido llevar a efecto por cuanto constituído en el domicilio designado no la conocen ni dan razón".- b) Que en cualquier caso la existencia de ese supuesto arrendatario en nada alteraría la responsabilidad ínsita en la titularidad dominical, tanto si se trataba de un arrendamiento de industria regido por el CCiv. (Art. 1.554-2° del mismo cuerpo legal) cuanto si de un local de negocio disciplinado por la normativa de la L.A.U. (Art. 107 de la misma), en tanto el párrafo segundo del art. 1.559 del C. Civ. está ya predicando que la obligación de poner en conocimiento del dueño la necesidad interna propia de la relación arrendaticia y no altera la responsabilidad "ob rem" derivada "ad extra" de la titularidad dominical; razones que evidencian la procedencia de rechazar la excepción que se examina en su vertiente de omisión de llamar al proceso a un supuesto arrendatario cuya existencia ha quedado huérfana de todo acreditamiento.

CONSIDERANDO: Que idéntico rechace ha de correr dicha excepción en su fundamento de no vocación al litigio de la esposa del demandado, ya que si bien es cierto que en autos consta indudablemente la adquisición por ambos en escritura pública de 5 de abril de 1952 (Folios 77 vt°) del inmueble por iguales partes, no menos cierto es que sobre las razones aducidas por el juzgador "a quo" al respecto aún ha de primar la esencial derivada de la naturaleza precitada de la acción ejercitada en la demanda, en tanto que: a) La responsabilidad de todos los cotitulares respecto a la conservación de la cosa resulta inequívocamente de la norma establecida por el art. 395 del CCiv., al señalar que "todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común"; y ello, que ya de por sí resultaría atributivo frente a terceros de una responsabilidad "in solidum" (distinta de la relación interna), es más evidente, b) En las acciones aquilianas o derivadas de culpa extracontractual, en los que una reiteradísima doctrina jurisprudencial (P. ej., SS. de 20 de marzo de 1975, 15 de octubre de 1976, 23 de octubre de 1978 y 6 de noviembre de 1980, aparte otras muchas anteriores), frente a anteriores vacilaciones, ha venido proclamando enérgicamente el carácter solidario de la obligación de resarcimiento del daño en caso de cointervinientes en la causación del mismo; lo que determina la repulsión de este único impugnativo de la sentencia recurrida y consecuente desestimación del recurso, al ser plenamente correcta la aceptada fundamentación del fallo apelado sobre los requisitos de fondo de la acción ejercitada.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil y sí hacer uso de la facultad concedida por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, para no hacer especial declaración sobre costas de esta alzada, ya que la propia naturaleza del tema decisorio impide la apreciación de temeridad en la posición impugnativa de la parte recurrente.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don J. R. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la referida resolución; sin hacer una especial declaración sobre el pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en sengunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4

4. **RESOLUCION ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.** Necesidad de autorización del arrendador para la realización de obras. *Sentencia de 19 de Enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la acción ejercitada, resolutoria del contrato de arrendamiento de industria entre las partes (más que subarriendo propiamente dicho, al ser contrato derivado de uno de local de negocio) por supuesta infracción de la cláusula 5ª del mismo, expresiva literalmente (Folio 2) de que "los subarrendatarios están autorizados para proceder al decorado e instalaciones precisas para su negocio con el inmueble en cuestión, si bien *para cualquier tipo de obras precisarán la autorización del arrendador*, solicitada por escrito a través de la Sra. V. M."; autorización que el juzgador de primer grado, en su no compartida fundamentación, estimó tácitamente concedida en base a la carta de 15 de mayo de 1973 (Folios 30 y ss.) dirigida por conducto notarial y no contestada ni por el subarrendador ni por el propietario del local y por el dato de que la actora (Posición 4ª) reconociese al prestar confesión judicial que asistió a la inauguración del bar siete años antes de la interposición de la demanda y viese entonces las obras sin formular protesta; argumentos que, como se señalará, no resultan aceptables, dícese, que, como se señalará, no resultan aceptables para enervar la eficacia de la pretensión resolutoria ejercitada en la demanda.

CONSIDERANDO: Que la carta remitida por conducto notarial a la hoy actora enmodo alguno puede entenderse equivalente por vía de asentimiento tácito a la autorización de las obras contractualmente prevista, en tanto que: a) En la estipulación contractual pretranscrita se establece que la autorización ha de ser dada por el arrendador, siendo lo cierto que en el acta notarial de referencia se remite al subarrendador hoy actor una carta para él y otra para el propietario del local-arrendador y no consta que el destinatario (hoyactor) la hiciese llegar al arrendador, Sr. N., por lo que respecto al mismo en forma alguna resulta aplicable la doctrina del silencio como manifestación tácita de voluntad, al no constar por su parte la realización de hechos o acciones ("rebus et factus") de carácter concluyente ("Facta concludentia") que inequívocamente, como previene reiterada doctrina jurisprudencial (P. ej., SS. de 29 de enero de 1965 y 13 de febrero de 1978), pongan de manifiesto el auténtico deseo de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica.- b) Aunque ello ya sería suficiente, lo cierto es que tampoco cabría aplicar a este supuesto la doctrina de la autorización tácita por aplicación del principio jurídico expresivo de que "Tacens consentit, si contradicendo impedire potuerat" (SS. de 8 de junio de 1955 y 25 de enero de 1961, entre varias), al no existir el deber de hablar por exclusión de la propia parte hoy demandada, pues en la carta tantas veces referida dice al hoy actor: "A tal efecto acompaña a ésta una nota para el señor N. *quien* —a través de usted— *debe dar la correspondiente autorización escrita*; de lo que claramente se desprende que dentro de la comunicación no estaba prevista la consecuencia a deducir de la omisión de contestación, de-

biéndose, contrariamente, deducir la conclusión inversa, es decir, la interpretación del silencio como denegación tácita, en todo caso, de la autorización.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, también la desestimación del frente defensivo del demandado vendría impuesta por un dato fáctico esencial silenciado en la fundamentación no aceptada del juzgador "a quo", que engloba todas las obras como si se hubieran efectuado en un acto único temporalmente y comprendidas, por tanto, en la rechazada autorización tácita, cuando lo cierto es que del material litisdecisorio fluye la absoluta certeza de la realización por los demandados subarrendatarios de dos clases de obras: a) Las realizadas "circa 1973" a las que se referiría la solicitud de autorización tantas veces citada. b) Otras, ejecutadas sobre 1979, que son las que recoge el acta notarial de presencia extendida por el Notario de esta ciudad don R. C. G. con fecha 12 de junio de 1979 y que se observan en las fotografías señaladas con los números 1, 2 y 3 incoro, dícese, incorporadas a dicha acta (Folio 8), consistentes en cierre de parte de un espacio antes abierto, obras que hacen entrar en juego también por sí solas de la causa resolutoria del art. 1.569-3° del Código Civil, en tanto que: 1 - El alegado carácter de provisionalidad, que la demandada trata de justificar a través de la demolición posterior del muro (posiciones 4ª y 5ª, a los folios 53 y ss.), queda desvirtuado por el informe pericial emitido por el maestro de obras don J. M. C. (Folios 56 y 57), al expresar él mismo que "la colocación de los bloques de hormigón unidos mediante cemento no indican la realización de una obra provisional, sino que, por el contrario, hacen suponer que la misma iba encaminada a constituirse en una obra definitiva".- 2 - El invocado fin de impedir el acceso a personas desde el exterior, se neutraliza por la misma vía pericial, al indicar el perito informante que "parece indicada para montar una barra de bar o algo similar, pero que en ningún caso ostaculiza el paso, pues un metro (cinco bloques de 0,20 ms.) cumple difícilmente con dicha misión"; todo lo que comporta, dícese, todo lo que comporta la precisión, sin necesidad de insistencias fundamentadoras, la procedencia de estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante y derivada actuación de la pretensión contractual resolutoria ejercitada en la demanda instauradora del proceso.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en la parte demandada, por lo que no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en primer grado jurisdiccional; así como tampoco sobre las de este recurso al producirse la estimación del mismo.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demantante doña C. A. V. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos íntegramente la demanda por aquélla interpuesta contra don R. A. R. T. y doña L. G. T., y en consecuencia, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato de subarriendo entre las partes, condenando a los demandados al desalojo del mismo; todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

5

5. **SEPARACION MATRIMONIAL.** Medidas provisionales. *Sentencia de 19 de Enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia desestimatoria dictada el 9 de Junio último en el incidente de oposición al auto recaido sobre medidas provisionales de separación matrimonial, en cuanto dicho auto declara no haber lugar a señalar "litis expensas", se impugna por los siguientes motivos: a) por ser la "litis expensas" un derecho que corresponde a toda esposa, en el régimen matrimonial de gananciales, que es el que rige entre los cónyuges litigantes, b) porque la esposa no renunció a percibir tal contribución económica, sino que sometió al criterio del juez, la determinación de su cuantía, y c) que en contra de lo que declara el juez de instancia, los gastos judiciales devengados, que son o serán a cargos de la esposa, en los diversos procesos civiles y eclesiásticos que mantiene contra su marido, todos ellos iniciados a instancia de su cónyuge, ascienden a cantidades importantes.

CONSIDERANDO: Que el derecho a "litis expensas" no es un derecho incuestionable que ostenta toda esposa en el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, sino que está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, quienes deben apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarle y graduarle (Sentencias 22 Enero 1910, 18 Diciembre 1944, 8 Marzo 1949, 4 Enero 1955 y 21 Abril 1956, entre otras), de ahí que el vigente artículo 103, en su apartado 3°, del Código Civil, dispone que el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, fijará, si procede, las "litis expensas", por lo que procede rechazar la primera causa de impugnación.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede ser acogido el segundo motivo de apelación por cuanto los cónyuges, de común acuerdo, decidieron expresamente someterse en cuanto a las "litis expensas" "al criterio que por S.S^{a}. se adoptase al respecto", y la esposa no puede ahora alzarse contra la decisión judicial dictada sobre tal cuestión, pues su voluntario y expreso sometimiento no fué a la determinación de la cuantía de la "litis expensas" como ahora aduce la parte recurrente, sino dados los términos del citado convenio previo, alcanza la procedencia o no de su autorización, es decir, de su concesión.

CONSIDERANDO: Que al haber renunciado ambas partes en el expediente de medidas provisionales a la práctica de la pruebas propuestas, como consecuencia del citado acuerdo de someterse a la decisión judicial mencionada, se privó al juzgador de los elementos necesarios para determinar la procedencia y cuantía en su caso, de tal aportación económica, que parte de la base de que la esposa carezca de bienes, ingresos o recursos económicos para sufragar los gastos judiciales necesarios para defender sus legítimos derechos, sin que sea dable en este incidente de oposición, suplir la prueba que expresamente y de común acuerdo con la otra parte litigante, se renunció en el expediente base; amén que como señala con todo acierto el juez "a quo" dado la importante cuantía de la pensión alimenticia concedida, se estima que la esposa, hoy apelante, dispone de recursos económicos suficientes para atender tales gastos judiciales; y por ende procede desestimar el último motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto y por los aceptados fundamentos de la sentencia apelada, que se incorporan a esta como parte integrante de la misma, procede la confirmación del fallo impugnado.

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

VISTO el artículo citado y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por doña, M. F. F.,debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta capital, de fecha nueve de Junio de mil novecientos ochenta y uno en el juicio incidental de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nueva Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8

8. **RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA.** Vicios en la construcción (Vicio del suelo-desprendimientos de elementos de la fachada). *Sentencia de 25 de Enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, firmes los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia sometida a recurso, el tema de alzada ciñe al examen de los interpuestos por los codemandados señores V. y T., consistentes: a) El primero, en la impugnación de su condena como responsable único de unos daños que se dicen producidos por vicio del suelo y, solidariamente con el aparejador o arquitecto técnico correcurrente, en los producidos como consecuencia de un defectuoso sistema de impermeabilización del edificio o, por mejor, decir, de la cubierta del mismo, determinante de daños en la yesería de los pisos o apartamentos sitos inmediatamente bajo dicho elemento común. b) El segundo, en la impugnación de la condena solidaria expuesta en último término y en la negación —obviamente en su parcial e interesado sentir— de la del mismo carácter derivado del desprendimiento de aplacados: en ésta conjuntamente con el constructor, que se ha aquietado con el fallo condenatorio; recursos, pues, que en realidad encierran cuatro temas resolutorios e inciden —una vez más— en la compleja temática del proceso constructivo; tema tan de hoy y del que incluso se hizo eco en otra área normativa la propia Fiscalía del T. S. en su Circular de 1 de diciembre de 1965, al llamar la atención sobre las "por lo menos, imprudentes conductas de ciertos técnicos que, sin adoptar las elementales medidas que para el cumplimiento de su obligación les son exigibles, confeccionan proyectos o estudios de su especialidad sin previo y completo conocimiento de la realidad, o dejan de vigilar su ejecución"; y que por esa misma frecuencia exige en este caso un análisis separado, seguramente innecesario dada la absoluta corrección técnica de la sentencia apelada, plenamente asumida por este órgano jurisdiccional "ad quem".

CONSIDERANDO: Que en la primera de las vertientes en que el demandado-correcurrente, doctor arquitecto señor V., dícese, V., estructura su frente impugnativo: condena con carácter exclusivo a la reparación "in natura" a sus expensas de los daños producidos por humedades en el sótano que la actora dice traen causa de un defectuoso estudio del suelo, tal recurrente ha tratado de paliar su eventual responsabilidad —lo que es ya un principio de admisión de la misma— a través de la alegación "in voce" en el acto de

la vista del recurso de la existencia de un supuesto de fuerza mayor, imprevisibilidad contemplada en el art. 1.105 del C. C. y que trata de amparar en una cita extrapolada o descontextualizada del por lo demás (caso no insólito) tendencioso dictamen pericial obrante en autos (Folio 123), al señalar que las filtraciones "bien pudieran ser causa de la modificación del nivel freático, o del entorno físico", pues sobre lo asombroso "ex se ipsa" de tal afirmación, los peritos se cuidan de matizarla no sólo por la forma verbal condicional utilizada, sino también al afirmar que" sin que tal aseveración pueda demostrarse sin realizar unos estudios previos a partir de 1975"; mas en cualquier caso este motivo impugnativo sería siempre rechazable por las poderosas razones siguientes: a) Porque se trata de una "cuestión nueva", es decir, no suscitada en los escritos rectores del proceso delimitadores del área decisoria del órgano jurisdiccional conforme lo establecido en el art. 359 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil; en tanto en su escrito de contestación a la demanda (Folio 57) dicho recurrente no opuso la fuerza mayor o el caso fortuito como causa del daño que se examina, sino porque en dicho escrito estimó que las inundaciones del sótano ean debidas a la falta de entretenimiento por parte de la comunidad hoy demandante.- b) Porque ninguna prueba se ha producido, ni siquiera intentado, en orden a ese supuesto suceso imprevisible o, caso de ser previsto, inevitable, cual obviamente le hubiera incumbido.- c) Porque el vicio del suelo —imputable con exclusividad desde la norma del art. 1.591 del CC. al arquitecto— no puede ser desplazado, como lo hace el expresado dictamen pericial, hacia el constructor o contratista de la obra, siendo, como enseña la doctrina jurisprudencial (SS. de 29 de marzo de 1966 y 22 de noviembre de 1971), obligación por parte de dicho técnico superior prever los acontecimientos futuros derivados de la naturaleza del suelo, señalándose así en las citadas resoluciones que "la naturaleza del suelo sobre el que se construye debe tenerse en cuenta para proyectar el edificio que sobre él descansa y lo exigible al proyectista tiene que tener un límite congruente con la clase de edificio construído" y que "la normal previsión exigible al técnico director de la obra no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que se edifica"; mas lo cierto es que en este caso, en la certificación de la memoria que obra en autos (Folios 101 y 102) no se hace indicación alguna sobre la naturaleza del terreno, debiéndose señalar, por último, que fué la imprevisión de este codemandado la causa del daño resulta a la postre del tantas veces citado dictamen pericial, pues tras reiterados intentos de desplazarla hacia el constructor terminan por reconocer los informantes a aclaraciones de las partes, de un lado, que "las humedades graves en el cuarto de contadores son producidas por la falta de estanqueidad del sótano" y, de otro, que quién debía determinar la realización o no de la estanqueidad era el arquitecto director de la obra (Folios 119 vt°. y 120); todo lo que abona la absoluta precisión, como ya se señaló, de rechazar este motivo impugnativo.

CONSIDERANDO: Que idéntica suerte desestimatoria ha de tener el segundo de los interpuestos por dicho codemandado, relativo a su falta de responsabilidad en las filtraciones de la cubierta, tratado de apoyar a través de un juego de fechas de la licencia de obra (1970) y el Decreto de 13 de agosto de 1971, que impone la obligación de utilizar para la impermeabilización tela asfáltica; ya que su desestimación viene impuesta no sólo porque resulta imprescindible en toda dirección de obras prever un sistema adecuado de impermeabilización, sino también porque el tantas veces citado informe pericial señala que la causa de las filtraciones es la ausencia de junta de dilación longitudinal, y aunque pretendan situar (dentro de la misma tendencia de todo su informe) en el área de los defectos de construcción y no de dirección tal falta, a aclaraciones de las partes se ven forzados a admitir "si bien la dirección técnica debía haber notado dicha ausencia y ordenar su ejecución"; omisión que conlleve, consecuentemente, la deducción necesaria de una grave omisión por parte del arquitecto-director que al ser causa del daño impone la declaración de responsabilidad del mismo en los términos que se dirán.

CONSIDERANDO: Que el mismo rechace ha de tener el primer motivo impunativo de la sentencia recurrida formulado por el aparejador codemandado señor T. T., fundado en su irresponsabilidad por haberse limitado a seguir las directrices del proyecto en los vi-

cios del edificio a que se refiere el fundamento que antecede, afirmándose al respecto por el señor Letrado de dicho técnico en su exposición "in voce" en el acto de la vista de la alzada que una precisión de realismo comportaba lo que podría traducirse —a través de un préstamo linguistico del Derecho penal— en una sedicente causa de justificación de "obediencia debida"; argumentación no de recibo, por cuanto si bien la existencia de los dos técnicos constructivos; superior o arquitecto y de grado medio o aparejador (obligatoria en todo tipo de obra desde el Decreto de 16 de julio de 1935) puede, como señala la doctrina, plantear delicados problemas de concurrencia y delimitación de responsabilidades, no menos cierto resulta que con arreglo a lo dispuesto en el art. 1° A)- IV incumbre, dícese, del Decreto de 19 de febrero de 1971 incumbre al arquitecto técnico (antes aparejador) "ordenar la elaboración y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos", función profesional que si bien ha de realizarse de acuerdo con el proyecto que define las obras, según el apartado I de dicho precepto, tampoco comporta en forma alguna una obediciencia ciega pues tiene dos límites: a) "las normas y reglas de la buena construcción" y b) "Las instrucciones del Arquitecto Superior director de las obras", que el mismo apartado señala; lo que obviamente comporta que si no justifica la existencia ya de órdenes concretas (en este caso inexistente, al no llevarse libro de órdenes, según consta al folio 182) sobre la forma concreta de realización o bien que salvó su responsabilidad (lo que ya sería más cuestionable) haciendo saber al técnico superior la necesidad de realizar la imprescindible junta de dilatación (en absoluto acreditado en autos), su responsabilidad conjunta con la de aquél resulta llana y ha de tener el obvio carácter solidario con la del mismo, al no poder ser deslindadas ni cualitativa ni cuantitativamente las intensidades de sus respectivas imprevisiones, causa eficiente en ambos casos de los concretos eventos dañosos a que el motivo impugnativo que se examina se refiere.

CONSIDERANDO: Por último, que también ha de tener adverso resultado para su proponente el segundo motivo impugnativo formulado por el codemandado-arquitecto técnico de la obra, relativo al desprendimiento de los elementos o aplacados en fachada, que la recurrente trató en la repetidamente citada exposición "in voce" en el acto de la vista de justificar a través de un extraño argumento cual de unas supuestas temperaturas extremas en esta isla (cincuenta grados en verano y diez grados bajo cero en época invernal) que desaconsejaban la utilización abstracta del sistema en estas latitudes; argumento inaceptable pues de ser cierto el aserto fáctico sobre que pretende fundarse (que no lo es, lo que constituye simple máxima de experiencia no precisada de prueba en virtud del principio "in notum non ege probationem", sancionado jurisprudencialmente), lo único que haría era, precisamente, fundar la pretensión indemnizatoria en la concreta área profesional que ahora se examina, al ser misión específica de este técnico, según el apartado II del art. 1°-A) citado anteriormente, "inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo comprobaciones, análisis necesarios, y documentos de identidad precisos para su aceptación"; motivo impugnativo, por lo demás, casi asumido como propio por el propio recurrente al rendir confesión judicial Posición 10ª, folios 107 y 108), al señalar que "los aplacados de las fachadas no deben caerse, no obstante por bien colocados que estén, se caen, los motivos de los mismos suelen ser muchos entre ellos agentes atmosféricos, vicios ocultos y tal vez mano de obra mal ejecutada, de lo cual si es así, como Aparejeador, se hace responsable"; todo lo que supone la íntegra desestimación de este motivo impugnativo sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas.

CONSIDERANDO: Que la temeridad procesal viabilizadora de una especial declaración condenatoria al pago de costas ostenta en los recursos una especial fisonomía que debe venir dada por dos notas básicas: a) La consistencia al menos aparente de los motivos impugnativos. b) La fundamentación clara y precisa de la sentencia sometida a recurso; de forma que si, como en el caso ahora decidido en segundo grado jurisdiccional, los argumentos impugnativos agitados en la vista carecen de entidad distinta a puras elucubraciones desasistidas de fundamente serio y si, como también sucede, la fundamentación del fallo apelado decidió en forma no sólo correcta técnicamente, sino también exhaustiva los temas objeto del proceso, la conclusión no puede ser otra que la de reputar temeriraria la

posición procesal de los recurrentes y, derivadamente, condenarles al pago de las costas causadas en el recurso.

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

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente los recursos de apelación interpuestos por los codemandados don A. V. S. y don M. T. T. contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, condenando expresamente a los recurrentes al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a los codemandados no personados ante esta Sala, de no interesarse dentro de tercero día de la notificación personal a los mismos.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará la oportuna certificación al rollo de sustanciación del recurso, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

9

9. CULPA EXTRACONTRACTUAL. No hay necesidad de demandar al asegurado y aseguradora, en uso de la facultad contenida en el art. 1.144 Cc. No existe Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 29 de enero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las dos causas de oposición que se alegaron en primera instancia, se reiteran en esta alzada como motivos de impugnación a la sentencia estimatoria de la demanda dictada, a saber: a) la excepción previa de falta de litis consorcio pasivo necesario, y b) inexistencia de acción u omisión en la entidad demandada para exigirle responsabilidad extracontractual.

CONSIDERANDO: Que la mencionada excepción previa se fundamenta en no haber sido llamada también a juicio la compañía aseguradora, con la que la entidad demandada tiene concertado un seguro voluntario que le cubre los riesgos que se den o produzcan en sus instalaciones de distribución de agua potable en esta ciudad, invocando la parte apelante a tal efecto, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1967 y 14 Octubre de 1969 que proclaman la solidaridad del asegurado y la entidad aseguradora frente a la víctima del daño, aquel como responsable directo y la aseguradora por subrogación, según sentencia de 23 de Junio de 1963. Hay que partir, en el supuesto que se contempla, de que se trata de un seguro voluntario, como ya se ha declarado, cuyo contenido —cláusulas, condiciones y vigencia— no conoce, ni está obligada a conocer la sociedad demandante, como con todo acierto señala el Juez de instancia, amén que la solidaridad

que proclaman dichas sentencias no tiene el alcance procesal que sostiene la parte apelante, pues tal responsabilidad "in solidum" no obliga sino permite a la actora, hoy recurrida, a entablar la acción simultaneamente contra el asegurado y aseguradora, en uso de la facultad que le concede el artículo 1144 del Código Civil, como expresamente declara la invocada sentencia de 14 Octubre de 1969, y en su consecuencia cae por su base la aducida falta de litis consorcio pasivo necesario, ya que el demandar simultaneamente al asegurado y aseguradora es una facultad del demandante y no un requisito esencial para que quede validamente constituída la relación jurídico-procesal de autos.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el fondo de la cuestión y con referencia al artículo 1902 del Código Civil, hay que señalar que, como consecuencia de la mecanización, automatización y de los sistemas y redes de comunicación y distribución que imperan en la sociedad moderna, han evolucionado tanto el concepto de acción como el requisito de culpa, ya que en algunos supuestos el hacer humano, en su sentido amplio, causa primaria de la responsabilidad extracontractual, ha quedado reducido practicamente a nada y la idea de culpa, elemento subjetivo de dicha responsabilidad, ha sido reemplazada por la denominada responsabilidad por riesgo y para ciertos sectores sustituída por la responsabilidad objetiva. Complemento necesario de tal evolución, es la modificación que se ha producido respecto a la carga de la prueba para los supuestos especiales aludidos, y así el Tribunal Supremo ha proclamado "que con el propósito de conseguir una mayor elasticidad en la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y atemperar en lo posible, su contenido a las orientaciones científicas más modernas, la jurisprudencia de esta Sala, reflejada en las Sentencias que se expresan en el recurso o en las de 29 de Junio de 1932, 10 de Julio de 1943, 23 de Diciembre de 1952, 24 de Marzo de 1953, 5 de Abril, 14 de Mayo y 20 de Octubre de 1963 y 28 de Marzo de 1968, ha declarado que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que dichos preceptos se refieren, se presume siempre culposa a no ser que su autor acredite en debida y general forma haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trata, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, más o menos ineficaces"... (Sentencia de 11 de marzo de 1971).

CONSIDERANDO: Que, consecuente como lo ultimamente expuesto, se aprecia en la entidad demandada una acción que se reputa culposa, dados los daños causados en dos lugares distintos por su red de distribución de agua en la de gas de la compañía demandante, y admitida la realidad y cuantía del daño producido, así como la relación de causa a efecto entre aquella acción y el resultado dañoso causado, es por lo que concurren todos los requisitos que exige nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la responsabilidad aquiliana y que consagran los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y en su consecuencia procede confirmar el fallo recaido.

CONSIDERANDO: Que el párrafo último del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa que "la sentencia confirmatoria o que agrave la de primera instancia deberá contener condena de costas al apelante".

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por la entidad E.M.A.Y.A., S.A. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, de fecha seis de Mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; con expresa condena de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

10

10. Constitución regular de la relación procesal cuando consta en el proceso la ausencia de interés de los no vocados a la Litis. No existe **LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.** *Sentencia de 1 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia apelada en su no aceptada fundamentación acoge una supuesta defectuosidad en la integración del contradictorio en forma de litisconsorcio pasivo necesario que trata de basar en la novación a la litis de la coheredera doña F. T. J. y de los herederos de la también coheredera fallecida doña M. T. J., estimando que podrían quedar afectadas por el pronunciamiento que recayera sobre el fondo; planteamiento decisorio que aún no alegado por la parte demandada (que sí lo hizo en la vertiente de litisconsorcio activo necesario) podía formalmente ser acordado por el juzgador "a quo" en virtud de la reiteradísima doctrina jurisprudencial expresiva de que por su naturaleza de orden público la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal puede y debe ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional (SS., entre innumerables, de 7 de enero de 1966, 14 de junio de 1969, 26 de noviembre de 1970, 14 de marzo de 1972, 28 de noviembre de 1974, 15 de diciembre de 1976, 19 de abril y 3 de octubre de 1977 y 18 de diciembre de 1978, entre muchas); pero planteamiento decisorio erróneo por cuanto no parte de la naturaleza de la acción ejercitada, en la que se postula una declaración y subsiguiente condena que sólo afecta al demandado como poseedor frente a quien se reclama, y que aunque pudiera determinar la carga de intervención común, por cuanto en principio los ausentes del proceso tendrían un interés impugnativo evidente (SS. de 15 de diciembre de 1961, 6 de abril de 1962, 3 de julio de 1964, 7 de enero de 1966, 16 de marzo de 1967, 14 de abril de 1971, 6 de diciembre de 1977 y 12 de febrero de 1980, entre varias), al ser como herederas titulares de un derecho susceptible de padecer una lesión (S. de 30 de junio de 1967), y estar unidos a los actores por un nexo común inescindible o inseparables (SS. de 20 de enero y 18 de diciembre de 1978 entre muchas), homogéneo (SS. de 17 de abril de 1973 y 29 de febrero de 1980) y paritario (S. de 13 de noviembre de 1965), como es la condición de coherederos en una pretensión reivindicatoria en la que se alega el título hereditario como fundamento de la vindicación, no es menos cierto que la renuncia efectuada por las coherederas doña M. y doña F. T. J. en documento privado de 7 de diciembre de 1978 (Folio 8) correctamente adverado en autos testifical y pericialmente veda la aplicación de esta figura litisconsorcial, tanto en el aspecto pasivo apreciado por el juzgador de primer grado cuanto en el activo opuesto en el escrito de contestación a la demanda, en virtud de una reiterada doctrina legal (SS. de 8 de mayo de 1963, 25 de febrero de 1966, 28 de diciembre de 1963, dícese, 1973, 25 de junio de 1976 y 26 de febrero de 1981) que atiende al interés para obrar como soporte básico del concepto de legitimación "ad causam", estimando correctamente constituída la relación procesal cuando consta en el proceso la ausencia de interés en los no vocados a la litis, al declarar que "es innecesario traer al proceso a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado, de manera formal y fehaciente, su aquiescencia a determinados pedimentos que de ellas se pretendían"; sin que a esta conclusión afecte la alegación del demandado derivada del art. 1.108 del CCiv. en orden a la forma de la repudica, dícese, repudiación, pues no sólo lo que ahora no hace al caso— sería aventurado asignar carácter de asimilación al documento público al de carácter auténtico a que dicho precepto se refiere, sino que lo decisivo es que dada la irrevocabilidad de la aceptación de la herencia consagrada en el art. 997 de CCiv., el acto addicativo realizado por las dos coherederas no es otra cosa que simple renuncia a la cuota de unos bienes determinados que al realizarse después de la aceptación produce las consecuencias siguientes: a) Es renuncia de una titularidad/coti-

tularidad dominical, no de un "ius delationis", por lo que respecto a la coheredera fallecida no se produce la "sucessio iuris transmisionis" prevista en el art. 1.006 del CCiv.; de suerte que carece de sentido fundar, cual lo hace el juzgador "a quo", en tal dato la apreciación de defectuosidad de constitución de la relación jurídico-procesal.- b) Este mismo carácter derivado de la aceptación previa veda asimismo la aplicación de la normativa sobre derecho de acrecer establecida en los arts. 981 y ss. del CCiv., lo que determina obviamente que no se produce incremento alguno de titularidad de los coherederos, al no determinar acrecimiento la renuncia del comunero o copropietario fuera del específico supuesto del art. 395 del CCiv. (renuncia para no contribuir a los gastos de conservación de la cosa común).

CONSIDERANDO: Que el examen en cuanto al fondo de la acción ejercitada se facilita a través de lo argumentado antecedentemente para repeler la excepción de litisconsorcio opuesta por la parte demandada, ya que consumando el tracto sucesorio a través de la aceptación de la herencia y no objetada por el demandado la pertenencia al "as" de la causante de la mitad de las imposiciones o depósitos en entidades bancarias a que se refiere la pretensión instauradora, la acción ejercitada no es otra que la reivindicatoria y no la "hereditatis petitio", y como tal, la legitimación activa de los actores podría venir objetable desde dos razones concatenadas: a) Que el llamado derecho hereditario "in abstracto" supone, hasta la partición de la herencia (Art. 1.068 de CCiv.) un derechos a una cuota del "as", pero no un derecho sobre los bienes concretos y determinados integrantes de aquél (SS., p. ej., de 21 de abril de 1971 y 5 de mayo de 1972).- Que, consecuentemente, el ejercicio de acciones correspondientes a la comunidad —acto de carácter conservativo— es viable, b) Si el cotitular acciona en beneficio de la comunidad y no exclusivamente para sí, como recalca una reiteradísima doctrina jurisprudencial del T. S. (SS., entre varias), de 14 de marzo de 1969, 24 de octubre de 1973 y 17 de diciembre de 1979); mas argumentación que correlativamente es rechazable: a) Porque la acción ejercitada lo es en momento temporal no sólo subsiguiente a la aceptación de la herencia, sino también como un "ex post" de la división o participación del "as", con lo que, en definitiva, se inscribe en el área de la acción de adición contemplada en el art. 1.079 del CCiv., al ser la escritura de 10 de noviembre de 1978 (Folios 12 y ss.) no sólo de aceptación, sino también de partición; lo que determina que al no constar otros bienes como no partidos dentro de los que formaban parte del "as" y distintos a los ahora reclamados y al ser iguales las cuotas de cada heredero al deferirse la herencia por vocación legal entre descendientes de igual grado, obvio resulta que carecería de sentido la invocación de un óbice legitimador fundado en la inexistencia de partición al ser el bien reclamado el único sin partir, iguales las cuotas entre coherederos y, por la propia naturaleza del bien (dinero), aquél exactamente divisible.- b) Porque desde tal perspectiva el accionamiento en beneficio exclusivo y no de la comunidad no incide prodrómicamente en el éxito de la acción, sino en una petición excesiva o "pluris petitio", ya que ejercitada la acción reivindicatoria por el total lo único que ha de verificarse es la justificación dominical o título de dominio invocado por los actores: verificación que puede alcanzar —por las apuntadas razones— a la totalidad o sólo a parte del objeto de la reivindicación.

CONSIDERANDO: Que, señalado lo anterior, es obvio que la demanda instauradora, en cuanto postula a favor de los dos demandantes la totalidad de los objetos del "as" reivindicado aduciendo el título dominical de herencia (art. 609 del CCiv. español) y la renuncia de sus coherederos a su participación o cuota en el mismo, no puede ser actuada más allá de la concreta delación heriditaria operada en virtud de la vocación "abintestato" a su favor, ya que la renuncia no puede operar a su favor como derecho de acrecer, según lo ya precedentemente expresado, ni como acto transmisivo "inter vivos", al tratarse de un acto simplemente abdicativo de las renunciantes y no una donación indirecta a favor de los demandantes ni de persona alguna, como lo muestra, sin precisión de segunda lectura ("in claris non fit interpretatio") su contenido literal: "renuncian de un modo total y absoluto a lo que pudiera corresponderles, bien por derechos pasados y futuros" (Folio 8), pero sin designación de beneficiario de la renuncia; lo que llanamente impone la parcial desestimación de la reivindicatoria por el propio juego estructural de la misma, en el que se alzaprima la justificación dominical en la forma ya prevenida por el

Derecho romano en las expresiones "quod possesor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet" y "possideo quis possideo", así como en la elegante dicción de las Leyes de Partidas (3ª, II, XVIII): "Pro muy grande nasce a los tenedores de las cosas, quier las tengan con derecho o non: ca magüer los que gelas dendassen dixesen que eran suyas, si non lo pouiesen prouar que les pertesnecia al señoryo dellas, siempre finca la tenencia en aquellos que las tienen magüer non muestren ningun derecho que han para tenerlas": lo que se sanciona por la doctrina jurisprudencial, al expresar la S. de 5 de octubre de 1959 que "la acción ejercitada requería ante todo la prueba de la propiedad en el actor, cualesquiera que sean las motivaciones jurídicas del demandado para poseer", la de 4 de mayo de 1962 que "es el actor el que tiene, en su interés, la carga de probar los tres conocidos requisitos, y de no cumplir tal extremo, el demandado poseedor debe ser absuelto, cualesquiera que sean los vicios o defectos de la situación posesoria o de hecho (S. cit.) y en la de 6 de junio de 1966, que "al que ejercite la acción reivindicatoria que el art. 348 concede al propietario incumbe demostrar el dominio y justificar la identidad de la cosa que reclama y no acreditando en forma tales requisitos el demandado debe ser absuelto"; doctrina, pues, que conlleva la necesidad de estimar parcialmente el recurso y consecuentemente la estimación parcial de la demanda reduciendo la reclamación de los demandantes a la mitad de lo pretendido, al no ostentar derecho alguno sobre la mitad correspondiente a sus hermanas y coherederas, al no ser transmisiva la renuncia efectuada por las mismas.

CONSIDERANDO: Que la parcial estimación en ambas instancias de las partes veda hacer en ninguna de aquéllas especial declaración sobre costas.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que —estimando el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don M. y don J. T. J. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana—, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos en parte la demanda interpuesta por dichos actores contra don A. T. M. y en consecuencia, debemos declarar y declaramos: 1°) - Que don A. T. M. y doña J. J. S., hasta la fecha de 2 de mayo del año 1978, fueron cotitulares de las siguientes imposiciones aperturadas en la Agencia de la calle de esta ciudad de la C. A. de las Baleares: a) Libreta a la vista número. b) Libreta a la vista número. c) Libreta a plazo de dos años, número, cuyos saldos respectivos en la indicada fecha eran de doscientas sesenta y siete mil pesetas, cuatrocientas treinta y tres mil pesetas y un millón de pesetas.- 2°) - Que la mitad de dichas sumas eran propiedad de la causante doña J. J. S. y, como herederos abintestato de la misma, pertenece a cada uno de los demandantes una cuarta parte de dichas sumas, debiendo entregarles a los actores y poniendo a su disposición en la misma proporción aquellas en que aún no haya vencido el plazo, en su caso, así como los correspondientes intereses devengados desde el óbito al pago; condenando al demandado a estar y pasar por tales declaraciones.- Desestimando en lo demás la pretensión ejercitada en la demanda, debemos absolver y absolvemos al demandado de lo no estimado.- Todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

11

11. **DERECHO DE RETRACTO SOBRE UN LOCAL ARRENDADO.** Aplicabilidad del retracto en el caso de aportación de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de sociedades anónimas. *Sentencia de 1 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, sobre los atinados motivos, esencialmente aceptados por este órgano jurisdiccional "ad quem", tenidos en cuenta por el juzgador "a quo" (sobre los que luego se insistirá a título puramente corroborativo) la procedencia de rechazar la tesis defensiva del demandado ahora recurrente, consistente en argüir que la compraventa documentada en escritura de compraventa de 5 de julio de 1979 no fue tal, sino simple vestidura formal por razones fiscales de contraprestación por adquisición de determinado número de acciones en una ampliación del capital social de la entidad demandada y por tanto no viabilizadora del retracto intentado por la actora, dimana del dato esencial de que en el mismo acto transmisivo que sirve de soporte a la pretensión de adquisición preferente ejercitada en la demanda la demandada hoy apelante otorgó, dícese, consignó la manifestación (acuarto del otorgamiento) de que "a los efectos oportunos se consigna que el local vendido está arrendado a Don M. Ll. A., mayor de edad, casado, de esta vecindad, con domicilio comercial en dicho local; y a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, *me requiere a mí*, el Notario, *la parte adquirente para que notifique el contenido íntegro* de la expresada escritura, dícese, *de la presente escritura al expresado Sr. Ll., con entrega al mismo de testimonio de ella por si interesa este último Señor el ejercicio del derecho de retracto que concede dicha Ley*" (Folio 10); acto relevante y, como se señalará, incidente en la esfera o área del principio "venire contra factum proprium non valet", sancionado en centenares de sentencias del Tribunal Supremo, como el mismo señala (S. de 16 de noviembre de 1960) y que el Derecho romano acogió bajo la rúbrica de reglas jurídicas como la interdicción del cambio de parecer en daño de otro: "Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriae" (Dig., 50, 17, 75).

CONSIDERANDO: Que, efectivamente, ninguna duda debe caber en orden a la aplicabilidad al caso ahora decidido del principio referido, por cuanto concurren con el acto antecedente de la notificación de la transmisión al concreto efecto de ejercitar el derecho de preempción los dos requisitos esenciales para la efectividad de aquél, cuales son: a) Que se trate de actos eficaces, es decir, jurídicamente válidos, causantes de estado al definir irrevocablemente la posición de su autor y constitutivos de una alteración en una situación jurídica determinada; requisito que no puede por menos de reputarse existente con el acto referido de requerimiento para notificación, ya que su eficacia deriva de la propia norma invocada, la causación de estado y el carácter constitutivo, también de lo preceptuado en el art. 48-2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al asignar a la notificación la condición de término inicial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción que establece y, en el último término, la inequivocidad del requerimiento para notificación (declaración de voluntad de carácter recepticio) comporta sin lugar a dudas su carácter de acto definitivo.- b) La incompatibilidad del acto con la conducta posterior, que es el segundo presupuesto básico para la aplicación del principio, exigido con claridad en la S. de 18 de mayo de 1981, que recoge la doctrina de varias anteriores, al declarar que "el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y la estabilidad de las situaciones jurídicas, *exige para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos una palmaria oposición entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita*, o lo que es igual, *que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido*";

incompatibilidad claramente existente, ya que es absolutamente contradictorio hacer saber a un arrendatario que existe una compraventa y hacerlo indiscriminadamente a efectos preventivos y luego, al oponerse a la pretensión correspondiente, negar la existencia de la venta y tratar de evadir su responsabilidad retransmisiva mediante la alegación de que tal acto no era compraventa sino contraprestación de adquisiciones de acciones en ampliación de capital; conducta grave en la esfera de la lealtad y buena fe que inspiran el tráfico (art. 1.258 del CCiv.) civil, cuya efectiva vigencia se subraya por la más reciente doctrina jurisprudencial (SS. de 16 de noviembre de 1979 y 5 de enero de 1980) al declarar que "lo fundamental que hay que proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente se basa en una coherencia de conducta en las relaciones humanas y negociales, dado que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada en la buena fe, no debe defraudar esa confianza suscitada y es incompatible toda actuación incompatible con ella"; razones que determinan la inatendibilidadde la sedicente justificación intentada por la demandada de que la notificación tenía como objeto único lograr la inscripción registral a favor de la hoy demandada como requisito de obligado cumplimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que lo decisivo es el acto de comunicación y su contenido, obviamente generador de la confianza citada y, derivadamente, de la aplicabilidad del principio prohibitivo de ir contra los propios actos, que por sí sólo determinaría, con la previa desestimación del recurso de apelación interpuesto por dicha parte, la procedencia de estimar la demanda, como correctamente hizo el juzgador de primer grado.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, el mismo destino adverso del recurso de apelación que ahora se decide vendría dado por la muy ajustada fundamentación, sobriamente escueta, de la sentencia apelada, en lo esencial compartida por este tribunal, ya que sobre las normales dificultades que en trance fundacional ostenta la aportación no dineraria o "in natura" conforme a la nomenclatura de la dogmática mercantilista italiana (art. 32 de la Ley de Sociedades Anónimas), no fácilmente reconducible ni aún en vía analógica al contrato de compraventa, el supuesto de adquisición de acciones en el caso de ampliación del capital social, en el que la propia sentencia del T.S. de 12 de junio de 1964, que es el verdadero eje sobre el que el demandado-recurrente vertebra entitativamente su frente defensivo tanto en primera instancia cuanto en esta alzada, se cuida de advertir que la decisión se adopta por tratarse de la aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución de la sociedad, de manera que ninguna contradicción existe entre lo proclamado en esta resolución y lo declarado y decidido en la que sirve de fundamento esencial de la sentencia apelada —S. del T.S. de 30 de noviembre de 1973—, que señala que "lo verdaderamente transmitido fueron las acciones, que es un signo que representa el dinero y se halla incluído en el art. 1.445 del CCiv.", recalcando, en trance de analizar la verdadera portada de la sentencia de 1964 referida, que "la diferencia entre la suscripción de unas acciones mediante entrega de un inmueble hecha en período de constitución socal y la ampliación del capital suscrito", añadiendo finalmente como auténtica "ratio decidendi" que "ha de admitirse el retracto en el caso de aportación de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de sociedades anónimas, pues en otro caso se burlarían por tales sociedades las disposiciones sobre retracto, sustituyendo el sistema de venta por el de aportaciones de bienes, para la adquisición de fincas, que pudieran estar sujetas a retracto, lo que supondría la utilización, prohibida por el art. 9° de la Ley, de un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa en fraude de la misma; razones que, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, abonan la procedencia de desestimar el recurso de apelación interpuesto incluso aceptando dialécticamente que la compraventa invocada por la actora fuese simple cobertura de una ampliación de capital suscrito a través de aportaciones "in natura" o no dinerarias, ya que en tal supuesto, por lo expresado anteriormente, la reconducibilidad al esquema contractual típico del contrato de compraventa resulta plenamente viable a diferencia de la aportación no dineraria producida en trance fundacional del ente social.

CONSIDERNADO: Que no es de apreciar temeridad en la parte recurrente, dada la naturaleza del "thema decidendum", por lo que no procede hacer una especial declara-

ción en cuanto a las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada entidad mercantil "M. y P., S.A." contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de esta ciudad en autos de juicio de retracto arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la referida resolución apelada; sin hacer especial declaración en cuanto al pago de las costas devengadas en este grado jurisdiccional.

Así por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de Sala—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

12

12. Nulidad de **JUICIO EJECUTIVO.** No se puede acumular la acción ejecutiva frente al librador y al aceptante. *Sentencia de 3 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte ejecutada y hoy apelada opuso en primer término frente a la pretensión ejecutiva del actor, y al amparo del ordinal 2° del artículo 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 516 y ss. del Código de Comercio, el motivo de nulidad del juicio derivado de haberse dirigido la pretensión ejecutiva en forma cumulativa contra el librador, el aceptante y el avalista de la cambial que sirve de título ejecutivo; motivo de nulidad que debe ser ratificado en cuanto a su estimación por parte del juzgador "a quo", ya que las dos sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la parte ejecutada (de 9 y 25 de mayo de 1973) declaran que la correcta interpretación del artículo 516 del Código de Comercio estriba en que "viene a sentar que lo que no puede hacer el acreedor es dirigirse simultáneamente contra el aceptante y el obligado en vía regresiva"; y si bien la doctrina de tales resoluciones, según se advierte con la lectura íntegra de las mismas en la Colección Legislativa pudiera propiciar la tesis de que esa simultaneidad de ejercicio hacia referencia a acciones ejercitadas en procesos distintos y de tramitación simultánea y no a ejercicio cumulativo en una sola pretensión, es lo cierto que en fecha posterior la doctrina se ratifica sin discriminaciones por parte del Tribunal Supremo, al declarar la Sentencia de 26 de enero de 1976 que "porque si, ciertamente del mencionado artículo 517 se infiere que no puede el acreedor dirigir la acción simultánea contra el aceptante —obligado directo— y contra un obligado en vía de regreso —librador o endosante—, no ocurre lo mismo cuando la acción se dirige simultáneamente contra los dos, aceptante y su avalista, ya que éste no es un obligado en vía de regreso, sino un obligado que, en el caso de aval no limitado cual es el de autos, asume frente al tenedor exactamente la misma posición que la persona por quien salió garante"; doctrina, por lo demás, plenamente justificada, ya que si bien, como dispone el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos, no es menos cierto que dicha norma también establece la excepción derivada de que tales pretensiones no nazcan del mismo título o se funden en la misma causa de pedir, que es cabalmente lo

que sucede en las acciones dirigidas frente a librador y aceptante, que aunque nacidas formalmente de un mismo título (cambial) se fundan en créditos distintos, ya que mientras la pretensión dirigida frente al librador por el tomador se basa o funda en el crédito documentario de la valuta, la dirigida por el tomador contra el librado-aceptante se base en la aceptación, que funciona en los supuestos de ejercicio de la acción por tercero extracartular como negocio jurídico de carácter abstracto; por lo que al no proceder tal acumulación de pretensiones es obvio que procede la estimación del motivo de nulidad del juicio referido (lo que hace innecesario el exámen de los demás supuestos); nulidad que ha de decretarse con relación a todos los ejecutados, al carecer el órgano jurisidiccional de facultades electivas o seleccionadoras de los codemandados.

CONSIDERANDO: Que la propia naturaleza del tema sometido a decisión, de carácter puramente formal, veda hacer una apreciación de temeridad viabilizadora de una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este recurso.

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

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante "B. I. del M., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de esta Ciudad en autos de juicio ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la referida resolución, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional. Notifíquese esta resolución a los demandados declarados en rebeldía en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

14

14. **SEPARACION MATRIMONIAL.** Malos tratos. *Sentencia de 5 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de la apelación, que pretende que se declare como causa de la separación matrimonial decretada por el Juez de instancia la indicada en su petición reconvencional en vez de la declarada en el fallo recaído, no puede ser acogido, ya que se basa tal pretensión modificadora en hacer prevalecer la apreciación subjetiva y lógicamente interesada del recurrente, de la prueba practicada, sobre la objetiva y totalmente desinteresada del Juez "a quo" fundada básicamente en las afirmaciones unánimes de los tres hijos del matrimonio, el menor de ellos de 29 años de edad, de que el padre maltrató muchas veces de palabra y obra a su esposa, infiriéndole en ocasiones lesiones, conducta esta vejatoria que es señalada como causa de separación matrimonial en el nº 1 del artículo 82 del Código Civil y ser este precepto de aplicación al presente supuesto a tenor de la disposición transitoria 2ª de la Ley nº 30 de 1981, de 7 de Julio.

CONSIDERANDO: Que la cuestión fundamental en esta alzada es, como lo fue en 1ª instancia y así lo puso de relieve el Juez "a quo", la fijación cuantitativa de la pensión

alimenticia, que la sentencia recurrida señaló en 60.000 pesetas, y cuya disconformidad constituye el segundo y último motivo de la impugnación formulada.

CONSIDERANDO: Que el artículo 146 del citado Código preceptúa que "La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe"; norma que tiende a alcanzar un cierto equilibrio entre dos posiciones económicas: el patrimonio o recursos de la persona obligada a prestarlos y la necesidad del alimentista. A estos efectos consta acreditado en el presente caso: a) la gran posición económica del marido, como se deduce de la donación que en el año 1980 hizo al Ayuntamiento de S. —lugar de su residencia— de dos importantes fincas sitas en el P. de S. y de la entrega que además hizo a dicha Corporación municipal de un millón de pesetas en efectivo para que fuesen invertidas en obras de mejora y ampliación o reforma de las fincas donadas y b) la esposa, de 65 años de edad, vive sola en el que fue domicilio conyugal, padece una grave dolencia que precisa frecuentes cuidados médicos y la dificulta poder valerse de sí misma, es propietaria, por herencia, de una casa y corral valorada en 275.000 pesetas, de una casa de planta baja destinada a cochera, de valor de 100.000 pesetas, ambas sitas en S., y de una pieza de tierra olivar, término de F., valorada en 100.000 pesetas y es titular de tres imposiciones bancarias a plazo fijo de 900.000, 200.000 y 100.000 pesetas, por lo que la cantidad de 60.000 pesetas mensuales que el Juez de instancia señaló en el fallo recurrido, como auxilio económico para la mujer a cargo del marido, se estima ponderada, atendidas las circunstancias expuestas, por lo que procede mantener dicha asignación mensual y por ende confirmar la resolución impugnada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe afectos 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 formulado por don A. C. R., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, por sustitución legal, del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta Ciudad, de fecha treinta de Marzo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de separación matrimonial de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. El interlineado "es", Vale.

15

15. **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.** Indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de accidente. Plazo de prescripción de la acción. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que al sólo efecto corroborativo de la correcta fundamentación jurídica de la sentencia apelada —que *se acepta*— conviene reexaminar el "thema decidendum" a partir de la argumentación vertida "in voce" en el acto de la vista de la alzada por la parte recurrente, que esencialmente lo bifurca en los motivos impugnativos siguientes:

a) Reiteración de la excepción de prescripción de la acción conforme al párrafo 2° del art. 1.968 del CCiv., por entender transcurrido el interponerse la demanda instauradora de este proceso el plazo de un año fijado para la decadencia de la acción aquiliana por su ejercicio extemporáneo en dicho precepto.- b) Supuesta incompatibilidad de la acción indemnizatoria derivada de responsabilidad extracontractual con la percibida, en base al mismo evento fáctico, por accidente laboral.- c) Inaplicabilidad de la doctrina legal relativa a la inversión de la carga de la prueba en los supuestos de la llamada responsabilidad por riesgo cuando la actividad en que se produce el daño es ya "ex re ipsa" constitutiva de peligrosidad, cual sucede en los trabajos de carga y descarga portuarios.

CONSIDERANDO: Que ninguna duda puede caber en orden a la procedencia de rechazar el primer motivo impugnativo de la bien construida fundamentación de la sentencia apelada, sostenido en el acto de la vista mediante una peculiar y obviamente parcial alegación de la doctrina contenida en las SS. del T.S. de 26 de octubre de 1971 y 12 de diciembre de 1980, tan reiteradamente invocada por esta misma Sala (P. ej., S. de 5 de junio de 1981), en el sentido de no posibilidad de identificar los daños continuados y daños permanentes, reputando que en los primeros el término inicial ("desde que lo supo el agraviado") no es la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo, sino "una serie de actos sucesivos que provocan en su parcial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada", por lo que sólo cuando el agraviado o perjudicado conoce la exacta entidad del daño sufrido se inicia realmente el cómputo prescriptivo; doctrina reiteradamente expuesta por la doctrina jurisprudencial para los supuestos de daños corporales o lesiones, al declarar que "hay que esperar al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos de las mismas" (SS., entre varias, de 9 de octubre de 1978, 9 de mayo de 1979 y 18 de mayo y 3 de junio de 1981), y que en el caso que ahora se decide resulta, contra lo afirmado parciariamente por la recurrente, perfectamente aplicable, ya que en forma alguna son atendibles como datos iniciales del cómputo ni el dia 17 de octubre de 1977 (Folio 66), pues se trata de un alta hospitalaria que se remite a control de médico de cabecera y que no expresa la totalidad de los resultados dañosos que se dirán, ni mucho menos el dictamen médico-forense emitido en las diligencias previas penales cuyo testimonio obra en estos autos (Folio 198): cien días a partir de la fecha de su emisión, que lo fue el 3 de octubre de 1977, por cuanto tal dictamen indica que curará "previsiblemente" en tal plazo y por otra parte omite la remisión a la totalidad de los resultados lesivos graves que posteriormente se expresarán; razón por la cual no puede adoptarse como fecha inicial del cómputo la de 13 de enero de 1979, que es la a partir de la cual obra sus efectos en el expediente de invalidez permanente seguido por la Comisión Técnica Calificadora de Baleares obrante en los autos (Folio 152); todo lo que se confirma con la cualificada declaración testifical del facultativo don R. M. A. que suscribió el alta hospitalaria referida como invocada en su apoyo por el demandado hoy recurrente, al expresar dicho médico (Folios 122 y 142) que al emitir dicho parte "no estaban perfectamente determinadas en su alcance, transcendencia, naturaleza y efectos patológicos de las mismas" (Preg. 4ª) y, fundamentalmente, que en dicho momento "no podía saberse todavía cómo respondería el paciente a la prótesis ortopédica, ni cómo respondería el aparato digestivo a las lesiones abdominales, ni siquiera si la resección de los cuerpos cavernosos del pene produciría impotencia sexual": incertidumbre de tal magnitud que su sola enunciación está ya proclamando la inaplicabilidad de la construcción de las lesiones como daño permanente auspiciada en su parciaria tesis por la recurrente y que consecuentemente conduce a la desestimación de la excepción de prescripción opuesta, al haberse interpuesto la demanda solicitando la concesión del beneficio legal de pobreza, cual consta en la oportuna diligencia, el día 4 de mayo de 1979 (Folio 8 vuelto), siendo tal interposición acto interpretativo de la prescripción de la acción conforme a reiterada doctrina legal (Entre varias, SS. de 1 de diciembre de 1968, 9 de julio de 1975, y 17 de abril y 17 de junio de 1980).

CONSIDERANDO: Que igual suerte, desestimatoria ha de correr el segundo motivo impugnativo, basado en una sedicente incompatibilidad entre la indemnización civil y la causada en el ámbito laboral, pues contrariamente la total compatibilidad ha sido proclamada por una reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que son perfectamente compatibles la indemnización obtenida en vía civil o penal con la que tiene origen laboral en el supuesto que de un mismo acaecimiento se desprendan dos obligaciones de resarcir de ori-

gen causal diverso, pues si una deriva de un contrato de segurodel que eran beneficiarios la víctima o sus herederos, convenida como asegurada por la empresa patronal mediante el pago de una prima u otra contraprestación, la segunda tiene su fuente en un ilícito y se traduce en definitiva en el pago de una cantidad, mientras que en aquélla la indemnización opera ordinariamente mediante la percepción de una renta por la persona damnificada, de donde se sigue que el trabajador o sus derechohabientes ostentan legitimación para exigir ambas responsabilidades" (SS., entre otras, de 20 de mayo de 1966, 21 de marzo de 1969, 23 de enero de 1970, 30 de octubre de 1977 y 9 de diciembre de 1979).

CONSIDERANDO: Por último, que idéntico destino adverso ha de tener el tercer motivo, inspirado en una peculiar visión del tema de la llamada "responsabilidad por riesgo creado" originaria de la dogmática civilística alemana y que produce la inversión de la carga probatoria (SS., entre innumerables, de 17 de marzo de 1980 y las en ella citadas), pues es precisamente en las actividades determinantes "ex se ipsa" de un riesgo probable donde tal doctrina halla su soporte fundamentador en base a la regla o aforismo de que allí donde están las ganancias han de estar las pérdidas; y tratar de excusar la propia responsabilidad en base al carácter en todo caso peligroso de la actividad no es otra que simple alegación defensiva horra de todo sustento fundamentador y que por ello debe perecer; procediendo en consecuencia la íntegra desestimación del recurso de apelación interpuesto.

CONSIDERANDO: Que no puede por menos de reputarse temeraria la conducta procesal de la recurrente —y por ello procede su condena al pago de las costas de la alzada— si se tiene en cuenta: a) La articulación de su frente defensivo sobre un instituto que cual el de la prescripción (por lo demás inadecuadamente invocada, según lo expuesto) no se inspira en postulados de intrínseca justicia (SS. de 17 de diciembre de 1979 y 13 de diciembre de 1980).- b) La claridad y precisión de la fundamentación contenida en la sentencia apelada, plenamente aceptada por este órgano "ad quem".- c) La ausencia de motivos serios impugnativos en la vista del recurso.- d) El propio carácter de deuda de valor de la indemnización de daños y perjuicios, que la doctrina legal estima que "no constituye una deuda dineraria simple, sino una deuda de valor, cuya cuantía ha de determinarse en los casos de alteración de la moneda atendiendo no a la fecha de causación de los daños, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquida su importe en período de ejecución de sentencia" (SS. de 20 de mayo de 1977 y 29 de junio de 1978)"; lo que si por razones de obligada congruencia no puede hacerse ahora, sí ha de pesar a la hora de ponderar la posición procesal de las partes y no hacer gravitar sobre el damnificado las nocivas consecuencias de una impugnación con probabilidad no guiada por otro propósito que el puramente dilatorio del pago.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que —desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada entidad "N. M., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana— debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; con expresa condena a la recurrente del pago de las costas devengadas en este segundo grado jurisdiccional.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal al demandado declarado en situación legal de rebeldía don A. T. M., de no interesarse por la actora dentro de tercero día la notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

16

16. **VICIOS EN LA CONSTRUCCION.** Responsabilidad. Contrato de obra. Litisconsorcio pasivo necesario. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente en su escueta exposición "in voce" en el acto de la vista del recurso ha tratado de impugnar la densa, precisa y técnica argumentación compartida ahora del juzgador "a quo" a través de dos motivos críticos de distinta significación: a) *Supuesta falta de legitimación pasiva al no haber sido vocados* a la litis los técnicos —arquitecto y aparejador— encargados de la dirección y vigilancia de la ejecución de la obra, que en realidad sería más bien una excepción fundada en un sedicente litisconsorcio pasivo necesario determinante de una eventual defectuosa integración del contradictorio o viciosa constitución de la relación jurídico-procesal.- b) Asimismo, dentro de esta óptica obviamente parcial e interesada, existencia de un litisconsorcio pasivo necesario incompleto, al reputar que al haber intervenido en la obra, según lo resultante de la documentación obrante en autos y relativa a la licencia municipal para la misma (Folio 142 de los autos), los maestros de obras don P. P. P., don J. M.P., don S. S. M., don G. P.R. y don J. R.G., todos ellos debían haber sido demandados conjuntamente para que la relación procesal quedase eficazmente constituída; siendo, pues, estos dos los únicos temas decisorios en este segundo grado jurisdiccional, al haber quedado firmes por falta de impugnación los restantes pronunciamientos contenidos en la excelentemente fundada resolución apelada.

CONSIDERANDO: Que el primero de los referidos motivos de impugnación debe ser resueltamente rechazado, tanto en su aspecto de falta de legitimación pasiva con que lo construyó la parte ahora recurrente cuanto en una eventual configuración como falta de litisconsorcio pasivo necesario (que sería formalmente apreciable al poder ser estimado de oficio según doctrina legal abrumadoramente reiterada: SS., por todas, de 28 de noviembre de 1974, 15 de diciembre de 1976, 3 de octubre de 1977 y 18 de diciembre de 1978), ya que acreditado en autos —según revela el minucioso examen de la prueba practicada que realizada la aceptada fundamentación del fallo apelado— que la causa del daño ruinógeno denunciado en la pretensión instauradora de la litis no fue otra que la viciosa construcción, poco importa que tal responsabilidad achacable al constructor desde el art. 1.591 del CCiv. pueda o no ser asimismo imputable a otros intervinientes en el proceso constructivo, cual los técnicos directivos de la obra, ya que es reiterada la doctrina jurisprudencial (SS., entre muchas, de 5 de mayo de 1961, 17 de mayo de 1967, 10 de noviembre de 1970 y 1 de febrero de 1975, entre muchas) expresiva de la solidaridad concurrente en tales supuestos entre los cointervinientes en el proceso constructivo cuando a todos ellos resulta imputable la producción del daño; lo que en la recta doctrina deducible del art. 1.144 del CCiv. sólo determina la producción de un consorcio litigioso denominado por la doctrina como litisconsorcio impropiamente necesario o cuasi-necesario, que según lo prevenido en tal norma no impone al actor la precisión de dirigir su pretensión contra todos los obligados con tal carácter solidario, aunque ciertamente "ad extra" todos ellos resulten vinculados por el resultado favorable a aquél de la dirección dirigida contra sólo parte de los sujetos pasivos de la relación obligatoria; argumento que es bastante por sí sólo, y a título meramente corroborativo de lo afirmado en la sentencia apelada, para rechazar, conforme inicialmente se indicó, este motivo impugnativo, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas.

CONSIDERANDO: Que idéntico destino adverso ha de tener el segundo, fundado en la supuesta precisión de vocar a la litis a todos los correlativos maestros de obras subcontratistas detallados en el documento administrativo obrante en los autos de que se ha hecho mención, ya que el reconocer el ahora recurrente señor C. S. al prestar confesión judicial (Folios 75 y 76) no sólo la certeza del contrato documentado en el de carácter privado de 15 de agosto de 1970, acompaña al escrito de demanda, sino también que fue él quien ejecutó las obras desde las que se producen las humedades causantes del daño ruinógeno, obvio resulta que también este motivo ha de decaer, en tanto una cosa es —conforme se dijo— que la defectuosa integración del contradictorio, si existe, pueda e incluso deba ser estimada de oficio por el órgano jurisdiccional y otra, muy distinta, que su simple invocación, tantas veces abusiva, releve al demandado que la opone de justificar probatoriamente, cual le impone el art. 1.214 del CCiv., el supuesto de hecho sobre el que trata de fundarla; por todo lo que procede la íntegra desestimación del recurso de apelación que se decide.

CONSIDERANDO: Que tal declaración comporta, por aplicación de la norma contenida en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la expresa condena a la recurrente del pago de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don G. C. S. contra la sentencia dictada por el señor juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; imponiendo a dicho recurrente, por ministerio legal, el pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a los demandados no personados en el recurso si dentro de tercero día no se interesare la notificación personal a los mismos.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará la oportuna certificación al rollo de sustanciación del recurso, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

17

17. Conversión del juicio universal del consumo voluntario de acreedores en **QUIEBRA MERCANTIL.** Indicios racionales de comerciante. *Sentencia de 8 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que a través del específico procedimiento impugnativo que autoriza el art. 1.170 de la Ley de Enjuiciamiento vic, dícese, civil, las partes promoventes solicitan la conversión del juicio universal de concurso voluntario de acreedores del deudor común don L. I. R. en juicio de quiebra, al estimar que en el mismo concurre la profesión de comerciante que exige la procedencia de esta segunda forma rituaria, en tan-

to que la demandada en el incidente y ahora recurrente articula su frente defensivo contra la pretensión sobre la negación del ejercicio del comercio en nombre propio con caráter individual y habitualidad por parte del mismo y en último término en una especie de admisión tácita o actos propios por parte de los promoventes al no haber impugnado la personalidad civil y no mercantil con la que solicitó en su momento de los acreedores los beneficios de quita y espera.

CONSIDERANDO: Que toda la argumentación del hoy apelante en orden a una supuesta admisión tácita por parte de los promoventes del incidente de su condición no mercantil derivada de la existencia del expediente preventivo de quita y espera, en el que no fue impugnada su personalidad simplemente civil, debe rechazarse, en tanto que la propia estructura de tales actuaciones preventivas veda asignar a la postura en ellos de los acreedores cualquier significación relevante para hacer entrar en juego el principio "venire contra factum proprium non valet", al no causar estado ni ser creadores, modificadores ni extintivos de las relaciones jurídicas, con lo que ya no podría entrar en juego el referido principio conforme a reiteradísima doctrina legal de ociosa cita por lo conocida; sin que tampoco por la vía del silencio como declaración tácita pudiera deducirse una vinculación a sus actos propios de los acreedores asistentes a la Junta, al no existir una carga de manifestación de voluntad; debiendo, por último, señalarse que la tipicidad de causas impugnativas de los acuerdos sobre quita y espera etablecida en el artículo 1.149 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entre las que no se halla la que se examina, veda la consecuencia pretendida y con ello el decaimiento de este primer y previo motivo de oposición a la transformación procedimental instada.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener la oposición del concursado-incidentado ahora apelante en cuanto trata de basar su condición de no comerciante individual en nombre propio y sí sólo como administrador y antes fundador de sociedades anónimas de índole familiar según resulta de la certificación expedida por el Registro Mercantil (Folios 71 y ss.), de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Mallorca, Ibiza-Formentera (Folio 87) y de la Sección de Imposición sobre Rentas de las Empresas Individuales de la Delegación de Hacienda de Baleares (Folio 88), pues para rechazar tal alegación bastará, como con acierto hizo el juzgador "a quo", con tener en cuenta: a) Que la condición de comerciante en nuestro sistema se base en la nota de habitualidad requerida por el art. 1-1° del C. de Com.; habitualidad que no se acredita por la única vía contemplada en el art. 3 del referido cuerpo legal, ya que, como declara la antigua S. del T.S. de 19 de junio de 1896, este artículo se limita a establecer una presunción del ejercicio habitual del comercio, lo que no se opone a que por otras pruebas pueda justificarse la ejecución constante de actos de comercio; siendo así la habitualidad reconducida por la generalidad de la doctrina mercantilista a la profesionalidad, excluyendo del concepto de comerciante individual la realización aislada o no constante de actos u operaciones comerciales.- b) Que este ejercicio continuado, habitual, determina la condición de comerciante sin precisión de formalidad alguna: autorización gubernativa, inscripción en el Registro, pago de impuesto, etc., según se desprende la normativa establecida en los artículos 17 y 18 del C. de Com. y entiende la generalidad de la doctrina científica.- c) Que resulta básico en trance acreditativo de esta situación de "comerciante de hecho" o no matriculado, parificable en lo adverso a la de comerciante inscrito conforme al art. 18 del C. de com., la propia forma de conducirse en sus relaciones jurídicas el deudor, y su reiterada autoproclamación de la condición de comerciante o industrial, como ya tuvo ocasión de señalar esta misma Sala en su S. 115/979, de 25 de junio, decisión dictada en caso sustancialmente idéntico al ahora decidido en segundo grado jurisdiccional; y la constancia en autos de tales datos resulta correlativamente justificada, ya que frente al inane dato de la ausencia formal (registral, fiscal y gremial) de tal cualidad profesional, la prueba practicada —tan acertadamente resumida en la aceptada fundamentación de la sentencia apelada— muestra: a) Una reiterada y continuada autoproclamación por parte del deudor de la condición profesional de "industrial", no sólo en el poder que acompaña al escrito de solicitud del concurso (Testimonio al folio 51), sino en multitud de ocasiones, tales como la escritura pública de 22 de agosto de 1980 (Folios 89 y ss.), actuaciones en distintos juicios ejecutivos cuyo testimonio obra en autos y también incluso en la inscripción en el Registro Mercantil de su nombramiento como administrador de sociedades anónimas de

tipo familiar (folio 380 vuelto).- b) Un ejercicio reiterado y contínuo, no esporádico o aislado, de actos mercantiles u operaciones comerciales en nombre propio y no como administrador o avalista de la sociedad o sociedades por él administradas, evidenciado no sólo por la multitud de efectos cambiarios aceptados "proprio nomine" (lo que ya sería por sí sólo suficiente), sino también por los datos decisivos que se desprenden de su confesión judicial (Folios 159 y 160), en la que reconoce que debido a la descapitalización de las sociedades de que fue sucesivamente administrador (una de ellas con socios únicos él, su esposa y un hijo del matrimonio) se vio obligado a asumir deudas de la sociedad, y también muy expresivamente de la propia memoria acompañada al escrito de solicitud de declaración de concurso voluntario cuyo testimonio obra en estos autos (Folios 59 y ss.), en la que expresa la significativa manifestación de que tras haber ejercido en vida de su padre actividades comerciales, al fallecer éste "después de algún tiempo de pensar lo que haría en el futuro, D. I. I. R. se decidió a crear sociedades anónimas..." y que "Ninguna de dichas entidades tuvo suerte... y el Sr. I., presa de un optimismo totalmente injustificado, iba parcheando las faltas de numerario, unas veces aportando capital de su propio peculio, otras avalando operaciones, otras asumiendo personalmente deudas sociales"; todo lo que revela, sin necesidad de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas, el acierto decisorio de la resolución impugnada al decretar conforme lo solicitado la conversión del juicio concursal en el de quiebra e imponen la repulsión del recurso de apelación interpuesto por el demandado.

CONSIDERANDO: Que la claridad y precisión de los razonamientos contenidos en la sentencia sometida a recurso, unida a la ausencia de serios motivos impugnativos de la misma en la exposición "in voce" de la vista del recurso por la apelante, imponen reputar temeraria su postura procesal y consecuentemente obligan a condenarla al pago de costas de esta alzada.

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

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don L. I. R. en autos incidentales de conversión de juicio universal de concurso voluntario de acreedores en quiebra mercantil contra la sentencia dictada en el mismo por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad y de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

18

18. **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.** Contrato de seguro. Culpa exclusiva de la víctima. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrida ha argumentado en el acto de la vista de esta alzada en orden a la aplicabilidad al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional de la doctrina reiterada de esta Sala (cuyas resoluciones recoge en forma prácti-

camente exhaustiva el escrito de contestación a la oposición) en orden al ámbito de la peculiar excepción de culpa única o exclusiva de la víctima recogida como motivo defensivo en los arts. 1 y 18 del texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que tales resoluciones, en su práctica totalidad, fundan en la doctrina aleccionadoramente establecida en la S. del T.S. de 10 de julio de 1969 (ratificada por la de 17 de noviembre de 1973), cuando exige para la apreciación de esta excepción la prueba por parte del agente no sólo de su total ausencia de culpa o reprochabilidad, sino también la adopción de la maniobra oportuna para evitar o aminorar el daño, al declarar que "las propias normas objetivas de comportamiento exigen que en la realización de esas maniobras anormales, también llamadas "de fortuna", el conductor ha de optar por aquella que conforme a la técnica y la experiencia sea la más oportuna y eficaz en el caso concreto para impedir la transormación en daño del peligro creado por la culpa ajena"; mas tal doctrina no puede tener el alcance absoluto que parciaria e interesadamente le asigna la recurrida, silenciando 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 objetiva atenuada", que impone reconducir la precisión de esas maniobras evasivas a su verdadero ámbito, que no es otro, como recientemente tuvo ocasión de precisar esta misma Sala (S. 232 de 1981, de 14 de diciembre), que el impuesto, con arreglo al artículo 1.104 del CCiv., 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— esterilizar el sistema y convertir en mera fórmula teórica la posibilidad defensiva de referencia, también ciertamente, como se señalará, varias veces estimada por las resoluciones de esta Sala.

CONSIDERANDO: Que para la realización de las maniobras evasivas, de emergencia o de fortuna dirigidas a evitar o cuando menos evitar el daño causado por la culpa de la víctima, restando así al evento dañoso la exclusiva imputación a aquélla, 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; 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 art. 17 del Código de Circulación, ya que en t odos estos casos el principio de confianza o expectativa de un comportamiento adecuado ante los copartícipes ha de ceder ante el principio de seguridad, conducción defensiva o de previsión de un comportamiento inadecuado de los copartícipes en el tránsito.- b) Que las circunstancias de lugar posibiliten la realización de una maniobra de naturaleza defensiva o "de fortuna", que altere la normal y precedentemente correcta conducción por parte del agente.- c) Que las mismas circunstancias impidan la adopción de tal maniobra cuando de adoptarla pudiera seguirse un mal más grave, al ser obviamente aplicables al caso la doctrina del estado de necesidad, que no es exclusiva del derecho penal.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de lo precedentemente indicado al caso ahora decidido muestra la procedencia, contra lo indicado en la sentencia apelada, de estimar la excepción opuesta por la aseguradora demandada, en tanto un detenido análisis del material litisdecisorio obrante en autos muestra no sólo la inexigibilidad de la maniobra evasiva, sino incluso su imposibilidad, ya que: a) La colisión tuvo lugar cuando el autocar propiedad de la asegurada se encontraba en la entrada de una curva cerrada y escasa visibilidad para él, como lo revelan incluso las fotografías obrantes a los folios 45 y ss., circulando el vehículo por el interfecto a gran velocidad, como lo revela no sólo el informe técnico emitido por la G^{a}. civil de Tráfico emitido por la misma en las diligencias penales cuyo testimonio obra en autos, sino también por la propia longitud de la huella de frenado del mismo; lo que hace inviable desde la circunstancia temporal la adopción de maniobra distinta a la de frenado.- b) Tampoco las circunstancias del lugar hacían posible la maniobra evasiva, dada longitud del móvil asegurado y su posición al ocurrir la colisión, ya que la maniobra evasiva apuntada en la resolución recurrida del inmisión en la vía urbana perpendicular denominada Pasaje Cantábrico, situada a la derecha del mismo según la dirección que llevaba, resultaba imposible al hallarse el autocar situado paralelo a la entrada al

ocurrir la colisión, según revela el croquis de la Guardia civil de Tráfico testimoniado en autos (Folio 115).- c) Asimismo, tales circunstancias de lugar (vía urbana estrecha) permitían a la luz de la situación de necesidad preindicada la realización de la maniobra, al ser previsible la causación de un daño mayor, cual era el ocasionable a los pasajeros del autocar, uno de los cuales resultó lesionado con la simple colisión con un vehículo de peso menor; a todo lo que aún cabría añadir la inanidad de cualquier maniobra en el supuesto de que hubiera podido realizarse, pues todo lo actuado muestra la certeza del expresivo sentir del único testigo, don A. S. del V. (Folio 100), ante la Guardia civil instructora del atestado, al manifestar que "de no haber circulado en este momento el autobús el Seat hubiese colisonado quizás contra la cera izquierda del sentido Palma"; datos todos, pues, que imponen la ciertamente no grata decisión de estimar el recurso interpuesto por estimación de la excepción alegada de culpa exclusiva del perjudicado.

CONSIDERANDO: Que, una vez más, la peculiar naturaleza del proceso ejecutivo de tráfico, en el que el título es de producción automática y obligatorio 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 obligatoria imposición de costas por vencimiento) o bien entre los motivos de nulidad contemplados en el art. 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, disyuntiva resuelta por esta Sala en las SS. 14, dícese, 124/1979, de 6 de julio, y 78/1980, de 12 de mayo, en el sentido de encuadrarla en el ordinal 2° del citado artículo 1.467 ("no ser exigible la cantidad"), al reputar que el art. 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 otros, por lo que al ser la enumeración del art. 1.464 comprensiva de óbices procesales y medios extintivos o suspensivos de una relación obligatoria que se presupone preexistente, la inexigibilidad inicial parece más adecuadamente cobijables como motivo de nulidad; solución además asistida de indudable fundamento de equidad y que por ello impone su adopción, con la correlativa ausencia de expresa condena al pago de costas de primera instancia al no estimarse obviamente existente temeridad en la ejecutante; así como tampoco sobre las de este recurso, al estimarse el mismo.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada entidad aseguradora "M. N., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio ejecutivo de tráfico de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución, estimar y estimamos la excepción de culpa exclusiva de la víctima opuesta por dicha ejecutada, y en consecuencia debemos declarar y declaramos la nulidad del juicio ejecutivo promovido por los demandantes don I. S. G. y doña J. M. T.; todo ello sin hacer especial sobre costas de ninguna de las dos instancias de este proceso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

19

19. **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.** Contrato de seguro; cobertura de la póliza de seguro. Compensación de culpas. *Sentencia de 9 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recaida se impugna: A) por los demandantes del juicio n°. 33/1979, por no haberse concedido la indemnización postulada, por los daños causados por el siniestro en el inmueble asegurado por la C. A. S. G. P. U., codemandada en dicho proceso; B) por la entidad B., S.A., codemandada en el juicio n°. 495 del año 1978, por ser improcedente o excesiva en su caso, la indemnización otorgada a la viuda e hijos de don D. N. B., fallecido como consecuencia del siniestro aludido; y C) por las sociedades B., S.A. y L. U. y el F. E., S.A., codemandadas con otra entidad, en el juicio n°. 33 de 1979, por ser improcedente o excesiva la indemnización concedida a los padres de don J. M. Z. F., cuya muerte le sobrevino por las gravísimas lesiones que sufrió en el siniestro que más adelante se relata.

CONSIDERANDO: Que la impugnación referida en el apartado A) del anterior considerando, se funda en que los daños producidos en el edificio asegurado y en el que está instalada la C. S. P., de Ca'n Picafort, término municipal de Santa Margarita, y cuya indemnización se reitera en esta alzada, fueron causados, según la apelante, por incendio, siniestro cubierto expresamente por la póliza de seguros de incendios suscrita por el propietario del inmueble con la C. A. P. Y. (folios 256/264 de los autos principales), ya que las dos victimas del siniestro fallecieron como consecuencia de las extendidas quemaduras que sufrieron. Consta reconocido que el día 18 de Mayo de 1978 en el complejo deportivo anexo a dicha cafetería, se produjo una violenta explosión, con una gran llamarada, del gas butano que se había acumulado en el vestuario de señoras procedente de la instalación de gas butano existente en dicha dependencia para el servicio de duchas, que alcanzó a las dos personas que acababan de entrar en el mencionado vestuario y causó cuantiosos daños en el inmueble por efecto de la explosión. La cuestión que ahora se debate se circunscribe en determinar si hubo o no "incendio" a efectos del seguro concertado. Al ser dos riesgos distintos, el de incendio y el de explosión, sus coberturas, lógica y técnicamente son diferentes en la esfera del seguro, tanto civil como mercantil y por ende no son idénticas las primas a satisfacer por una cobertura u otra; de suerte que si no existe cláusula especial que lo incluya, la póliza de seguro de incendios, que es la del presente caso, no cubre los daños materiales causados por la simpre explosión de gas butano sin posterior combustión de materiales y por ello, sin entrar en el problema de la concreción del importe de los daños materiales reclamados, se ha de rechazar el recurso formulado por los referidos apelantes-demandantes.

CONSIDERANDO: Que el segundo recurso, el expuesto en el apartado B) antes mencionado, formulado únicamente por B., S.A. e impugnativo de la indemnización de tres millones de pesetas concedida a la viuda y a los dos hijos, menores de edad, de don D. N. B., se fundamenta en las siguientes motivaciones: 1°) que el siniestro se produjo por imprudencia exclusiva de la víctima —señor N. B.—. 2°) que la causa del repetido siniestro fue el desastroso estado de conservación de la instalación de gas butano del expresado vestuario, cuya conservación compete y recae sobre el titular del complejo deportivo, contratante del seguro; y 3°) que al concurrir también culpa en la víctima, procede moderar, reduciendo, la cuantía de la indemnización solicitada en la demanda y concedida por el Juez de instancia. El aserto de la recurrente —B., S.A.— de que la explosión se produjo al encender una cerilla el señor N., cuando entró acompañando al señor Z. F. en el repeti-

do vestuario donde existía un fuerte olor a gas butano, no puede ser acogido al no haberse probado la afirmación de que fuese el señor N. el que encendiera la cerilla y no su acompañante y que fuese la combustión de una cerilla la que provocara la explosión, ya que pudo ser otra causa distinta, por ejemplo una pequeñísima chispa al chocar o caer accidental un objeto de hierro u otro metal sobre una piedra, el suelo u otro cuerpo duro. Tampoco puede prosperar la tesis de la misma parte apelante de ser de la exclusiva culpa del copropietario de dicho complejo deportivo, contratante del seguro, Sr. R. G., la causa del siniestro, al no conservar en debido estado de funcionamiento la instalación de gas butano existente en el mencionado establecimiento, ya que tal deficiencia no se ha acreditado y sí la manifiesta y grave negligencia de la compañía recurrente al no cumplir, como reglamentariamente le correspondía, la revisión periódica de la indicada instalación para comprobar el buen funcionamiento del servicio que había instalado —responsabilidad por riesgo—, como con todo acierto y gran minuciosidad expone el Juez "a quo". Al no resultar de la prueba practicada culpa alguna en la actuación del señor N., no es dable tampoco, la pretendida reducción de la indemnización otorgada, por una supuesta concurrencia de culpas, la de dicha víctima del evento dañoso y de la entidad suministradora de gas butano, ahora apelante.

CONSIDERANDO: Que el último recurso formulado, el interpuesto por la entidades B., S.A. y L. U. y El F. E., S.A. contra la indemnización de 800.000 pesetas concedida a los padres del fallecido señor Z. F. y basado en los mismos motivos que el anterior, han de ser rechazados los dos primeros —culpa exclusiva de la víctima y culpa exclusiva del propietario del inmueble por el desastroso estado de conservación de la instalación de gas butano, respectivamente—, son desestimados por los mismos fundamentos antes expuestos y que aquí se dan por reproducidos; mereciendo, sin embargo, especial consideración la relativa a la concurrencia de culpa por parte de la víctima señor Z. F. en la producción del siniestro producido, ya que don J. M. Z. F. socio en la explotación del bar y complejo deportivo antes mencionado, conocía varios días antes de que se produjera la explosión, la existencia de fuertes olores, por escape, de gas butano, en el vestuario de mujeres, según declararon diversos testigos, comentándose que un día antes de ocurrir la explosión, una muchachita que había jugado al tenis no quiso ducharse en las instalaciones existentes al efecto en el repetido complejo deportivo, debido a que notaba un fuerte olor a gas, no avisó a la empresa B., S.A. o a alguno de los agentes de dicha compañía para que por sus servicios técnicos adoptaran las medidas pertinentes y realizasen las operaciones necesarias para evitar todo peligro y reparar la avería del escape de gas; sino que solicitó la cooperación de un número de la Guardia Civil para examinar personalmente la causa u origen del escape de gas, "culpa" esta que concurrió con la ya declarada por el Juez de instancia y reiterada por esta Sala, de la empresa B., S.A. de no haber realizado, durante varios años consecutivos, la reglamentaria revisión periódica de la instalación de gas a que estaba obligada; siendo de perfecta aplicación al presente caso lo declarado por el Tribunal Supremo: "Que si en el área del artículo 1902 del Código Civil y en la hipótesis de coexistencia o concurrencia de culpas ha mantenido esta Sala en algunas ocasiones el principio de la *absorción* de la del perjudicado por la del agente o viceversa, en atención a la mayor o menor importancia de una u otra, y el principio de la *neutralización* o *compensación* total de las culpas de ambos cuando fuesen de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica (Sentencias de 21 Diciembre 1910, 13 Junio 1932, 18 Enero 1936 y 10 Junio 1943), en el supuesto que ahora se examina no se dan los requisitos exigidos para la aplicación de tales principios, siendo por el contrario, más ajustado al caso el principio de la *moderación* o *disminución* de la cuantía de la indemnización, conforme al cual cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada "culpa" del perjudicado, ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el quantum citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1103 del referido Código, en la proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima" (Sentencia de 14 Junio 1973); y consecuente con tal criterio jurisprudencial, se fija en la producción de la explosión que determinó la muerte de J. M. Z. F., la siguiente proporción: 75% por la omisión negligente de la compañía B., S.A. y un 25% por la actuación culposa de la propia víctima, lo que determina que la indemnización de 800.000 pesetas postulada por dicha muerte y concedida por el Juez "a

quo", quede reducida a 600.000 pesetas; y sólo en este sentido y concrete particular, se estima la apelación formulada por B., S.A. y L. U. y El F. E., S.A., desestimando todas las demás peticiones revocatorias formuladas contra el fallo recaido.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe 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 formulado por don O. R. G., don J. E. B., don J. Z. T. R. y doña M. F. R. y, así como el interpuesto por B., S.A. y estimando en parte el promovido por B., S.A. y L. U. y el F. E., S.A., debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia de Inca y su Partido, de fecha trece de Enero de mil novecientos ochenta y uno en los juicios de mayor cuantía acumulados de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto se fija en *seiscientas mil pesetas* el importe de la indemnización que los demandados B., S.A. y L. U. y el F. E., S.A., deben satisfacer a los demandantes don T. Z. T. y doña M. F. R. por la muerte de su hijo don J. M. Z. F. y que el pago de los correspondientes intereses legales sean los propios a dicha cantidad, manteniendo y confimando todos los demás particulares del fallo recurrido; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada. Notifíquese esta resolución a la apelada no comparecida en esta alzada en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro de segundo día no se solicitare su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

20

20. **RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.** Indemnización de lesiones en accidente de tráfico. Prescripción de la acción. Concurrencia de culpas. Responsabilidad contrato de seguro. Prescripción de la acción. *Sentencia de 12 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que son hechos reconocidos o probados en autos y fundamentales para el examen y resolución de la cuestión litigiosa, los siguientes: A) El día 23 de Julio de 1976, en la calle de Aragón de esta ciudad, se produjo un accidente de circulación al ser atropellada la actora, hoy apelante, por un turismo conducido por el demandado don G. M. P. G., vehículo propiedad de la esposa del conductor, la también demandada doña A. L. M. y asegurado por la compañía demandada, con seguro obligatorio y otro complementario de responsabilidades civiles respecto a terceros hasta 300.000 pesetas. B) El expresado accidente dio lugar a diligencias penales en las que recayó el día 1°. de Abril de 1977 auto de sobreseimiento libre del número 3°. del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación del Real-Decreto de Indulto de 14 de Marzo de 1977.

C) El 22 de Marzo de 1978 se dio de alta a la lesionada, por el médico forense, expresándose haber invertido 600 días en la curación de sus lesiones, durante los cuales necesitó asistencia facultativa y estuvo impedida para sus ocupaciones habituales "pendiente de extracción de placa quirúrgica y acortamiento 1.5 cems" —de la pierna izquierda— (folio 34 del juicio de faltas n° 256 de 1977 del Juzgado de Distrito n° 3 de Palma de Mallorca aportado al presente pleito). D) El día 16 de Mayo de 1978 se presentó papeleta de acto de conciliación, previa a la interposición de la demanda; el acto de conciliación se celebró, sin avenencia, el 30 del mes y año ultimamente mencionados. E) El 29 de Enero de 1979 se interpone demanda incidental de pobreza y firme la sentencia concediendo los beneficios de pobreza, se formuló seguidamente la demanda de las que se derivan las presentes actuaciones, en la que se postula que se condene, con carácter solidario, a los tres demandados a que abonen a la actora 800.000 pesetas como indemnización complementaria de las 200.000 pesetas ya percibidas por el seguro obligatorio, por las lesiones y secuelas sufridas como consecuencia del expresado accidente. F) los consortes demandados oponen a la pretensión ejercitada, las exepciones de prescripción de la acción y la de falta de legitimación pasiva de la esposa demandada, y la entidad demandada alega inexistencia de culpa en el conductor y sí en la actora, así como limitación a 300.000 pesetas su posible responsabilidad civil.

CONSIDERANDO: Que el plazo de un año que señala el n° 2 del artículo 1968 del Código Civil, empieza a contar, según estatuye el artículo 1969 del mismo Cuerpo legal, desde el día en que pudiera ejercitarse y es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, especialmente recogida, entre otras, en las sentencias de 9 Junio 1976, 9 Octubre 1978 y 9 Mayo 1979, la de que el plazo prescriptivo tiene que empezar a correr sólo cuando pueda ejercitarse la acción, lo que significa que en casos como el presente en que se trata de lesiones, habrá de esperar al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos totales de las mismas, porque sólo entonces se podrá estar en condiciones de valorar sus condiciones y el importe indemnizatorio pertinente (Sentecia de 18 Mayo 1981); y en el caso que se reexamina, en esta segunda instancia, consta acreditado por el informe ya mencionado del médico forense, que la fecha de sanidad de la hoy apelante-actora fue el 22 de Marzo de 1978 y la de la interposición de la demanda de pobreza, el 29 de Enero de 1979, cuyos efectos interruptivos de la prescripción extintiva son expresamente reconocidos por la jurisprudencia patria, ya que según sentencia de 1° de Diciembre de 1966, el artículo 1973 del Código Civil sólo requiere para que se tenga interrumpida la prescripción extintiva de acciones "su ejercicio ante los Tribunales" y tal ejercicio va insito en la presentación de la demanda de pobreza, si en ella se expresa la índole del pleito en que se pretende utilizar el beneficio, cuya concesión se impetra, —circunstancias que se dan en el presente supuesto—, por lo que al no haber transcurrido un año entre aquellas dos fechas —la de sanidad y la de presentación de la demanda de pobreza—, no se ha producido la prescripción aducida y por ello se ha de rechazar la excepción previa opuesta en primer lugar.

CONSIDERANDO: Que la segunda excepción previa, la de falta de legitimación pasiva de doña A. L. M., se basa en que dicha demandada no tenía que haber sido llamada a esta litis, pues el artículo 1903 del repetido Código no impone a la esposa la obligación de responder de los actos ilícitos civiles realizados por su marido. La enunciación de las personas obligadas a responder por hecho ajeno que hace el citado precepto no es exhaustiva, aunque impone una obligación, sino simplemente enunciativa o "ad exemplum", pudiéndose por tanto ampliarse por analogía, adaptando por tal medio viejas normas a las necesidades del vivir actual, de ahí que el estrecho criterio subjetivista que sustenta tal precepto haya quedado superado por una tendencia de matiz objetivo que ha desembocado en el mero condicionamiento de que la actividad de la persona esté al menos, potencialmente sometida a la posible intervención de quien ha de ser responsabilizado, y en ese sentido cabe destacar la sentencia de 23 de Febrero de 1976 que declaró, dando virtualidad a un contrato de comodato —artículo 1740— la responsabilidad de la propietaria de un vehículo de motor por los resultados dañosos que causó su novio con la conducción, autorizada, de su coche, al desplazarse a una población próxima. Si en el presente caso consta confesado, por el demandado, que conducía el coche cuando ocurrió el accidente con autorización y encargo de su esposa (posición 2ª), y por la dueña del vehículo, que su esposo conduce el coche con permiso de ella y que ella carecía de permiso de conducir (posi-

ciones 12ª y 13ª), se llega a la conclusión, con la base legal y jurisprudencial antes expuesta, que la mencionada demandada debe responder, no como esposa del conductor sino como propietaria del coche, de los daños causados por su marido, conductor del vehículo, por lo que procede desestimar también la última excepción previa formulada y entrar en el fondo de la cuestión litigiosa.

CONSIDERANDO: Que reiterada es la doctrina del Tribunal Supermo al interpretar el artículo 1902 del Código Civil —Sentencias 22 Febrero 1946, 20 Octubre 1950, 30 Junio 1954, 24 Junio 1965, 20 Junio y 10 Octubre 1968 y 8 Octubre 1969— "en las que sienta que para que la responsabilidad extracontractual regulada en tal precepto sea declarada, se hace precisa la conjunción de los requisitos o suspuestos siguientes: uno subjetivo, la existencia de una acción y omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige, otro objetivo, la realidad de un daño o lesión al accionante, y otro causal, la relación entre el daño y la falta (Sentencia de 6 Noviembre 1980); y dichos requisitos se dan en el actual caso, a saber: a) conducta negligente: la del demandado señor P. al conducir, sobre las 8,30 horas del día 23 de Julio de 1976, el vehículo de motor propiedad de su esposa, por la calle de Aragón de esta ciudad —vía pública de intenso tráfico en aquel momento— a velocidad no inferior a 60 kilómetros por hora —la velocidad máxima autorizada en tal lugar es de 40 kilómetros por hora— y atropellar a un peatón, la hoy apelante —actora—, después de haberla visto descender de la acera y cuando casi ya había cruzado la calzada (folio 164 de los utos principales); b) resultado dañoso: el atropello causó a la viandante las lesiones cuya duración y secuela se indicaron ya en el primer considerando de esta sentencia; y c) la relación de causalidad entre aquella conducta imprudente y el resultado dañoso, es indudable; por lo que procede declarar la consiguiente responsabilidad solidaria del conductor del vehículo, de conformidad con el artículo 1902, la de la propietaria del coche, a tenor del artículo 1903, ambos del Código Civil, y la de la compañía aseguradora demandada, ya que las sentencias del Tribunal Supremo de 18 Febrero 1967 y de 14 Octubre 1969 declaran la solidaridad del asegurado y la entidad aseguradora frente a la víctima del daño, aquel como responsable directo y la aseguradora por subrogación, según sentencia de 23 Junio 1963; quedando limitada la responsabilidad civil de la sociedad aseguradora a la suma de 300.000 pesetas, garantía máxima de que responde la citada entidad, según la póliza de seguro voluntario suscrita con la propietaria del vehículo (folio 63 vuelto de los autos principales).

CONSIDERANDO: Que en el caso que se debate, no sólo se aprecia negligencia en la actuación del demandado Sr. P., sino también en la de la propia víctima, ya que la hoy apelante-actora confesó en este juicio, que antes de cruzar la calle, no se aseguró si se aproximaban vehículos de la parte de Pont d'Inca, esto es de su izquierda (posición 2ª), que es por donde llegó el coche que la atropelló, omisión esta de índole negligente que contribuyó a la producción del resultado dañoso, dándose pues una coexistencia o concurrencia de culpas, supuesto respecto al cual el Tribunal Supremo mantiene tres principios diferenciados, a saber: a) el de la absorción de la culpa del perjudicado por la del agente o viceversa, en atención a la mayor o menor importancia de una u otra, b) el de neutralización o compensación total de las culpas de ambos, cuando fuesen de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica (sentencias 21 Diciembre 1910, 13 Junio 1932, 18 Enero 1936 y 10 Julio 1943), y c) el de moderación o disminución de la cuantía de la indemnización, cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada "culpa" del perjudicado, y ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el quantum citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1103 del Código Civil, en la proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima (sentencia de 14 Junio 1973); consecuentemente con este último principio, que es el aplicable al presente caso, se fija, a los exclusivos efectos de esta litis, la proporción de un 25% la "culpa" de la actora en la producción del resultado dañoso, y en su consecuencia, en esa misma proporción se ha de reducir la indemnización postulada, por lo que se fija en 600.000 pesetas el importe total de la indemnización que debe percibir la demandante, en la forma y con la distribución que a cargo de los demandados se concreta en la parte dispositiva de esta resolución.

CONSIDERANDO: Que dada la revocación que se acuerda, no es dable, en este juicio de mayor cuantía, condena, de las costas devengadas en ambas instancias.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación formulado por doña G. C. Q., debemos revocar y revocamos en todas sus partes la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos de esta ciudad, de fechas veinticinco de Abril de mil novecientos ochenta y uno dictada en el juicio ordinario declarativo de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; y en su lugar dictamos la siguiente: Que rechazando las excepciones previas formuladas de prescripción de la acción y de falta de legitimación pasiva de la demandada doña A. L. M., y estimando en parte la demanda interpuesta por doña G. C. Q. contra don G. M. P. G., doña A. L. M. e I., C. A. de S. G., debemos condenar y condenamos:

I) A que los tres demandados abonen solidariamente a la actora la suma de *trescientas mil pesetas.*

II) A que los demandados don G. M. P. G. y doña A. L. M. abonen solidariamente a la demandante la cantidad de *trescientas mil pesetas*, además de la suma antes expresada.

Sin expresa imposición de las costas devengadas en ambas instancias. Devuelvanse los autos del juicio de faltas aportados a la vista, al Juzago de su procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

21

21. **JUICIO EJECUTIVO.** No ha lugar a las excepciones de compensación de crédito líquido y de plus-petición. *Sentencia de 15 de febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que frente a la acción ejecutiva dimanante de 17 letras de cambio —16 de ellas por un importe de 4.200 pesetas cada una, y la restante de 120.202 pesetas—, todas ellas protestadas por falta de pago, el ejecutado opuso en Primera Instancia, compensación parcial y plus petición, alegando a tal efecto que las citadas 16 cambiales de 4.200 pesetas, juntamente con otras, fueron sustituídas por renovación por la otra letra de cambio presentada con el escrito inicial de juicio, la de 120.202 pesetas y que a cuenta de esta última cambial, abonó 25.000 pesetas, según documento que quedó unido a autos, alegaciones que ahora reitera, ante este Tribunal "ad quem", como fundamento de esta apelación.

CONSIDERANDO: Que el artículo 523 del Código de Comercio se remite expresa-

mente a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente a la admisión de excepciones contra la acción ejecutiva por letras de cambio, y los artículos 1464 en su número 3° y 1466, ambos de la referida Ley Procesal, posibilitan al ejecutado para que pueda fundar su oposición en la compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva y en la plus petición, respectivamente, más al tener ambas causas el carácter de excepción, deben ser debidamente probadas para que puedan enervar la acción dimanante de los títulos cambiarios presentados que, al estar adornados con las formalidades legales precisas, tienen eficacia ejecutiva (artículo 521 del Código de Comercio y número 4 del artículo 1429 de la referida Ley de Enjuiciamiento).

CONSIDERANDO: Que el ejecutado no sólo no ha probado que la expresada letra de cambio de 120.202 pesetas sea renovación de las otras cambiales igualmente acompañadas al escrito inicial de este juicio, para que pueda ser estimada la compensación parcial aducida, sino que de lo actuado aparece la no existencia de tal renovación, por las siguientes razones: a) por el hecho de poseer el ejecutante las supradichas 16 cambiales, ya que en caso de haberse verificado tal renovación, estarían en poder del hoy ejecutado o se habrían destruido o anulado expresa y formalmente; y b) por haberse justificado documentalmente (folio 74 de los autos principales), que la referida cambial de 120.202 pesetas es renovación, por compendio y liquidación, de otras 21 letras de cambio distintas de las que son base de presente ejecución, tampoco abonadas por el hoy ejecutado, incrementado el importe total de aquellas 21 letras impagadas con los gastos de protesto y bancarios (folios 75/129 de dichos autos). Tampoco puede prosperar la excepción de plus petición, basada en el pago de 25.000 pesetas por el deudor a la entidad acreedora, ya que en el recibo presentado al efecto y unido a autos al folio 71, se hace constar que dicha suma recibida es a cuenta de la compra del solar número 289, mientras las letras de cambio base de la presente ejecución, dimanan de la adquisición del solar número 290 por el hoy ejecutado, ambos inmuebles vendidos por la entidad ejecutante al hoy apelante-deudor; por lo que al rechazar las dos excepciones formuladas, procede confirmar el fallo recaído.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en el apelante a efectos de imposición de las costas de este recurso.

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

FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación formulado por don A. G. V., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Iltmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, de fecha once de julio de mil novecientos ochenta y uno dictada en el juicio ejecutivo de que dimana el presente rollo; con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

23

23. **RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO.** No procedencia de la prórroga forzosa. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la prueba practicada en autos —correctamente valorada en la aceptada fundamentación contenida en la sentencia dictada por el juzgador "a quo"— se polariza en torno a los hechos básicos acreditados siguientes: a) Que el local arrendado estuvo ocupado por la Delegación del Ministerio de Trabajo en esta ciudad desde la fecha del contrato hasta los primeros días del mes de julio de 1979, en que se trasladó a su actual ubicación; como lo acredita el propio informe emitido por dicha Delegación obrante en los autos (Folio 125).- b) Que en el piso objeto de este proceso dejó de desarrollarse la función propia del ocupante, aunque quedase en el mismo parte del mobiliario de oficina y archivo; según acredita el mismo informe citado.- c) Que con fecha 12 de noviembre del mismo año se comunicó la desocupación a la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos, según señala el tantas veces citado informe de la Delegación de Trabajo.- d) Que con fecha 15 de febrero de 1980 la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda comunicó a esta Delegación provincial de Baleares la decisión de continuar el arrendamiento de autos y su ocupación por la Delegación de Hacienda para instalación de servicios (Folio 125).- e) Que el acta de entrega del local arrendado tuvo lugar el día 28 de marzo de 1980 (Folio 137); de donde se desprende que desde la fecha de desocupación en 4 de julio de 1979 (factura de la empresa transportista P., S.A. al folio 149 y su autentificación por el testigo don J. P. Ll. al folio 169) hasta la ocupación por el nuevo organismo habían transcurrido más de los seis meses a que se refiere el ordinal 3° del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que frente a esta inconmovible realidad fáctica se alza el primero de los motivos impugnativos brillantemente desarrollados por el Sr. Abogado del Estado recurrente en su exposición "in voce" en el acto de la vista de esta alzada, invocando el carácter de persona jurídica única de la Administración general del Estado consagrado en el art. 1° de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y los preceptos contenidos en la Ley de Patrimonio del Estado y su Reglamento, el Decreto de 24 de noviembre de 1967 y la Orden ministerial de 28 de junio de 1968, tratando de obtener la deducción que el cómputo del plazo en ningún caso podría iniciarse, conforme a tales disposiciones, más que a partir de la preindicada fecha de 12 de noviembre de 1979 en que la Delegación provincial de Trabajo comunicó al órgano competente el traslado de la oficina pública; deducción que no puede ser aceptada por esta jurisdicción civil, ya que su argumentación contrariamente a lo pretendido se vuelve en su contra, pues si efectivamente la Administración del Estado, como señala el art. 1° citado, "constituída por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única", tal configuración está "eo ipsa" mostrando dos consecuencias importantes: a) Que la capacidad patrimonial y procesal única del ente (Art. 38 del CCiv.) colectivo se erige en centro de imputación, positiva o negativa, de la actuación de sus propios órganos, en tanto el órgano está integrado en la estructura misma de la persona jurídica y sus actos se consideran de la misma con todas sus consecuencias favorables o desfavorables (dolo possunt facere) que de ello se derivan.- b) Que la condición de arrendatario regida por las normas del contrato de inquilinato, conforme al ordinal 2 del art. 4° de la Ley de A. Urb., determina la inaplicabilidad de una normativa interna de la Administración, cuyo incumplimiento por un órgano pertenece a la esfera interna al ser sólo partes del contrato (art. 1.257 del CCiv.) la Administración-arrendataria y el particular (no administrado)-

arrendador; de manera que el cumplimiento o incumplimiento de lo preceptuado en la normativa administrativa invocada por la recurrente es respecto a la relación contractual arrendaticia "res inter alios acta" y, consecuentemente, en forma alguna puede aceptarse como inicio del cómputo del plazo de seis meses preindicado la fecha postulada —de comunicación de la desocupación—, sino la de la efectiva producción del no uso contractualmente pactado; a lo que aún cabría añadir (en aras a la norma que sobre buena fe contractual establece el art. 1.258 del CCiv.), que tampoco la Administración estatal podía alegar eficazmente su ignorancia acerca de la desocupación por una Delegación ministerial hasta la fecha indicada, por cuanto en autos obra la orden ministerial de 19 de febrero de 1979 aprobatoria de los gastos de transporte de mobiliario y material, con la información preceptiva de la Intervención Delegada de Hacienda en el Ministerio de Trabajo (Folio 150).

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener el segundo motivo impugnativo, tratando de amparar en una sedicente continuación del uso derivado de que en el local arrendado para oficinas de la Delegación de Trabajo quedaron parte del archivo, una máquina fotocopiadora y parte del utillaje de la oficina, ya que tal alegación no resulta aceptable si se tiene en cuenta: a) Que tanto los conceptos de no uso como el de "cierre" son interpretados reiteradamente por la doctrina jurisprudencial del T.S. no en su sentido físico o absoluto, sino en la cesación del uso pactado, que en los supuestos de cierre de local no se hace sinónimo del cese de toda actividad en él, sino de la parificación a aquél de la realización de simples actividades accesorias, secundarias o esporádicas (SS. de 14 de noviembre de 1962, 24 de febrero de 1964, 5 de abril de 1968, 22 de diciembre de 1970 y 4 de octubre de 1975), siendo en tal supuesto lo esencial el cese de la comunicación con el público; y tal doctrina obviamente ha de resultar aplicable al arrendamiento que se examina, ya que la remisión a la normativa del contrato de inquilinato y consecuente remisión al no uso como causa de denegación de la prórroga en lugar del de cierre carece de relevancia, no sólo porque en la aplicación de toda norma jurídica el art. 3 del CCiv. exige que se atienda *"fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"*, lo que conlleva la precisión de indicar que existe paridad de fundamento para la denegación de prórroga en ambos supuestos, sino también porque al basarse esta causa denegatoria en la obligación impuesta al arrendatario por el párrafo 2° del art. 1.555 del CCiv. (uso conforme a la naturaleza de la cosa arrendada) llano resulta que un uso inadecuado como el residual de un traslado de utillaje devendría inane para, en el conflicto de intereses entre partes que subyace en todo proceso civil, enervar la conclusión positiva del no uso.- b) Porque este supuesto uso secundario tampoco resulta ciertamente del material litisdecisorio obrante en autos, ya que de los muy cualificados testimonios del transportista que efectuó la mudanza de la oficina, el ya citado señor P. Ll., y de la portera del inmueble doña M. R. O. (Folios 169 vt° y 170) se desprende que el local o piso no quedó destinado a uso accesorio o secundario alguno, sino simple basura y en todo caso material de inútil aprovechamiento luego recogido y tirado; apreciaciones fácticas que enervan "a radice" la supuesta ocupación parcial que haría decaer el no uso invocado en la demanda; así como la alegación nueva deslizada por la recurrente en la exposición "in voce" en el acto de la vista de alzada en base a una supuesta conversión de destino en depósito o almacén en el período intermedio, que al no haber sido invocada en la demanda haría decaer por obvias razones de congruencia la pretensión resolutoria contractual ejercitada en aquélla, ya que con independencia de cualquier otro argumento el supuesto uso parcial invocado no ingresaría en el cambio de destino, sino en la falta de uso en sentido normativo, al ser los depósitos o almacenes no sólo un espacio físico donde se guarda algo, sino que esa custodia ha de ir dirigida a ser auxiliar del tráfico mercantil o lucrativo, que es precisamente la razón de la distinta normación que a estos contratos en que el arrendatario asig, dícese, es la Administración del Estado asigna el artículo 5° de la L.A.U. frente al precedente y ya citado art. 4°.

CONSIDERANDO: Que idéntico destino adverso ha de tener el tercer motivo de impugnación, pretendido cobijar, al amparo de las SS. de 25 de enero de 1964 y 22 de junio de 1966, en una supuesta falta de voluntariedad del no uso o desocupación en el período anterior a la comunicación al órgano competente; pues tal doctrina (como la que se podría extraer de decenas de sentencias del T.S. en el mismo sentido) se refiere a la justa causa que esteriliza la sanción por no uso o cierre conforme al art. 62-3° tantas veces citado, más no resulta aplicable, según el art. 1° de la L.R.J. Admón. Est., al caso que se decide, al

ser, según lo precedentemente recordado, la Administración sujeto único en la relación contractual y hallarse, por ende, la misma vinculada por la actuación —correcta o incorrecta— de sus órganos, por lo que su actuación "ad extra" es voluntaria normativamente; todo lo que, sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían meramente reiterativas, impone la desestimación del recurso de apelación interpuesto con carácter principial por la Administración del Estado demandada.

CONSIDERANDO: Que el mismo rechace ha de correr el interpuesto adhesivamente por la parte actora sobre el extremo en que la sentencia apelada desestima la causa resolutoria de realización de obras inconsentidas invocada en la demanda, en tanto dicha parte no ha logrado en forma alguna desvirtuar la acertada fundamentación contenida en el fallo apelado, que al compartirse por esta Sala releva de toda insistencia, por lo demás inútil al acordarse la resolución contractual por estimación de una causa denegatoria de la prórroga forzosa.

CONSIDERANDO: Que, al existir desestimación de los recursos de ambas partes, no procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando tanto el recurso de apelación interpuesto por la Administración del Estado cuanto al formulado adhesivamente por la demandada doña M. J. R. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio incidental de resolución de contrato arrendaticio urbano de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre costas del recurso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

24

24. **RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO.** Art. 114, 2 L.A.R. Subarriendo de la vivienda o local de negocio. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que, reconocido que los litigantes personados en esta litis, suscribieron, el 1° de Junio de 1979 un contrato de arrendamiento del local de negocio sito en V. C., en el M. de C. F., número 47, bar denominado S. (folios 10 y 17), y que el demandado declarado rebelde, don D. S. J., conocido familiarmente con el nombre de "C." trabaja habitualmente en dicho bar, es por lo que queda circunscrita la cuestión litigiosa

en esta alzada, como ya lo fue en primera instancia, en concretar si la introducción del señor sánchez Jimenez en el local arrendado es, como camarero asalariado del arrendatario, —tesis de la parte apelante—, o por el contrario, como subarrendatario del bar —tesis de la apelada—, que es la que mantiene la resolución apelada.

CONSIDERANDO: Que la Ley de Arrendamientos Urbanos estatuye en su artículo 114 como causa resolutoria del contrato de arrendamiento urbano, en su número 2°, "El haberse subarrendado la vivienda o el local de negocio...", siendo necesario destacar, para la decisión del proceso, la siguiente doctrina jurisprudencial: A) La introducción de un tercero ajeno a la relación arrendaticia en el local o vivienda arrendados genera la presunción de la existencia de la expresada causa resolutoria (Sentencias de 7 Mayo 1958, 8 Marzo 1963, 13 Mayo y 12 Julio 1970 y 22 Junio 1973, entre otras), siendo tal presunción, como expresamente señala la jurisprudencia referida, el natural resultado de la propia naturaleza clandestina en que tales ilícitos negocios se desenvuelven; B) Por los mismos motivos, tampoco precisa que el actor-arrendador tenga que "fijar el título por el que lo disfrute, si es cesión o subarriendo, ni si es total o parcial, absoluta o compartida, ni si es onerosa o gratuita, porque basta que se dé la introducción de tercera persona, usándola en su nombre y provecho, para que proceda la resolución del contrato, ya que esta causa tiene su razón de ser en que el arrendatario adquiere por el contrato el derecho de uso, pero no su disposición" (Sentencia de 19 Octubre 1972), por lo que no tiene "necesidad de calificar exactamente la figura jurídica correspondiente, dada la dificultad, inherente a la clandestinidad, en que normalmente se desenvuelven estos negocios, extraños a la intervención y a las posibilidades fiscalizadoras del arrendador (Sentencias de 13 Mayo 1970, 6 Marzo 1971, 29 Febrero 1972 y 1°. Junio 1973); y C) Consecuencia de lo anteriormente proclamado, se produce una inversión de la carga de la prueba, al tener que justificar el arrendatario-demandado la legalidad de la introducción del tercero en el uso y disfrute de la cosa arrendada (Sentencia 10 Abril 1970).

CONSIDERANDO: Que, consecuentemente con la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, corresponde a la parte demandada probar que la introducción y permanencia del codemandado señor Sánchez Jimenez en el local arrendado era en concepto de asalariado del arrendatario, pero con referencia anterior al 10 de Diciembre de 1980, día en que se levantó el acta notarial de presencia en el expresado inmueble, a instancia de una de las arrendadoras, documento que obra en los folios 12 y 13 de los autos principales, pues la demostración de una relación laboral entre el arrendatario y el señor S. posterior al diligenciamiento del referido acto notarial, será de total inoperancia en esta litis, pues si tuvo lugar el subarriendo, este no puede quedar sin efecto por actuaciones encaminadas a legalizarlo, por revestir el carácter de acto prohibido por el ordenamiento jurídico, y los actos ejecutados en fraude de ley, no impiden la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, según proclama el artículo 6°. 4 del Código Civil.

CONSIDERANDO: Que todos los documentos presentados por el arrendatario demandado, hoy apelante, referentes a la existencia de una relación laboral con el codemandado rebelde señor S. J., aquel como empresario, este como camarero, si bien en ellos se consignan como data el 1° de Diciembre de 1980, sus fechas de presentación en los distintos organismos oficiales, que son, entre otras determinaciones, las que producen efecto respecto a terceros —artículo 1227 del Código Civil—, son posteriores al 10 del mes y año ultimamente citados— fecha en que se practicó el acta de presencia y referencia aludida—; siendo de destacar en este sentido la certificación de la Oficina de Empleo de Mahón, dependiente del Ministerio de Trabajo, obrante al folio 79, acreditativa de que el contrato del trabajador Don D. S. con la empresa B. S., se formalizó en fecha 14 de Enero de 1981, lo que determina la estimación de la existencia de un subarriendo en el local objeto de esta litis por parte del repetido señor S. J., como así lo reconoce su propia esposa, la también demandada-rebelde en este juicio, doña D. P., en escrito manuscrito, cuya autenticidad ha sido reconocida en confesión judicial (posición 2ª), que dice textualmente: "C. S. y D. P. Tenemos en "Y" un "B.S." que hemos pintado y manteniéndolo en condiciones pagando una renta a J. F. 7-12-8" Firmado y rubricado "D. P." (folio 11). Sin que el hecho de que el arrendatario-demandado hubiera contratado para el local arrendado, un jefe de bar, que prestó servicio desde el 1° de Abril hasta el 30 de Septiembre de 1980 y que

trabajase como camarera la propia arrendataria-demandada hasta el 10 de Noviembre del mismo año, desvirtúe la apreciación de la existencia del repetido subarriendo a principios del mes de Diciembre de 1980; por lo que procede confirmar el fallo recaido.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe 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 formulado por don F. J. F. R., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el juez de Primera Instancia de Mahón y su Partido, de fecha de cuatro de Mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de resolución de arrendamiento urbano de que dinama el presente rollo; sin hacer expresa imposición de costas de esta alzada. Notifíquese la sentencia a los demandados declarados rebeldes y a la demandada no comparecida en esta segunda instancia en la forma prevenida en el artículo doscientos ochenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si en el plazo de tres días no se solicita la notificación personal.

Asi por nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

25

25. **TERCERIA DE DOMINIO.** No determinación del dominio exclusivo y excluyente por el tercerista del bien inmueble trabado en la ejecución. No ha lugar. *Sentencia de 16 de febrero de 1982.*

CONSIDERAMOS: Que el alzamiento de la traba recaida sobre la vivienda objeto de la tercería —petición necesaria en el ejercicio de toda tercería de dominio— exige para su pronunciamiento tres requisitos concurrentes (Ss. T.S. 18-6-1966 y 25-5-1969 que entre otras establecen la doctrina de que toda terceria de dominio implica el ejercicio de una acción reivindicatoria): A) La justificación del dominio que invoque el tercerista; B) La identidad entre el bien que ha sido embargado y el bien que el tercerista afirma ser de su propiedad y C) El hecho de la traba misma que equivale a la posesión del bien sin razón legal suficiente, y siendo que estos dos últimos han quedado fijados en la litis por admisión de las partes —y así son recogidos en la sentencia de instancia—, la controversia planteada queda reducida a determinar si el tercerista ha acreditado su dominio actual, es decir, dominio consolidado con anterioridad al momento en que se causó la traba —en cuyo caso procedería el alzamiento de la misma—, o, si por el contrario, el dominio alegado no ha sido adquirido plenamente, o lo ha sido con posterioridad al embargo, en cuyo supuesto no es oponible al ejecutante y la tercería de dominio será desestimada.

CONSIDERANDO: Que el documento privado de compraventa de 16 de noviembre de 1979 que el tercerista apelante presenta como título justificativo de su causa de pedir, si

bien tiene la potencialidad necesaria para producir efectos respecto a ejecutante y ejecutados dado que, como certeramente considera el juez "a quo", el art. 1227 del C. Civ., sujeto a la interpretación extensiva que el T.S. comenzó a realizar con un criterio progresista cercano al carácter abierto del ordenamiento civil italiano, en la S. de 10-1-1929, y posteriormente en las de 16-2-1968, 26-2-1969, y 6-7-1977, fundamenta la posibilidad de acreditar otro medio probatorio admitido en derecho, y así se ha efectuado en el correspondiente periodo procedimental mediante las declaraciones testificales obrantes en los folios 15 y 53 y en los documentos foliados con los números 16, 53, 54 y 55, sin embargo no es eficaz para el fin pretendido, y ello no por el razonamiento expuesto en la sentencia impugnada —falta de pago total del precio—, pués tal incompleta contraprestación afectaría a la relación interna de los contratantes, mas por si sola no impediría la transmisión dominical ni el nacimiento del fundamento subjetivo del tercerista, sino por las razones que se exponen seguidamente.

CONSIDERANDO: Que como tiene declarado el T.S. en Ss. de 31-10-1951 y 3-11-1963, entre otras, en las transmisiones de bienes inmuebles operadas a través de un contrato de compraventa el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del contrato, pues éste únicamente confiere al comprador un "ius ad rem" sobre la cosa objeto de la estipulación, sino con el de su consumación mediante la tradición que exigen los artículos 609 y 1095 del Código Civil, por ser entonces cuando surge el verdadero "ius in rem" con el consiguiente efecto de inmediatividad sobre el inmueble y con la oportuna acción "erga omnes" para hacerlo efectivo; y del análisis de las pruebas propuestas y practicadas debe de afirmarse que el tercerista recurrente no ha acreditado ni intentado acreditar la tradición de la vivienda objeto del contrato de compraventa, dado que: A) El documento privado que contiene un contrato de tal clase no acredita por sí sólo la tradición de la cosa vendida, ya que la presunción de la tradición "ficta" sólo es circunstancia del otorgamiento de la escritura pública; B) El documento privado litigioso no consigna de modo expreso que los vendedores transfieran la propiedad al comprador —estipulación que el T.S. entendió en S. de 12-4-1957 como válida para efectuar la completa transferencia dominical, si bien en tal supuesto el comprador arrendaba el inmueble al vendedor en el mismo contrato—; C) No ha existido otorgamiento de escritura pública que como tradición instrumental del artículo 1462 del Código Civil produciría la constitución del derecho real de propiedad; D) No consta que haya mediado acto alguno de transferencia posesoria simultánea o posterior al documento privado —si bien necesariamente anterior a la anotación del embargo— que colocase la vivienda bajo el poder del ahora tercerista; y E) Ni siquiera existe hecho o indicio alguno que permita establecer por vía de presunción la relación directa tercerista-vivienda, característica del derecho alegado, pues no ha sido acreditado quien fuera el perceptor de la merced arrendaticia en el período de tiempo comprendido entre el 16 de noviembre de 1979 —celebración del contrato de compraventa— y el 30 de diciembre del mismo año —fecha en que el inquilino desalojó la vivienda—, ni quien recibiera las llaves de la misma cuando se produjo el cese arrendaticio. Causas que conducen a la desestimación del recurso de apelación por no haber quedado acreditado el dominio del tercerista Don A. G. P. sobre la vivienda embargada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad o mala fe que fundamente declaración alguna sobre las costas de esta segunda instancia.

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

FALLAMOS: Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante don A. G. P. contra la sentencia dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta capital, en autos de juicio de terceria de dominio que este rollo dimana, debemos de confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas de esta segunda instancia. Notifíquese esta resolución a los demandados declarados en rebeldía en forma edictal, de no interesarse dentro de tercero día su notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

28

28. **DESAHUCIO DE INDUSTRIA.** Falta de válidez argumentos del demandado sobre la no existencia del arrendamiento de industria. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que los contratos se califican por su verdadera naturaleza y no por la denominación que las partes les den, según advierte una reiteradísima doctrina jurisprudencial (SS., entre muchas, de 30 de noviembre de 1978, 20 de febrero de 1980 y 30 de enero de 1981), no es menos cierto que esta tarea hermenéutica a realizar por el órgano jurisdiccional partiendo de las reglas contenidas en los artículos 1.281 y ss. del CCiv. debe atender en el área distintiva del arrendamiento de industria a las notas siguientes: a) Que lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (SS., entre muchas, de 12 de junio de 1967, 10 y 17 de marzo de 1970, 29 de diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados con el local sean suficientes para el funcionamiento del negocio (SS. de 25 de noviembre de 1972, 25 de mayo de 1973 y 8 de junio de 1979), no dependiendo la calificación de arrendamiento de industria ni de la importancia de la misma ni del número de elementos de que conste (SS., de 15 de marzo de 1976 y 25 de marzo de 1978), así como tampoco del hecho de que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (SS., de 19 de junio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 25 de mayo de 1973, 8 de noviembre de 1974 y 9 de julio de 1979).- b) Que si los términos contractuales son claros ha de estarse a sus propios términos (SS., de 25 de noviembre de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 15 de marzo de 1976), siendo en esta materia singularmente relevante la interpretación contextual o sistemática de las distintas cláusulas del contrato (SS., de 15 de noviembre de 1972 y 24 de noviembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que a la luz de la doctrina legal recordada en el fundamento que precede se advierte la total y absoluta inconsistencia de la inconexa y poco seria argumentación de la parte demendada-apelante al tratar de eludir la decisión del proceso con la invocación de que el contrato cuya resolución se postula en la demanda no era un arrendamiento de empresa industrial, sino un sedicente "arrendamiento complejo" que exigiría el marco de un juicio plenario o declarativo ordinario para su resolución; en tanto en cuanto el supuesto carácter complejo que pretende derivar de las estipulaciones o cláusulas tercera,dícese: cuarta (poner a su nombre la titularidad administrativa y constituirse en empresa a efectos de pago de la seguridad social), quinta (pago de impuestos, tasas y arbitrios) y séptima (obligación en su caso de pintar un local para su devolución en estado de esmerada conservación), en nada resulta de ellas, ya que: 1 - El pago de impuestos, tasas y arbitrios y de la seguridad social no sólo no es cláusula que afecte negativamente a la calificación de arrendamiento de empresa industrial, sino que contrariamente, como se desprende la S. del T.S. de 7 de enero de 1981), obligación accesoria propia de tal figura contractual y cuyo incumplimiento por parte del arrendatario da lugar a la resolución del vínculo contractual.- 2 - La obligación de pintar es simple elevación a estipulación contractual tipificada de la norma contenida en el artículo 1.561 y ss. del CCiv. en orden al estado de la cosa en el momento de extinción de la relación contractual; por lo que sin necesidad de ningún otro argumento procede la enérgica desestimación del recurso de apelación interpuesto, con expresa condena a la recurrente al pago de las costas causadas en el mismo por su temeridad, evidenciada por la falta de rigor y seriedad de sus sedicentes argumentos impugnativos.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don M. H. M. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio de desahucio de industria de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; condenando a la recurrente al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación de la alzada—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

29

29. **RESPONSABILIDAD DAÑOS POR ACCIDENTE DE TRAFICO.** Responsabilidad contrato de seguro. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que para situar el "thema decidendi" en una perspectiva correcta conviene, "in limine litis", fijar el alcance que para esta decisión pueda tener la sentencia de esta Sala número 148/1981, de 16 de septiembre, al haberse dictado la misma en proceso seguido por demanda derivada del mismo accidente de circulación de que este proceso trae causa; y así: a) Por su propia naturaleza, y al no concurrir las identidades requeridas por el art. 1.252 del CCiv., no produce en forma alguna cosa juzgada respecto de esta resolución.- b) Pese a versar sobre un mismo accidente de tránsito viario, el tema decisorio no es en forma alguna idéntico, ya que el actor en el proceso anterior era simple pasajero del vehículo conducido por otro y por consiguiente ajeno al análisis o exámenes de culpabilidad, al no ser protagonista del hecho, sino simplemente víctima, como ya tuvo buen cuidado de advertir la precedente y citada sentencia de esta Sala al declarar que "la culpabilidad civil en casos de concurrencias de conductas requiere siempre una acción u omisión propias de la víctima, pues como señalaban tanto el Derecho romano ("Quod quiis ex sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire": Dig., L,XVII, 203) cuanto las Leyes de Partidas ("Daño que ome rescibe por su culpa, a si mismo deue culpar de ello": "7ª, XXXIV,XXII) la acción u omisión ha de ser personal del perjudicado y en parecidos términos se expresa la muy reciente S. de 3 de enero de 1981 cuando alude a que en la compensación de culpas existe una situación que ineludiblemente requiere un actuar independiente del lesionado con respecto al obrar del productor del resultado lesivo"; de manera que en forma alguna afecta la decisión precedente a la que ahora se dicte dado el muy distinto papel desempeñado en el hecho entre el actor del proceso anterior (simple víctima) y el causante de los demandantes de este juicio: conductor y eventual cointerviniente causal en la producción del evento lesivo.

CONSIDERANDO: Que, sin embargo, hay un dato previo del que necesariamente hay que partir: el de la culpabilidad del conductor codemandado (su exclusividad o no se

valorará posteriormente), pues como se señala en la anterior sentencia de esta Sala, "si en trance de valorar la culpa penal (esencialmente vertible en un juicio de reproche normativo) puede tener vigencia el principio sancionado por la jurisprudencia penal en orden a la llamada "relatividad de la preferencia de paso en el tránsito interviario", en cuanto degrada total o parcialmente la culpa en los supuestos de prioridad en el acceso al punto representativo del centro ideal de la intersección viaria, el mismo deviene inaplicable en el área culpabilística civil, máxime cuando existe una señal ("Ceda el paso") que impone lo que la técnica alemana denomina como deber de cautela especial"; conclusión que ahora se ratifica, pues cualquiera que sea el grado de cointervención de la víctima en la producción del evento lesivo, ninguna duda ha de caber en orden a la culpabilidad civil del conductor codemandado, al infringir las normas contenidas en el art. 25-e) del C. de Circ. y 170-f)-1.22 del mismo texto reglamentario: donducta no excusable por el dato de que al ocurrir la colisión hubiese ya rematado la maniobra de cruce viario, pues lo cierto es que en cualquier caso sería aplicable la reiterada doctrina legal expresiva de que "cuando las garantías adoptadas conforme a las prescripciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, ello revela que faltaba algo por prevenir y que no estaba completa la diligencia (SS., entre muchas, de 13 de febrero de 1973, 10 de octubre de 1975, 26 de mayo de 1976, 8 de noviembre de 1977, 27 de mayo de 1978 y 27 de diciembre de 1979)"; conclusión culpabilística que se refuerza con el simpre dato de la sobrecarga que portaba el camión conducido por el codemandado, según reconoce al prestar confesión el codemandado (Folios 171 y ss.) y se recoge en el informe técnico practicado por los instructores municipales en las diligencias penales cuyo testimonio corre unido a autos en el ramo correspondiente (Folio 275); de forma que por simple ley física la falta de maniobrabilidad del vehículo al tratarse el lugar de un tramo descendente hacía más exigible el especial deber de cautela ya previamente a él exigido por los antecitados preceptos administrativos.

CONSIDERANDO: Que ello no releva, sin embargo, de analizar la corrección o incorrección de la conducción realizada por la víctima —hijo de los actores ahora recurrentes—, y de un detenido examen de lo actuado en este proceso resulta que: a) En la zona en que ocurrió la colisión determinante del luctuoso evento dañoso (Zona escolar) existía una limitación de velocidad señalizada de cuarenta kilómetros/hora (Croquis al folio 268).- b) La víctima circulaba a una velocidad superior y cifrable en setenta y cinco kilómetros hora según la declaración del conductor del vehículo que le precedía en su marcha (Folio 274).- c) El camión ya se había introducido totalmente en la vía y rebasado consecuentemente el cruce con la que en principio circulaba la víctima (Camino vecinal), según se aprecia en el croquis levantado en las diligencias penales cuyo testimonio obra en autos (Folio 268); y estos datos imponen su confrontación (al ser evidente también una actuación imprudente de la víctima) con la conducta predescrita del conductor codemandado a los efectos de una aplicación de la impropiamente llamada compensación de culpas, cuyo sentido jurisprudencial se condensa en la conocida S. del T.S. de 14 de junio de 1973 en base a los tres principios a que se refiere: *de absorción*, en atención a la mayor o menor importancia de la culpa del agente o del perjudicado; de *neutralización*, que anula las responsabilidades cuando las culpas de ambos sean de igual grado y virtualidad jurídica y de *moderación o disminución de la cuantía de la indemnización*, "conforme al cual cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada "culpa" de la víctima ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el quantum citado, reduciéndolo, en uso de la facultad concedida por el art. 1103 del referido Código, en proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima"; doctrina que en su aplicación al caso que ahora se decide impone la conclusión de que es esta última modalidad (moderadora) la procedente, ya que la conducta del codemandado conductor se revela como más relevante en la producción del resultado lesivo, mas no con ese carácter casi absoluto que imponga la aplicación del principio de absorción, por lo que al ponderar (en el riguroso sentido semántico del término) las conductas de ambos conductores se estima procedente reducir en un veinticinco por ciento la indemnización que se fije, por reputar que tal ha sido (dentro de los límites no matemáticos ínsitos en toda decisión jurídica) la proporción en que ambos intervinieron en la causación del daño.

CONSIDERANDO: Que la cuantificación de la indemnización por causa de muerte a los perjudicados en virtud de la misma ha tropezado siempre con el espectro derivado de la máxima romana expresiva de que la vida humana era inestimable ("Nulla corporis aestimatio fieri potest": Dig., IX,I,III), pero que ya en la Glosa se va cohonestando con la responsabilidad derivada de los gastos de curación y por los trabajos que el difunto dejara de hacer según su oficio, pero simpre pervive el viejo principio romano de que no resultaba lógico que el heredero pudiese reclamar unos perjuicios que el causante no podía reclamar (¿"quo modo enim vivens aestimationem sui, ut mortuit petet? et sic est iuris imposibilitas", según Baldo); dificultad que aún hoy subyace en la doctrina científica y en la propia doctrina jurisprudencial y que impone señalar unas líneas de partida que impidan la confusión de la discrecionalidad propia del órgano jurisdiccional en este tema con una arbitrariedad; y así: a) No puede ofrecer duda alguna en orden a que el primer dato a tener en cuenta sea el de la persona y circunstancias de la víctima en relación con los accionantes perjudicados por su óbito, al ser el resultado lesivo incidente en primer término en unas consecuencias susceptibles (por la carencia causada por el mismo) de cuantificación patrimonial, ni siendo así parificables desde esta perspectiva la muerte indemnizable de un padre de familia con la de un anciano o la de un niño.- b) En segundo lugar, el derecho a la vida (bien de la personalidad protegido especialmente por la Constitución en su art. 15) incide básicamente al cesar en forma súbita y no natural en un daño moral, de desigual valoración según el grado de afecto presumible en los perjudicados por el óbito, de manera que nunca será igual la estimación cuantitativa ("ex ea ipsa", siempre sólo aproximativa) en supuestos de fallecimiento de un hijo que el atribuible a un pariente más remoto en grado.- c) Por último, como toda deuda indemnizatoria, ésta no es reconducible al área de las obligaciones dinerarias simples, sino que es constitutiva de una deuda de valor, al modo proclamado por la jurisprudencia del T.S., que en las SS. de 20 de mayo de 1977 y 29 de junio de 1978 ha declarado que "la obligación de reparar los daños y perjuicios no constituye una deuda dineraria simple, sino una deuda de valor, cuya cuantía ha de determinarse en los casos de alteración de ésta, atendiendo no a la fecha de causación del daño, sino al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación" o en la S. de 23 de octubre de 1978 recuerda que "sin olvidar que el paso del tiempo les va (a las indemnizaciones) mermando efectividad práctica", lo que culmina en la reciente S. de 27 de abril de 1981 cuando genéricamente proclama que procede "por exigencias de equidad y dentro de las aconsejables pautas de prudencia aproximar las deudas dinerarias a las de valor, a fin de corregir las injustas consecuencias seguidas de la depreciación monetaria para el acreedor"; doctrina que aplicable a las particularizadas circunstancias de la víctima resultantes de los autos: edad de dieciséis años al ocurrir el óbito, como nacido que era el 25 de julio de 1959 (Folio 9), estudiante y soltero, muestran que la cifra postulada de tres millones de pesetas resulta (aún con los preindicados temperamentos) excesiva y debe ser reducida a la de dos millones, que se estima adecuada al caso que se decide y a la eventual fecha de percibo de la indemnización; por lo que al deber, según lo precedentemente expuesto, ser reducida en un veintinco por ciento en virtud de la concurrencia de culpas, la demanda debe ser estimada en la cifra de un millón quinientas mil pesetas, con estimación parcial, pues, del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

CONSIDERANDO: Que la parcial estimación en ambos grados jurisdiccionales de las posiciones de las partes veda hacer respecto a ninguno de aquéllos una especial declaración en cuanto a las costas procesales causadas.

VISTOS, con los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que —estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don J. G. Q. y M. M. T. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos, revocando dicha resolución en lo que se opusiere a la presente, estimar y estimamos en parte la demanda deducida por aquéllos contra los demandados don A. G. M., don M. V. G. y la entidad aseguradora "M. N., S.A.", condenando a éstos solidariamente a que abonen a los demandantes la suma de un millon quinientas mil pesetas y los intereses de la misma de acuerdo con el art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil a partir de la fecha de esta re-

solución; desestimando en lo demás dicha demanda, debemos absolver y absolvemos a los demandados de lo demás pretendido en la misma; todo ello sin hacer especial declaración sobre costas de ninguna de ambas instancias.

Notifíquese esta sentencia al demandado no personado en forma edictal, de no interesarse dentro de tercero día su notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. —Entre líneas, a máquina, "de la misma" Vale.-

32

32. **EJECUCION DE OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO DE FACHADAS.** Obligación de reparar la obra. Existencia cláusula de garantía. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982.*

CONSIDERANDO: Que con el designio de enervar la primera de las pretensiones reparatorias cumulativamente ejercitadas por la actora en el escrito instaurador: acondicionamiento y posterior pintado de dos de las fachadas del edificio, la demandada ahora recurrente opuso como defensa de fondo (ahora reproducida como motivo de impugnación de la sentencia recaída en primer grado jurisdiccional) la derivada del contenido de la estipulación o pacto 10° del contrato de suscrito en documento privado de 14 de noviembre de 1968 (Folio 8), relativo a la renuncia de toda reclamación si se producía la buena recepción de las obras a realizar, dirimida caso de discrepancia por el dictamen de arquitectos, estipulación completada por el pacto segundo del contenido en el documento privado de 24 de enero de 1971 (Folio 7); mas este argumento defensivo no resulta aceptable, por cuanto este arbitrio de aprobación establecido en el art. 1.598 del CCiv., de rancio abolengo histórico (Dig. 19,2,24) y sancionado por la doctrina científica y la jurisprudencia del T.S. (P. ej., SS. de 14 de octubre de 1968, 2 de marzo de 1975 y 24 de octubre de 1978), si bien fue emitido por los arbitradores designados, don P. P. y don M. V., ya que no puede negarse eficacia a la discusión en la Junta de la Comunidad de 4 de agosto de 1971 documentada en el libro de actas con el número 52 y cuyo testimonio obra en el ramo separado de prueba de la propia actora (Folio 222) sobre el escrito de aquéllos declaratorio de que "el señor N. ha llevado a cabo en su totalidad las obras que se comprometió a realizar" y que firman "en prueba de conformidad con las citadas obras"; no menos cierto resulta que en la estipulación E) del contrato de 1971 referido no sólo se establece el mismo régimen (arbitrio de aprobación de los técnicos) que para el resto de las obras, sino también un dato objetivo generador de responsabilidad para el hoy demandado y no dependiente de la decisión de los técnicos arbitradores, cual el derivado de que en dicha cláusula se establece que *"dicha obra estará garantizada durante el período de diez años"*; de suerte que al haber ocurrido el daño dentro de tal período es obvio que la obligación de reparar no queda enervada ni por un arbitrio de aprobación no previsto por la misma objetividad de la garantía durante el plazo prestablecido ni por la inatendible alegación defensiva en orden a que quien tenía que prestar dicha garantía era la casa suministradora de la marca

de pintura acordada en el pacto, ya que a su estimación se opone la norma sobre relatividad de la eficacia contractual establecida en el párrafo primero del artículo 1.257 del CCiv. al modo proclamado reiteradamente por la jurisprudencia al declarar que "no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento y, por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los litigantes" (SS., entre varias, de 23 de diciembre de 1969, 25 de abril de 1975, 15 de junio de 1978 y 6 de febrero de 1981); por lo que sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían puramente reiterativas procede, al igual que correctamente lo hizo el juzgador "a quo", rechazar este motivo defensivo.

CONSIDERANDO: Que igual suerte desestimatoria ha de tener la oposición de la demandada a la segunda de las pretensiones reparatorias ejercitadas en la demanda inicial del proceso: reposición de las baldosas que falten y colocación conveniente de las que lo estén defectuosamente en la fachada principal del edificio; ya que en el pacto 4° del aludido contrato de 14 de noviembre de 1978 se establece textualmente que "si por cualquier circunstancia, salvo la de fuerza mayor, se desprendieran los ladrillos de la fachada del edificio, a su cargo, se obliga a reponerlos"; estipulación clara y no desvirtuable: a) Ni por la invocada obligación que las Ordenanzas municipales imponen a los propietarios en orden a la conservación de las fachadas de los edificios, que es obligación perteniente a la esfera administrativa y ajena consecuentemente al área o ámbito propio de la contratación civil.- b) Ni una supuesta novación extintiva del contrato dicho de 1968 por el también referido de 1971, pues sobre ser cuestión nueva no oportunamente opuesta y por ende ahora no examinable, es lo cierto que en manera alguna cabe deducir que el segundo contrato (el de 1971) haya tenido el postulado efecto novatorio total según a los efectos del artículo 1.281 y ss. del CCiv. se deduce del mismo y siendo por lo demás incongruente tal posición defensiva con lo invocado en el precedente motivo por la misma, al postular la vigencia del cronológicamente primer contrato para invocar la extinción de la acción por una sedicente renuncia de la misma.- c) Ni el transcurso del plazo decenal establecido en el art. 1.591 del CCiv., ya que la acción no se funda en la "obligatio ex lege" creada en dicho precepto, sino en una estipulación contractual, por lo que su extinción por prescripción vendría dada no por dicho plazo, sino por el de quince años fijado para la "actio ex stipulatu" genérica en el art. 1.964 del CCiv.- d) Ni la invocada causa del daño como proviniente de la falta de cuidados por parte de la comunidad ahora actora, ya que unánimente los peritos informantes en autos (Folio 351) señalan como causas del desprendimiento de las plaquetas la falta de juntas de dilatación en el paramento exterior y en el encuentro del pavimento con el pretil de las terrazas de los distintos pisos y deficiencia en la colocación de las plaquetas; causas, pues, que al no ser la fuerza mayor prevista contractualmente como excluyente hacen obviamente decaer también este motivo de oposición a la demanda.

CONSIDERANDO: Que, por último, también ha de tener el recurso destino adverso en cuanto a la pretensión reparatoria de desperfectos que se dicen causados por el demandado-recurrente al efectuar el traslado de los enseres y utillaje de sus oficinas sitas en el edificio litigioso a otro inmueble, que la apelante base en una supuesta falta de acreditamiento de su causación por la misma, pues no sólo parte de los desperfectos han sido reconocidos al prestar confesión judicial (posición 11ª, al folio 346 vt°.) como causados por él, sino también los restantes cuya reparación se postula en la demanda acreditados por los calificados testimonios de la portera del edificio doña S. L. F. (Folio 336 vt°.) y del Secretario de la Comunidad, Sr. C., por lo que también en cuanto a este extremo debe ser estimada la demanda y desestimado el recurso.

CONSIDERANDO: Que la parcial estimación, dícese, que no se aprecia temeridad en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto

por el demandado don P. N. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

37

37. **DECLARACION DE DOMINIO SOBRE BIENES INMUEBLES.** Bienes de dominio Público. Bienes de dominio privado. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la cuestión esencial de esta litis es determinar el carácter que ostenta el terreno comprendido entre el límite interior señalado en los deslindes de la zona marítimo terrestre por la Jefatura de Costas y Puertos de Baleares, y el mar, en las playas "Des Codolar", "Mitjorn" o "Trincha" y "Es Cavallet" sitas en el término municipal de San José, de la Isla de Ibiza, pues mientras el Sr. Abogado del Estado, actor en este juicio, afirma que es bien demanial, las sociedades demandadas sostienen que es un enclave dentro de la zona de dominio público.

CONSIDERANDO: Que son antecedentes acreditados y reconocidos, fundamentales para el exámen y resolución de la cuestión litigiosa, los siguientes: A) El 16 de Agosto de 1871 se matriculó a favor del Estado en el Registro de la Propiedad de Ibiza, al folio 218 del libro 5 del Ayuntamiento de San José, la finca nº 391, consistente en "S." compuesta de "15 estanques separados por calzadas formando en junto una superficie de 353 hectáreas, 61 áreas y 82 centiáreas o metros cuadrados"; dicha finca lindaba por el Este, en parte con el mar, sucediendo lo mismo, en parte también, respecto a los linderos del Sur y del Oeste, y contiene varios edificios y dos cargadores de sal, el del Estanque Rojo, y el de la Canal, aquel de una extensión de 84 áreas, 30 centiáreas, 50 centímetros cuadrados, este, comprensivo de un edificio, tenía una superficie de 98 áreas, 34 centiáreas; en el mismo asiento se hace constar que el Jefe de la Administración económica de esta Provincia, certifica con referencia a los inventarios y demás documentos oficiales que obran en dicha Administración, que el Estado posee la expresada Salina. B) De conformidad con las leyes desamortizadoras, dicha finca fue sacada a pública subasta, publicándose el correspondiente edicto en el Boletín Oficial de la Provincia de las Baleares número 658, y celebrada la subasta el 22 de Junio de 1971, el Estado, vendió el 14 de Octubre del mismo año, en escritura pública a don J. A. y C., por el precio de 1.162.000 pesetas, la expresada finca, compuesta de la citada salina, así como de bosques y arenales —85 hectáreas, 4 áreas y 49 centiáreas—, de terreno pantanoso y rocas —67 hectáreas 31 áreas 45 centiáreas—, de eras para amontonar la sal inmediatas a la parroquia de San Francisco de Paula —12 hectáreas, 25 áreas, 38 centiáreas—, la casa de la Bandera contigua a dicha parroquia —125

metros cuadrados 36 decímetros cuadrados—, de otra casa llamada de la Revista —291 metros cuadrados 12 decímetros cuadrados—, del oratorio, almacenes y cuadras, contiguo todo a la casa Revista —191 metros cuadrados, 92 decímetros cuadrados) y los inmuebles anexos, con los dos cargaderos de sal, el del Estanque Rojo y el de la Canal. C) Dicha compra fue inscrita en el citado Registro de la Propiedad, dando lugar a la inscripción 2ª de la finca registral nº 391, remitiéndose la descripción de la salina a la contenida en la inscripción 1ª; en el nuevo asiento registral se hizo constar que el Estado adquirió dicha finca por Real Cédula de 13 de Marzo de 1835. D) En la inscripción 3ª de la finca nº 391, no se mantiene la referencia a la descripción de la inscripción 1ª mencionada, pues se amplia el contenido del asiento, a todos bienes adquiridos por el señor A. en la expresada subasta, y se indica la intervención en la referida compra de la finca, de varias personas, con indicación de las cuotas de cada partícipe. D) Con posterioridad se agregan a la repetida finca nº 391, otras tres fincas rústicas y se hizo constar la titularidad de todo ello a favor de la Empresa de la F. S. I., sociedad constituida el 14 de Noviembre de 1878 en escritura pública y que 20 años más tarde cambió su denominación por la de S. E., S. A. F) por agrupación de la repetida finca registral nº 391 con otras rústicas, surge en el ámbito tabular la finca nº 1614, que por agrupación con otras verificada en 1963 en escritura pública, dio lugar al siguiente año, a la finca registral número 6730 y el mismo día de su inscripción, 3 de Febrero de 1964, nació en el Registro de la Propiedad de Ibiza, una nueva finca, la número 6731, que resultó de la segregación de la 6730, con simultanea venta de lo segregado realizada por S. E., S.A. a don M., don P., don S., doña C., doña A. y doña M. G. S. G., que se convirtieron en dueños de tal porción segregada en régimen de indivisión, por sextas partes; la nueva finca se reseñó como Rústica "porción de tierra sita en San Francisco de Paula, término de San José, de forma muy irregular y debidamente amojonada, que comprende la parte destinada a bosques, arenales, tierra de labor y algunas casitas situadas en la llamada "Torre de Ses Portes" en el Cap des Falcó, cargadero de la Sal y en el Caballet", contando con una superficie de 549 hectáreas, 41 áreas, 40 centiáreas; mencionándose como linderos, en parte, los siguientes: estanques del Codolar, estanques concentradores y cristalizadores de la región pequeña y el mar, por el Norte; edificios del Cargadero de la Canal, camino del Caballet hasta la playa y el mar, por el Sur; el mar y las plazas para la sal de Can Gorra y el Pantano, por el Este; y los estanques concentradores de la región pequeña, la carretera de la canal, y también el mar, por el Oeste. H) El 29 de Noviembre de 1972 mediante escritura pública se constituyó la compañía mercantil I., S.A., cuyo objeto social estriba, entre otros, en la urbanización y parcelación de terrenos y construcción de toda clase de obras, amén del desenvolvimiento de actividades relacionadas con el turismo, a dicha sociedad, en el acto fundacional fue aportada por sus propietarios y por un valor de 277.300.000 pesetas la expresada finca registral nº 6731, en pago de sus haberes sociales. I) La Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, por orden ministerial delegada de 17 de Noviembre de 1970 aprobó el expediente de deslinde de la zona marítimo-terrestre de la costa y playas del término municipal de San José en la Isla de Ibiza, correspondiente al tramo comprendido entre La Canal y la Playa de's Codolar, con la oposición de S. E., S.A. y de los hermanos don M., don P., don S., doña C., doña A. y doña G. S. G. puntualizándose en dicha orden en cuanto a los terrenos "que aparecen inscritos en el Registro de la Propiedad, incluidos en el área demanial acotada por la operación delimitadora, no se ejercitará acto alguno posesorio", en tanto la Dirección General de lo Contencioso del Estado no aportara las decisiones pertinentes para el ejercicio de las acciones relativas a tales terrenos, resolución aprobatoria del deslinde que fue mantenida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. J) Evolución similar tuvo el deslinde de la zona marítimo-terrestre del tramo de la costa del término de San José, de la Isla de Ibiza, que va desde la Playa de'n Bassa hasta La Canal, confluyente en este punto con el relativo al comprendido entre la Playa de's Codolar y La Canal.

CONSIDERANDO: Que es doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, mantenida en la sentencia de 19 Diciembre 1977, en la que se reproducen la de 3 Junio 1974, 7 Mayo 1975 y 23 Abril 1976, la que viene a establecer: "a) que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como de bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos, probar los hechos obstativos a la misma, o en su caso los derechos que sobre los mismos aduzcan, b) que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si se

demuestra la desafectación de los bienes o que su alineabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puerto de 1880 (N. Dicc. 25389), c) que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público, "deben probar inexcusablemente, bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía" y d) que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad o inmunidad; habiendo especificado la sentencia de 26 abril 1969, que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere, no son los que provienen de un título de dominio o inscripción tabular de una posesión más o menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafección o el cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano, en consecuencia para que el particular pueda invocar "un derecho legalmente adquirido", precisa es una decisión estatal que ordene la desafección" (Sentencia 23 Junio 1981).

CONSIDERANDO: Que, consecuente con la expuesta doctrina jurisprudencial y reconociendo que normalmente ha de entenderse que el lindero "mar" es sinónimo de zona marítimo-terrestre, la parte demandada, hoy apelante, funda su tesis, que los referidos tramos de playa son bienes de dominio privado, en la "palmaria desafectación del dominio público" de dicha "zona ribereña con el mar" y "fundamentalmente en que su alineabilidad fue autorizada o decidida por acto propio de la Administración".

CONSIDERANDO: Que, al no admitirse en nuestro derecho patrio actos administrativos tácitos, excepción del supuesto del silencio administrativo, y al ser necesaria para la desafectación de un bien público, una resolución expresa, se ha de rechazar la afirmación de la parte recurrente, de la "palmaria desafectación del dominio público" de dicha zona ribereña del mar, al carecer tal aserto del más mínimo soporte o referencia documental. Mayor consistencia jurídica tiene la otra fundamentación de la parte apelante, la privatización de dichos terrenos por acto propio de la Administración, ya que se sacó a pública subasta y se vendió por el Estado no sólo la salina marina, —bien de dominio privado cuya naturaleza y titularidad no se discute—, sino también los arenales y las rocas de la finca, ya que, según la recurrente, en la finca vendida no hay mas arenales y rocas que las de la ribera del mar, y comprender también la referida venta, los cargadores de sal y los canales de toma de agua del mar que están necesariamente en dicha zona ribereña del mar. En la diligencia de reconocimiento judicial, obrante al folio 447 de los autos principales, no consta en el terreno litigioso, la existencia de rocas, sino de cantos rodados en la playa Es Codolar, en el lindero Es Cap Falcó y respecto a los arenales —suelos de arena movediza—, se apreció, según se consigna en dicha diligencia judicial, en la playa Es Cavallet "arena de la playa y arena cubierta de vegetación fuera de la zona marítimo-terrestre", por lo que esta última alegación, huérfana de prueba, no puede ser acogida; sin que tal decisión pueda cambiar por el hecho de que los cargadores de sal, comprados el año 1871 por el Sr. A. C. al Estado y hoy propiedad de una de las compañías demandadas-apelantes, estén en la zona marítimo-terrestre cuya naturaleza jurídica es objeto de este pleito, y que los distintos canales de toma de agua del mar para la salina y de salida de las aguas dulces procedentes de las lluvias, atraviesen dicha zona, ya que tales elementos, carecen de virtualidad para hacer cambiar la propia naturaleza y carácter del inmueble en que están insitos, al tener este el carácter de bien principal y demanial, ya que la Ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, vigente cuando el señor A. C. realizó la adquisición de que traen remota causa las compañías demandadas, calificaba en su artículo 1°. a las playas de dominio nacional y uso público y por ello inalienables; sin que ello signifique en modo alguno que el Estado pueda desconocer la existencia de tales elementos necesarios y complementarios para la actividad y debido funcionamiento de la salina por él vendida, ni obstaculizar su normal y legal utilización no obstante estar en terrenos de dominio público, ya que debe respetar estos antiguos derechos adquiridos legítima y onerosamente por terceros, a tenor de lo que proclaman el artículo primero de las Leyes de Puertos de 7 de Mayo de 1880 y de 19 de Enero de 1928 que "Son de dominio nacional y uso público, *sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares*: 1°) La zona

marítimo-terrestre...", y el artículo primero de la Ley de Costas de 26 de Abril de 1969, que "Son bienes de dominio público *sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos*: Uno. Las playas... Dos. La zona marítimo-terreste...".

CONSIDERANDO: Que, por todo lo expuesto y toda vez que en los expedientes de la zona marítimo-terrestre tramitados por la Jefatura de Costas y Puertos de Baleares, referentes a los tramos de costa de la Isla de Ibiza, término municipal de San José, uno de ellos el comprendido entre la Playa "Des Codolar" y "La Canal" y el otro, el referente desde "La Canal" hasta la Playa "Den Bossa", sólo se había promovido oposición a la calificación de bien público a las zonas marítimo-terrestres deslindadas en las tres playas antes expresadas —"Des Codolar", "Mitjorn" o "Trincha" y "Es Cavallet"— y al ostentar dichos tramos de playa como se acaba de exponer, la cualidad demanial, es por lo que procede confirmar el fallo recaido, si bien subsanando en él, la omisión padecida al no declarar expresamente la desestimación de la pretensión reconvencional formulada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe 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 S. E., S.A. é I., S.A., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta ciudad, de fecha dieciocho de Mayo de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo, completando la parte dispositiva de la sentencia que se confirma, con la declaración de que se desestima en ella la reconvención formulada; sin hacer expresa condena de las costas devengadas en esta alzada. Notifíquese esta resolución a los demandados rebeldes, no comparecidos en esta segunda instancia, en la forma prevenida en los artículos setecientos sesenta y nueve y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del plazo de tres días no se solicita su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

46

46. **SERVIDUMBRE DE PASO ADQUIRIDA POR USUCAPION INMEMORIAL.** *Sentencia de 12 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que de acuerdo con la norma contenida en el art°. 537 del Código Civil, las servidumbres discontinuas, como la de paso (Sentencias de 30 de octubre de 1959 y 16 de abril de 1969) sólo pueden adquirirse mediante título, si bien se ha admitido jurisprudencialmente (Sentencias, entre muchas de 11 de mayo de 1927, 19 de noviembre de 1949, 14 de noviembre de 1961 y 22 de diciembre de 1967), que al amparo de la disposición transitoria primera del Código Civil, pueda adquirirse por prescripción inmemorial,

conforme Ley XV del título XXXI de la Partida 3ª: "Mas las otras servidumbres de que se ayudan los omes para aprovechar e labrar sus heredades, o sus edificios, que *non ussam dellas cada día*: mas a las vezes... e con fecho, assi como senda, o carrera, o vía, que ouiesen en *heredad de su vezino...*, tales servidumbres como estas o las otras semejantes dellas non se podrían ganar por tiempo sobredicho, antes bien dezimos que quien las quisiere aver por esta razón ha menester que haya usado dellas, ellos o aquellos de quienes las ouieron, *tanto tiempo que non se pueden acordar los omes quanto ha que las començaron a usar*", complementada con la norma probatoria de la Ley XLI de las de Toro: "Que los testigos sean de buena fama y digan que assi lo vieron pasar ellos por tiempo de quarenta años: y assi lo oyeron decir a sus mayores y ancianos"; normativa que veda la estimación de la demanda, en tanto que, como rectamente estimó el juzgador "a quo" en un meditado análisis de la prueba documental y testifical obrante en autos, no justifican en forma alguna que en el momento de promulgación del Código Civil (año 1889) se hubiese consumado la adquisición por usucapión en virtud de uso por tiempo inmemorial preindicado; procediendo en consecuencia la íntegra desestimación del recurso de apelación que se examina.

CONSIDERANDO: Que no procede la aplicación del artº. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sí hacer uso de la facultad otorgada por la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de julio, al no estimarse, dada la naturaleza del tema decisorio, temeraria la posición impugnativa del demandado-reconviniente.

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

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado-reconviniente don J. V. B. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la referida resolución, sin hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

48

48. **RENUNCIA Y CLAUSULA PENAL.** Legitimación "ad causam". *Sentencia de 13 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que procede inexcusablemente, "in limine litis", centrar el auténtico sentido del último de los fundamentos jurídicos de la sentencia 113/1978, de 18 de octubre, dictada por esta misma Sala en anterior proceso seguido entre las mismas partes que el presente, ya que la actora hoy recurrente construye sobre el mismo la pretensión rectora de éste; y así debe señalarse no cabe en forma alguna atribuir sustancia decisoria a tal fundamento, en tanto que: a) El mismo cuida de advertir "ab initio" de que se trata de unas argumentaciones "obiter dicta". b) Que en cualquier caso no trata ni podía tratar

obviamente de problemas del fondo del actual proceso, sino que se refiere únicamente a la legitimación "ad causam" concebida como afirmación de una determinada posición respecto al objeto litigioso, como lo muestra la inicial afirmación de que se refiere a "las graves dificultades de planteamiento suscitan pudieran originarse de elegir no el camino de la legitimación directa, sino, por el contrario, la inusual vía de la legitimación indirecta o de sustitución procesal", añadiéndose que en el campo de esa acción subrogatoria *"cabría* —desde el punto de vista de adecuación entre pretensión y sentencia— *discutir si cabe o no moderar*, pese a la previa renuncia, la cláusula penal comisoria" o *"determinar si es o no aplicable la norma de renuncia de derechos cuando incida en la esfera jurídica del tercero"*; afirmaciones orbitarias circunscritas, por lo tanto, simplemente al tema de legitimación "ad causam" y, por ello mismo, absolutamente no incidentes sobre el fondo de la pretensión, lo que por lo demás hubiera sido absoluta y totalmente descentrado.

CONSIDERANDO: Que al haberse consentido por la parte demandada la sentencia apelada queda firme el pronunciamiento desestimatorio efectuado por el juzgador "a quo" de la excepción de cosa juzgada opuesta por dicha parte al contestar a la demanda (por lo demás no atendible en virtud de la ágil y sobria fundamentación aceptada de la sentencia apelada), restando así como único tema decisorio en alzada el de la procedencia de las dos pretensiones ejercitadas en el escrito instaurador de la litis, cumulativamente articuladas sobre una legitimación indirecta, derivada o de sustitución procesal brifrontemente estructurada: como ejercicio de las acciones (subrogatoria y pauliana) contempladas por el art. 1.111 del CCiv. y como sucesió en la posició contractual (cesión de contrato) en virtud de la subasta de 21 de septiembre de 1979 (Folio 78); legitimación derivada que en virtud de la misma esencia del fenómeno sucesorio, sea a título universal o en una singular relación jurídica (supuestos de subrogación, cesión, etc.) no puede tener un contenido distinto al que originariamente tenía el que transmite o cede; de suerte que en uno u otro caso, como sanciona una reiterada doctrina jurisprudencial (S. de 27 de diciembre de 1974 y las en ella cts.), "en términos generales ha sido siempre admitida la posibilidad de operar la sucesión en un proceso en favor de quien no fue parte inicial del mismo ni trae causa directa en cuanto al derecho material que ejercita del anterior titular si se encuentra en una situación surgida "ope legis" con apoyo en la teoría del interés que podría resultar perjudicado en caso contrario"; de forma que en realidad el único tema decisorio radica en el reexamen del alcance y eficacia respecto a los hoy actores del pacto séptimo —en relación con el quinto— del contrato celebrado entre la hoy demandada-recurrida y la entidad constructora de quienes los actores-apelantes derivan su eventual derecho frente a la primera, pacto, cláusula o estipulación expresiva de que "en caso de caducar el derecho de "Construcciones C., S.A." con arreglo al pacto quinto de este contrato o de ser resuelto con arreglo al pacto sexto, la finca objeto de este contrato volverá a D. M. P. en el estado en que se encuentre y totalmente libre de cargas y gravámenes, quedando especialmente pactado que todos los derechos de cualquier especie que la compañía pudiese tener derivados de este contrato están expresamente sujetos a esta condición resolutoria, *a cuya moderación renuncia desde ahora de forma irrevocable*".

CONSIDERANDO: Que, aunque ello pugne seguramente con la equidad, como también se estimó en el anterior proceso entre las mismas partes, es lo cierto que la moderación establecida por el art. 1.154 del CCiv. no es algo que se impone automáticamente al órgano jurisdiccional (Pese a una aislada S. de 1 de diciembre de 1965), sino que requiere imprescindiblemente la solicitud del interesado (SS. de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981); solicitud de aplicación que no resulta viable en los supuestos de renuncia: a) Ni para el renunciante, en virtud de la propia norma contenida en el art. 6-2 del CCiv. b) Ni para los causahabientes, sucesores a título particular, cesionarios o accionantes por sustitución procesal, no sólo en base a la propia esencia del fenómeno sucesorio, sino también porque, como se ha observado en autorizada exégesis a la reforma del título preliminar del CCiv. por Ley 3/1973, de 17 de marzo, y texto refundido, dícese articulado aprobado por Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, no entra en juego el límite de la renuncia del perjuicio de tercero "cuando se sustituye la norma legal por otra convencional en la regulación del acto constitutivo de una relación jurídica, porque *entonces aún no cabe hablar de tercero perjudicado*, que sólo después podrá quedar afectado como tal tercero por la regulación de esa situación, y entonces, al entrar en contacto con esa relación jurídica pre-

via, podrá —o deberá haber podido— conocer las normas convencionales o legales que la disciplinan, y que por eso le afectan"; doctrina, pues, plenamente clara y aplicable al caso que ahora se decide en segundo grado jurisdiccional, ya que, de un lado la renuncia la "facultas moderandi" es anterior (8 de junio de 1972) a la entrada indirecta en la relación de los hoy actores (los contratos son de 11 de mayo y 23 de noviembre de 1973), lo que los excluye del concepto de "terceros interesados" previsto en el citado art. 6-2, y de otro, como con acierto recalcó el juzgador de primer grado, es lo cierto que en los contratos adquisitivos por parte de los hoy actores recurrentes se expresa en la parte expositiva que la legitimación del transmitente ("Construcciones C., S.A.") deriva del contrato atípico (tan frecuente hoy: Cfr. S. del T.S. de 20 de junio de 1981) de edificación a cambio de pisos y locales suscrito entre aquél y la hoy demandada, contrato que ambos documentos manifiestan "que es conocido por la otra parte contratante y que se da por reproducido"; razones, pues, que sin precisión de insistencias fundamentadoras que serían meras reiteraciones imponen la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la actora y consecuente confirmación íntegra de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que el no personamiento en alzada de la parte apelada evita cualquier pronunciamiento especial sobre las costas causadas en la misma.

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

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes don B. V. y M. C. y M. P. y P. P. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a la demandada no comparecida en este recurso si dentro de segundo día no se interesare la notificación personal.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso de apelación—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

49

49. **SEPARACION CAUSAL.** Injurias e infidelidad. *Sentencia de 13 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que toda argumentación vertida "in voce" en el acto de la vista de este recurso ha ido dirigida a combatir el no pronunciamiento de la sentencia apelada sobre la causa de separación de adulterio (art. 105-1° de la anterior regulación en el CCiv.) y hoy simplemente estructurada como "la infidelidad conyugal (Art. 82-1° del mismo cuerpo legal según la redacción introducida por la Ley de 7 de julio de 1981), olvidando impugnar la apreciación realizada en dicha resolución en orden a la concurrencia de una

conducta injuriosa o vejatoria por parte del actor recurrente hacia su esposa, lo que conlleva la esterilidad de su pretensión impugnativa, en tanto que: a) De estimarse cierta la causa de separación de referencia, en nada alteraría la situación creada por la sentencia apelada al decretar la separación, al haberse estimado (pronunciamiento firme al no haberse interpuesto apelación la demandada-reconviniente) la causa de injurias graves por parte del esposo, ya que sobre no haberse formulado alegación alguna tendente a desvirtuar su estimación, ésta resulta procedente a la luz de la sobriamente correcta fundamentación de la sentencia apelada, en cuanto ya esta misma Sala ha declarado reiteradamente, con anterioridad a la Ley citada (SS. de 18 de abril y 30 de mayo de 1981), que la *causa de injurias* no puede ser reconducida al área penal, sino como sinónima de causación de daño o incomodidad grave para la convivencia, lo que determina que en el estado de desintegración de la comunidad conyugal la ruptura no venga propiciada por la crisis (separación o divorcio), sino que inversamente, ésta sea una consecuencia de aquélla: conclusión acertada del juzgador "a quo" a la vista del material litisdecisorio, muy singularmente a través del calificado testimonio de la testigo hija casada del matrimonio, A. J. J. (Folio 83 vt°.). b) Consecuentemente, la supuesta causa de adulterio o infidelidad en nada alteraría (caso de ser apreciada como existente, para lo que por lo demás faltan adecuados medios de prueba en los autos) la estimación de causación recíproca en la situación de crisis tan correctamente apreciada por la sentencia apelada; lo que impone la desestimación del recurso de apelación del actor-reconvenido.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad en el recurrente, por lo que no procede hacer especial declaración sobre la costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

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

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandante-reconvenido don J. J. B. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de proceso incidental de separación matrimonial de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el correspondiente testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

50

50. **RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA.** Art. 1.591 C.c. Vicios de la construcción. *Sentencia de 15 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que las mismas causas que se opusieron en primera instancia a la demanda, que propugna la reparación de los defectos de construcción en el piso del vuelo del edificio n° 10 de la Plaza Jaime II, de Ciudadela, se reiteran en esta alzada como

motivos del recurso, a saber: a) falta de legitimación pasiva, b) excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, c) falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandada también la constructora benéfica P. V. M. T. y d) falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandados el aparejador y el arquitecto de la obra.

CONSIDERANDO: Que toda vez que el demandado reconoce expresamente que fue él el que construyó el mencionado edificio, aunque por encargo de la constructora benéfica P. V. del M. T., propietaria del solar y de la obra, se ha de rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva, basada en que el demandado se entendió siempre y construyó única y exclusivamente para dicho Patronato benéfico, no sólo por cuanto no es cierta tal afirmación, ya que consta en autos contratos de obra suscritos en nombre propio por el demandado con diversos copropietarios de dicho inmueble (folios 29, 103/106) y varias letras de cambio libradas por aquel a cargo de los referidos copropietarios (folios 99/102 y 107/110), documentos cuya autenticidad ha sido reconocida en confesión judicial (posiciones 2ª, 3ª y 5ª), y ya que con la firma de estos contratos de obra ultimamente mencionados, se hubiera producido una novación extintiva tácita del anterior contrato, el firmado con el repetido Patronato benéfico, al ser incompatibles desde todo punto de vista (artículo 1.204 del Código Civil), sino esencialmente porque la acción que se ejercita en la presente litis no es la derivada de un contrato cuyos efectos y obligaciones queden circunscritos a las partes contratantes, sino que es obligación *"ex lege"* cuya clase se admite en el artículo 1.089, su régimen se determina en el 1.090 y su origen concreto y efectos se hallan indicados en el 1.591, todos ellos del Código Civil, precepto este último que menciona en primer lugar la responsabilidad del contratista: sujeto que, por contrato —de obra—, se obliga a la realización de una obra, definición que es de total y perfecta referencia al hoy recurrente.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de impugnación es la exepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (6ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), al haberse infringido, según el apelante, el artículo 524 de la citada Ley procesal que dispone "... se fijará con claridad y precisión lo que se pide ..." y el párrafo primero del artículo 1.098 del Código Civil, "Si el obligado a hacer una cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa", ya que el suplico del actor contiene, según dicha parte, una auténtica condena de futuro incompatible con la seguridad jurídica que debe proclamar la sentencia. Tesis esta que no puede prosperar, ya que en la demanda se postula que "se condene al demandado a llevar a cabo la obra de reposición del piso del vuelo total de la citada finca, de acuerdo con las normas que se dicten por técnico arquitecto, y en caso de no hacerlo se haga a su costa, determinando el valor total en trámite de ejecución de sentencia y a los precios actuales", petición esta totalmente clara y precisa, que al recaer sobre una obligación de hacer, se ajusta su cumplimiento forzoso a lo dispuesto en el transcrito párrafo primero del artículo 1.098, precepto que está en línea con lo que ordena el artículo 924 de la Ley de Enjuicimiento Civil, y es congruente dada la índole técnica de la obra a realizar, ya que sólo un arquitecto, que será designado por el Juez que lleve a cabo la ejecución de la sentencia, y no el propio Juez, como se solicitó en el acto de la vista, es el que puede y debe dar las oportunas instrucciones técnicas para que el defecto de construcción, origen de este pleito, sea debidamente reparado; por lo que debe ser desestimando el segundo motivo de la apelación.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede ser acogida la tercera excepción esgrimida, falta de litis consorcio pasivo necesario, al no haber sido también demandada la entidad benéfinca de construcción, P. V. de M. T., dueña del solar sobre el que se levantó el referido edificio y que vendió en escritura pública a diversas personas, ya que, aún calificando a dicho Patronato de promotor de la obra, su responsabilidad en cuanto a los defectos de construcción del repetido edificio, sea solidaria (Sentencias 11 y 14 de Octubre de 1974) con la del demandado —contructor de la finca—, y por ello estaría válidamente constituída la relación jurídico-procesal con el excepcionante, como único demandado, pues "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (párrafo primero del artículo 1.144 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que consecuente con el principio de imputabilidad, de no hacer soportar a cada uno más que el peso de su propia falta, el artículo 1.591 del Código Civil implanta el sistema que la doctrina científica denomina de la responsabilidad privativa y que constituye una de las más destacables originalidades del citado precepto en relación con sus precedentes, ya que divide la responsabilidad por ruina del edificio entre el contratista y el arquitecto, en razón de las causas de la ruina: aquel responde de los vicios de la construcción, este, de los vicios del suelo y de la dirección, y cuando concurren varias de dichas causas "y no sea posible discernir la proporción en que cada una haya influído en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que, dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que el precepto contiene, con la identidad de origen de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hace nacer la solidaridad que se deduce del artículo 1.591, según declaró la sentencia de 5 Mayo 1961 y que ha sido reiterado por las de 17 Mayo 1867, 1 Febrero y 18 Noviembre de 1975" (Sentencia 31 Octubre 1979). De lo que se acaba de exponer se deduce la no prosperabilidad del último motivo de la apelación, falta de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido demandados el aparejador y el arquitecto de la obra, ya que si los defectos del piso del vuelo del edificio son debidos a vicios de la construcción, tesis que sustenta el actor-apelado y acoge el Juez de instancia, será acertado el criterio de haberse dirigido la acción sólo contra el demandado contratista, como único posible responsable, e igual solución desestimatoria se llega para el supuesto de que se reputaran responsables de tales defectos, además del demandado, al arquitecto y aparejador de la obra, ya que entonces, según la doctrina jurisprudencial mencionada, habría una responsabilidad solidaria entre ellos tres, con la consecuencia procesal de que el actor podría válidamente demandar a cualquiera de ellos o a todos ellos simultáneamente, como ya se expuso con anterioridad y expresamente lo declara el transcrito párrafo primero del artículo 1.144.

CONSIDERANDO: Que entrando ya en el fondo de la cuestión y acreditada la realidad de los defectos del piso del vuelo del edificio mencionado, probado por los informes técnicos emitidos que tales defectos son debidos a vicios de la construcción, concretamente a no haberse realizado adecuadamente las juntas de dilatación del indicado piso, y al haberse producido tales defectos dentro del plazo que señala el repetido artículo 1.591, es por lo que procede confirmar la sentencia recaída.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de imposición de 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 don B. O. O. debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por la Señora Juez de Primera Instancia de Mahón y su Partido, de fecha primero de Septiembre de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Los interlineados "es" y "solución", vale.

52

52. **ARRENDAMIENTO DE APARTAMENTOS HOTELEROS. DESAHUCIO.** Aplicabilidad de la LAU de 24-XII-1964. Arrendamiento de temporada. Art. 1.565 y 1.581 del C.c. Tácita reconducción. *Sentencia de 20 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la excepción dilatoria 2ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —falta de personalidad en la actora— opuesta por la sociedad demandada, ahora apelante, en la primera instancia y reiterada, sólo nominalmente, en esta alzada, se rechaza radicalmente por cuanto: A) El carácter de propietaria-arrendadora con el que Doña A. W., actora ahora apelada, comparece en este proceso pretendiendo la resolución del contrato de arrendamiento celebrado el 28 de mayo de 1976, lo tiene debidamente acreditado mediante la copia de las escrituras de manifestación, aceptación y posterior adición de herencia, obrante a los folios 15-31, y la manifestación escrita del contrato antedicho obrante al folio 10; y B) porque al haberse celebrado el contrato litigioso entre la actora, en la calidad mencionada, y H. y C., S.A., como arrendataria, ésta demandada no puede invocar con éxito la falta de personalidad en juicio de aquella, por tenerla expresamente reconocida en la contratación (SS. T.S. 25-10-62 y 21-12-63).

CONSIDERANDO: Que el tema de esta alzada es la determinación de la legislación aplicable al contrato de arrendamiento celebrado entre los litigantes, pues si se integra en los supuestos de la Legislación de Arrendamientos Urbanos será ésta la aplicable, o por el contrario, quedará sujeto a la normativa del Código Civil, y para examinar si el objeto arrendado —veinte apartamentos sitos en un complejo turístico residencial— reune las notas de: edificación —habitable— destinada a vivienda o a local de negocio, que exige el artº. 1º de la Ley de 24-12-1964, cruce obligado para penetrar en el campo de la legislación especial arrendataria, conviene precisar: A) Que las notas de edificación y habitabilidad —ésta tanto en la amplia significación referible al local de negocio como en la estricta correspondiente a la vivienda— están presentes en los apartamentos arrendados como resulta del propio texto literal del contrato; B) que el local de negocio está conceptualmente expresado en la propia Ley como edificación habitable cuyo destino primordial es el de ejercerse en ella, con establecimiento abierto, una actividad de industria, comercio o de enseñanza con fin lucrativo; C) que la vivienda, concepto no definido en la Ley, es, como su propio nombre indica, el hogar, la casa, la morada de un individuo o de una familia donde estas desarrollan la intimidad de su existencia y constituye la sede de su vida doméstica (en este sentido SS. T.S. 17-5-1954 y 13-3-1970, entre otras) y D) Que el destino —uso a que haya de destinarse concretamente el edificio habitable— depende del factor subjetivo y jurídico que supone la voluntad declarada de los contratantes.

CONSIDERANDO: Que el destino dado por los litigantes al conjunto de los veinte apartamentos cedidos en arrendamiento no se corresponde con alguno de los exigidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos, es una deducción que nace necesariamente de la lectura de la cláusula B, del pacto 1º, del contrato de 28 de mayo de 1976, coincidente con la que obra en el extinguido contrato que se celebró el 23 de noviembre de 1970 con la anterior propietaria, hermana de la actora: "La entidad arrendataria tendrá derecho a ocuparlos de la manera que considere conveniente" y de la cláusula C, del mismo pacto = "El período de tiempo durante el cual la entidad arrendataria podrá cesar de los apartamentos, haciendo suyas las cantidades que la explotación produzca..." y del pacto tercero "se hace constar que los apartamentos se hallan en perfecto estado de conservación y conteniendo la totalidad de los muebles y elementos necesarios para su explotación...", pues

la indeterminación de destino bilateralmente acordada que tal clausulado contiene no se corresponde con la precisión y fijación normativas antes analizadas, ni la propia configuración del objeto arrendaticio autoriza a entender que en él se va a ejercer una actividad lucrativa con apertura pública; conclusión que, nacida del contrato, no ha sido positivamente desvirtuada por la actividad ejercitada durante la progresiva consumación del mismo.

CONSIDERANDO: Que sentado lo anterior, el contrato de arrendamiento debatido queda excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos y sujeto a la normativa que el Código Civil contiene para los arrendamientos de cosas en su modalidad de fincas urbanas; exclusión que igualmente operaría, por la vía del artº. 2º del Texto refundido de 24-12-1964, si, a efectos puramente argumentativos, se entendiera que las edificaciones habitables arrendadas fueron destinadas a local de negocio, pues los contratantes manifestaron claramente su voluntad de concertar un arrendamiento de temporada al convenir en el pacto segundo, C,: "El periodo de tiempo durante el cual la entidad arrendataria podrá usar de los apartamentos... es de día 1 de abril a día 31 de octubre, de 1967 y 1977 respectivamente. Debiendo de poner los precitados días 31 de octubre a disposición de la Sta. A. W. o de quien la represente los apartamentos en perfecto estado de conservación", y en el mismo pacto, letra D: "Es precio del presente contrato la suma de veinticinco mil pesetas (25.000 pts.) por cada apartamento y temporada turística...", sin que frente a ello tenga relevancia el pago que la sociedad arrendataria ha realizado de las cuotas de la Seguridad Social y de los salarios de alguno de sus empleados durante los meses de invierno, ya que siendo que también explota apartamentos distintos de los arrendados, debió de acreditar, y no lo ha hecho, que éstos eran el lugar de trabajo de aquellos, ni la contratación con una agencia de viajes para ocupar apartamentos, tampoco identificados, durante noviembre de 1978 hasta marzo de 1979, pues no significaría cosa distinta a un acto aislado carente de fuerza modificadora de lo estipulado.

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo previsto en el artº. 1.565 del Código Civil el arrendamiento concertado y discutido concluyó el día 31 de octubre de 1977, por ser el prefijado contractualmente, y si bien nacieron posteriormente, por sucesivas reconducciones tácitas, tres nuevos contratos de arrendamiento que por regulación del artº. 1.581 del citado cuerpo legal tenían, cada uno de ellos, como plazo la temporada turística de cada año, de igual duración a la convenida en el contrato concluído pues el alquiler se había fijado por temporada, —cláusula D del pacto segundo—, el último de estos contratos correspondientes a la temporada turística 1979-1980 concluyó el día 31 de octubre de 1980, sin que haya lugar a nueva reconducción pues la falta de aquiescencia de la arrendadora, su voluntad de dar por finalizado el contrato, se manifestó expresamente cuando el 4 de julio de 1980 requirió a Don L. E. J., Administrador de la Compañía arrendataria Mercantil H. y C. para que el 31 de octubre de 1980 dejara libres los apartamentos arrendados y entregara su posesión, y que tal requerimiento se ha formulado a su correcto destinatario —en contra de la parcial opinión de la demandada— es claro, pues Don J. E. J. fue la misma persona física que en representación de la Sociedad apelante celebró el contrato de arrendamiento cuya declaración resolutoria se confirma íntegramente.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia causa para hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas de esta instancia.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Mercantil H. y C., S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Dos, el tres de junio de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio de desahucio de que este rollo trae causa, debemos de confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento en orden al pago de las costas de esta segunda instancia.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronuncimaos, mandamos y firmamos.

53

53. **DESAHUCIO.** Aplicabilidad LAU de 24-XII-64. Arrendamiento de industria o de un local de negocio. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente ha combatido en primer término la sentencia apelada reiterando el argumento expuesto en el escrito de contestación a la demanda en orden a que el objeto arrendado no era constitutivo de un arrendamiento de industria o empresa industrial, como tal sometido a la legislación civil común, sino de un local de negocio regido por la legislación especial arrendaticia; argumento impugnativo sólidamente rechazado por el juzgador "a quo" a través de una bien matizada fundamentación ahora compartida por esta Sala, a la que, a título sólo corroborativo, ha de añadirse que la doctrina legal reiterada viene afirmando, de un lado, que los contratos son lo que son y no se definen por la denominada, como declaran, p. ej., las SS. de 30 de noviembre de 1978, 20 de febrero de 1980 y 30 de enero de 1981, y de otro que, sin embargo, si los propios términos contractuales son claros ha de estarse a sus propios términos (SS., entre muchas, de 25 de noviembre de 1972, 24 de noviembre de 1975 y 15 de marzo de 1976) siendo en esta materia relevante de modo singular la interpretación sistemática o contextual de las distintas cláusulas del contrato (SS. de 15 de noviembre de 1972 y 24 de noviembre de 1975); doctrina que elimina este primer argumento impugnativo, en tanto que si lo que caracteriza al objeto arrendado como industria o negocio es la entrega de un complejo de materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento (SS., por todas, de 12 de junio de 1967, 10 y 17 de marzo de 1970 y 29 de diciembre de 1971), en forma tal que los elementos entregados sean suficientes para el funcionamiento del negocio (SS. de 25 de noviembre de 1972, 25 de mayo de 1973 y 8 de junio de 1979), a tal calificación no obsta ni: a) La importancia de la empresa ni el número de elementos de que conste (SS. de 15 de marzo de 1976 y 25 de marzo de 1978, entre varias). b) Que el arrendatario realice obras o aporte nuevos utensilios o sustituya los existentes (SS. de 19 de junio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 25 de mayo de 1973, 8 de noviembre de 1974 y 9 de julio de 1979). c) Que con la industria no se entrege licencia de apertura y demás documentación administrativa y fiscal, ya que precisamente la norma (Art. 3-1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) contempla el supuesto como no excluyente de la calificación de empresa industrial a estos efectos; y como tales datos esterilizan todos y cada uno de los argumentos utilizados al respecto por la demandada ahora apelante, llano es que ha de decaer este primer motivo impugnativo de la sentencia sometida a recurso.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de sufrir el segundo, tratado de fundar en una supuesta prórroga contractual pretendidamente derivada de la carta de 6 de noviembre de 1976 acompañada por fotocopia por la demandada hoy recurrente a su escrito de proposición de prueba (Folio 38), supuestamente suscrita por don M. D. y expresiva de que "por nuestra parte no existirá inconveniente alguno prorrogar el período de cinco años establecido en el apartado segundo de los acuerdos del contrato por cinco años más, una vez vencidos los cinco primeros"; argumentación que no resulta de recibo, ya que sobre no estar autenticada la firma obrante en la carta de referencia y no ser tampoco su contenido expresivo de una clara oferta contractual, es lo cierto que una concesión de prórroga, en cuanto novación modificativa del contrato, requeriría un consentimiento bilateral, manifestado, como requiere el básico artículo 1.262 del CCiv., "por *el concurso de la oferta y de la aceptación*"; en este caso imposible no sólo por que aún dialécticamente reputada como oferta la carta de referencia sólo hace referencia a un consenso posterior

("una vez vencidos" y "no existirá inconveniente alguno"), sino también porque en forma alguna consta aceptación alguna de esa hipotética oferta de prórroga contractual, por lo demás incompatible con la base de la oposición a la demanda; todo lo que hace decaer sin necesidad de insistencias fundamentadoras, que serían simples reiteraciones, este segundo fundamento impugnativo de la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que no se aprecia la existencia de temeridad ni mala fe en la recurrente, por lo que no procede hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don J. M. V. contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de esta ciudad en autos de juicio de desahucio de industria de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; sin hacer una especial declaración en cuanto al pago de las costas causadas en este recurso.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de Sala—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

54

54. **JUICIO EJECUTIVO CAMBIARIO.** Oposición. Provisión de fondos: ínsita en el pacto renovador. *Sentencia de 22 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el específico crédito documentado en la cambial entre librador/librado, la provisión de fondos concebida normativamente (Arts. 456 y ss. de CCom.) como obligación del primero, ha sido articulada por una reiterada doctrina jurisprudencial (SS., p. ej., de 17 de enero de 1970, las anteriores a ésta que cita, y las de 10 de diciembre de 1972, 4 de junio de 1972, dícese, 10 de diciembre de 1972, 4 de junio de 1976 y 4 de octubre de 1978) en el sentido de configurar en todo caso como eficazmente aducible su falta cuando el proceso, sea acción ejecutiva o acción cambiaria ordinaria, se desenvuelva entre los citados elementos subjetivos intervinientes en la cambial, aunque ello, obviamente, deba ser matizado, al modo proclamado en la clásica S. del T.S. de 9 de febrero de 1977, tantas veces invocada por esta Sala, cuando declara que "el juicio ejecutivo y como tal sumario, no debe, sin que quede desvirtuada su verdadera naturaleza, aunque sea al amparo del concepto provisión de fondos, convertirse en un juicio exhaustivo y amplio sobre valoración, cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente".

CONSIDERANDO: Que, recordada la elemental línea de partida que antecede, obvio es también que la *llamada provisión por deuda del art. 457 del CCom. (deuda igual o mayor en el momento del vencimiento) existe si las letras cuyo pago se pretende en la vía ejecutiva por el librador responde a un pacto de renovación*, que, como ya declaró la antigua S. del T.S. de 4 de marzo de 1910, es "acto perfectamente lícito y de uso constante, no sólo entre comerciantes, sino también entre los que no tienen esa condición"; de forma que sea cuál sea la opinión doctrinal que se acepte en orden a la naturaleza jurídica de la *renovación cambiaria:* se estime la misma como una modalidad del pago a través de lo que se ha llamado "pago de letra con letra"; ya como prórroga del pago o, por mejor decir, como prórroga del vencimiento, de tan rancio abolengo, lo cierto es que —a los efectos que ahora interesan— si la emisión de una nueva letra (de renovación) en sustitución de otra (renovada o renovadas) consta, la provisión está ínsita en el pacto renovador, en tanto que la letra renovadora vale no *como prórroga*, sino como nueva, al modo ya afirmado hace dos siglos: "si vero animo prolongandi animo novas... legitimas litteras dederit debitor, valebunt istae, abs qui omni dubio non ut prolongatae, sed ut novae"; de manera que no se trata de una "renovatio contractus", de una reproducción negocial, sino de un acto causal nuevo, en el que la prórroga de la obligación causal de que la primera/as letra es simple instrumento opera en función de causa/provisión mediante los usuales incrementos (intereses, gastos de descuento, etc.).

CONSIDERANDO: que, reconocido en el escrito formalizando la oposición y en la redacción del pliego de posiciones para la confesión del ejecutante (Folio 125) la existencia del pacto de renovación, llano es que concurre la provisión específica de la renovación cambiaria y que por ello devienen impropias del reducido y sumario ámbito de este proceso ejecutivo las cuestiones agitadas sin demasiada convicción por la hoy ejecutada-apelante en orden a una supuesta usura, que en todo caso, como rectamente estimó el juzgador "a quo", tendrían más adecuado cauce eventual en un juicio plenario o declarativo ordinario; por todo lo cual procede rechazar en todas sus partes el recurso de apelación que se examina.

CONSIDERANDO: Que se aprecia temeridad en la parte recurrente, por lo que procede condenar a la misma al pago de las costas causadas en este segundo grado jurisdiccional.

VISTOS, además de los citados, los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS: Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el ejecutado don J. B. B. contra la sentencia dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta ciudad en autos de juicio ejecutivo cambiario de que este rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes dicha resolución; condenando al recurrente al pago de las costas de este recurso.

Notifíquese esta sentencia en forma edictal a la demandada declarada en rebeldía doña M. B. M., si dentro de segundo día no se interesare la notificación personal a la misma.

Así, por esta nuestra sentencia —de la que se llevará el oportuno testimonio al rollo de sustanciación del recurso—, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

59

59. **SOCIEDAD RURAL MENORQUINA. LIQUIDACION.** Art. 64 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares. *Sentencia de 24 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la aparcería pecuaria de la Isla de Menorca, conocida en su medio rural como "Ses amitjes" y denominada, siguiendo la nomenclatura del proyecto de Apendice de 1949, en articulo 64 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares aprobada por la Ley 5/1961, de 19 de Abril, Sociedad Rural, es una institución cuya finalidad es la explotación agropecuaria del campo menorquín, mediante un sistema económico, laboral y financiero que, fuertemente arraigado en dicha isla, se ha carcterizado por su buen funcionamiento y carencia, durante muchos años, de litigios entre propietarios y cultivadores; institución que se ha de regir en lo no previsto en el citado artículo ni expresamente establecido en el contrato constitutivo, *exclusivamente* por los usos y costumbres, con lo que se excluye expresamente la aplicación de otras fuentes de derecho además de las mencionadas, como ya señaló esta Sala en su sentencia n°. 100 de 6 de Junio de 1979.

CONSIDERANDO: Que esta segunda instancia dimana de un juicio que recae sobre la liquidación de una sociedad rural menorquina, hecho éste insólito por su excepcionalidad y que revela una cierta relajación de las buenas relaciones que siempre han existido entre el dueño de la finca y "l'amo" —cultivador del predio—, tal vez como resultado de los cambios tan importantes como profundos que se están produciendo en el agro balear, tanto desde un punto de vista económico como social y laboral.

CONSIDERANDO: Que la actora, única parte recurrente, impugna la sentencia recaida por los siguientes motivos: I) Por no haberse reconocido en la resolución apelada, las siguientes partidas a su favor: a) las correspondientes a varios documentos adverados; b) la mitad del valor del tractor matrícula XXX, marca Ebro y de sus elementos complementarios: c) la mitad del valor del ganado vendido por "l'amo", el hoy apelado, después del "desdir" —denuncia de la aparcería—; d) 62.500 pesetas por cuentas pendientes de justificar durante el periodo Abril a Julio 1979. II) Por no haberse aceptado el monto del "estim" fijado por su "estimador", y III) Por no haber declarado el fallo dictado, ser el demandado incumplidor de sus obligaciones como aparcero menorquín.

CONSIDERANDO: Que la tesis de la parte apelante de que al haber sido adverados los documentos números 10 bis, 15, 16, 25 y 26 de los acompañados a la demanda, que son los que obran en los folios números 19, 25, 26, 49 y 50 de los autos principales respectivamente, sus importes deben ser contabilizados a su favor en la liquidación pendiente con la contraparte no puede ser aceptada, ya que algunos de dichos documentos son de fecha posterior a la de la resolución de la referida sociedad rural, otro es un mero aviso de pago y el último fué abonado su importe por el marido de la demandante, entre los cuales impera el régimen matrimonial de separación de bienes, según confesión de la actora (posición 1ª), por lo que procede rechazar el primer motivo de impugnación.

CONSIDERANDO: Que igual destino adverso ha de recaer sobre la segunda causa de apelación, ya que se pretende que el tractor matrícula XXX marca Ebro, con sus elementos complementarios y que con anterioridad a la celebración de la citada aparcería era propiedad del demandado, quede en el predio como elemento de la explotación agro-pecuaria por haber pagado la actora, hoy apelante, 83.000 pesetas, mitad del valor de dicho

vehículo de motor con dichos elementos, afirmación esta que no ha sido probada, como le correspondía a tenor del artículo 1214 del Código Civil. En efecto, en la condición 4ª del contrato de aparcería suscrito por los hoy litigantes (folio 6), se declara respecto a la maquinaria agrícola (tractor, remolque, fresa, etc.) que "el propietario pagará al aparcero la mitad de este valor —166.000 pesetas—, o sea 83.000 pesetas y por esto esta maquinaria está a medias así como las averías y el consumo" y no consta en autos su pago al aparcero, hoy apelado, ni tampoco que la demandante abonase las 83.000 pesetas al payés saliente de la finca, como afirma el testigo y administrador de la actora, don R. B. M., ya que tan importante como decisivo hecho no fué confirmado por el expresado payés, don G. R. R., al contestar a la pregunta a la undécima (fólio 162).

CONSIDERANDO: Que rige en la Isla de Menorca respecto a "Ses amitjes", sociedad rural, según la terminología legal, la costumbre que prohibe, tanto al dueño de la finca como al "amo", vender bienes y elementos objeto de la aparcería, con el fin de poder realizar una total y perfecta evaluación del monto de la explotación pecuaria, objeto del contrato, y si bién se ha probado que "l'amo" vendió en el año 1979 a don G. V. S., siete terneros, un toro y otras cabezas de ganado (folio 135), no se ha acreditado que tal venta se hiciera después del día 1° de Mayo de dicho año, fecha que se fijo en la condición segunda del referido contrato (folio 6) para denunciar la aparcería concertada, por lo que tampoco puede triunfar el cuarto motivo de la apelación.

CONSIDERANDO: Que la suma de 62.500 pesetas, cuya reclamación se reitera en esta alzada, a efectos de cómputo en la liquidación pendiente entre los hoy contendientes, no puede ser acogida ya que no ha sido aprobada la existencia de tal deuda ni mucho menos su importe (artículo 1214 del Código Civil).

CONSIDERANDO: Que una de las especialidades mas caracteríticas de la denominada sociedad rural menorquina, es la de "els estims", que tiene lugar cuando se procede a la liquidación económica de la relación entre el propietario y "l'amo", lo que se lleva a cabo el día convenido o determinado al efecto en la propia finca, no por los interesados sino por dos "estimadors", peritos prácticos, designados, uno, por el cultivador saliente y el otro, por el entrante o en su caso por el dueño de la finca cuando este asuma el papel de "l'amo' entrante, procediendo al recuento de sus elementos y su estimación en número y peso-volumen, dando a cada elmento el precio convenido entre los "estimadors" y cuando estos no se ponen de acuerdo, cosa excepcional según la doctrina foralista, los interesados deben acudir al Juez de Paz o a un tercer dirimente para que de modo inapelable resuelva la discordia. Consta reconocido por la actora, hoy apelante, en su escrito R. B. de contestación a la reconvención, que su "estimador" don R. B. se negó a pasar el estim por cuanto la finca no estaba en condiciones de pasar un estim como es normal, ya que no estaban en la finca presentes todos los elementos de explotación, y en concreto señalar que el tractor no estaba, ni parte del ganado, además de una serie de desperfectos materiales y de ausencias de materiales propios de la finca y del propietario. Por ello, el estimador no aceptó la presentación de la finca procediendo a estimar los elementos que había por su propia cuenta..." (folio 102); lo que constituyó un incumplimiento por parte de dicho perito de su obligación de realizar, según su leal saber y enender, la correspondiente valoración al no verificarla el día señalado al efecto: el 10 de Agosto de 1979, y en el lugar que procedía: en la finca de la aparcería; siendo de destacar que no obstante las razones expuestas por la actora para justificar la actuación de su "estimador", en el "estim" de este no se hace referencia alguna al ganado ni materiales que faltaban en la finca, ni los defectos materiales causados en el predio según él, y en su encabezamiento se dice textualmente: "Relación del ganado y demás efectos pertenecientes a la finca "T. S." del término de XXX *que tenía que ser justipreciada el día 10 de Agosto de 1979*" (folio 12), de donde se desprende que él no efectuó la valoración el día mencionado, mientras que en el otro estim, el del demandado hoy apelado, se encabeza de la siguiente manera: "Relación del ganado y demás efectos pertenecientes a la finca T. S., *justipreciados* el 10 de Agosto 1979 (folios 13 Y 96). El incumplimiento por parte del estimador de la actora al no realizar la valoración el día y lugar que determina la costumbre menorquina, lleva consigo el no aceptar el monto de valoración fijado por el estimador señor R. B. y rechazar el sexto motivo de impugnación, sin que se pueda aceptar en esta litis el monto fijado en "el estim"

del "amo", hoy apelado, ya que ello hubiera constituido una "reformatio in peius" respecto a la recurrente.

CONSIDERANDO: Que al desprenderse de lo actuado, incumplimiento por parte del demandado, se ha de rechazar el último motivo del presente recurso, tendente a que se declare al demandado incumplidor de sus obligaciones como aparcero menorquín.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERANDO: Que dado el gran número y complejidad de las cuestiones litigiosas planteadas y las peculiaridades de su régimen jurídico, este Tribunal, no obstante lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil, hace uso de la facultad que el concede la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio, y no hace condena de costas a la apelante.

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

FALLAMOS: Que desestimado el recurso de apelación formulado por doña E. O. U. debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha cinco de Septiembre de mil novecientos ochenta y uno, dictada por la señora Juez de Primera Instancia de Mahón y su Partido en el juicio declarativo de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa condena de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo procunciamos, mandamos y firmamos.

61

61. **INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR UNA CONSTRUCCION RUINOSA.** Posible existencia de fuerza mayor. Arts. 391 y 1.907 C.c. *Sentencia de 26 de marzo de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la presente apelación se circunscribe en determinar si se ha probado o no que fue por fuerza mayor, totalmente imprevisible, que sobre las 11 horas del día 25 de Octubre de 1980 se desplomase unos 10,50 metros de la pared de cierre del solar señalado con el número 14 de la calle Padre Cerdá, de esta ciudad, y que causó desperfectos valorados en 118.544 pesetas, en el vehículo turismo matrículo PM, marca SEAT, modelo 127, propiedad del actor, que estaba estacionado en la calzada delante de la pared que se derrumbó.

CONSIDERANDO: Que como consecuencia del artículo 389 que impone al propietario de un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción que amenazase ruina, la

obligación de su demolición o de ejecutar las obras necesarias para evitar su caída, el artículo 391 ordena que si la caída se produce se esté a lo dispuesto en el artículo 1907, todos ellos del Código Civil, y dados los términos en que está redactado este último precepto se desprende que al actor perjudicado le basta para demandar la indemnización, probar el derrumbamiento, el daño y el nexo causal entre uno y otro, extremos todos ellos acreditados en autos, y competiendo al propietario del inmueble, para poder enervar con éxito la acción indemnizatoria ejercitada por la contraparte, probar que el derrumbe se produjo por fuerza mayor totalmente imprevisible o haber actuado con la debida diligencia para evitar tal desplome, al existir una presunción "iuris tantum", de que la caída se produjo por su culpa o negligencia —lo que preocesalmente implica una inversión de la carga de la prueba—, aunque también cabe su exoneración demostrando que el daño procede de vicio de construcción (artículo 1591 del citado Código), alegación esta no invocada en esta litis.

CONSIDERANDO: Que el hecho de que el día 25 de Octubre de 1980 soplase en esta ciudad un viento fuerte con rachas frecuentes de 54 a 72 kilómetros hora (folio 68), no es algo exepcional o insólito en esta localidad, ya que tal fenómeno meteorológico se suele producir varias veces al año —la racha máxima de 94 kilómetros hora que sopló el mencionado día, tuvo lugar a las 11,55 hora oficial, cuando ya se había producido el desplome de la referida pared—; por lo que tal meteoro no se puede considerar en puridad, causa del derrumbamiento expresado, sino más bien, como afirma el juez de instancia a que la pared no reunía las condiciones de consistencia o resistencia suficientes para soportar la fuerza de un viento ciertamente fuerte pero no excepcional en esta localidad.

CONSIDERANDO: Que al rechazarse el único motivo de apelación y por los propios y aceptados fundamentos de la sentencia recurrida, procede la confirmación del fallo dictado.

CONSIDERANDO: Que al recaer la cuestión litigiosa fundamentalmente sobre la delicada y difícil apreciación de ciertas pruebas periciales, este Tribunal hace uso de la facultad que le concede la disposición adicional de la Ley 81/1963, de 8 de Julio y no impone condena de costas a la apelante.

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

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por doña A. S. S., debemos confirmar y confirmamos la sentencia de fecha trece de Julio de mil novecientos lchenta y uno, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta capital, en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía de que dimana el presente rollo; sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

66

66. POSIBILIDAD DE ADMITIR LA ACCION DE RETRACTO DE COMUNEROS DE UNA CESION DE BIENES. Plazo de dicha acción. arts. 1.524 C.c. y 1.618 Lec. *Sentencia de 6 de abril de 1982.*

CONSIDERANDO: Que la presente apelación ha quedado circunscrita a dos cuestiones fundamentales, a saber: a) si la acción de retracto de comunero ejercitada, ha sido formulada dentro de plazo —el fallo impugnado desestima la demanda "en base a que no se ha interpuesto dentro del plazo legal indicado en el párrafo 1° del artículo 1618"— y b) en caso afirmativo, si procede el citado retracto ya que racae en una "cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión".

CONSIDERANDO: Que el párrafo primero del artículo 1524 del Código Civil dispone respecto al retracto legal de comuneros y colindantes que "No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta", precepto este derogatorio del artículo 1618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que señala un plazo de caducidad que es breve "por exigencia de la índole de este derecho, si ha de evitarse una prolongación indefinida de la inseguridad de las transacciones inmobiliarias, así como por tratarse de una acción limitativa, a la que, como declaró la sentencia de 14 de Diciembre de 1905, debe atribuirse un sentido restrictivo..." (Sentencia 11 de Febrero de 1959). Como el transcrito precepto "no exige la previa notificación de la venta, sino el hecho del conocimiento de la misma, por parte del retrayente, tal hecho, como elemento fáctico del proceso esencial en el mismo, habrá de inferirse del resultado que ofrezca la prueba practicada, cuya apreciación compete al Tribunal de instancia... (Sentencia 30 de Noviembre de 1927), si bien hay que tener presente, a los efectos que ahora interesan, que no solo es eficaz el conocimiento de la enajenación en el caso de no haberse inscrito en el Registro, como podría resultar de una interpretación literal del artículo 1524, sino que la doctrina del Tribunal Supremo considera a dicho conocimiento como el punto de partida del plazo de caducidad del retracto cuando se ha tenido antes de haberse practicado dicha inscripción (Sentencias 5 Mayo 1972 y 29 de Noviembre de 1958, entre otras), no bastando que el retrayente tenga conocimiento del hecho de que la enajenación ha sido ejercitada, pues si el retrayente ha de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, es preciso que las conozca exactamente para que el ejercicio del derecho responda a un juicio exacto sobre su conveniencia (Sentencia 18 de Noviembre 1971, 6 de Mayo de 1961 y 30 de Octubre de 1953); y sobre este último particular, el referente al momento en que el retrayente tuvo exacto conocimiento de la enajenación llevada a cabo por su hermana, hoy apelada rebelde, surgen fundamentales discrepancias entre las partes litigantes, pues mientras el demandante sostiene que fué cuando la escritura pública fué presentada en el Registro de la Propiedad de Mahón, el 7 de Junio de 1980 (folio 194), la demandada personada afirma que fué mucho antes, como se desprende, según ella, del hecho de tener el actor en su poder y acompañar a su escrito de demanda, como documento n°. 2, una fotocopia de la primera copia expedida a utilidad de la cesionaria, hoy apelada demandada, y que obra en la Delegación de Hacienda de esta capital desde el día 13 de Febrero de 1980 (folio 213) —la presentada en el citado Registro es la segunda copia—. Compete a la parte demandada probar, a tenor del artículo 1214 del repetido Cuerpo legal, por ser hecho extintivo de la pretensión del actor, que este tenía exacto conocimiento antes del día 6 de Julio de 1980 de la cesión de los bienes realizada por la co-demandada, hoy rebelde, ya que la demanda origen de este proceso, fué presentada el día 14 del mes y año ultimamente citados; y hay que reconocer que tan importante particular no se ha acreditado ni se puede en

puridad deducir, en perfecta y rigurosa lógica, de lo actuado en esta litis, pues para la admisibilidad de la prueba de presunciones, el Código Civil exige: 1°) Que el hecho de que ha de deducirse la presunción esté completamente acreditado (artículo 1249) y 2°) Que entre él y el que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según reglas del criterio humano (artículo 1253), y si bien consta reconocido y plenamente acreditado el hecho de que el demandante tenía en su poder la referida fotocopia el 14 de Junio en 1980, fecha en que la adjuntó a su demanda de retracto, no se llega necesariamente, partiendo de tal premisa, a la conclusión de que dicho documento estuviera en poder del actor nueve días antes de la data ultimamente mencionada, ya que resulta también lógico lo declarado por la cedente en su confesión, practicada en esta segunda instancia, de que la expresada fotocopia se la dió la cesionaria (posición 1ª) y ella se la entregó a su hermano, el hoy apelante-actor, cuando regresó a Ciudadela (posición 2ª); por lo que al no haberse probado que el ejercicio de la acción retractual promovida fuese extemporáneo, procede entrar, en contra de lo resuelto por el Juez de instancia, en el estudio de la segunda cuestión, la relativa a si cabe el retracto de comuneros en el negocio jurídico que celebraron las hoy co-demandadas.

CONSIDERANDO: Que el concepto de retracto legal contenido en el artículo 1521 del Código Civil, está configurado por tres elementos, el genérico de la subrogación o sustitución de un tercero en lugar del adquirente, y los específicos de haber de ser la subrogación por título de compraventa o dación en pago, y con las mismas bases estipuladas en el contrato; y al disponer el apartado primero del artículo 1522 del mismo Cuerpo legal que "El propietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de algunos de ellos", surge la cuestión de si en el retracto legal de comuneros se ha ampliado su base operativa al sustituir los término específicos de "compra o dación en pago" por el genérico y mas extenso de enajenación. Unánime es el criterio, sobre esta materia, de que están excluidas las transmisiones a título gratuito, pues el artículo 1522 es una aplicación concreta del concepto de retracto legal, no dándose tal unanimidad respecto a si ha de considerarse equivalente la enajenación de que habla el repetido artículo 1522, a toda transmisión a título oneroso, pues por un lado está el propio fundamento del retracto legal de comuneros: la conveniencia de que cese el estado de indivisión, por ser propicia o provocar discordias entre los comuneros y responde a la misma finalidad que la norma que proclama que es imprescriptible la acción para la división de la cosa común (artículo 1965 del repetido Código), y por otro lado se halla la delimitación de que es imprescindible que pueda producirse la "subrogación" en el negocio jurídico traslativo celebrado, y que tal sustitución subjetiva ha de ser con las mismas condiciones estipuladas en el contrato; y por esta última circunstancia no procede el mencionado retracto en la permuta, ya que el retrayente no podrá dar la misma cosa que daba en permuta el primer adquirente, y en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo, en un caso de retracto de colindantes, en sentencia de 16 de Mayo de 1960, y sin embargo sí lo admitió —sentencia 11 de Junio de 1902— en un caso de censo reservativo, porque tal gravamen "participa de los caracteres sustanciales de la compraventa" y "porque las obligaciones del censatario son transmisibles con la cosa censida por el mero hecho de la transmisión de la misma y sin contemplación a las calidades personales del poseedor, a cuya voluntad queda la elección del momento en que para redimir el censo ha de entregar el valor dado al inmueble al tiempo de su constitución". Concretando ya el estudio, el negocio jurídico celebrado por las hoy codemandadas y en el que se apoya la demanda, negocio titulado en la propia escritura pública de "cesión de bienes a cambio de contraprestación en especie o pensión" y también denominado en el mismo documento de "contrato de cesión de bienes por prestación o pensión alternativa", puede calificarse, a los efectos de esta litis, y a la vista del artículo 1802 del Código Civil, de contrato de renta vitalicia, toda vez que por la cesión de la plena propiedad de la mitad indivisa de cuatro fincas rústicas y una urbana, todas ellas sitas en el término municipal de Ciudadela, la cesionaria se obligó a satisfacer a la cedente, de 69 años de edad y soltera, prestación alimenticia, en el amplio sentido previsto en el Código Civil, prestación médica —servicios a cargo de facultativos y medicamentos correspondientes—, internamiento en Clínica o casa de salud o residencia, de acuerdo con la condición y hábitos de la pensionista y en general toda la atención que precise la cedente en orden a su vida y salud dentro del nivel de vivencia que le es propio, valorándose la pensión a satisfacer en la suma de 70.000 pesetas mensuales, revisable según las necesidades de la cedente y el aumento de los costos o de las prestaciones a perci-

bir; contrato de naturaleza aleatoria, ya que el equivalente de lo que una de las partes, concretamente la cesionaria, ha de dar, no está bien determinado como ocurre con los contratos conmutativos que menciona el legislador en el artículo 1521 del Código Civil —compraventa y dación en pago—, desde el momento mismo de su celebración, y en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Diciembre de 1964, que declaró, por tal causa, improsperable la acción retractual arrendaticia basada en un contrato de renta vitalicia; amén que el "contrato de cesión de bienes por prestación o pensión alternativa" mencionado, se otorgó teniendo bien presente las cualidades, tanto personales como de solvencia moral y material, de la cesionaria —"intuitus personae"—, todo lo cual impide la subrogación que postula el retrayente, aún siendo hermano de la cedente, y por ende procede desestimar el recurso interpuesto en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa del presente pleito.

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 estimando en parte el recurso de apelación formulado por don B. O. B. debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha treinta de Marzo de mil novecientos ochenta y uno dictada por la señora Juez de Primera Instancia de la ciudad de Mahón y su Partido, en el juicio de retracto de que dimana el presente rollo, únicamente en cuanto a la declaración siguiente: "en base a que no se ha interpuesto dentro del plazo legal indicado en el párrafo 1°. del artículo 1618", confirmando, como confirmamos, todos los demás particulares de dicho fallo, si bien completándolo con la declaración de que se absuelven a las demandadas de la demanda contra ellas formulada; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada. Dada la incomparecencia en esta segunda instancia de la codemandada declarada rebelde, notifíquesele esta resolución en la forma prevenida en los artículos 282 y 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dentro del plazo de tres días no se insta su notificación personal.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al Rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

67

67. **ARRENDAMIENTO DE LOCAL.** Art. 1.543 C.c. *Sentencia de 6 de abril de 1982.*

CONSIDERANDO: Que el acatamiento de la parte recurrente al pronunciamiento desestimatorio de la excepción invocada en la instancia primera, reduce el tema que hay que decidir en esta alzada al análisis de si el contrato litigioso ha concluido por transcurso del tiempo de duración pactado —pretensión actora—, lo que exige, con carácter previo por razón de la posible aplicación de la normativa arrendaticia especial —tesis de la demanda—, determinar si a dicho contrato, celebrado entre la Entidad C. S.A., anterior propietaria del establecimiento mercantil y de la que trae causa la actora, ahora recurren-

te, y Dª. M. D. W., demandada, ahora apelada, le corresponde la calificación de arrendamiento, y siendo que del mismo resulta que Dª. M. D. W. recibió un local situado en el interior del establecimiento mencionado para destinarlo a industria o comercio turístico o actividad distinta durante cinco años prorrogables por dos más, ninguna objección existe para estimar cumplidas las exigencias legales contenidas en el artículo 1543 del Código Civil relativas a la entrega del uso o disfrute de una cosa y a la fijación de un tiempo determinado.

CONSIDERANDO: Que el requisito de certeza, precisión, fijeza o determinación que el precio debe tener por imperativo del artículo 1543 del Código Civil, no aparece cumplido en el bilateralmente estipulado que al consistir en un "10% de la venta superior a cincuenta mil mensuales, cantidad que cubre los gastos de sueldos y mantenimiento" —condición especial convenida en sustitución de la general a) obrante en el impreso utilizado, folios 73 y 74,— queda configurado por las notas de variabilidad e inseguridad, extrañas a la figura arrendaticia, pues hacen que la retribución que debe pagarse al cedente del uso o goce dependa íntegramente de los rendimientos económicos que obtenga el cesionario, asumiendo aquél el riesgo derivado de un posible fracaso —riesgo que en el caso litigioso se convirtió en una falta total de percepción retributiva por insuficiencia de ventas— que no es inherente ni conviene el arrendamiento cuyo carácter conmutativo exige una ventaja patrimonial cierta para cada uno de los contratantes.

CONSIDERANDO: Que excluida la posibilidad de aplicación de la prórroga forzosa por no corresponder al contrato litigioso la naturaleza arrendaticia, resta por examinar si éste contiene suficientemente los requisitos que el ordenamiento civil exige para la validez y producción de efectos (artículo 1261 del C. Civil), pues como tiene declarado el T.S. en Ss. de 18-II-1980 y 7-I-1981 "no hay necesidad de esforzarse en seguir los viejos cauces del metodo dogmático e intentar encajar, más o menos, "afortiori" el pacto o convenio en cuestión en los tipos contractuales civiles perfilados en las Leyes, ya que (salvo que proceda la analogia ex artículo 4° C. Civil, como función integradora del Juez), sobre no aparecer en ningún lugar normativo esa exigencia asimiladora, bastará con que el intérprete y juzgador se atenga a lo estipulado —si ello es lícito conforme al artículo 1255 del Código Civil—, y sancionar "ex officio judex" sus naturales consecuencias en orden a la eficacia y efectos (artículo 1258 del Código Civil) de lo acordado libremente por obra de la autonomia de la voluntad, ya que lo que importa no es el "nomeniuris" sino la licitud, validez y eficacia del contrato —en conjunción con los intereses en juego— sea más o menos tipico, atipico, simple o complejo" (en el caso litigioso de naturaleza parciaria o asociativa) "y siempre naturalmente, que sus clausulas contengan las suficientes especificaciones para su cumplimiento".

CONSIDERANDO: Que examinado el contrato litigioso ningún impedimento existe, ni ha sido siquiera alegado por los litigantes, para estimar cumplidos los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, pues los contratantes emitieron su consentimiento sobre un objeto —local sito en un establecimiento mercantil— del que son predicables las exigencias institucionales de posibilidad, licitud y certeza o determinación, y esta misma adecuación normativa presenta la causa negocial por cuanto los contratantes quisieron operar una transmisión del uso del objeto contractual mediante una indeterminada contraprestación o participación en beneficios —en cualquier caso válida—.

CONSIDERANDO: Que la estipulación que sobre el tiempo de duración del contrato convinieron los litigantes "Cinco años necesarios, contados a partir del día en que el local objeto del uso sea puesto a disposición del titular, según documento de entrega que se suscribirá directamente por C., S.A. La duración del presente contrato quedará automáticamente prorrogada por dos anualidades más...", es licita conforme al artículo 1255 del Código Civil, y habiendo transcurrido más de siete años desde el momento en que la demandada recibió el local —30 de junio de 1968, como resulta del hecho 3° del escrito de contestación a la demanda— hasta la fecha en que se dedujo la pretensión actora —11 de octubre de 1979—, forzoso es sancionar su consecuencia natural mediante la resolución del contrato litigioso por expiración del plazo contractualmente establecido, con el consiguiente desalojo del local objeto de aquel.

CONSIDERANDO: Que no existe motivo para hacer declaración alguna sobre el pago de las costas causadas en ambas instancias.

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

FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la C. M. y M. P. de Baleares, contra la sentencia dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de esta Ciudad, el diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y uno, en el juicio declarativo de mayor cuantía del que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución y debemos declarar y declaramos resuelto el contrato celebrado entre C. S.A. y Dª. M.D.W. el treinta de junio de mil novecientos sesenta y ocho, obrante a los folios 6 y 7 de los autos, condenando a la demandada Doña M. D. W. a que desocupe el local objeto del mismo, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en las dos instancias.

C. INDICE ANALITICO

Acción
  Prescripción, 20, 71
  Resarcimiento, 80
  Retracto de comuneros, 66
Aguas públicas
  Adquisición por usucapión, 44
Alimentos provisionales, 31
Arrendamiento
  Apartamento hotelero, 52
  Industria, 4, 28
  Local, 67
  Obra, 55
  Retracto, 11
  Temporada, 52
  Urbano, 23

Bienes
  Cesión, 66
  Dominio privado, 37
  Dominio público, 37

Cláusula Penal, 48
Compraventa
  Consignación de precio, 65
  Cuota participación en explotación negocial, 51
  Mercantil, 60
  Resolución de contrato, 84
Contrato
  Arrendamiento
  Industria, 4
  Local, 11, 24, 82
  Subrogación, 64
  Urbano, 23
  Vivienda, 24
Compraventa, 51, 65, 84
Obra, 8, 16, 32, 50
Prueba, 45
Reserva de plaza hotelera, 75
Seguro, 1, 2, 18, 19, 20, 38
Sociedad
  Documento privado, 26
  Pre-contrato, 56
Culpa
  Compensación, 19
  Concurrencia, 20
  Contrato de seguro, 18, 19
  Extracontractual, 9

Daños
  Accidente de tráfico, 29
Desahucio
  Apartamento hotelero, 52
  Industria, 28, 53
  Local de negocio, 53
Deuda
  Realización de obra, 56
Dominio
  Declaración, 37

Fuerza mayor, 61

Herencia yacente, 43

Indemnización
  Accidente, 15, 20
  Daños y perjuicios, 40, 61
  Lesiones, 20

Juicio ejecutivo cambiario
  Oposición
  Compensación de crédito líquido, 21
  Falta de personalidad, 83
  Iliquidez en la deuda, 78
  Librado no aceptante, 42
  Nulidad de título, 7, 12, 69, 78
  Plus petición, 7, 21, 47, 83

Protesto defectuoso, 58
Provisión de fondos, 54, 57, 69, 79
Recurso de apelación
Incomparecencia, 22, 35
Tercero tenedor de mala fe, 69, 79

Legitimación
Activa, 27
Ad causam, 48
Pasiva, 36, 81
Letra de cambio
(véase voz "juicio ejecutivo cambiario")
Cesión del efecto cambiario, 42
Litisconsorcio pasivo necesario
Apreciación de oficio, 74, 81
Existencia, 16, 63
Improcedencia, 3, 9, 10

Novación
Alegación, 30

Póliza de seguro
Cobertura, 19
Prescripción
Acción, 20, 71, 80
Préstamo, 30
Prórroga forzosa
Arrendamiento urbano, 23

Reclamación de cantidad
Arrendamiento de obra, 55
Contrato de sociedad, 26
Ejecución de obra, 32
Impago de mercancía, 45
Personalidad, 34
Préstamo, 30
Prueba del pago, 73
Reserva de plaza hotelera, 75
Reconvención, 6

Resolución
Arrendamiento
Industria, 4
Local de negocio, 82
Urbano, 23, 24
Compraventa, 84
Responsabilidad
Contrato de obra, 8, 50
Contrato de seguro, 2, 18, 19, 20, 29
Daños, 3
Extracontractual, 15, 20
Herencia yacente, 43
Retracto
Arrendamiento de local, 11
Comuneros, 66

Sentencia
Incongruencia, 44
Separación matrimonial
Causas de separación
Abandono de hogar, 13
Cese efectivo de convivencia, 62, 68
Infidelidad, 49
Injurias, 49
Malos tratos, 13, 14
Estipulaciones matrimoniales, 76
Medidas provisionales, 5
Nulidad, 76
Servidumbre de paso, 46
Sociedad
Disolución, 26
Gananciales, 27
Rural menorquina, 59
Subarriendo
Local de negocio, 26
Vivienda, 24
Subrogación
Contrato de arrendamiento, 64

Tercería de dominio, 25, 70
Testamento ológrafo, 39

Uso y circulación de vehículos a motor
Auto ejecutivo, 7
Usucapión
Aguas públicas, 44
Servidumbre de paso, 46

III. SALAS 1ª Y 2ª DE LO CRIMINAL (1)

A. *INDICE CRONOLOGICO*

1. **Delito contra la salud pública.** Cultivo de "Cannabis sativa". No se realiza tráfico alguno. *Sentencia de 14 de Enero de 1982.*

2. **Falsedad en documento privado.** Art. 306 del Código Penal.- **Delito de uso de documento de indentidad ajeno.** Art. 310 del Código Penal. Circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 14 de Enero de 1982.*

3. **Homicidio en riña tumultuaria.** Art. 408 del Código Penal. Requisitos. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 15 de Enero de 1982* (2ª).

4. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Enero de 1982* (2ª).

5. **Corrupción de menores.** No se aprecia la teoría de unidad delictual. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Enero de 1982* (2ª).

6. **Apropiación indebida.** La existencia de un préstamo y el no negar haberlo recibido excluye la antijuricidad de la acción del delito de apropiación indebida. *Sentencia de 15 de Enero de 1982*.*

7. **Robo con fuerza en las cosas.** Lugar destinado al culto. Autoría y encubrimiento. Concurrencia de la embriaguez no habitual como circunstancia atenuante, y no como eximente. La Sala hace uso de la

---

(1) La selección jurisprudencial de esta sección la han realizado los Letrados del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, J. Blascos Serra y J. Suau Morey. La preparación y presentación ha corrido a cargo del Profesor G. Garcías Planas, del Departamento de Derecho Penal.

facultad que se le concede en el artículo 2° del Código Penal. *Sentencia de 16 de Enero de 1982*.*

8. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 18 de Enero de 1982* (2ª).

9. **Robo con fuerza en las cosas. Uso de documento mercantil falso y estafa frustada.** *Sentencia de 18 de Enero de 1982* (2ª).

10. **Estafa.** Ausencia de conducta típica, inexistencia de engaño. *Sentencia de 18 de Enero de 1982* (2ª).

11. **Lesiones graves.** Deformación estética de la cara del ofendido. *Sentencia de 19 de Enero de 1982.*

12. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Encubrimiento, con la no exigibilidad contenida en el art. 18 del Código Penal. **Receptación.** Ausencia del elemento esencial consistente en el conocimiento del delito e inexistencia de enriquecimiento. **Falta de apropiación indebida.** *Sentencia de 21 de Enero de 1982* (2ª).

13. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. Carácter vinculante no absoluto. *Sentencia de 22 de Enero de 1982.*

14. **Daños.** Ausencia de conducta típica por falta del elemento intelectual del dolo. *Sentencia de 22 de Enero de 1982.*

15. **Utilización ilegitima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Hurto.** *Sentencia de 22 de Enero de 1982.*

16. **Allanamiento de morada.** Requisitos. Existencia de violencia. *Sentencia de 25 de Enero de 1982* (2ª).

17. **Falta de hurto.** Inexistencia de violencia, intimidación ni fuerza en las cosas. *Sentencia de 25 de Enero de 1982* (2ª).

18. **Falsedad en documento mercantil.** Firma propia en talón ajeno. Ausencia de reiteración por rehabilitación según lo establecido por Ley 81/78 (BOE 12-1-1979). *Sentencia de 25 de Enero de 1982** (2ª).

19. **Escándalo público.** Delito continuado. *Sentencia de 25 de Enero de 1982* (2ª).

20. **Delito de hurto. Receptación.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 25 de Enero de 1982* (2ª).

21. **Delito de cheque en descubierto.** Diferencias con el delito de Estafa. *Sentencia de 26 de Enero de 1982.*

22. **Insultos a agente de la autoridad. Falta de lesiones.** *Sentencia de 26 de Enero de 1982* (2ª).

23. **Infracción a los derechos de la propiedad industrial.** Requisitos. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 26 de Enero de 1982* (2ª).

24. **Robo con violencia.** "Tirón de bolso", existencia de fuerza. *Sentencia de 26 de Enero de 1982.*

25. **Abusos deshonestos.** No concurren los elementos del tipo de injusto al faltar el elemento subjetivo —propósito libidinoso— y empleo de violencia. Falta de vejación injusta de carácter leve —art. 585 del Código Penal—. *Sentencia de 26 de Enero de 1982.*

26. **Escándalo público. Atentado. Lesiones. Falta de lesiones.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de enajenación mental. *Sentencia de 27 de Enero de 1982* (2ª).

27. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 28 de Enero de 1982* (2ª).

28. **Robo con violencia e intimidación en las personas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 28 de Enero de 1982* (2ª).

29. **Robo. Robo en casa habitada.** Multirreincidencia. Eximente incompleta de transtorno mental transitorio. *Sentencia de 28 de Enero de 1982.*

30. **Robo con fuerza en las cosas. Receptación:** presunción vehemente de la ilícita procedencia. *Sentencia de 28 de Enero de 1982.*

31. **Robo con violencia.** Fuerza física con apoyo de la velocidad de un vehículo "tirón". Atenuante de menor edad en uno de los procesa-

dos. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*

32. **Robo con fuerza de las cosas.** Delito continuado: unidad de acción delicitiva y pluralidad de actos de ejecución conectados a un fin común. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*

33. **Robo con fuerza en las cosas. Receptación.** *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*

34. **Robo con fuerza en las cosas.** Forzamiento de la ventana de un vehículo. Concurrencia en uno de los procesados en la agravante de reincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*

35. **Cheque en descubierto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1982.*

36. **Hurto.** Delito continuado, requisitos. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 30 de Enero de 1982* (2ª).

37. **Falsedad en documento mercantil. Falta de estafa.** *Sentencia de 30 de Enero de 1982* (2ª).

38. **Salud pública.** Ausencia de conducta típica. Existencia de droga en vehículo de motor ajeno. *Sentencia de 1 de Febrero de 1982* (2ª).

39. **Falsificación de documento de identidad.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Febrero de 1982.*

40. **Encubrimiento.** Ausencia de conducta típica por actuar bajo la concurrencia de la circunstancia eximiente de miedo insuperable. *Sentencia de 3 de Febrero de 1982.*

41. **Robo con fuerza en las cosas. Robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Tenencia ilícita de armas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de semienajenación mental. Conformidad. *Sentencia de 3 de Febrero de 1982.*

42. **Delito contra la salud pública.** La mera tenencia de droga para el propio consumo no integra la figura delictiva en el artículo 344 del Código Penal. *Sentencia de 4 de Febrero de 1982.*

43. **Realización arbitraria del propio derecho.** Existencia de violencia

para obtener un pago. **Falta de lesiones.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración en uno de los procesados. *Sentencia de 5 de Febrero de 1982.*

44. **Robo con violencia en las personas. Lesiones leves.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de transtorno mental transitorio. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 6 de Febrero de 1982* (2ª).

45. **Salud pública.** Existencia de tráfico de estupefacientes. Conformidad. *Sentencia de 6 de Febrero de 1982* (2ª).

46. **Receptación.** Conocimiento de la existencia de delito. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982* (2ª).

47. **Conducción ilegal. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con fuerza en las cosas.** Delitos continuados, requisitos. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982*(2ª).

48. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la atenuante cualificada de minoría de edad. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982* (2ª).

49. **Falsedad en documento público.** Requisitos: objeto, sujeto, acción, elemento subjetivo. Diferencias con el delito de Estafa. *Sentencia de 8 de Febrero de 1982* (2ª).

50. **Falsedad en documento mercantil.** Imitación de firma en letra de cambio. Ausencia de ánimo de defraudar sino de diferir el pago de las cambiales. Agravante de reiteración. Uso por parte del Tribunal de la facultad conferida en el artículo 318 bajando la pena en un grado. **Estafa.** No concurren los elementos del tipo, al faltar el perjuicio económico y el ánimo de lucro. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

51. **Falsificación del documento nacional de identidad. Falsificación en documento mercantil. Estafa.** Consumación y frustración. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982*.*

52. **Calumnia. Honor y libertad de expresión.** Carácter circunstancial del delito. Ausencia de ánimo difamatorio. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982*.*

53. **Estafa.** Ausencia de conducta típica. No queda probada la connivencia entre los procesados. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982*.*

54. **Robo con fuerza en las cosas.** Circunstancia modificativa atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

55. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** Concurrencia de los elementos constitutivos del delito: Apoderamiento, ánimo de lucro, en morada ajena, mediante escalamiento. Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual, como muy cualificada en los procesados. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

56. **Hurto doméstico.** *Sentencia de 13 de Febrero de 1982* (2ª).

57. **Robo con intimidación con empleo de arma.** Circunstancia atenuante muy cualificada de embriaguez. *Sentencia de 13 de Febrero de 1982* (2ª).

58. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Febrero de 1982* (2ª).

59. **Tenencia ilícita de armas.** Conformidad. *Sentencia de 13 de Febrero de 1982* (2ª).

60. **Salud pública.** Consumo propio. Alcance del términio "invitación". *Sentencia de 13 de Febrero de 1982* (2ª).

61. **Hurto.** Encubrimiento. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982.*

62. **Hurto doméstico.** Delito continuado. Abuso de confianza. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982* (2ª).

63. **Salud pública.** Desconocimiento de la existencia de la droga. Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 15 de Febrero de 1982* (2ª).

64. **Robo con fuerza en las cosas. Conducción ilegal.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Establecimiento hotelero, imposibilidad de aplicación analógica del precepto establecido para oficinas bancarias. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982* (2ª).

65. **Robo.** Falta de pruebas. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982* (2ª).

66. **Robo.** Circunstancia atenuante nº 3 del art. 9. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982* (2ª).

67. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 16 de Febrero de 1982* (2ª).

68. **Salud pública.** Venta. Uso por parte del Tribunal de la facultad que le confiere el párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*

69. **Robo con fuerza en las cosas.** Frustración. **Robo con fuerza en las cosas.** Consumación. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*

70. **Desórdenes públicos.** Destrozos en locales pertenecientes a Sindicatos legalmente establecidos y en la sede de un partido político. Existencia de ánimo de perturbar la paz pública. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*

71. **Lesiones.** "Animus laedendi". Desestimación de la circunstancia eximente de legítima defensa. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*

72. **Encubrimiento de delito de robo.** Auxilio a los delicuentes para aprovecharse de los efectos del delito. *Sentencia de 17 de Febrero de 1982.*

73. **Lesiones.** Delito cualificado por el resultado. *Sentencia de 18 de Febrero de 1982* (2ª).

74. **Robo.** Falta de pruebas. *Sentencia de 18 de Febrero de 1982.*

75. **Salud pública.** Venta de sustencia tóxica. *Sentencia de 19 de Febrero de 1982.*

76. **Robo con violencia en las personas.** Uso de armas. Concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982* (2ª).

77. **Robo con violencia.** Casa habitada. Ausencia de participación del procesado. *Sentencia de 20 de Febrero de 1982* (2ª).

78. **Lesiones.** Concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de embriaguez. Conformidad. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982* (2ª).

79. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Contra la seguridad del tráfico o conducción ilegal.** Empleo de fuerza. Concurrencia de la circunstancia atenuante nº 3 del art. 9. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y multirreincidencia. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982* (2ª).

80. **Robo con fuerza en las cosas. Falsedad en documento mercantil. Estafa en grado de frustración.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Concurrencia de la circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982* (2ª).

81. **Falta de hurto.** *Sentencia de 22 de Febrero de 1982* (2ª).

82. **Faltas de hurto.** Definición del delito continuado. *Sentencia de 22 de Febrero de 1982* (2ª).

83. **Estafa.** Delito continuado. Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y reiteración. Conformidad. *Sentencia de 23 de Febrero de 1982* (2ª).

84. **Robo con fuerza en las cosas.** Casa habitada. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 23 de Febrero de 1982* (2ª).

85. **Estafa.** Delito continuado. *Sentencia de 23 de Febrero de 1982.*

86. **Apropiación indebida. Sustitución de placas de matrícula.** Conformidad. *Sentencia de 24 de Febrero de 1982* (2ª).

87. **Atentado contra agentes de la autoridad.** Concurre el elemento característico del delito, es decir, el acometimiento violento o intimidación grave. **Lesiones.** *Sentencia de 24 de Febrero de 1982* (2ª).

88. **Robo.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982* (2ª).

89. **Lesiones.** Pérdida de pieza dentaria. Deformidad. Concurrencia de

la circunstancia atenuante muy cualificada de embriaguez. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982* (2ª).

90. **Hurto.** No aparece acreditada la participación del procesado. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982* (2ª).

91. **Robo con fuerza en las cosas.** No aparece acreditada la participación del procesado. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982* (2ª).

92. **Cheque en descubierto.** Concurrencia de las circunstancias modificativas de reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982* (2ª).

93. **Abusos deshonestos violenteos y de prevalimiento.** Concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, como agravante; y la circunstancia de embriaguez no habitual, como atenuante. *Sentencia de 27 de Febrero de 1982.*

94. **Parricidio.** Concurrencia de la circunstancia. Eximente de enajenación mental. El Tribunal ordena su internamiento en el Hospital Psiquiátrico. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982* (2ª).

95. **Salud pública.** Tenencia para el propio consumo. Inexistencia de conducta típica. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982* (2ª).

96. **Robo con intimidación.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982* (2ª).

97. **Atentado contra agente de la autoridad. Lesiones.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 1 de Marzo de 1982* (2ª).

98. **Uso de documento de identidad falso.** Delito continuado. **Uso de documento mercantil falso.** Delito continuado. **Estafa.** *Sentencia de 1 de Marzo de 1982* (2ª).

99. **Salud pública.** Venta. Conformidad. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982* (2ª).

100. **Robo.** Delito continuado. Concurrencia de la eximente incompleta del art. 9 nº 1 en relación con el art. 8 nº 1. Concurrencia de las cir-

cunstancias agravantes de reiteración y reincidencia. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982* (2ª).

101. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** Escalamiento de ventana. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982.*

102. **Delito de tenencia ilícita de armas de fuego. Falta de amenazas y de lesiones.** Concurrencia de circunstancia agravante de reiteración. Conformidad. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982.*

103. **Robo. Delito continuado.** Casa habitada. *Sentencia de 3 de Marzo de 1982.*

104. **Salud pública.** Venta de drogas. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*

105. **Abandono de familia.** Ausencia de conductá típica por falta del elemento subjetivo del injusto que exige obrar "maliciosamente". *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*

106. **Estupro de prevalimiento.** Requisitos: cópula carnal, sujeto pasivo de edad comprendidas entre los doce y los dieciocho años, relación de superioridad. **Corrupción de menores.** Inexistencia de delito. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*

107. **Robo con fuerza en las cosas.** Escalamiento. *Sentencia de 4 de Marzo de 1982.*

108. **Robo.** Frustración. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982* (2ª).

109. **Robo.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982* (2ª).

110. **Hurto.** Delito continuado. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982.*

111. **Robo.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. Conformidad. *Sentencia de 5 de Marzo de 1982* (2ª).

112. **Salud pública.** Venta de haschisch. Atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*

113. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez no habitual. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*

114. **Robo con fuerza en las cosas.** El concepto de casa habitada no se da cuando al procesado le consta la ausencia de sus moradores. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982*.*

115. **Falsedad en documento mercantil. Estafa.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y reincidencia para el primer delito y multirreincidencia para el de Estafa. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*

116. **Falsificación de documento oficial. Estafa.** *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*

117. **Salud públeca.** Tenencia de drogas destinadas al tráfico. *Sentencia de 10 de Marzo de 1982.*

118. **Salud pública.** Venta. Concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración. *Sentencia de 10 de Marzo de 1982* (2ª).

119. **Estafa. Falsedad en documento mercantil.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982* (2ª).

120. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982* (2ª).

121. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de enajenación mental. Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. Conformidad. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982* (2ª).

122. **Estafa.** Diferencias con el delito de cheque en descubierto. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982* (2ª).

123. **Robo con homicidio.** No apreciación de transtorno mental transitorio ni de oligofrenia. Concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982.*

124. **Tenencia ilícita de armas.** Delito formal. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 256 del Código Penal. *Sentencia de 15 de Marzo de 1982.*

125. **Receptación.** No resulta probada la participación del procesado. *Sentencia de 15 de Marzo de 1982* (2ª).

126. **Hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 17 de Marzo de 1982* (2ª).

127. **Hurto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y doble reincidencia. *Sentencia de 18 de Marzo de 1982* (2ª).

128. **Robo con fuerza en las cosas. Falta de hurto.** *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*

129. **Uso de documento de identidad falso. Falsificación de documento de identidad.** *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*

130. **Robo con fuerza en las cosas.** Imposibilidad de estimar la circunstancia de estado de necesidad. *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*

131. **Quebrantamiento de condena.** Requisitos: fuga del preso y ánimo de eludir el mandato judicial. *Sentencia de 18 de Marzo de 1982.*

132. **Tenencia ilícita de armas.** Exámen de los requisitos constitutivos del tipo. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el art. 256 del Código Penal. *Sentencia de 22 de Marzo de 1982* (2ª).

133. **Robo.** Frustración. Escalamiento. *Sentencia de 22 de Marzo de 1982* (2ª).

134. **Hurto.** Medio necesario para cometer Amenazas. Concurso ideal. Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. *Sentencia de 22 de Marzo de 1982* (2ª).

135. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. El Tribunal expresa en el fallo la fecha en que la pena impuesta quedará cumplida. *Sentencia de 23 de Marzo de 1982* (2ª).

136. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** *Sentencia de 23 de Marzo de 1982.*

137. **Recepción.** Conocimiento no coetáneo sino posterior a la realización del hecho delictivo. *Sentencia de 24 de Marzo de 1982.*

138. **Escándalo público.** Concurrencia. *Sentencia de 24 de Marzo de 1982* (2ª).

139. **Uso de documento oficial falso;** "empleo de receta médica en far-

macia constándole su falsedad''. **Falta de Estafa.** *Sentencia de 25 de Marzo de 1982* (2ª).

140. **Estafa.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de multirreincidencia y reiteración. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982* (2ª).

141. **Robo con fuerza en las cosas** —rotura de cristal—. Frustración. Concurrencia de las circunstancias agravantes de doble reincidencia y reiteración. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982* (2ª).

142. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982* (2ª).

143. **Robo con fuerza en las cosas.** Mutuo acuerdo. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982.*

144. **Resistencia a la autoridad. Atentado a la autoridad. Desórdenes públicos. Daños. Falta de lesiones.** Circunstancias atenuantes de embriaguez no habitual y minoría de edad. *Sentencia de 25 de Marzo de 1982.*

145. **Robo con fuerza en las cosas.** Reincidencia. *Sentencia de 26 de Marzo de 1982.*

146. **Hurto.** Apoderamiento de objetos que creyeron perdidos —art. 514 nº 2 del Código Penal—. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 26 de Marzo de 1982* (2ª).

147. **Tenencia ilícita de arma.** Manipulación de escopeta de caza, —cañones recortados—. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 27 de Marzo de 1982* (2ª).

148. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia 27 de Marzo de 1982* (2ª).

149. **Robo con violencia en las personas.** Consumación por aplicación del art. 512 del Código Penal. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 27 de Marzo de 1982* (2ª).

150. **Atentado a agentes de la autoridad. Falta de lesiones. Falta de per-**

turbación del orden público. Atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 27 de Marzo de 1982.*

151. **Robo con fuerza en las cosas.** Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982* (2ª).

152. **Robo con violencia en las personas.** Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencias de 29 de Marzo de 1982* (2ª).

153. **Salud pública.** Tenencia para el tráfico. Consumación. El Tribunal hizo uso del párrafo 3º del art. 344 del Código Penal. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982* (2ª).

154. **Robo con fuerza en las cosas. Robo con intimidación y empleo de armas. Falsificación de placas de matrícula. Tenencia ilícita de armas. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Contra la seguridad del tráfico. Faltas de hurto.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982* (2ª).

155. **Receptación.** Ausencia del elemento esencial del tipo, cual es el conocimiento de la ilícita procedencia. *Sentencia de 29 de Marzo de 1982* (2ª).

156. **Salud pública.** Inexistencia de delito. Tenencia de droga para consumo propio. *Sentencia de 30 de Marzo de 1982.*

157. **Abandono de familia.** Ausencia de conducta típica. Falta de pruebas sobre la posibilidad por parte del denunciado de cumplir con los deberes conyugales. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982*.*

158. **Robo.** Delito continuado, agravante de reincidencia y atenuante de minoría de edad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

159. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Omisión de placas de matrícula.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982* (2ª).

160. **Salud pública.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

161. **Estafa. Falsificación de documento de identidad.** Conformidad. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

162. **Falta de imprudencia en vehículo de motor.** *Sentencia de 1 de Abril de 1982* (2ª).

163. **Robo con intimidación.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta del art. 9 nº 1 en relación con el art. 8, nº 1. *Sentencia de 1 de Abril de 1982* (2ª).

164. **Robo con violencia e intimidación.** Frustración. **Tenencia ilícita de armas. Uso público de nombre supuesto.** Concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de transtorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 1 de Abril de 1982* (2ª).

165. **Receptación.** Concurrencia de la eximente incompleta de transtorno mental transitorio. Conformidad. *Sentencia de 1 de Abril de 1982* (2ª).

166. **Estafa.** Ausencia de conducta típica por falta de engaño. *Sentencia de 2 de Abril de 1982* (2ª).

167. **Apropiación indebida.** Existencia de "animus rem sibi habendi". Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 2 de Abril de 1982*.*

168. **Violación.** Inexistencia de delito. La fuerza o grave intimidación y el acceso carnal, no resultaron adverados. *Sentencia de 2 de Abril de 1982.*

169. **Robo con fuerza en las cosas.** Conformidad. *Sentencia de 2 de Abril de 1982.*

170. **Receptación.** Desconocimiento de la procedencia ilícita; precio normal de compra. *Sentencia de 3 de Abril de 1982*.*

171. **Estafa. Falsificación de documento mercantil. Uso de nombre supuesto.** Apreciación de la circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 3 de Abril de 1982*.*

172. **Falta de hurto.** *Sentencia de 3 de Abril de 1982* (2ª).

173. **Robo.** Tentativa. Circunstancia agravante de multirreincidencia. Conformidad. *Sentencia de 19 de Abril de 1982* (2ª).

174. **Estafa. Malversación de caudales públicos. Falsificación de docu-**

mento privado. Inexistencia de delitos, faltan los elementos constitutivos del tipo. *Sentencia de 22 de Abril de 1982* (2ª).

175. **Robo con fuerza en las cosas en casa habitada.** Concurrencia de la circunstancia agravante de multirreincidencia. *Sentencia de 22 de Abril de 1982.*

176. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Conducción ilegal. Hurto.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y reiteración. Concurrencia de la circunstancia atenuante de minoría de edad penal. *Sentencia de 24 de Abril de 1982* (2ª).

177. **Falta de hurto,** —tirón de bolso—. Se absolvió por el delito de robo por faltar la violencia exigida. *Sentencia de 24 de Abril de 1982* (2ª).

178. **Falsificación de documento oficial.** Conformidad. *Sentencia de 26 de Abril de 1982.*

179. **Hurto.** Apoderamiento sin violencia. *Sentencia de 26 de Abril de 1982* (2ª).

180. **Delito contra la seguridad del tráfico:** a) Conducción sin permiso; b) Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Concurrencias de las circunstancias agravantes de doble reincidencia y reiteración. *Sentencia de 26 de Abril de 1982* (2ª).

181. **Robo.** Consumación, aún cuando el procesado no consiguiera su propósito, por existir lesiones, —art. 512 del Código Penal—. Concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 9, nº 1 en relación con el art. 8, nº 1. *Sentencia de 26 de Abril de 1982* (2ª).

182. **Salud pública.** Venta. *Sentencia de 26 de Abril de 1982* (2ª).

183. **Aborto.** Ausencia de conducta típica. *Sentencia de 27 de Abril de 1982* (2ª).

184. **Lesiones.** Tipo agravado por parentesco. *Sentencia de 27 de Abril de 1982* (2ª).

185. **Falta de perturbación del orden público.** *Sentencia de 27 de Abril de 1982.*

186. **Falsificación de documento de identidad. Falsificación de documen-**

to oficial. Uso de nombre supuesto. Circunstancia modificativa agravante de reincidencia. El Tribunal hace uso de la facultad que le confiere el artículo 318 del Código Penal. *Sentencia de 27 de Abril de 1982.*

187. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno. Robo con intimidación.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia en el primer delito y la de disfraz en el segundo. *Sentencia de 28 de Abril de 1982.*

188. **Robo con intimidación. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Conformidad. *Sentencia de 29 de Abril de 1982.*

189. **Abandono de familia.** Inexistencia de delito al faltar la maliciosidad que la culpabilidad exige. *Sentencia de 29 de Abril de 1982.*

190. **Robo con fuerza en las cosas. Delito continuado.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia. *Sentencia de 29 de Abril de 1982.*

191. **Lesiones graves.** Incapacidad laboral permanente. **Falta de lesiones.** *Sentencia de 30 de Abril de 1982.*

192. **Robo con fuerza en las cosas.** Concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y de la circunstancia atenuante de minoría de edad. Conformidad. *Sentencia de 30 de Abril de 1982.*

193. **Intrusismo.** Acusación por delito y condena por falta del Artículo 572-1° del Código Penal. *Sentencia de 30 de Abril de 1982*.*

194. **Utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno.** Concurrencia de las circunstancias agravantes de reiteración y multirreincidencia. *Sentencia de 30 de Abril de 1982* (2ª).

195. **Robo.** Ausencia de participación del procesado. *Sentencia de 30 de Abril de 1982* (2ª).

196. **Hurto.** Ausencia de participación de la procesada. *Sentencia de 30 de Abril de 1982* (2ª).

197. **Lesiones.** Conformidad. *Sentencia de 30 de Abril de 1982* (2ª).

198. **Robo.** Ausencia de participación de los procesados. *Sentencia de 30 de Abril de 1982* (2ª).

B. TEXTOS JURISPRUDENCIALES

6

6. **APROPIACION INDEBIDA.** La existencia de un préstamo y el no negar haberlo recibido excluye la antijuricidad de la acción del delito de apropiación indebida. *Sentencia de 15 de Enero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara: que el procesado A. S. S. ejecutoriamente condenado por delito de estafa en sentencia de fecha 8 de febrero de 1977, por delito de homicidio, en sentencia de 3 de diciembre de 1976 y por un delito de robo y dos delitos de utilización ilegítima de vehículo de motor en sentencia de 14-2-76, el día 9 de octubre de 1980, encontrándose cumpliendo condena en la prisión provincial de esta ciudad, en régimen que le permitía la salida diurna, pues sólo pernoctaba en la carcel, obtuvo del también recluso J. I. M. R. autorización escrita dirigida a D. M. G. O. subdirector del Banco de Bilbao en Palma de Mallorca para que hiciera entrega al procesado S. G. "el importe de un millón de pesetas del reintegro que contra la libreta de ahorros nº 93.364 de la agencia del Banco de Bilbao de Zabalburu" documento que suscribió el titular de la cuenta y conforme a sus expresas instrucciones la indicada suma fue entregada al procesado y sin que haya sido posible determinar la finalidad pretendida por las partes con la operación, ya que en aquellas fechas los padres de J. I. M. estuvieran en Palma, y éste fue puesto en libertad el día 24 de Diciembre de 1980 y en el aeropuerto aquél día le fueron entregadas por el S. G. cincuenta mil pesetas, en cambio si está acreditado que el resto de la suma recibida igual que un aparato tocadiscos y unas ropas valoradas en 271.700 pesetas de las que dispuso en provecho propio previo permiso sin que hasta la fecha las haya restituido, siquiera en documento privado de fecha 14 de agosto de 1981 suscrito por ambos se consigna que la cifra del millón fue entregada a título de préstamo y en ningun momento el deudor ha negado haberla recibido el metálico y los efectos.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, con otra en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 535 en relación con el artículo 528-1º del Código Penal; del que conceptúo autor al procesado A. S. G. con la concurrencia de las circunstancias modificativas agravantes 14 y 15 de reiteración y reincidencia del artículo 10 del Código Penal por lo que solicitó contra aquél la pena de doce años de presidio mayor accesorias del artículo correspondiente e indemnización en las cifras que resulten al perjudicado J. I. M. R. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite sostuvo que las entregas del metálico y efectos fue incondicionado y a título de préstamo, por lo que queda desnaturalizado el delito de apropiación indebida y procede la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de apropiación indebida del artículo 535 en relación con el artículo 528-1° ambos del código penal, ya que del hecho de la denuncia formulada por el presunto perjudicado que señalaba el título concreto por el que había hecho entrega del metálico y la custodia de los efectos, en el curso del procedimiento se advierte una serie compleja de relaciones con el procesado que en ningún momento niega haber recibido el dinero y los efectos, pero si que la entrega fuera distinta a la de un préstamo con obligación de subvenir al pago de un fianza y un letrado al denunciante si a ello era requerido y al no haberse dado este supuesto, por una parte y por otra haber firmado con fecha de agosto de 1981 un documento privado que ambas han reconocido, en el que se contiene la afirmación rotunda que la idea del préstamo es la que presidió la entrega del dinero, es evidente que decae la antijuricidad de la acción y por ello procede la libre absolución del procesado.

CONSIDERANDO: Que los no responsables criminalmente de delito, no lo son civilmente y no vienen obligados al pago de las costas.

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 A. S. G. en concepto de autor responsable del delito de apropiación indebida que venía acusado con declaración de oficio de las costas causadas. Póngase al procesado inmediatamente en libertad.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

7

7. **ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.** Lugar destinado al culto. Autoría y encubrimiento. Concurrencia de la embriaguez no habitual como circunstancia atenuante, y no como eximente. La Sala hace uso de la facultad que se le concede en el artículo 2° del Código Penal. *Sentencia de 16 de Enero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que D. M. C. a la sazón de diecisiete años de edad y A. J. P. V., mayor de edad, ambos sin antecedentes penales, puestos de acuerdo en la noche del 8 de febrero de 1981, tras haber ingerido gran cantidad de bebidas alcohólicas que les llevaron a una alcoholemia no corriente en ellos ni buscada voluntariamente, se dirigieron a la casa del cura-párroco de B. y del zaguán de entrada cogieron las llaves de la Iglesia que se encontraban junto a los contadores, encaminándose a continuación hacia el templo y, penetrando en él con ayuda de las referidas llaves, se apoderaron de cálices, copones, candelabros y otros objetos destinados al culto y que fueron valorados en 1.656.000 pesetas, envolviendolo todo en una manta y dejandolo en un des-

campado escondido; seguidamente, procedieron a despertar a F. J. M. C., hermano de D., mayor de edad y condenado el 19 de Septiembre de 1980 por robos, utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, receptación y falta de hurto, así como a A. S. G. B., hermanastro de A. J., también mayor de edad y condenado en 1969 por delito contra la seguridad del tráfico y el 19 de Septiembre de 1980 por robo, a quienes relataron todo lo sucedido; los cuatro procesados decidieron entonces ocultar los efectos a fin de evitar el descubrimiento del hecho y por mediación del último citado entraron en contacto con A. M. S. mayor de edad, condenado en 1966 por conducción ilegal, en 1975 por abusos deshonestos y en 1976 por escándalo público, quien, puesto en antecedentes de lo acaecido y con aquella finalidad, trasladó todo lo sustraido a una finca sita en Cuarteradas 2 de Palma, donde posteriormente se recuperó en su original estado.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de robo de los artículos 500, 504-4°, 510-2°, 505-3° y 506-2° y otro de receptación del 546 bis a), todos del Código penal, conceptuando autores del primero a D. M. C. y A. S. P. y del segundo a los tres procesados restantes, concurriendo en D. M. la atenuante 2ª del artículo 9°, en F. J. M. y A. S. G. la agravante de reincidencia simple y en A. M. la de reiteración, por lo que solicitó contra el primero la pena de cinco años de presidio menor, para A. S. P. la de 10 años y un día de presidio mayor y para los tres restantes iguales penas de 4 años, 2 meses y 1 día de presidio menor y multa de 150.000 pesetas con arresto sustitutorio de 150 días en su caso; accesorias legales y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa de los procesados D. y F. J. M. C. en igual trámite, solicitó la libre absolución de éste por su no participación en los hechos y la condena de D. M., como autor del robo imputado, concurriendo las atenuantes 2ª y 3ª del artículo 9°, a la pena de 2 años, 4 meses y 1 día, o, alternativamente, la de 6 meses y 1 día de presidio menor.

RESULTANDO: Que la Defensa de A. S. P. V., en el mismo trámite, concordó la calificación de los hechos, estimando de aplicación la eximente incompleta del artículo 66, referente a apartado 1° del artículo 8°, en relación a la embriaguez no habitual, 2ª del artículo 9° (sic), solicitando la pena de un mes y un día de arresto mayor.

RESULTANDO: Que las Defensas de los procesados A. S. G. B. y A. M. S., en igual trámite negaron los hechos y solicitaron la respectiva absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de robo con fuerza en las cosas, en cuantía de un millón seiscientas cincuenta y seis mil pesetas, realizado en edificio destinado al culto, previsto y sancionado a través de los artículos 500, 504-4°, 505-3°, 506-2° y 510-2° del código penal en cuanto, que, según lo reconocido y confesado, así como lo adverado en causa, resulta patente un apoderamiento patrimonial de efectos destinados al culto y guardados en la Iglesia Parroquial de B., con lo que se da la agravación específica por razón de lugar, y perpretado mediante la previa sustracción de las llaves legítimas a su propietario; en cambio, no aparece debidamente evidenciada la ejecución de un delito de receptación, pues para que éste se dé (artículo 546 bis a) es necesario, además de un conocimiento del hecho delictivo, el aprovehamiento lucrativo de los efectos del delito y así es de ver en sents. del T.S. de fechas 22 de enero y 24 de octubre de 1970, 28 de enero y 7 de marzo de 1980, aprovehamiento que no resulta claro de lo adverado, antes bien la actuación posterior de los tres últimos procesados se configura mejor como un favorecimiento a los autores materiales del robo, ocultando el cuerpo del delito e impidiendo su descubrimiento, con lo que pierden autonomía tales actuaciones y se situan en el plano de la participación posterior y subsidiaria del encubrimiento previsto en el ordinal 2ª del artículo 17 del texto punitivo.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autor los procesados D. M. C. y A. S. P. V. por la realización material y directa de los hechos y en concepto de encubridores, según lo dicho, los demás procesados F. J. M. C., A. S. G. B. y A. M. S.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante 2ª del artículo 9º respecto al D. M., habida cuenta de que, al cometer el hecho, contaba sólo diecisiete años; en los dos autores, D. M. y A. J. P. concurre asimismo la atenuante de embriaguez, 3ª del mismo artículo 9º, pues los procesados se hallaban, en el momento, afectados por una alcoholemía, no habitual en ellos, ni provocada o preordenada al delito, aunque en modo alguno quepa elevarla a la categoría de transtorno mental transitorio pues ni fué tal su intensidad ni produjo la obnubilación psíquica que se precisa para la aplicación del privilegio contenido en el artículo 66 en relación con los ordinales primeros de los artículos 8 y 9, a la luz de la moderna doctrina jurisprudencial contenida en sents. de 5 de marzo de 1980 y 26 de enero de 1981 (así lo distingue la de 24 de abril de 1980); por último, concurren, asimismo, a la vista de los antecedentes penales de los procesados según lo dicho, la agravante de reincidencia simple (artículo 10 pfrº 15) en F. J. M. C. y A. S. G. B. y la de reiteración (14ª del artículo 10) en A. M. S.

CONSIDERANDO: Que ante todo lo expuesto, procede imponer legalmente las siguientes penas: D. M. C., presidio menor en grado medio, de acuerdo con el arbitrio que permite el artículo 65 del código; a A. J. P. V., presidio mayor en grado máximo (y en él el mínimo) al no poder compensar la atenuante y la agravante por ser ésta específica (sents. 12 de marzo 1954, 20 junio 1966, 22 de marzo 1972); a los tres encubridores presidio menor en grado medio, por efecto del juego en los artículos 54 y 61 regla 2ª (así sents. 8 de febrero 1980, 26 enero de 1981 y 12 de febrero del mismo año, en cuanto explican la forma de rebajar las penalidades), si bien con distinta intesidad en cuanto deben valorarse los móviles que guiaron a todos ellos, dando mayor realce minoratorio de responsabilidad a quienes les unía un vínculo de parentesco con los autores y tendieron, humanamente, a su protección.

CONSIDERANDO: que la pena que se impone al procesado A. S. P. V., es considerada por este Tribunal como notablemente excesiva atendido la total e inmediata recuperación de todo lo sustraído y la carencia de antecedentes penales, en comparación, además, a las otras que se imponen lo que determina un injusto agravio cuantitativo, aún reconociendo que la legalidad actual lo impone, por ello, haciendo uso de lo que previene el artículo 2º del código, la Sala se dirigirá al Gobierno exponiendo dichas razones y solicitando quede aquélla reducida a la de seis años y un día de presidio mayor que parece más adecuada.

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 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61 reglas 2ª y 3ª-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS; Que debemos condenar y condenamos al procesado D. M. C., en concepto de autor responsable de un delito de robo con fuerza en las cosas, en cuantía de un millón seiscientas cincuenta y seis mil pesetas, perpetrado en edificio destinado al culto, con la concurrencia de las circunstancias modificativas atenuantes de ser menor de dieciocho años y de hallarse en estado de embriaguez, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; debemos condenar y condenamos a A. J. P. V., como autor responsable del mismo delito, concurriendo la atenuante de embriaguez, a la pena de diez años y un día de presidio mayor, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, solicitando indulto parcial al Gobierno, según lo expuesto en el Considerando 5º, a fin de que quede reducida la penalidad a la de seis años y un día; asimismo debemos condenar y condenamos a F. J. M. C., A. S. G. B. y A. M. S. como encubridores del delito imputado concurriendo en los dos primeros la agravante de reincidencia simple y en el último la de reiteración, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor a cada uno de los nombrados M. y G. y la de tres años de presidio menor al A. M. y accesorias a los tres de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de condena.

Los procesados abonarán por quintas e iguales partes 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 los autos consultados en que el Juez Instructor declaró insolventes a dichos encartados con la cualidad de sin perjuicio que contienen.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

18

18. **FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL.** Firma propia en talón ajeno. Ausencia de reiteración por rehabilitación según lo establecido por Ley 81/78 (BOE 12-1-1979). *Sentencia de 25 de Enero de 1982* (2ª).

RESULTANDO probado y así se declara expresa y terminantemente: que el día 14 de octubre de 1978, en ocasión de que el procesado J. M. P., se encontraba por la tarde en el Club Tiro de Pichón de Palma, donde después de tirar, algunos de los socios acostumbraban a jugar a las cartas, como quisiera tomar parte en una partida del juego llamado "poker", en el que aunque se acostumbra a emplear fichas, los jugadores depositan como garantía de sus pérdidas bien dinero, bien talones bancarios en blanco para ser rellenados una vez conocido el importe final de aquellas y no tuviera consigo ni dinero ni su propio talonario, solicitó de su amigo J. C. P., que jugaba en otra mesa, que le diera un talón a estos fines, a lo que accedió este con la condición de que el préstamo que supondría en caso de pérdida el relleno y firma de su talón no podría pasar de 15.000 ptas., entregándole un talón en blanco contra su cuenta corriente indistinta con su esposa en el Banco de Crédito Balear, el cual el procesado depositó en la partida de poker sin manifestar su procedencia. Finalizada ésta y como las pérdidas del procesado se elevaron a 325.000 ptas., este sin acudir a su amigo rellenó por sí mismo el citado talón con la cifra indicada, datándolo al 30 de octubre siguiente y firmándolo con su propio nombre y rúbrica, lo entregó a los jugadores, correspondiendo, al hacer las cuentas, al acusador particular G. G. L., el que llegado el día del vencimiento sin haber recibido mas noticias del procesado y creyendo que el talón correspondía a cuenta corriente de la que era titular su deudor, lo presentó al cobro en el Banco, no consiguiéndolo por no conformidad de la firma, por lo que lo protestó con gastos de 669 ptas. El procesado que aún no ha satisfecho su deuda de juego, había sido condenado en 7-11-1961 por delito de hurto y tres de robo en grado de frustación, si bien ha sido rehabilitado, cancelándose sus antecedentes penales en 8-9-1972.

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 mercantil del artº. 303, en relación con el 302, número 2º y 9º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. M. P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquel las penas de seis meses y un día de presidio menor y multa de 30.000 ptas. con responsabilidad personal subsidiaria por impago, accesorias del artº. 47 e indemnización de 669 pesetas al perjudicado G. G. L. y costas.

RESULTANDO: Que la acusación particular, en el mismo trámite se mostró en un todo conforme con las peticiones de la acusación pública, solicitando, además la inclusión de la condena en costas de esta acusación.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite, negando el relato de hechos de las acusaciones y estimando que los realizados por su patrocinado no son constitutivos de delito, solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados que han sido determinados por la apreciación en conciencia del Tribunal de las pruebas practicadas en el juicio oral, integran un delito de falsedad en documento mercantil, definido en el art. 303 en relación con el número 2º del artº. 302 y castigado en el primero de ellos con las penas de presidio menor y multa de 20.000 ptas. a 200.000 ptas., pués de su relato aparece que el culpable supuso en el libramiento de un talón —que es "per se" documento mercantil, regulado como titulo valor en el Código de Comercio— la intervención del titular de la cuenta corriente bancaria, con el dolo genérico de alteración de la verdad suficiente a esta figura delictiva (S. S. de 7-5-1962 26-3-1969, 20-1-1975 y 28-5-1975, entre otras muchas), sin que sirva a invalidar ete dolo el que el culpable firmara el talón con su propio nombre, pués debiendo necesariamente ir firmados los cheques o talones por su titular, el mero hecho de firmarlo, supone el hacer creer en la intervención de aquel y la consiguiente simulación de intervención de persona distinta de la que intervino realmente.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado J. M. P., del delito calificado, por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que este Tribunal, impone las penas señaladas en la extensión que estima procedente, en aplicación de la regla 4ª del artº. 61.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado al pago de las costas por ministerio de a ley, incluidas las de la acusación particular al haber sido acogidas integramente sus pretensiones, en aplicación del artº. 802, segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTAS Las disposiciones legales citadas: los artículos 1, 3, 12, 14, 27, 30, 33, 47, 49, 61 regla 4ª, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª, 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. M. P., en concepto de autor responsable de un delito de falsedad en documento mercantil, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de *seis meses y un día de presidio menor y multa de veinte mil pesetas*, sustituible por veinte dias caso de impago, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido G. G. L. la suma de 669 ptas. y al pago de costas, incluídas las de la acusación particular. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró solvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

51

51. **FALSIFICACION DEL DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD. FALSIFICACION EN DOCUMENTO MERCANTIL. ESTAFA.** Consumación y frustración. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

RESULTANDO: probado y así se declara: que el procesado J. M. V. M. ejecutoriamente condenado en sentencia 22-6-1973 por delito de estafa y falsedad en 30-10-1972 por delito de falsedad documento mercantil y falta de estafa, en 10-9-1977 por delito de hurto, en sentencia de 8-6-1973 por delito de falsedad y estafa, en 14-12-1972 por falsedad documento mercantil, en 13-5-1975 por delitos de estafa y falta de estafa y cinco delitos de falsedad, en 27-6-1972 por delito de estafa, en 16-2-1979 por delito de estafa y en sentencia 3 de diciembre de 1974 por dos delitos de falsedad economista en esta ciudad Palma cometió los siguientes hechos: A) el día 28 de octubre de 1980 se personó en la agencia de Viajes O. sita en la Avenida Nacional del A. regentado por E. A., solicitando el cambio de tres travelcos cheques por un importe de 300 francos suizos, así como que se le facilitara un billete de avión a Barcelona por un importe éste de 2.725 pts., consiguiendo su propósito mediante su identificación con una carta de identidad francesa a nombre de A. L., en la que previamente había colocado su fotografía; los travelcos cheques fueron devueltos impagados por el Banco de Bilbao, sufriendo la agencia de viajes atendido el cambio oficial del franco suizo en aquella época, 13.499 pts., en concepto de perjuicios. B) el siguiente día 29 de octubre de 1980, se personó dicho procesado en la agencia de viajes H. B. sita en la Ada. B. R. propiedad de A. M. M., ofreciendo cambiar dos euro-cheques de trescientos marcos cada uno de ellos, al cambio oficial 12.000 pts., y para obtener el metálico en moneda española exhibió una tarjeta de crédito, y al observar la empleada que los cheques de la Sparkarse de Bonn su numeración no coincidía con los de la tarjeta de crédito, por lo que le exigió la documentación personal presentando un carnet de conducir alemán, en el que la fotografía era del procesado y la fecha de nacimiento 1949 que no coincidía con los 52 años de aquel, comprobándose después que no ocupaba la habitación que decía en el hotel O. y con la natural alarma, el propietario de la agencia avisó a la policía y advertido de ello el procesado salió huyendo y en sus prisas dejó una cartera que contenía los siguientes documentos; un carnet de conducir alemán nº 14.703/68 a nombre de R. P. M. expedido en F. con su fotografía; una carta nacional de identidad francesa a nombre de N. D. H. nacido en D. nº 751.953 con su fotografía; otra carta nacional del mismo país a nombre de A. L. S. nº 781.666 con su fotografía carta de identidad alemana a nombre de O. D. Dr. B. carta nº 4930551 igualmente con su fotografía, también se encontraron cinco cartas de crédito tres de ellas a nombre de N. D. H. pertenecientes a M. B., Barclayscard Visa y Acces de Master Charge en periodo de validez; otra de ellas a nombre de R. P. de K. en período válido y la otra a nombre de O. B. de la S. de B., además encontraron seis eurocheques de la Kreissparkasse dos de ellos ya rellenados por un valor de seiscientos marcos y otros documentos entre ellos el propio documento nacional de identidad del procesado, tarjetas de socio de salas de bingos y varios más que no merecen su reseña.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de cuatro delitos de falsedad en documento de identidad del art. 309 del C. penal, cuatro delitos de falsedad en documento mercantil del art. 303 y dos delitos de estafa del art. 529 nº 1º y 528-3º y 4º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado J. M. V. M. con la concurrencia la circunstancia modificativa agravante de reiteración y reincidencia 14 y 15 del artº 10º del Código penal por lo que solicitó contra aquel cuatro penas de seis meses de arresto mayor y multa de 40.000 pesetas de multa con arresto sustitutorio de 60 días caso de impago, por los delitos

de falsedad en documento de identidad; cuatro penas de seis años de presidio menor y multa de 200.000 pesetas por cada uno de los delitos de falsedad en documento mercantil con arresto sustitutorio de sesenta días de arresto caso de impago, otra pena de un año de presidio menor por un delito de estafa y otra de seis años de presidio menor por el otro delito de estafa accesorias del art° correspondiente e indemnización pertinentes al perjudicado E. A. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite según su personal versión de los hechos solicitó la libre absolución de los hechos.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran cuatro delitos de falsedad en documento de identidad del art° 309 del Código penal, tres delitos de falsedad.en documento mercantil del art° 303 en relación con el art° 302 y dos delitos de estafa de los art° 529 n° 1 en relación con el art° 528 3° y 4° uno en grado de consumación y otro en grado de frustación; por cuanto el procesado obtuvo por medios desconocidos hasta cuatro cartas de identidad de diferentes nacionalidades, en las que habitualmente sutituía la fotografía del titular por la própia, haciendo uso de cualquiera de ellas a conveniencia; concurren los tres delitos antedichos de falsedad en documento mercantil, por cuanto en dos ocasiones en esta ciudad de Palma una de ellas con resultado positivo, la otra sin conseguir su propósito y en otra le fueron ocupados documentos de aquella clase, como son los cheques travellcos y eurocheques que le fueron ya dispuestos para su uso, es decir cumplidos los requisitos formales para su utilización, lo que integran la figura delictiva examinada; por ultimo se dan los requisitos de la estafa con el resultado que se dice en el primer caso en la cuantia de 13.499 pts; en el segundo no consiguió el resultado apetecido por causas independientes a su propia voluntad o intención.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de aütor el procesado J. M. V. M. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la concurrencia de las circunstancias modificativas agravantes de reiteración y reincidencia números 14 y 15 del Código penal ya resultan de la hoja histórico penal del procesado.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado J. M. V. M. en concepto de autor responsable de cuatro delitos de falsedad en documento de identidad, tres delitos de falsificación de documento mercantil y un delito de estafa consumada en cuantia de trece mil cuatrocientas noventa y nueve pesetas y otro también de estafa en grado de frustación con la concurrencia de la circunstancias modificativas agravantes de reiteración y de reincidencia en todos los hechos a las siguientes penas: cuatro penas de seis meses de arresto mayor y tres multas de cuarenta mil pesetas para cada uno de dichos delitos con arresto sustitutorio de cuarenta días caso de impago; tres penas de seis años de presidio menor y tres multas de cien mil pesetas para cada uno de los delitos de falsificación de documentos mercantiles, caso de impago de las multas impuestas se le impone el arresto sustitutorio de cincuenta días por cada multa impuesta; por el delito de estafa consumada se le impone la pena de seis meses de arresto mayor y la de un mes y un día de arresto mayor por el delito frustado, sin que en ningún caso pueda cumplir más del triplo de la mayor que se le impone a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio durante la condena a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido E. A. la suma de trece mil cuatrocientas noventa y nueve 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. Reclamese la pieza de responsabilidad civil del Instructor.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

52

52. CALUMNIA. HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESION. Carácter circunstancial del delito. Ausencia de ánimo difamatorio. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que F. M. C., mayor de edad, sin antecedentes penales, que en abril de 1980 ostentaba el cargo de Secretario de Actas del Comité de Empresa del Aeropuerto de Palma de Mallorca y miembro de la sección de Sanidad e Higiene, remitió, en calidad de tal y vistas las quejas que por distintos medios iban llegando a su conocimiento, una carta a los rotativos locales "Ultima Hora", "Diario de Mallorca" y "Baleares" quejándose de que la empresa "T.", concesionaria de los servicios de Restaurante del citado Aeropuerto, servía alimentos en defectuosas condiciones higiénicas y carne agusanada, misiva que tenía por objeto la pública denuncia de esa situación y la toma de conciencia por parte de las autoridades competentes. Los médicos del Aeropuerto informaron sobre falta de higiene, manipulación inadecuada de alimentos y cruces entre basura y comidas.

RESULTANDO: que el Ministerio Fiscal, en conclusiones definitivas, estimó que los hechos no eran constitutivos de delito, solicitando la libre absolución del acusado.

RESULTANDO: Que la acusación particular en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de calumnia propagada por escrito y con publicidad, prevista en el artículo 453 en relación con el 463 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado F. M. C., sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquél la pena de 4 años de prisión menor y multa de 150.000 pesetas, accesorias legales e indemnización de una peseta al perjudicado "Cooperativa T." y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa del procesado, en igual trámite impetró la libre absolución del mismo por no ser los hechos delictivos.

CONSIDERANDO: Que ante la clara garantía constitucional que representa el artículo 18-1 del texto Fundamental de 31 de octubre de 1978, en orden "al honor, a la intimidad prsonal y familiar y a la propia imagen", el artículo 20-1-A del mismo texto reconoce y protege el derecho a "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, escrito o cualquier medio de reproducción", libertad que encuentra su límite precisamente, entre otros, en el derecho al honor y a la propia imagen (ordinal 4 del propio artículo) y su correctivo punitivo en los delitos que prevé el libro II, Título X, del código penal, castigando tanto la atribución de defectos o vicios que menosprecien o desacrediten a una persona, como la mendaz imputación de unos hechos que, de ser ciertos, constituirían delito público. Ahora bien, tales delitos, como expresiones de unas libertades colisionantes, tienen un fondo esencial y básicamente culpabilístico, de-

biendo exigirse un "plus" de intencionalidad y así lo ha visto nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de18 de febrero de 1981, cuando requiere "la presencia de los elementos anímicos relacionados con la conciencia y voluntad del acto que se realiza y su falsedad y además la concurrencia de un ánimo tendencial de contenido difamatorio" y de ahí que, como delito circunstancial, sea forzoso tener en cuenta "la personalidad del sujeto activo y caracteres del pasivo", "las relaciones o vinculaciones entre los mismos" y "la repulsa del ente social en cuyo entorno se realiza la actividad del ataque al bien del honor".

CONSIDERANDO: Que, a la luz de lo anterior, la cualidad del acusado en su actuación como miembro de un comité de empresa y encargado de seguridad e higiene, las circunstancias anteriores de quejas constantes por parte de trabajadores y empleados respecto a la mala calidad de los alimentos que se servían en el Restaurante, los informes médicos emitidos en orden a una falta de higiene y manipulación inadecuada de tales alimentos, ausencia de limpieza general y existencia de basuras cerca de las comidas, son razones todas que condicionan, eliminándolo, el ánimo tendencial difamatorio y lo sitúan en su verdadero contexto del afán de denunciar públicamente, desde posturas oficiales o cuasioficiales, un estado de cosas que se reputa inaceptable, a fin de que, por quien corresponda, se tome conciencia de los remedios que sean necesarios, aunque; tal denuncia pública, implique, en principio, una dejación voluntaria de la vía jurisdiccional adecuada.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, procede apreciar la inexistencia del delito de calumnia imputado, con la consiguiente absolución del acusado y declaración de oficio de las costas.

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 F. M. C., del delito de calumnias imputado, ordenando el levantamiento de cuantas medidas se hubieren adoptado contra su persona o bienes declarando de oficio las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

53

53. **ESTAFA.** Ausencia de conducta típica. No queda probada la connivencia entre los procesados. *Sentencia de 11 de Febrero de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara: que el procesado B. G. T. ejecutoriamente condenado el 27-5-68 por un delito de imprudencia simple a la pena de un mes y un día de arresto mayor, el día 23 de febrero de 1978 mediante escritura pública otorgada ante el Notario de F. Don J. L. A. de la Madrid, adquirió una parcela de terreno de 850 metros y edificación existente en la misma de la Urbanización T. M. del término municipal de A., siendo vendedor otro procesado R. T. no juzgado en este acto, que obraba en nombre y como representante de E. B. y esposa del que tenía poder bastante para enajenar desde el

día 15 de octubre de 1975, y aseguró no le había sido revocado. El precio convenido para la compra-venta fue el de quince millones de pesetas que fue abonado parte mediante documento privado y el resto hasta más de diez millones de pesetas en la notaría, conseguidos siete de ellos por el procesado de P. B. M.; realizada la operación antedicha el procesado rebelde se ausentó de la isla y remitió una carta a E. B. en la que le comunicaba la venta por el precio de quince millones y que en su día le rendiría cuentas del precio. A las pocas fechas E. B. denunció mediante carta a la guardia civil de P. del día 16 de marzo de 1978 que a su apoderado le había "estafado" la suma de quince millones de pesetas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa como no constitutivos de delito para el procesado en esta causa juzgado en el día de hoy B. G. T. para el que solicitó la libre absolución.

RESULTANTO: Que la acusación particular con su propia versión de los hechos, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de estafa de los artículos 529-1° en relación con el artículo 528-1 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado B. G. T. con la concurrencia de la circunstancia modificativa de multirreincidencia por lo que solicitó contra aquél la pena de doce años y un día de presidio mayor, accesorias del artículo correspondiente e indemnización de 15.000.000 de pesetas al perjudicado E. B. y esposa y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado, en igual trámite solicitó la libre absolución del procesado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de estafa de los artículos 529-1° en relación con el artículo 528-1° ambos del código penal, porque la ausencia del procesado rebelde, no permite estimar acreditados, o sea como realidad, más que la descrita, o sea que el procesado B. G., los primeros meses de 1978, cualquiera fuera su situación económica tenía determinado crédito y obtuvo una cantidad importante para el pago del precio de la compra del inmueble y este extremo incontrovertible, que la propia acusación no ha podido desconocer, hace que sea razonable dudar que dejara de abonar la totalidad del precio que afirma que fue el estipulado y ante la falta de pruebas decisivas, siempre necesarias en materia penal que acrediten la confabulación entre el procesado rebelde y el ahora juzgado en perjuicio del acusador procede sin más declarar la libre absolución de B. G.

CONSIDERANDO: Que los no responsables criminalmente de delito, no lo son civilmente y procede declararlas de oficio.

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 B. G. T. del delito de estafa que venía acusado con declaración de oficio de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

114

114. **ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.** El concepto de casa habitada no se da cuando al procesado le consta la ausencia de sus moradores. *Sentencia de 9 de Marzo de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que R. M. R. y M. C. S., ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en la noche del catorce de agosto de 1981, sin que conste se hallaban afectados por intoxicación etilíca, puestos de acuerdo y tras haber comprobado que los moradores de la vivienda sita en la calle C. nº 14-1º de M. se hallaban ausentes, penetraron en el piso previo forzar el M. la puerta de entrada con un destornillador causando desperfectos valorados en mil pesetas y de su interior se apoderaron de objetos de plata y joyas por valor de 313.100 pesetas, que metieron en una bolsa que portaba el C. S. y escondieron después en casa del primer procesado, siendo al fin recuperado en su totalidad y entregados a su propietaria —y ocupante del inmueble— J. G. G.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de robo de los artículos 500, 504-2º, 505-3º y 506-2º todos del Código Penal; del que conceptuó autores a los dos procesados, sin la concurrencia de circunstancias, por lo que solicitó contra aquéllos la pena de 10 años y un día de presidio mayor para cada uno, accesorias legales e indemnización de mil pesetas a la perjudicada J. G. G. y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa de R. M., en igual trámite, concordó los hechos y apreció la concurrencia de las circunstancias atenuantes 2ª y 8ª del artículo 9º del código, solicitando la imposición de una pena de seis meses y un día de presidio menor e indemnización de 500 pesetas a J. G. G.

RESULTANDO: Que la Defensa de M. C., en el mismo trámite, consideró la condición de éste como complice del robo acaecido, concurriendo la atenuante 2ª del artículo 9º y solicitando una pena de seis meses y un día de presidio menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de robo con fuerza en las cosas, en cuantía de 313.100 pesetas, tipificado y punido a través de los artículos 500, 504-2º y 505-3º del código penal, al constar adverado plenamente un apoderamiento, mediante violencia material ejercida sobre la puerta de acceso, de bienes muebles de ajena pertenencia justipreciados en aquel montante y perpetrado con evidente y no negado ánimo de adueñamiento, con lo que concurren todos los resquisitos del tipo legal; sin embargo, es descartable la agravación específica, recogida en el párrafo 2º del artículo 506 y apreciada por la acusación pública, toda vez que, como ha quedado demostrado, los autores de la sustracción conocían perfectamente que la casa se hallaba en aquellos momentos deshabitada por encontrarse su moradora de viaje, lo que desnaturaliza la "ratio essendi" agravatoria que, según unánime doctrina y jurisprudencia (sentencia 22 de febrero de 1972, 17 de diciembre de 1973, 8 de febrero de 1975), vale como consideración al riesgo posible para las personas que habitaban el local, determinando en el culpable una más decidida voluntad de afrontarlo con todas sus consecuencias, condiciones que, como se ha visto, no se dan en el caso de autos, donde resultaría ilógico agravar la penalidad por casa habitada a quien espera que se deshabite para penetrar en ella.

CONSIDERANDO: Que ambos procesados son responsables en concepto de autor del delito antedicho, al quedar evidenciado el "pactum scaeleris" (sentencias 16 enero, 4 y

5 de febrero de 1980 y 26 de febrero de 1981), una común participación y un posterior coaprovechamiento, sin que, en modo alguno, quepa calificar de cómplice a M. C. S., cual pretende su defensa, pues acudir al lugar, acceder al piso, colocar los efectos en la bolsa que portaba y transportarlos al domicilio del otro procesado son actos típicos y esenciales en la realización delictiva (sentencias 23 y 24 de abril de 1980, 3 de febrero de 1981).

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues éstas deben quedar tan probadas como el hecho mismo (sentencias 11 y 25 de febrero de 1980) y es lo cierto que la pretendida embriaguez de los encausados, que justificaría de darse la aplicación del artículo 9° 2°, ha quedado huérfana de toda adveración y surje simplemente de la manifestación de aquéllos en juicio oral, desconociéndose, consiguientemente, elementos tan importantes como sus causas intensidad e influencia, en contra de una dinámica delictiva que no la hace presumible desde luego; como también es denegable la aplicación del párrafo 8° del artículo 9° en orden a un pretendido arrebato de los sujetos activos, arrebato que, en cualquier caso, dependería de un estímulo exterior grave, ilícito y capaz (sentencias 17 de enero, 4 de febrero, 7 y 31 de marzo de 1980) y no se alcanza a determinar cuál pudo ser el motivo que "naturalmente" impulsara a la comisión del delito de robo imputado.

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

VISTAS las disposiciones legales citadas: los artículos 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61 regla 4ª.- 101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.- 142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados R. M. R. y M. C. S., en concepto de autores responsables de un delito de robo con fuerza en las cosas, por cuantía de trescientas trece mil cien pesetas, sin la concurrencia de cincunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno, de seis años y un día de presidio mayor, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; a que por vía de indemnización de perjuicios abonen solidariamente a la ofendida J. G. G. la suma de mil pesetas y al pago por mitad de costas.

Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. Reclámese del Instructor las correspondientes piezas de responsabilidad civil y hágase entrega definitiva de los efectos recuperados.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Nota: Notificada la sentencia, se interpuso contra ella recurso de casación.

122

122. **ESTAFA.** Diferencias con el delito de cheque en descubierto. Agravante de reincidencia. *Sentencia de 12 de Marzo de 1982* (2ª).

RESULTANDO probado y así se declara que el procesado A. R. R., mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de 27 de julio de 1979, dictada por el Juzgado de Inca por delito de cheque en descubierto a la pena de 20.000 ptas. de multa, y en sentencia de 17 de diciembre de 1979, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Palma, por idéntico delito, a la pena de 10.000 ptas. de multa, el día 9 de junio de 1980, entró en relaciones comerciales con el representante en esta ciudad de la entidad "S.A. C.", y fingiendo una solvencia económica de la que carecía consiguió que el día 13 del mismo mes y año, la mencionada entidad le suministrara diversos productos que fabricaba, consistentes en jabones y detergentes, por un valor y precio total de 224.658 ptas., cantidad a pagar por el procesado en efectivo y al contado, a pesar de cuyo pacto, el procesado entregó el mismo día trece, a los repartidores de la entidad vendedora, un cheque por esa cantidad y fecha de vencimiento o cobro, 14 de junio de 1980 que en ese día no pudo ser hecho efectivo por carecer de fondos el procesado. El día 16 siguiente, el representante de la entidad suministradora, se entrevistó, con el procesado quién le prometió el pronto pago, advirtiendo el mencionado representante la existencia de la mercancia servida en las dependencias comerciales del procesado; prosiguió dichas gestiones el siguiente día 17, advirtiendo que las mercancias habían desaparecido, no habiendo sido recuperadas ni pagado por el procesado el precio de las mismas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objeto de esta causa, como constitutivos de un delito de estafa de los artos. 529-1º y 528-2º del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado A. R. F., con la concurrencia de la agravante de reincidencia simple del nº 15 del artº. 10 del Código Penal por lo que solicitó contra aquel la pena de 4 años, 2 meses y 1 día de presidio menor accesorias del artº. 47 e indemnización de 224.658 pesetas al perjudicado "S.A. C." y costas.

RESULTANDO: Que la defensa en igual trámite estimando que los hechos no constituyen delito, o en todo caso un delito de cheque en descubierto, solicitó la libre absolución del acusado o bien una condena a 150 ptas. de multa.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito de estafa previsto y penado en los artos. 529-1º y 528-2º del Código Penal y cuantía de 224.658 ptas. teniendo dicho tipo delictivo entidad independiente del delito de cheque en descubierto, pués el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de febrero de 1976, entre otras, establece esta posibilidad, cuando el ofendido realiza una prestación o desplazamiento patrimonial, libremente, pero con el consentimiento o voluntad viciados por la injustificada confianza inspirada por la correlativa dación del cheque por parte del agente, que en el supuesto enjuiciado, la entidad ofendida entregó las mercancias sobre la base de cobrarlas en efectivo y al contado, siendo engañado por el procesado que le entregó después de aparentar una solvencia de la que carecía, un cheque que no fue abonado por falta de fondos, vendiendo posteriormente las mercancias y aprovechándose de su importe.

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor el procesado A. R. F. por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de reincidencia simple prevista en el nº 15 del artº. 10 del Código Penal.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito lo son también civilmente viniendo además obligado 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, 101, 102, 103, 104, 109 y demás de general aplicación del Código Penal, los 14 regla 3ª 142, 239, 240, 272, 741, 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado A. R.F., en concepto de autor responsable de un delito ya definido de estafa por cuantía de 224.658 ptas. con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia simple, a la pena de cuatro años; dos meses y un día de presidio menor, a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, a que por vía de indemnización de perjuicios abone a la ofendida entidad "S.A. C." la suma de 224.658 ptas. y al pago de costas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. En cuanto a la solvencia del procesado se estará a lo que resulte de la pieza de responsabilidad civil, que será terminada por el Instructor con arreglo a derecho.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

157

157. **ABANDONO DE FAMILIA.** Ausencia de conducta típica. Falta de pruebas sobre la posibilidad por parte del denunciado de cumplir con los deberes conyugales. *Sentencia de 31 de Marzo de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara: que el procesado F. M. R. contrajo matrimonio el día 30 de diciembre de 1978 con A. C. R. fijando su domicilio en la ciudad de Ibiza y a mediados del mes de marzo de 1979 la esposa en estado de gravidez se ausentó del hogar conyugal llevándose las ropas del ajuar y se fue a vivir con su madre, el mes de agosto el procesado marchó a Ceuta para prestar el servicio militar y la mujer dio a luz el día 19-11-1979 a un varón que se le puso el nombre de M. A. y desde entonces ninguno de ellos se preocupó respecto a las respectivas necesidades, sin que la denunciante hiciera indagaciones o reclamaciones al procesado salvo la denuncia. El procesado carece de instrucción y no consta haya tenido trabajo después de haber prestado el servicio militar.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal con otra versión en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de abandono de familia del artº 487 del Código Penal; del que conceptuó autor al procesado F. M. R. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquél la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor y multa de 25.000 pesetas con arresto sustitutorio de 25 días caso de impago accesorias del artº. correspondiente y costas.

RESULTANDO: Que la defensa del procesado en igual trámite solicitó la libre absolución de su patrocinado.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de abandono de familia del Art. 487 del Código penal, figura delictiva, establecida para proteger las finalidades básicas de la institución y que supone dejar de cumplir, pudiendo hacerlo, las obligaciones que de ser miembro se desprenden; en el presente caso, el abandono del hogar a los pocos meses de contraído el matrimonio, según quedó demostrado en el acto del juicio oral, fue la esposa la que se ausentó llevándose el ajuar más personal y a los cinco meses de ello se marchó el marido para cumplir el servicio militar estimar abandono de éste último equivaldría ser el conyuge denunciado siempre el responsable de la infracción, lo que es inaceptable; por otra parte el precepto supone incumplimiento de prestaciones cuando ello sea posible y no hay datos que el procesado en ningún momento, contraído el matrimonio haya podido ayudar a la esposa y al hijo, sin que pueda apreciarse maliciosidad en su comportamiento una vez prestado el servicio militar dadas las circunstancias expuestas marchar aquella a los pocos meses de convivencia, razones que hacen inaplicable el precepto citado y que obligar a la absolución del acusado.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado 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 al procesado F. M. R. con declaración de oficio de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

167

167. **APROPIACION INDEBIDA.** Existencia de "animus rem sibi habendi". Delito continuado. Concurrencia de la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo. *Sentencia de 2 de Abril de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara expresamente que el procesado F. J. S. M., mayor de edad, sin antecedentes penales, trabajaba como empleado en la empresa V., S.A. sita en el edificio B. de Palma, en la calle de las A. nº 5, Illetas (Calviá) de la que es director P. J. M. N. y en tal calidad de empleado le fueron entregados al procesado con fechas 11 y 21 del mes de septiembre de 1981, las cantidades de 175.725 y 752.679 pesetas respectivamente, la primera por el contable de la empresa y la segunda por el recepcionista de la misma para que las ingresara en sendas entidades bancarias, sin que cumpliera el encargo conferido, pues, con ánimo de beneficiarse, y faltando a la confianza en él depositada, se quedó con dichas cantidades, que gastó y perdió en juegos de azar en un bar del barrio de la Soledad, de Palma y en el Casino Sportin Club de Mallorca; posteriormente, con fecha 29 del mismo mes, le fueron entregadas 923.700 pesetas en divisas para que las

cambiara por cuenta de la empresa en una entidad bancaria, haciéndolo en el Banco Zaragozano de Palma, y con el mismo móvil que en los casos anteriores, quebrantando igualmente la confianza depositada, se quedó con dicha cantidad en beneficio propio, que gastó en el juego, viajes a Valencia y Barcelona y otras atenciones particulares, sin que se haya recuperado parte alguna de las cantidades expresadas. El procesado, sintiendo hondo pesar y a estímulos propios de arrepentimiento, se presentó a la Guardia Civil, donde confesó los hechos antes de conocer la iniciación del proceso penal.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en los artículos 535 y 528-1° del Código Penal del que conceptuó autor al procesado F. J. S. M. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó contra aquél la pena de ocho años de presidio mayor accesorias del artículo correspondientes e indemnización de 1.852.104.- pesetas a la entidad perjudicada V., S.A. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa, en igual trámite, sostuvo que concurren en los hechos dos circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: atenuante 9 del artículo 9 del Código Penal de arrenpentimiento espontáneo y la 8 del mismo artículo, de arrebato u obcecación, solicitando para su patrocinado la pena de dos años cuatro meses y un dia de presidio menor.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito continuado de apropiación indebida de los artículos 535, 528-1° y 69 del Código Penal, en cuantía de 1.852.104 pesetas, toda vez que, con unidad de ideación delictiva pluralidad de actos y homegeneidad de medios, el procesado recibió dinero con obligación de entregarlo o devolverlo, haciéndolo suyo e incorporándolo con intención definitiva y ánimo de lucro a su propio patrimonio, causando perjuicio a otro, conducta que al exceder la defraudación de 600.000 pesetas es castigada con presidio mayor a tenor del referido artículo 528 del Código Punitivo.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo, 9° del artículo 9 del Código Penal, ya que ha sido probado que el procesado, movido por estímulos propios y experimentando hondo pesar y profundo arrenpentimiento, se presentó a la Guardia Civil confesando su delito antes de conocer la iniciación del proceso penal; en cambio no es de apreciar la atenuante de arrebato u obcecación 8ª del mismo artículo, pues la constante y reiterada jurisprudencia tiene fijadas, las normas determinadas y precisas para su aplicación exigiendo que el estímulo generador del arrebato u obcecación sea poderoso e inmediato, con tan súbita viveza que perturbe momentáneamente la inteligencia y sobreexcite la voluntad del que la sufra, atendiendo tanto a las circunstancias objetivas del hecho en sí, como a las subjetivas del autor del delito en el momento de su ejecución y que el impulso no nazca del hecho o acto alguno contrario a la moral, requisitos claramente ausentes en el caso enjuiciado.

CONSIDERANDO: lo previsto en el párrafo 2° del artículo 2° del Código Penal respecto a la procedencia de acudir al Gobierno cuando con la aplicación de los preceptos legales pertinentes la pena a imponer resulte notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia, el arrenpentimiento, la carencia de antecedentes y la edad del procesado, parecer oportuno hacer uso de tal posibilidad en relación con el caso de autos y proponer al Gobierno la conmutación de aquella pena por otra, cuya extensión y grado se dirán tal y como dispone la Real Orden de 14 de abril de 1866.

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

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

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado F. J. S. M. en con-

cepto de autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, en cuantía de un millón ochocientas cincuenta y dos mil ciento cuatro pesetas, con la concurrencia de la circunstancia modificativa atenuante de arrepentimiento espontáneo, a la pena de seis años y un día de presidio mayor a las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena a que por vía de indemnización de perjuicios abone al ofendido la entidad V., S.A. la suma de un millón ochocientas cincuenta y dos mil ciento cuatro 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. Aprobamos por sus propios fundamentos el auto consultado en que el Juez Instructor declaró insolvente a dicho encartado con la cualidad de sin perjuicio que contiene. Una vez firme esta resolución, dése cuenta para elevar propuesta al Gobierno su solicitud de que la pena privativa de libertad impuesta a F. J. S. M. le sea conmutada por la de tres años de presidio menor, con las accesorias, indemnización y costas correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

170

RECEPTACION. Desconocimiento de la procedencia ilícita; precio normal de compra. *Sentencia de 3 de abril de 1982.*

RESULTANDO probado y así se declara; que el procesado A. C. S., de profesión joyero, propietario del establecimiento dedicado a la compraventa de objetos de oro y plata usados, sito en la calle N. 3 piso 1° de esta ciudad, y de la que está encargado en su ausencia, como empleado el otro procesado A. F. M., con las instrucciones concretas referentes al precio que puede pagar por los objetos que le ofrezcan en venta, y que los asientos en el libro registro de operaciones obligatorio para estos negocios sólo el dueño puede anotarlos en su ausencia y conforme, a estas normas, encontrándose sólo el encargado un día de mediados de mayo de 1981 una extranjera, también procesada no juzgada en este acto por su rebeldía, previa identificación mediante pasaporte, después de manifestar una situación de apuro económico surgida por enfermedad de su madre, ofreció en venta unas alhajas de diversa calidad, que conforme a la tasación le fueron abonadas al precio corriente en esta clase de transaciones y tomando nota respecto a las señas del pasaporte, a los pocos días registró la operación con otras alhajas y después una tercera vez, comportandos siempre con toda naturalidad, habiendo recibido en conjunto 118.000 pts., siquiera el dueño al sentar en un sólo asiento en el libro oficial las dos primeras operaciones consiguió la cantidad de 38.000 pts. la venta tercera no se practicó asiento en el libro por encontrarse el dueño en Valencia y las joyas objeto de esta operación fueron recuperadas. Las joyas que fueron objeto de venta por la procesada ausente las había tomado del domicilio de L. C. y al no haber podido ser recuperadas totalmente su valor prudencial se fija en 750.000 y las que pudieron ser habidas en poder de los hoy juzgados su valor se cifra en 450.000 pts. Estas han sido entregadas en depósito provisional a L. C. El procesado A. F. M. está ejecutoriamente condenado por sentencia de 22-10-1968 por delito de la Ley Penal del automovil a 5.000 pts. de multa y dos meses de privación del carnet.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal con otra versión en sus conclusiones definitivas calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de recepta-

ción del art. 546 bis z) párrafos 1° y 3° en relación con el art. 546 bis a) del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados A. C. S. y A. F. M. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquellos las penas de seis años y un día de presidio mayor multa de 50.000 pts. con arresto sustitutorio de 50 días caso de impago accesorias del art° correspondiente e indemnización de las cantidades que resulten a la perjudicada L. C. y costas.

RESULTANDO: Que la defensa de los procesados en igual trámite y según su propia argumentación negó el carácter delictivo a la conducta de sus patrocinados y consecuentemente solicitó su libre absolución.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de receptación del art. 546bis a) en relación con el bis b) del mismo precepto del código penal por la profesión de los procesados, por cuanto el empleado del establecimiento, en el momento de la adquisición no consta datos de los que pudiera resultar sospechosa la conducta de la procesada rebelde que previa identificación concordante con la realidad y con una versión plenamente admisible de la motivación de desprenderse de los objetos, al parecer sustraídos pagó por ellos en cada ocasión un precio normal en el mercado para esta clase de transacciones, extraordinariamente diferente del de compra en tiendas corrientes del ramo de joyería y fue objeto del asiento en el libro corriente las primeras ventas y no la tercera por causas de fuerza mayor, siendo ocupados las alhajas únicas que permiten conocer su valor, ya que las primeras se les dio el destino usual de ser objeto de separación del oro fino de otras sustancias, sin que sea aceptable el valor atribuido por el perito sumarial que acepta la del perjudicado, quien señala el de compra, diferente del de objeto usado, por lo que procede fijar un valor prudencial del que no resulta tampoco el conocimiento que para la tipificación de este delito como constitutivo de la infracción que vienen acusados ambos procesados por lo que falta la esencia de la receptación en el momento inicial de la compra procede la libre absolución de ambos procesados.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de todo delito, lo son también civilmente viniendo además obligado 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 los procesados A. C. S. y A. F. M. del delito que venían acusados con declaración de oficio de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

171

171. **ESTAFA. FALSIFICACION DE DOCUMENTO MERCANTIL. USO DE NOMBRE SUPUESTO.** Apreciación de la circunstancia atenuante de enajenación mental incompleta. *Sentencia de 3 de Abril de 1982*

RESULTANDO probado y así se declara expresa y terminantemente que M. A. M. C., mayor de edad, condenado el 8 de noviembre de 1980 por un delito de imprudencia te-

meraria, individuo de personalidad psicopática, agravada, en las fechas de autos, por un estado depresivo-angustioso debido al coma y posterior muerte de un hermano muy querido, todo lo cual determinaba una sensible disminución de su capacidad de raciocinio, en los últimos días del mes de noviembre de ese año 1980 ostentaba el cargo de empleado del B. de S., con categoría de Oficial de 1ª, en la Sucursal de C. M. sección de teleproceso en cuentas corrientes y valiéndose de esa condición que le permitía el conocimiento de los saldos de los titulares de aquéllas, necesitando dinero para sus usos particulares, calcó la firma de la súbdita británica M. R. rellenando, contra su cuenta corriente, un talón al portador por importe de cuatrocientas cincuna mil pesetas. A continuación y puesto en contacto con su amiga, la también procesada M. del P. P. C., mayor de edad y sin antecedentes penales, le solicitó cobrara el cheque en ventanilla por no poder hacer él mismo y dicha acusada, ignorante de las manipulaciones efectuadas, hizo efectivo el talón y entregó su importe a M. A. M. En la mismas fechas y con igual procedimiento, el procesado rellenó otros dos cheques, éstos contra la cuenta de un tal A. F., por importes de cuatrocientas treinta mil y cuatrocientas setenta y cinco mil pesetas, diciendo a su compañera coprocesada que una cliente de Galicia, la Sra. M. I. G. C., le había pedido se le abrieran dos cuentas bancarias para hacer unos pagos y estaba imposibilitada de trasladarse a Palma de Mallorca y así M. P. P. presentando, de buena fe, un Libro de Familia de aquélla que, encontrado por el procesado en el Banco, le había proporcionado, abrió una cuenta en la Banca March de esta ciudad y otra en el Banco de Bilbao, ingresando en la primera entidad el cheque de 430.000 pesetas y cobrando luego su importe que entregó al acusado y no pudiendo hacer efectivo el de 475.000 por estar avisado el Banco de Bilbao. El procesado ha satisfecho todas las cantidades debidas y el Banco de Santander renunció a sus acciones legales.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos objetos de esta causa, como constitutivos de un delito de estafa de los artículos 528-1° y 529-1° un delito de falsificación de documento mercantil de los artículos 303 y 302 1°, 2°, 3° y 4° y 5° y otro de uso público de nombre supuesto del artículo 322, todos del Código Penal; del que conceptuó autores del 1° a los dos procesados, del segundo al procesado M. y del tercero a M. P. P., sin la concurrencia de circunstancias en ambos y socilitando, por la estafa, una pena, a cada uno, de 6 años y un día de presidio mayor; por la falsificación, un año de presidio menor y 20.000 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de dos meses, a M. y por el uso ilegal de nombre 3 meses de arrestro mayor y multa de 20.000 pesetas con igual arresto sustitutorio para M. del P. P. accesorias y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa del procesado M. A. M., en igual trámite, estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de estafa de los artículos 528-1° y 529-1° del código penal, concurriendo la eximiente 1ª del artículo 8° por lo que procedía la libre absolución, alternativamente sería aplicable la circunstancia atenuante 1ª del 9° en relación a la 1ª del 8° con aplicación del artículo 66, imponiéndose la pena de un mes y un día de arresto mayor.

RESULTANDO: Que la Defensa de la acusada M. P. P. en el mismo trámite procesal, consideró que era autora de un delito de uso público de nombre supuesto, artículo 322 del código penal, solicitando la imposición de una pena de 3 meses de arresto mayor y multa de 20.000 pesetas con arresto sustitutorio y la absolución por la estafa.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados integran un delito continuado de estafa, previsto y sancionado a través de los artículos 528-1° y 529-1° del código penal, pues, evidentemente, con dolo homógeneo y unitario, por sujeto activo único e infrigiendo igual normativa legal (sentencias, 17 enero y 12 febrero 1980, 5 y 11 marzo 1981, todas ellas configuradoras del delito continuado que hoy no aparece "ex officio pietatis" sino como instituto legal, probablemente integrante del propio código en una próxima modificación) se consiguió un desplazamiento patrimonial ascendente a ochocientas ochenta mil pesetas y utilizando para ello el típico "engaño" del fingimiento de titularidad de cuenta corriente; fingimiento que, a su vez, por su dinámica criminosa, integra el delito de falsificación de documento mercantil, artículos 303 y 302-1° y 2° del texto punitivo, pues se imitó firma y se supuso la intervención del titular en varios cheques

bancarios, unidos legalmente, a efectos de incriminación, en una sola actuación como la estafa, pero perfectamente compatible con ella por afectar a bienes jurídicos distintos (sentencias 11 de mayo de 1970, 28 de mayo de 1975, 18 de noviembre del mismo año); y configurándose, por último, un delito de uso público de nombre supuesto, artículo 322 del cuerpo legal sancionador, al haberse utilizado notoria y reiteradamente un nombre que no era el propio (sentencia 16 de diciembre de 1975).

CONSIDERANDO: Que es responsable criminalmente en concepto de autor de delito de estafa solamente el procesado M. A. M., pues en ningún momento ha logrado adverarse, en forma plena la participación consciente y dolosa de la coprocesada M. P. P., como así ha quedado huérfano de toda probanza el supuesto "pactum scaeleris" (sentencias 16 enero 1980 y 26 de febrero 1981) y aún más la utilización o reparto posterior del efectivo obtenido; por otra parte, el procesado M. es autor asimismo de la falsificación y M. P. del uso ilegal de nombre, pues en este caso, aún siendo ignorante de la manipulación de los cheques, era la procesada perfectamente sabedora de la ilicitud de sus actos de fingimiento en orden a abrir unas cuentas bancarias a nombre de tercera persona, haciéndose pasar por ella.

CONSIDERANDO: Que es de apreciar en M. A. M. la circunstancia modificativa atenuante de enajenación mental incompleta, aplicable a través del ordinal 1° del artículo 9° en relación con el también n° 1 del artículo 8° del código, una vez probado que dicho acusado, más tener una psicopatía grave, "con tendencia a la vacuidad, megalomanía y a la irresponsabilidad" según el informe médico-psiquiátrico, padecía, en el momento de autos, una profunda depresión-angustiosa por causas exógenas, lo que, unido a lo anterior provocaba una notable disminución de sus facultades intelectivas y volitivas y, en consecuencia, su imputabilidad se hallaba francamente alterada; por todo lo cual resulta justo y equitativo degradar correlativamente, en un estado penológico, su responsabilidad (sentencias 25 de enero y 12 de mayo de 1980). No concurren circunstancias modificativas en la otra procesada.

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 1-3-12-14-27-30-33-47-49-61-66-101-102-103-104-109 y demás de general aplicación del Código Penal: los 14 regla 3ª.-142-239-240-272-741-742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado M. A. M. C., en concepto de autor responsable de un delito de estafa por cuantía de ochocientas ochenta mil pesetas y de un delito de falsificación de documento mercantil, concurriendo la atenuante de semienajenación mental, a la pena de tres años de presidio menor, por el primer delito, y tres meses de arresto mayor y diez mil pesetas de multa con arresto sustitutorio de un día por cada mil pesetas o fracción que deje de satisfacer, por el segundo delito; asimismo debemos absolver y absolvemos a M. P. P. C. del delito de estafa del que venía acusada y debemos condenar y condenamos a la misma, como autora, sin circunstancias, de un delito de uso público de nombre supuesto a las penas de tres meses de arresto mayor y multa de veinte mil pesetas, con igual arresto sustitutorio; a ambos con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, u oficio y derecho de sufragio por el tiempo de sus respectivas condenas privativas de libertad y al pago de dos terceras partes de las costas al primero y la otra tercera la segunda. Les abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa. No se aprueban los autos de insolvencia de los acusados y devuelvanse las respectivas piezas a fin de que se concluyan con arreglo a los bienes o rentas que efectivamente tengan.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio al rollo de Sala definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

193

193. **INTRUSISMO.** Acusación por delito y condena por falta del Artículo 572-1° del Código Penal. *Sentencia de 30 de Abril de 1982.*

RESULTANDO probado y asi se declara: que los procesados F. F. P. y su hijo B. P. F., no titulados desde el mes de marzo de 1973, fecha en la que falleció en la ciudad de M. D. M. P. LL. óptico transitorio con domicilio profesional en la calle G. F. n° 17 de dicha ciudad, esposo y padre de los nombrados procesados, continuaron en el ejercicio de aquella actividad profesional durante los siguientes años 1974, 1975 y 1976 y parte de 1977, no realizando los trabajos más complejos que remitían para su ejecución a ópticos calificados, sino que realizaban arreglos, composturas y reparaciones menores, comprendidos en la reglamentación regulada por D. N° 1387 de 1961 sobre ópticas.

RESULTANDO: Que el Ministerio Fiscal con diferente versión en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos de esta causa, como constitutivos de un delito de usurpación de profesión del artículo 321 del Código Penal; del que conceptuó autor a los procesados F. F. P. y B. P. F. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal por lo que solicitó contra aquellos la pena de seis meses y un día de prisión menor, accesorias del artículo correspondiente y costas.

RESULTANDO: Que la Defensa de los procesados en igual trámite solicitó la libre absolución de sus patrocinados.

CONSIDERANDO: Que los hechos que se declaran probados no integran un delito de instrusismo descrito en el artículo 321 del Código Penal, ya que no ha quedado plenamente acreditado que los procesados al fallecimiento de su próximo pariente titular de un establecimiento dedicado a la venta y adaptación de objetos de óptica, continuaran en el pleno ejercicio profesional de esta actividad, sino que durante años expendieron y realizaron trabajos de poca entidad en relación a dicha profesión, ya que los más importantes hacian de recaderos con centros especialistas del ramo, ello desdibuja su conducta como comprendida en el precepto examinado y tiene su encaje en el artículo 572-1° del Código Penal que sanciona el ejercicio de actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal sin estar en posesión de la capacitación oficial exigida y conforme a este artículo deben ser sancionados.

CONSIDERANDO: Que son responsables criminalmente en concepto de autores de una falta de intrusismo F. F. P. y B. P. F., por haber tomado parte voluntaria y directa en su ejecución.

CONSIDERANDO: Que los responsables criminalmente de toda falta, lo son también civilmente viniendo además obligados al pago de las costas correspondientes 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 además 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 procesados F. F. P. y B. P. F., del delito que venían acusados y les debemos condenar y condenamos en concepto de autores de una falta comprendida en el artículo 572-1° a la pena de cinco mil pesetas de multa con arresto sustitutorio de un día caso de no hacerla efectiva y al pago de costas correspondiente a un juicio de faltas. Le abonamos para el cumplimiento de la condena la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrida por razón de esta causa.