

## TRIBUNAL SUPREMO, SALAS I, II, III y V

### SALA I

#### CULPA EXTRA CONTRACTUAL

Se acusa la violación del artículo 1.902 y la aplicación indebida del 1.103, ambos del Código civil, así como la simple infracción de la doctrina legal que al efecto se cita, por entender que el único responsable del accidente originado fue la víctima del mismo y que, en su consecuencia, no podía existir compensación de culpas respecto a esta Entidad recurrente, porque, al opinar de esta forma, no tiene presente que, si bien es cierto que en la sentencia recurrida se reconoce que la indicada sociedad tenía instalados sus cables de alta tensión en el lugar del suceso, ajustándose a los requisitos exigidos por el artículo 25 del reglamento de 28 de noviembre de 1968, y que el accidente sobrevino al lanzar el fallecido una sirga metálica por encima del camión en el que estaba colocando su mercancía, debajo de dichos cables, con los que tropezó, dando lugar a que se produjera una descarga eléctrica, no lo es menos que también afirma que la compañía toleró el que el tendido estuviera colocado sobre el lugar expresado, a pesar de que, por la obligación que tenía de vigilarlo, debió percatarse de que su altura resultaba insuficiente para la seguridad de las operaciones de carga y descarga de maderas que allí se venían realizando desde hacía mucho tiempo (primer considerando de la Sala); y siendo ello así, es evidente que, en el supuesto que aquí se contempla, concurren los requisitos que para la exigibilidad de las indemnizaciones, derivadas de la culpa extracontractual, que regula el artículo 1.902 del Cuerpo legal indicado, impone la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 17 de noviembre de 1973 y 24 de mayo de 1974, dado que, según las de 5 de abril y 30 de octubre de 1963, 10 y 29 de mayo de 1972, el simple incumplimiento de las disposiciones reglamentarias no exonera de responsabilidad, cuando, como aquí ocurre, las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo alguno, puesto que demostraron su ineficacia al fin perseguido y la insuficiencia de la diligencia practicada por esta parte. (2.º Considerando.)

Al declararse probado por el Tribunal *a quo* que el segundo recurrente eligió para la carga y descarga de los camiones que transportaban las maderas, a cuyo tráfico mercantil se dedicaba, el lugar donde se produjo el accidente (...) para evitar gastos de reparación de baches, a costa de poner en riesgo la vida de los que trabajaban en aquellos menesteres, que, de esa forma, asumían un riesgo impropio de su trabajo, sin que dicho señor ni sus empleados advirtieran de semejante peligro al causante de los autos (primer considerando de la Sala y segundo y cuarto del Juzgado), y al no haberse destruido tales afirmaciones (...) se hace preciso concluir que el siniestro sobrevenido no se debió exclusivamente a una actuación imprudente de la víctima, con las consecuencias que, para tales eventos, se recogen en las sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1964, 25 de octubre de 1966, 9 de febrero de 1968 y 3 de febrero de 1975, sino que existió la concurrencia de la culpa de ésta con la de los demandados, dando lugar a que una y otras deban compensarse, del modo que lo hizo la Sala de instancia, en armonía con lo proclamado en las sentencias de 23 de enero de 1970, 16 de mayo de 1973 y 30 de mayo de 1974, y a que, como consecuencia de ello, decaigan los tres primeros motivos del segundo recurso montados sobre las bases fácticas contrarias a las mantenidas por el Tribunal *a quo*, con lo que los tres se hallan incurso en el número 9.º del artículo 1.729 de la ley Procesal, circunstancia que origina su desestimación en este trance del procedimiento. (3.º Considerando.)

A idéntica solución se llega respecto del cuarto motivo del último recurso, esgrimido bajo la rúbrica del número 1.º del artículo 1.692 (de la ley de Enjuiciamiento Civil), porque, aparte de no haber podido el Tribunal *a quo* infringir «por interpretación errónea» un precepto como la ley 488 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, de 1 de marzo de 1973, sobre el que no realizó labor exegética alguna y cuya invocación en este trance procedimental constituye una cuestión nueva, encajable en el número 5.º del artículo 1.729 de la ley rituarial y de que no se cita el artículo 1.104 del Código civil, que se estima transgredido, cuyo requisito es imprescindible para el éxito de estos vicios *in iudicando* —sentencias de 6 de diciembre de 1974 y 14 de junio de 1975—; lo cierto es que, si la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido, de forma constante y uniforme, que la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la culpa extracontractual cuyas consecuencias hayan consistido en el fallecimiento de alguna persona, no es susceptible de ser impugnada en casación, por tratarse de materia encomendada a la libre apreciación de los Tribunales de instancia —sentencias de 10 de mayo de 1934, 2 de febrero de 1940 y 5 de julio de 1972—, y si se tiene presente, además, que un criterio análogo se ha sustentado respecto de la facultad de modificar las cláusulas penales, reguladas en el artículo 1.154 del Código civil —sentencias de 11 de marzo de 1957, 25 de junio de 1964 y 13 de abril de 1971—, no existe razón alguna para llegar a solución distinta, cuando se trate de fijar el quantum de la moderación que, a tenor del artículo 1.103, pueden establecer los Tribunales en los supuestos de concurrencia de culpas por parte

del agente productor del daño y de la víctima del mismo, en los accidentes comprendidos en el artículo 1.902 y concordantes de la ley sustantiva, dado que, de llegarse a otra conclusión, se infringiría el principio general de Derecho: *Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris esse debet*, y la norma impuesta por el artículo 4.º número 1.º del vigente Código civil, razón por la cual se ha mantenido esa doctrina por esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 3 de julio de 1915, 14 de mayo de 1920, 1 de marzo de 1928, 14 de mayo de 1955, 30 de abril de 1969 y 16 de enero de 1974, y debe aplicarse al presente caso, por ventilarse en él una cuestión análoga a la en ellas contemplada. (4.º y último Considerando.) (Sentencia de 2 de febrero de 1976 [extracto], Ref. Ar. 311/76.)

La sentencia recurrida sienta como hechos los siguientes: 1.º que el demandado señor R. unas veces se titula «subcontratista», otras «encargado de la obra» y otras, finalmente, «destajista-encofrador», que es probablemente la que coincidía con la realidad; 2.º que dicho señor había asumido voluntariamente el papel de «encargado principal» al menos en el sector del accidente; 3.º que su intervención en la obra era para evitar tener que formar «comisión de seguridad» mediante el expediente de dividir el número de obreros (superior a cincuenta) entre varios destajistas; 4.º que aquel demandado cobraba jornal, figurando en las listas con las correspondientes horas a razón de 55 pesetas, módulo que se aplicaba a todos los obreros, y que pagaba la empresa «S. S. A.», circunstancias todas ellas que apreciadas por el Tribunal *a quo*, derivan en la sentencia recurrida, estimando que la sociedad demandada es también «responsable solidario», de conformidad con lo regulado en el número 4.º del artículo 1.903 del Código civil, por cuanto el simple hecho de dividir en «sectores o ejes» adjudicado a sendos destajistas, no le eximen de responsabilidad ni corta el nexo de ella en relación con aquélla, sin perjuicio de que pueda repetir contra los otros responsables, por todo lo cual, en el presente caso, si el acto productor del daño, lo fue, indudablemente en el servicio de la empresa demandada, y con ocasión de sus funciones, no existe la menor duda de que aquella responsabilidad le alcanza plenamente (...). (Sentencia de 9 de febrero de 1976, Ref. Ar. 612/76.)

## SALA II

### ASOCIACIÓN ILÍCITA

Considerando: Que el único motivo del recurso, apoyado en el número 1 del artículo 849 de la L. E. Crim. por presunta violación del párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174 del C. P., funda la disconformidad de los recurrentes con la sentencia impugnada en la circunstancia de que, refiriéndose el citado precepto sustantivo, a la subversión violenta, a la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, no se mencionan, en

la narración histórica de la sentencia de instancia, los hechos concretos realizados por los recurrentes que tengan el matiz de gravedad y las miras ambiciosas exigidas por el precepto analizado, pues, antes al contrario, sólo se dice que se integraron, a partir de los primeros meses de 1972, y en El Ferrol del Caudillo, en el ente llamado «Comisiones Obreras», filial del denominado Partido Comunista de España, en cuyo seno asistieron a diversas reuniones de programación de actividades, efectuando labor de proselitismo entre sus compañeros de trabajo y cotizando periódicamente para el fondo social.

Considerando: Que el párrafo 3.º del artículo 174 del C. P., al establecer una agravación específica para los integrantes de ciertas asociaciones, ya supedita o condiciona claramente la agravación dicha a que la asociación tenga por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y el orden institucional, sin que en su texto se exija que, individual o personalmente los fundadores o directores, o los meros afiliados o participantes, hayan perpetrado los graves actos que constituyan el objeto de la asociación; pero, por si quedara alguna duda al respecto, se ha de tener en cuenta la doctrina establecida por esta Sala, la que, en sentencias de 30 de septiembre 1970 (R. 3.815), 29 octubre 1973 (R. 3.997), 14 octubre 1974 (R. 3.743) y 30 septiembre 1975 (R. 3.459), entre otras muchas, declaró que lo que determina la agravación es el objeto de la asociación, su ideario y sus actividades conjuntas sociales, sin que se requiera que el asociado inculminado haya realizado personalmente los actos violentamente subversivos o destructores de la organización estatal; pudiéndose añadir que en numerosas sentencias de este Tribunal, v. g. las de 15 febrero y 30 septiembre 1975 (R. 401), se ha declarado que las Comisiones Obreras son o filiales o emanación y trasunto del Partido Comunista Español, con proyección en el campo laboral, y aquél no sólo fue declarado fuera de la ley —párrafos 2.º del artículo 2 de la L. de 9 de febrero 1939 (R. 174) y artículo 1 de la L. de 1 de marzo 1940 (R. 366 y Dic. 12.667)—, sino que, sin perjuicio de adoptar, cuando conviene, posturas miméticas de pacífica y fingida coexistencia, de pluralismo político y de acatamiento al sistema democrático que concede el poder a aquellos partidos que resulten triunfantes en elecciones libres, propugna, como doctrina e ideario, la subversión y destrucción de los regímenes políticos que no sean el propio, mediante la violencia.

Considerando: Que, *in voce*, durante la vista del recurso, el defensor de los recurrentes se refirió a la inaplicación, por parte del Tribunal *a quo*, de la degradación o atenuación específica establecida en el párrafo 4.º del número 1 del artículo 174 del C. P., pero, abstracción hecha de lo intempestivo de la invocación y de que es harto improbable la concurrencia de la hipótesis legal según la cual los actos subversivos, destructivos o de ataque de las estructuras fundamentales del Estado, mencionados en el párrafo 3.º, puedan carecer de gravedad, es lo cierto que este Tribunal, en sentencias de 23 febrero, 9 marzo, 8 y 18 junio, 19 y 29 octubre 1973 (R. 822, 1.233, 2.645, 2.856 y 3.851) y 11 octubre 1974,

entre otras muchas, sentó la doctrina de que, después de la reforma de 8 abril 1967 (R. 700 y Ap. 51-66, 2.505), la aplicación del párrafo 4.º del número 1 del citado artículo 174, ha adquirido un matiz de entera discrecionalidad, quedando dicha aplicación encomendada al arbitrio o facultad potestativa de los Tribunales de instancia y vedada e inaccesible a la censura de la casación. Debiéndose en consecuencia desestimar definitivamente el recurso estudiado. (Sentencia de 20 de octubre de 1975. Ar. 3.962.)

Considerando: Que el recurso articulado a nombre de Emilio M. L. y Juan José V. C. que en un único motivo, por el cauce procesal del número 1.º del artículo 849 pretende, gratuitamente y sin seria base argumental imprescindible en los debates de un proceso, reputa infringidos, por indebida aplicación, los artículos 190 y siguientes del C. civil, e inaplicado el 251, es radicalmente desestimable, pues sin razonamiento alguno de carácter sustantivo-penal y con indebida remisión a normas civiles inatinentes al caso penal que se controvierte, ya que la «tutela» política de las comisiones obreras por parte del partido comunista bien claro se advierte que no refiere a la tutela civil de menores e incapacitados, sino a la dependencia, protección, dirección ideológica y asistencia económica en que las aludidas Comisiones Obreras se encuentran con respecto al Partido Comunista que las orienta, patrocina y controla, es visto que este motivo, que antiprocesalmente acumula las cuestiones enteramente distintas, no puede prosperar ni en este aspecto genérico ni en que individualmente concierne al M. acusado al que es lo cierto que concreta y precisamente se le imputa: ser miembro integrante de las Comisiones Obreras puntualizando cuáles fueron en ellas sus intervenciones, que representan una actividad asociativa ilegal acertadamente encuadrada en Derecho por el Tribunal *a quò*. Igual reproche de pertenencia, integración y actividades en el ente asociativo ilícito afecta a V. C., a quien sólo se condena por el delito de asociación ilícita, por sus actuaciones en la asociación y estimando, con acierto, que el facilitar el libro subversivo fue una más de sus actividades societarias, sin entidad suficiente para configurar el delito independiente de propagandas ilegales, pero sin que ello excluya las demás actividades en el seno de la asociación por las que ha sido adecuadamente condenado. Lo que antes se razona, veda estimar este motivo y recurso.

Considerando: Que respecto al recurso de G. A. se articula por forma y fondo, en cuanto a aquélla, el primero, formulado por denegación de prueba testifical, es desestimable por estar tal prueba bien denegada, pues atendía a hechos no debatidos en este proceso pero que pudieron debatirse en otro; que, por tratarse y referirse a un informe pericial, no podía ser propuesto por vía testifical, sin que consten además constatadas las preguntas concretas que se pretendiera hacer al testigo para que se juzgara de su pertinencia y necesidad. Lo expuesto impone la inestimación de este primer motivo del segundo recurso.

Considerando: Que los motivos segundo, tercero y cuarto, formulados con apoyo en el artículo 851, número 1.º de la L. E. Crim., incisos primero, falta de

claridad; segundo, contradicción entre los hechos probados, y tercero, uso en los hechos probados de conceptos jurídicos predeterminantes, afirman que tales faltas procesales han sido cometidas: a) porque a juicio del impugnante los hechos probados no son tales sino meros juicios de valor carentes de base fáctica real; b) porque es contradictorio proclamar su afiliación a las Comisiones Obreras y admitir su presencia en la reunión celebrada en las Escuelas Profesionales de San José y con el contenido de tal reunión. También se estima contradictorio la afiliación a las Comisiones Obreras y la asistencia orgánica a sus reuniones en que no todos coincidían y entre la finalidad atribuida a las Comisiones Obreras y la actividad que se detalla; c) por último, se mantiene que los conceptos «entidad clandestina» amparadas y tuteladas por el denominado Partido Comunista de España, «cuota» y «libro de contenido subversivo» son conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que se disiente.

Considerando: Que basta el sintético planteamiento de estos tres motivos y su contraste con la resultancia probatoria para llegar a la decisión desestimatoria, pues si en relación con este contradictor se relata: a) que era miembro de las Comisiones Obreras; b) que es una entidad clandestina amparada y tutelada por el Partido Comunista de España cuyas finalidades políticas subversivas se expresan y detallan; c) que pretendían captar afiliados, participando en reuniones en que se programaban acciones para la constatación trascendente del ente a que pertenecían y en las que se le suministraba material de adoctrinamiento facilitando datos a las empresas para la formación de documentos orgánicos en los que pretextando reivindicaciones laborales se propugna realizar actos encaminados al logro del fin indicado como meta del partido comunista, refiriendo a lo acaecido en la reunión en las Escuelas Profesionales en los que aparte otros temas se acordó en relación a la postura adoptable respecto a determinado Consejo de Guerra que por notoriamente conocido no se menciona, con éxito no conocido, lucha contra la represión precisamente a propuesta de este impugnante y de otro encartado; es indudable que en forma procedente y adecuada se relatan hechos y actividades, no incidiendo en falta de claridad conceptual puesto que refieren los actos y procederes de los encartados, subsumibles en la calificación judicial base de su condena. Tampoco se advierte que no hay contradicción en que se determine que estuviera integrado en las Comisiones Obreras, hecho perfectamente compatible con que asistiera a la reunión en las Escuelas Profesionales San José y que ésta tuviera una parte subversiva aunque de la misma no se haya debido responsabilizar a todos los asistentes; como tampoco es contradictorio que como tal afiliado asistiese a reuniones en que no coincidían siempre todos los acusados, siendo congruente la finalidad atribuida a las Comisiones y las actividades descritas tendentes a la consecución de tal fin. Por último, «mi clandestinidad, amparo y tutela, cuota y libro de contenido subversivo» son conceptos exclusivamente jurídicos con los que se pretendiera, indebidamente, sustituir las aseveraciones fácticas, pues se trata de frases con primordial contenido fáctico, con las que adecuadamente se relatan actos, finalidades,

se refiere a aportaciones económicas y se describe la calificación de subversivo que merece el libro vendido. En resumen, no se han cometido las infracciones procesales denunciadas, por lo que es imposible acoger estos motivos.

Considerando: Por último, se articula un quinto motivo ya de fondo por la vía número 1.º del artículo 849 suponiendo infringido por aplicación los artículos 172-3.º, 173-4.º y 174-1.º párrafo 3.º, todos del C. P., y por inaplicación de los 172-4.º, 174-1.º, párrafo 4.º y 175-4.º por reputar que no existió asociación; que en todo caso no estaría prohibida por la autoridad ni declarada fuera de ley ni sería subversiva. La desestimación de esta motivación podría hacerse remisoriamente a la constante y reiterada doctrina del Tribunal que una y otra vez la ha rechazado, pues el tema se ha planteado repetidamente, siempre con resultado adverso, pues persistentemente se ha declarado que la asociación que se considera punible no es de la que pública y ostensiblemente se constituya con todos los requisitos que la ley exige y requiere, sino aquella que por nacer, vivir y desenvolverse en una delictual clandestinidad, aúna individuales esfuerzos tendentes a la consecución de un fin común ilícito e ilegal, no siendo cierto que esta asociación no está prohibida por la autoridad y declarada fuera de ley, ya que si es ilegal, clandestina, subrepticia y oculta, filial del partido comunista le alcanza de lleno y pleno la prohibición legal del partido controlador; sin que el fin perseguido —manifiestamente subversivo— excluya a estas clandestinas formaciones de tal carácter, todo lo cual evidencia que los preceptos base de condena fueron correctos y adecuadamente aplicados y que no cabía aplicar el 172 número 4.º porque no se trata de una mera asociación antirreglamentariamente constituida sino manifiestamente subversiva; ni el párrafo 4.º del número 1.º del 174 porque los hechos no carecen de gravedad, pues la tiene el propósito finalista de mutación por la fuerza y de forma subversiva de la organización política vigente, abiertamente proclamada con notoria publicidad, ni cabe decir del recurrente y co-reo que fuera un simple y mero asociado sin otra actuación que la meramente integradora. Lo razonado obliga a rechazar esta motivación y destinados por entero los recursos a mantener en su integridad el fallo controvertido. (Sentencia de 12 de noviembre de 1975. Ar. 5.029.)

#### MALVERSACIÓN

Considerando: Que la denegación de alguna diligencia de prueba, en proceso ordinario, propuesta antes del juicio oral, luego de haber sido admitida e intentada practicar sin éxito, en evitación de dilaciones de apertura del juicio oral, es decisión judicial que se encuentra determinada por el criterio de la pertinencia según el artículo 659 de la L. E. Crim., y de la indefensión para la parte proponente, resultando aquella si se relaciona con el tema a decidir, y tiene importancia decisiva en el resultado del juicio, por precisar mejor el delito o su falta, y la responsabilidad de los autores, no poseyendo tal estimación, las puer-

bas que no aporten nada nuevo por ser reiteración de las existentes, las irrelevantes por su finalidad, las que se refieran a circunstancias accidentales, y las inconcretas e ineficaces.

Considerando: Que por la efectividad de esta doctrina, decae el primer motivo de recurso, con apoyo en el número 1.º del artículo 850 de dicha ley procesal, toda vez que, propuesta prueba documental, y admitida y mandada practicar por la Audiencia, no se logró por diversos motivos la incorporación a las actuaciones, razón por lo que ésta, que tiene abierto el juicio oral año y medio antes, para evitar nuevas dilaciones, acordó por resolución fundada, y con informes favorables del fiscal y acusación particular, prescindir de ellas, por no ser necesarias ni convenientes, y además carecer de relevancia para los pronunciamientos a recaer, máxime, cuando existían en las actuaciones quince anexos relativos a las visitas de inspección practicadas, más que suficientes para conocer su alcance, cuando constaba que las relaciones de material y gastos, de la Magistratura de Trabajo, se habían enviado al Tribunal de Cuentas, donde podían ya inexistir por su antigüedad, cuando no se debió pedir el libro de visitas y consignaciones original, sino en testimonio, no existiendo razón fundada alguna en el recurso, que indique la pertinencia, importancia y trascendencia de esas justificaciones, en relación a la inexistencia del delito perseguido, y a la participación del inculgado, por lo que ha de estimarse bien realizada la denegación final, dadas las justificaciones de la resolución de la Audiencia, reproducidas en el primer Considerando de la sentencia recurrida.

Considerando: Que la no resolución de todos los puntos puestos en debate por la defensa, que ampara el número 3.º del artículo 851 de la L. E. Crim., referida a las cuestiones de derecho, y determinantes de incongruencia, ha de concretarse en la insuficiencia del fallo, o parte dispositiva, y nunca puede generarse, si además de en éste resolverse, se produce la estimación, de una de dos pretensiones excluyentes, pues admitida alguna de ellas, implícitamente se desestima la contraria, pues una cosa no puede ser, y dejar de ser, al mismo tiempo.

Considerando: Que el delito de malversación propia del artículo 394 del Código penal, por ser de apropiación definitiva, de los caudales que tenga a su cargo o disposición el funcionario público, no admite que la restitución de lo sustraído tenga otro efecto que el de la atenuación del número 9 del artículo 9 si concurren sus rigurosos requisitos integrantes y se efectúa antes de conocer el agente la apertura del procedimiento judicial, a diferencia de lo que sucede con el peculato impropio del artículo 396, en que por tratarse de un apoderamiento puramente temporal, con ánimo de restitución, al aplicarse los caudales transitoriamente a usos propios o ajenos, permite la profunda atenuación, en la punición, que esta última norma marca, si se reintegran los caudales totalmente en el plazo de diez días, a contar desde el momento de la iniciación del sumario, fuera de los cuales, el reintegro no evita la aplicación de la penalidad establecida para el peculato propio del artículo 394; de todo lo que se infiere que calificada en la sentencia la malversación propia, y dentro del artículo 394, por



apropiación definitiva del caudal, no cabe estimar no resuelta la pretensión contraria de malversación impropia del artículo 396, pues aquélla se contrapone a ésta, y además, en este último caso, la restitución siempre habría de hacerse dentro del plazo de gracia de diez días a partir de la apertura del proceso, sin posibilidad de ampliación analógica alguna, pues en tal plazo, si se conoce la cantidad, la restitución se ajustará a ella, y de no conocerse, se afianzará su posible entidad económica, según juicio del instructor, pero sin posibilidades extensivas de prorrogarlo hasta diez días después de dictarse la sentencia, que no consiente la literalidad y espíritu del beneficio, máxime si se trata de malversación propia, que no admite efecto alguno de su realización, en el orden penal.

Considerando: Que por la efectividad de esta doctrina, decae el segundo motivo del recurso, toda vez que, aunque peticionara la defensa la calificación de malversación impropia del artículo 396, la Sala aceptó la más grave y propia del artículo 394, por lo que implícita y excluyentemente resolvió la discordia calificadora, y así consta en el fallo, como también la cantidad defraudada, no siendo en ningún caso de aplicación la facultad concedida en el artículo 396 por ser inefectiva en el delito del artículo 394, y resultar en cualquier caso imposible de restituir la cantidad dentro de los diez días siguientes a la sentencia, máxime cuando el tipo aplicado —394— no le otorga ningún efecto, habiéndose por lo tanto resuelto bien todas las cuestiones planteadas, en la sentencia recurrida, sin preterición alguna.

Considerando: Que el concepto jurídico predeterminante del fallo que vicia la sentencia criminal, según el número 1.º del artículo 851 de la Ordenanza procesal, ha de suponer el empleo en el hecho probado, de palabras de condición jurídica típica, constitutivas del núcleo delictivo calificado, sólo aprehensibles por los juristas, y ajenas al lenguaje vulgar de las personas comunes.

Considerando: Que por esta definición reiteradísima establecida por esta Sala, resulta imposible acoger el motivo de forma, pues decir que el sello y estampilla con la firma del interventor «carecen de legitimidad», no supone el empleo de ninguna de las palabras típicas del artículo 302 núms. 2.º, 4.º y 9.º del C. P. aplicado, y además, son conceptos enteramente vulgares y no jurídicos.

Considerando: Que de los artículos 27, 29, 30 y 45 del C. P., se deriva claramente que las penas de inhabilitación, tanto absoluta como especial —a pesar de que aquéllas no estén nominadas en el segundo de dichas normas—, y las de suspensión para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión u oficio, poseen la doble naturaleza de ser sanciones principales y accesorias, lo que dependerá del origen de su imposición, puesto que, si se hallan establecidas en los tipos delictivos como penas directas, solas, o conjuntamente con otras tendrán la estimación de penas principales, y su extensión se determinará según los límites del artículo 30, pero si no están impuestas de forma directa y expresa en los tipos, y sin embargo, tienen que operar por la condición de otras penas principales decretadas, según lo precisado en los artículos 45 a 48 inclusives, entonces deberán ser calificadas como penas accesorias, siendo su duración la peculiar

de la pena establecida principalmente; pero de acuerdo con dicho artículo 29, es preferente la pena principal sobre la accesoria, de tal forma, que si para un delito se señala una pena de doble naturaleza, se entenderá que su condición es principal y no accesoria, pues únicamente merecerá esta última condición de no imponerse directa y especialmente por la ley, por lo que ha de llegarse a la conclusión, de la imposibilidad de admitir el juego dúplice, de una pena de doble naturaleza, es decir, como principal y como accesoria a la vez, porque lo prohíbe implícitamente el concreto mandato del artículo 29, y el principio *non bis in idem* o de la doble sanción de la misma conducta, reiterándose así la doctrina de la sentencia de esta Sala de 25 febrero 1974 (R. 868), que contrarió la de la resolución de 2 febrero 1955.

Considerando: Que por la efectividad de la anterior doctrina, ha de acogerse el motivo cuarto del recurso, pues si la sentencia por el delito de malversación del artículo 394 condenó al procesado a la pena de seis años y un día de presidio mayor, y también a la sanción principal y típica de inhabilitación absoluta de ocho años, es evidente que no pudo a la vez utilizar esta última pena como accesoria de la primera y por el tiempo de su alcance privativo de libertad, pues la imposición como principal impedía su utilización dúplice como accesoria, lesionando el principio de no penar dos veces la misma conducta.

Considerando: Que si a partir de las reformas del C. P. de los años 1944 y 1963, el artículo 28 determina los límites de la gravedad o levedad de la pena de multa, atendiendo a que se impusiere como pena principal y única, y señalando el de exceder o no, respectivamente, las 5.000 pesetas —actualmente 10.000 según la reforma de 28 noviembre 1974 (R. 2.416)—, es obvio que no cabe someterla al tope indicado cuando la multa se halle prevista como principal conjunta o en concurrencia con otras penas de naturaleza diferente, en cuyos casos ha de estarse al tipo aplicado como delito o como falta, sin atender a la cuantía mínima de la multa de decretar, pues sólo resulta prohibido imponerla por debajo de las 5.000 pesetas —hoy 10.000—, cuando la multa sea la única pena fijada para el delito de que se trate, pero si la multa es pena principal conjunta, con otras sanciones privativas de libertad, o restrictivas de libertad o derechos, no se lesiona lo determinado en el artículo 6 para el delito por imponer multa, a un comportamiento delictivo, por la actuación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, de la participación criminal, o de su desarrollo físico, en cuantía inferior a dichos límites, pues siempre se penará el delito calificado con pena grave conjunta, a la rebajada multa, siendo esta doctrina reiteración de la ya establecida en sentencias recientes de 14 noviembre 1958 (R. 3.377), 20 enero y 5 junio 1959 (F. 96 y 2.246), 3 octubre 1973 (R. 3.831) y 31 enero y 18 febrero 1975 (R. 247 y 578), y de la que sostiene la consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 9 noviembre 1972.

Considerando: Que por la efectividad de esta doctrina, han de acogerse los motivos 5.º y 6.º del recurso, apoyados por el Ministerio Fiscal, toda vez que la

falsedad en documento público del artículo 302 del C. P. está penada con presidio mayor y multa de 5 a 50.000 pesetas, y al concurrir la semieximente de estado de necesidad, y aplicarse la rebaja del artículo 66, la pena a imponer para aquélla fue bien establecida como de presidio menor, pero no la de multa, que conforme a lo argumentado a *sensu contrario* del artículo 28, y lo dispuesto en el artículo 76, debió imponerse no en cuantía de 10.000 pesetas, sino entre 2.500 y 4.999, y al no hacerse así se infringieron tales normas; lo propio que sucede con los dos delitos de falsedad en documento mercantil del artículo 303, que penados con presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas debieron rebajarse las sanciones dúplices, por el juego de tal semieximente, a arresto mayor, como se hizo, y a multa entre 2.500 y 4.999 pesetas, lo que no se realizó, por imponerse sendas multas de 5.000 pesetas, debiendo corregirse en tal sentido, las penas impuestas, a tales delitos.

Considerando: Que el delito de malversación propia del artículo 394 del C. P., que protege el derecho de propiedad del Estado, Provincia o Municipio contra el desleal proceder de sus servidores, que burlan la confianza en ellos depositada, quebrantando el deber de probidad exigido, en el desempeño de la función pública, requiere para existir, la cualidad de funcionario público, participando en el ejercicio de las funciones en el agente, y que éste posea los caudales, o efectos públicos, que tenga a su cargo o disposición funcional, los que sustrae con ánimo de apropiación definitiva, o consiente que otro lo realice, apartándolas de su destino, o desviándolo del servicio, haciéndolos suyos, o permitiendo que aquél los apropie.

Considerando: Que al ser malversación uno de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, el sujeto activo ha de ostentar la condición de ser funcionario público, que a efectos penales es diferente de la meramente administrativa, y más extensa, y que se fija en el artículo 119, párrafo 3.º del C. P., estimando como tales genéricamente a los que por disposición inmediata de la ley, o por elección, o por nombramiento de autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas; lo que permite, por la relatividad y amplitud del concepto, acoger los funcionarios estatales en propiedad o interinos, y a los paraestatales o de organismos autónomos, e incluso a los que siéndolo de un organismo oficial, pasen a prestar sus servicios como agregado o en comisión, a otro diferente, siempre que además del carácter funcional participen, como es esencial, del ejercicio de las funciones públicas.

Considerando: Que por la efectividad de la anterior doctrina, decae el séptimo motivo del recurso, que alega como infringido el artículo 394 del C. P., bajo la afirmación no justificada ni razonada, de que el recurrente no era funcionario público, siendo así, que según conocida doctrina de esta Sala, los empleados del Instituto Nacional de Previsión, tienen tal condición por tratarse de un organismo dependiente del Ministerio de Trabajo y con función social indudable, cualquiera que sea la procedencia de su retribución y beneficios comunitarios, pues son designados por sistema reglado legalmente y ejercen

funciones públicas, condición que no pierde, porque con esa procedencia se agregara el inculpado a la Magistratura de Trabajo de Toledo, encomendándole las misiones oficiales, de recibir los fondos de tal organismo por cualquier conducto, y los de procedimientos gubernativos de apremio por descubiertos de seguridad social, multas de la Delegación de Trabajo y otros semejantes, debiéndolos ingresar en cuenta corriente oficial, y teniendo que documentar toda su gestión, pues esta procedencia, cometido y actividad es la peculiar de funcionario público, y de ejercicio de su misión, que no puede desconocerse; sin que por lo demás pueda aceptarse el nuevo argumento de tenerse que aplicar el artículo 396, pues además de lo ya antes dicho, el hecho probado asegura que dispuso de los caudales públicos con unidad de propósito, previamente tomado, y en su beneficio propio, sin que se alegue ánimo de restitución y uso propio, ni que efectivamente se realizara la restitución en el tiempo exiguo exigido en dicho artículo 396, por lo que la malversación fue propia y encajada en el artículo 394 que no puede discutirse.

Considerando: Que en los delitos de falsedad documental tiene gran importancia, por el sistema seguido en los artículos 302 y 303 y siguientes del C. P., el requisito subjetivo personal de la cualidad oficial o privada del agente falsario, puesto que el primer tipo exige que el mismo sea funcionario público por su cualidad oficial, y el segundo atiende a su estimación personal privada; mas la mutación de verdad cometida por funcionario público requiere, además, el elemento de la actividad, caracterizado por el abuso del oficio, lo que supone poner la función pública encomendada competencialmente al servicio del fin de lograr la falsedad que se comete, ejercitando de manera desusada y antijurídica la legítima atribución funcional, por lo que no basta ser funcionario para cometer esta clase de falsedad del artículo 302, sino que, a su vez, se requiere el ejercicio legítimo de la función encomendada, pero actuaba de manera desmedida e injusta, con desafuero falsario, por adecuarse el acto falso a la función y no aquél simplemente a la cualidad personal del sujeto activo; por lo que, en definitiva, si un funcionario mudare la verdad documental sin abusar de la función encomendada competencialmente al mismo, su actividad se incluiría dentro del artículo 303, porque a tal efecto opera como mero particular.

Considerando: Que si el abuso de confianza del funcionario público es condición normativa del delito de falsedad en documento público, por exigirse típicamente en el artículo 302 del C. P., no puede operar por lo tal como agravante por la efectividad del núm. 9 del artículo 10 del C. P., al hallarse consumida típicamente, pero, sin embargo, cuando sea el particular —funcionario sin competencia o no— el que cometa la mutación de verdad que determina el artículo 303 del C. P., al no exigirse normativamente el abuso de confianza, puede actuar dicha agravante autónoma y general, si de hecho existe, con su alcance específico por la mayor culpabilidad y perversidad del agente al inmoralmente destruir la lealtad y buena fe de las relaciones humanas privadas, o

vínculos profesionales u oficiales, o situaciones de dependencia y subordinación y acatamiento al superior, aprovechándose utilitaria y objetivamente de las facilidades comisivas por la confianza en él depositada, y de la disminución de defensas, actuando prácticamente sin riesgo y no como un extraño, sino amparado por los vínculos de fidelidad que, sin embargo, impedían la burla o el perjuicio debido a la bondad excesiva, afecto o descuido del concedente del crédito.

Considerando: Que por la efectividad de la anterior doctrina es evidente que no pueden aceptarse los motivos octavo, noveno y décimo del recurso, toda vez que siendo el inculpado funcionario público, como quedó establecido anteriormente, pudo cometer en el ejercicio propio de su cargo y función, de los que abusó, el delito de falsedad en documento público, por lo que no puede gratuitamente negársele su condición subjetiva funcional, como sin razón alguna hace el motivo noveno; y aun siendo tal funcionario público al servicio de la Magistratura de Trabajo, pudo ser condenado como autor de dos delitos de falsedad en documento mercantil del artículo 303 del C. P., puesto que obró como si fuera mero particular, ya que no era de su competencia extender los talones bajo su firma y autorización, lo que correspondía efectuar, como dicen claramente los hechos probados, al magistrado y su secretario, que de tal manera los crearon, enmendándolos el procesado posteriormente, en cuanto a su importe, aumentando cada uno en cien mil pesetas, para lo cual, al cubrirlos, había dejado espacio suficiente, por lo que, de un lado, actuó como particular y no en el ejercicio de un cometido oficial al crear los cheques, lo cual realizaron con su firma dicho magistrado y secretario, decayendo de esta manera el motivo octavo, sin que esta estimación como particular contradiga su actuar como funcionario público en la malversación y falsedad en documento público, porque para cometer estos delitos obró dentro de su competencia y función, y no para falsear los dos talones, y por otro lado, operó con abuso de confianza, rompiendo la lealtad debida y buena fe exigida para con sus superiores, aprovechando la deferencia con que le trataban y no actuando como un extraño, por lo que, a los delitos de falsedad en documento mercantil, estuvo bien aplicada la agravante 9.<sup>a</sup> del artículo 10, no pudiéndose aceptar el motivo décimo del recurso, que no respeta los hechos probados, y que estima indebidamente, que tal agravante afectó al delito del artículo 302, lo que no es cierto, teniendo en cuenta lo que dice la sentencia y la penalidad en el grado mínimo impuesta, y que de seguirse la tesis del recurso habría que aplicar a aquéllos falsedades en documentos mercantiles del artículo 302 con su mayor penalidad, lo que *in peius* no cabe hacer.

Considerando: Que los documentos auténticos no desvirtuados que, extrínseca e intrínsecamente, pongan de relieve, por el cauce del núm. 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., el error de hecho padecido en los hechos probados tiene en todo caso que suponer una modificación esencial de su contenido que produzca consecuencias jurídicas fecundas en provecho de la parte que denun-

cie su preterición, pero no sucederá así cuando la calificación ha de subsistir igual e invariable, o sin alteración alguna.

Considerando: Que también por los efectos de esta conocida doctrina se hace imposible aceptar el motivo undécimo del recurso, porque no es verdad que el procesado en todo momento tuviera autorizada la firma para disponer de los fondos en las distintas cuentas corrientes, pues en aquella en que los dos cheques falsos surtieron efecto, que era la cuenta de la Caja de Ahorros, según la certificación del folio 45, estaban autorizados el magistrado y el secretario con firmas conjuntas, y sólo en casos de ausencia de éste el inculpado, pero como en los supuestos de autos firmaron aquéllos la autorización a éste concedida era irrelevante, y el abuso de confianza apreciado existente, porque no actuó dentro de su función y de su competencia sustitutoria, pues de no ser así habría de estimarse funcionario público y llevar el delito al más grave tipo del artículo 302, lo que no le convendría; y en relación al otro documento alegado, la comparecencia de 14 de septiembre de 1970, en que declara ante el magistrado haber cometido irregularidades diversas, contables y económicas, sin alcance determinado, deseando normalizar las anomalías y reponer los fondos, además de ser muy inconcreta, para estimarla como un *dolus bônus* propio del arrepentimiento espontáneo del número 9.º del artículo 9 del C. P., es lo cierto que ello sucedió luego de descubrirse su actuar irregular por el magistrado de Trabajo en el mes de agosto y ordenar al procesado la normalización de éstas en un mes, no conseguida en aquella fecha de la comparecencia, que firmó, a requerimientos de dicho superior, como consta en el folio 355, por lo que su confesión no fue espontánea, ni siquiera concreta, ni auxiliadora de la justicia, careciendo de toda base dicha atenuante, sin perjuicio de advertir que las penas por los delitos fueron impuestas en sus grados mínimos, y no se solicita la cualificación de la misma, que nunca por las circunstancias procedería aplicar, por lo que en el hipotético supuesto de admitirla no resultaría eficaz en orden a la punición.

Considerando: Que atendiendo a todas las circunstancias concurrentes, y muy directamente especificadas en los hechos probados, estima esta Sala que la Audiencia se quedó corta al valorar el alcance de la semieximente de estado de necesidad, apreciada, en relación a la penalidad decretada, pues sólo rebajó un grado de la misma, cuando el artículo 66 del C. P. le permitía hacerlo dos, por lo que atendiendo además a la intensidad del dolo delictual, no amplió, y a los efectos producidos, tampoco excesivos, estima necesario hacer uso del párrafo 2.º del artículo 2 del C. P., en relación con el artículo 902 de la L. E. Crim., proponiendo el indulto de la pena de presidio mayor impuesta por el delito de malversación de caudales, para fijar límites más bajos de punición más equitativos, en el caso concreto. (Sentencia de 9 de diciembre 1975. Ar. 4.738.)

LESIONES: DEFORMIDAD

Considerando: Que habiéndose formulado en los recursos presentados por las representaciones de los procesados José P. y Antonio F. motivos por quebrantamiento de forma e infracción de ley, si bien de los de fondo fueron inadmitidos uno de cada representación, y como los de forma tienen el mismo apoyo y similar argumentación, es preciso agruparlos por razones de economía procesal y evitar repetición de conceptos para su estudio y resolución.

Considerando: Que el primer motivo articulado por P. y el segundo de los formulados por F., con amparo en el núm. 1.º del artículo 850 de la L. E. Crim., atacan no haberse accedido por la Sala de instancia a la suspensión del juicio oral y practicar la información complementaria correspondiente, ante los documentos suscritos por los procesados que constan en el rollo de la Sala en los que se indica quién fue el autor de la pelea, limitándose el Tribunal en el fallo a ordenar se deduzca testimonio de los mismos y se remitan al Juzgado de Instrucción de Colmenar Viejo, para la instrucción de las oportunas actuaciones; motivos que no pueden prosperar, pues la facultad que otorga el núm. 6 del artículo 746 de la ley de Enjuiciamiento para suspender la tramitación del juicio por revelaciones surgidas, en este caso, de los propios procesados que hagan necesaria la práctica de una información suplementaria, es una facultad discrecional de la Sala sentenciadora, ajena por completo al recurso de casación, y así lo viene declarando esta Sala en repetidas sentencias, entre otras en la muy reciente de 3 de marzo de 1975 (R. 812), además no consta en el acta del juicio oral fuera planteada la cuestión durante la celebración del juicio, y a mayor abundamiento, tratándose de procedimiento de urgencia, como establece la ley rituaría el Tribunal, con el mayor celo, procurará evitar suspensiones inmotivadas.

Considerando: Que el segundo motivo de casación formulado por P. y el primer del recurso de Antonio F., se apoya también en el núm. 1.º del artículo 850, alegando infracción por haberse negado la Audiencia a la suspensión del juicio ante la incomparecencia de un testigo, y aunque esta vez sí se formuló la oportuna protesta haciéndose constar en el acta, tampoco pueden ser acogidos los motivos, el que el Tribunal haya admitido la prueba por estimarla oportuna, puede muy bien en el plenario prescindir de ella ante las dificultades que surjan para su práctica, por ser facultad discrecional, máxime con las prescripciones establecidas en el artículo 801 de la ley adjetiva para el procedimiento de urgencia, y no constar tampoco las preguntas que pudieran habersele hecho, lo que impide la valoración de su importancia.

Considerando: Que el cuarto motivo de los formulados por la representación de P., el tercero fue inadmitido, bajo el amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la repetida ley, acusa infracción por haberse aplicado el artículo 420, número 3.º, cuando debió aplicarse el núm. 4.º del mismo artículo, argumen-

tando en su escueto alegato no tener las piezas dentales consideración de miembros, no produciendo además fealdad por el sitio donde estaban ubicadas; cuando es lo cierto que el lesionado, prescindiendo de la fractura de la mandíbula inferior, le ha quedado defecto con la pérdida de dos dientes incisivos izquierdos de dicha mandíbula y un molar de la mandíbula superior, lo que supone la pérdida de tres miembros no principales con la deformidad correspondiente, aunque pueda paliarse con una prótesis dental; teniéndolo así declarado repetidamente la doctrina de esta Sala, procediendo por todo ello la desestimación del motivo.

Considerando: Que el quinto motivo de casación del repetido P. con el mismo amparo procesal del anterior, estima indebida la aplicación del artículo 420, núm. 3, propugnando la aplicación del 424, ambos del C. P., lo que es por completo imposible, por referirse dicho precepto a cuando se causaron lesiones graves en riña tumultuaria, definida en el artículo 408, constando en el supuesto contemplado, concretamente en el hecho probado, fueron los procesados los autores de las lesiones sufridas por la víctima, dándole P. inopinadamente un puñetazo en el rostro derribándole al suelo, saliendo huyendo la víctima al levantarse persiguiéndole P. y F. y al darle alcance le pusieron la zancadilla derribándole de nuevo y otra vez levantado volvió a ser golpeado con el puño por ambos procesados causándole además de las lesiones antes citadas erosiones en codos y rodilla, tardando en curar sesenta y dos días, por lo que perfectamente se sabe quiénes fueron los autores, produciéndole las consiguientes lesiones, procediendo la desestimación del motivo. (Sentencia de 22 de diciembre de 1975. Ar. 4.927.)

#### ESTUPRO DOMESTICO

Considerando: Que una de las formas de estupro de prevalimiento contenida en el artículo 434, párrafo 1.º del C. P. es el estupro doméstico, realizado entre el jefe de la familia o alguno de sus hijos con la muchacha de servicio, el cual no requiere de la seducción engañosa, aunque no la repudie, y siempre exige además de dichas condiciones personales el yacimiento de la pareja, consentido por la hembra, sin la debida espontaneidad, por hallarse viciada su voluntad, por la coacción psicológica que el ambiente ejerce sobre el ánimo de aquélla, no gozando, por lo tanto, de absoluta libertad espiritual para oponerse a las presiones y pretensiones libidinosas del varón que se prevalece, si se quiere tácitamente, de su superior posición psíquica, social y cultural, sobre la subordinada de la hembra, y sobre el temor que siente a desagradar y desobedecer, cuando ambos viven bajo un mismo techo y formando una unidad familiar presidida por la lealtad, comunicación, trato continuado, intimidad y vínculos afectivos, que determinan una dificultad reactiva por la anulación de la capacidad defensiva de la mujer joven, ante la acuciante y criticable libido



del varón, que así consigue quebrantar la decencia y honestidad de aquélla; hallándose tal prevalimiento vinculado, objetiva e implícitamente, al hecho del acceso carnal, sin necesidad de declaración expresa de su existencia, por la calidad indicada de los sujetos activo y pasivo del delito.

Considerando: Que como elemento objetivo del injusto, y condición subjetiva del sujeto pasivo, el artículo 434, párrafo 1.º, exige, además de los requisitos personal y real antes expuestos, la doncellez de la mujer, por no haber conocido varón, la que tanto puede asimilarse a la virginidad fisiológica, como a la honestidad, por presencia de moral sexual y ausencia de liviandad, empleándose todas estas expresiones en virtual sinonimia; habiéndose establecido una doctrina por esta Sala, muy reiterada, en atención a la condición moral y social de la mujer española, de que su doncellez u honestidad se presume *iuris tantum* o salvo prueba en contrario que se establezca o deduzca claramente de alguna afirmación de hecho que, cierta y lógicamente, contradiga aquélla—entre otras muchas sentencias de 22 de diciembre de 1947 (R. 1.500), 2 de enero de 1951 (R. 11), 7 de marzo de 1955 (R. 548), 3 de octubre de 1960 (R. 3.018), 21 de febrero de 1961 (R. 778), 12 de mayo de 1962 (R. 2.039), 27 de junio de 1967 (R. 2.672), 1 de febrero 1968 (R. 723), 17 de marzo de 1969 (R. 1.644), 30 de marzo de 1970 (R. 1.496), 2 de junio, 14 y 27 de octubre de 1975 (R. 2.579, 3.641)—; por lo que si la sentencia penal asegura que la mujer es de buenas costumbres, buena fama o conducta, ha de entenderse que es doncella, e incluso también si nada dice—aunque ello sea poco deseable y debe evitarse— omitiendo todo juicio, pero no precisando circunstancias que actúen contra la presunción de honestidad, que tiene mayor evidencia y fuerza, cuando se haya producido promesa de matrimonio por el varón, bien lo exija el tipo penal o no lo requiera, pues tal engaño lleva implícito, con la necesidad de su uso, el presupuesto de buena fama y conducta honesta de la joven mujer, sobre la que para vencer su resistencia a conceder la intimidad ha de actuar decisivamente la promesa del seductor de tal amplitud y condición.

Considerando: Que por la efectividad de la anterior doctrina resulta obvio que no puede aceptarse el razonado motivo del recurso que pretende se declare la indebida aplicación del artículo 434, párrafo 1.º del C. P., por no concurrir la circunstancia de doncellez en la mujer, toda vez que la conducta juzgada y reflejada en el hecho probado consistió en que prestando aquélla sus servicios domésticos, cuando tenía veinte y veintiún años de edad, a los padres del procesado en su domicilio, este último, que tenía diecinueve años, con reiteradas promesas de matrimonio, realizadas en el curso de relaciones amorosas, que entre ambos mantuvieron, consiguió realizar contactos carnales con ella, embarazándola y naciendo de ellos una niña, y negándose luego el inculpado a cumplir su palabra de matrimonio y a reconocer a su descendiente; y aunque tal relato, ni tampoco el considerando, hacen declaraciones sobre la doncellez u honestidad de la doméstica, directa ni indirectamente, lo que hu-

biere sido deseable para conocer fehacientemente la creencia del Tribunal penal de instancia, es lo cierto que tampoco expone ninguna circunstancia que repudie aquella condición personal, y como la misma ha de presumirse, salvo demostración en contrario, en toda mujer de corta edad, la conclusión a que se llega es a estimar presente la condición honesta de la doméstica, aún con mayor razón cuando el inculpado hubo de usar del engaño, prometiéndole casarse con ella, para conseguir la intimidad sexual, lo que supone que no se entregó sólo por el prevalimiento debido a la domesticidad, coacción psicológica, convivencia, lealtad y capacidad reactiva disminuida, a que se ha hecho mérito antes, y que exige tal estupro, sino que hubo de agregarse esas promesas de nupcias engañosamente para conseguir la entrega carnal, lo que indica demostración de la honestidad de la mujer, que sólo por la conjunción de dichas dos circunstancias —prevalimiento, más engaño— accedió a los deseos del seductor, pues de no ser doncella no hubiera tenido necesidad de utilizar tal arma de seducción, como es la promesa matrimonial, sin que tal doctrina pueda derrocarse en el caso de autos, por la contraria del recurso, que desconoce la operancia de tal presunción de doncellez y honestidad y mucho menos por la petición de examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la L. E. Crim., por esta Sala, por ser facultad de muy estricto contenido que no puede permitir el examen de pruebas no auténticas por el cauce del núm. 1.º del artículo 849, y que sólo sirve para ilustrar y despojar dudas, reflejadas en los hechos probados, pero no para alterar la convicción psicológica expuesta y proclamar conductas o circunstancias personales que no deriven de ellos, por lo que esta Sala no puede dar eficacia alguna al informe de la Guardia Civil de San Fernando, del folio 20, que además si asegura la conducta deficiente moral de la mujer seducida lo hace ante la circunstancia de haber tenido un hijo de soltera con su novio, es decir, partiendo del hecho enjuiciado ahora, y no refiriéndose como debiera a su condición anterior a las relaciones amorosas que determinaron la maternidad, por lo que tal informe nunca serviría para el fin propuesto, con mayor razón cuando en los informes de la Guardia Civil de C. y de la policía —folios 18 y 22— se asegura su buena conducta moral y honestidad de la mujer tan referida. (Sentencia de 30 de octubre de 1975. Aranzadi 4.075.)

#### HURTO DOMÉSTICO

Considerando: Que el estado de necesidad o *status necessitatis* causa de exclusión del injusto, obediente o un principio de interés preponderante cuando se trata de conflictos de bienes y deberes de desigual valor en los que el sacrificado es de inferior calidad a la del predominante, y causa excluyente de la culpabilidad, según la teoría dominante, cuando se trata de conflictos entre bienes o deberes de igual entidad o rango, ha sido estudiado, entre otras mu-

chas, por las sentencias de este Tribunal de 27 de diciembre de 1973 (R. 5.102) y 5 de febrero, 28 de marzo, 16 de mayo y 24 de septiembre de 1974 (R. 380, 1.470, 2.304 y 2.404), habiendo obtenido su reconocimiento legal, si bien de modo tímido, enteco y angosto, en los Códigos penales de 1848 y 1870, los que sólo comprendían en la exención a los daños causados en propiedad ajena para evitar un mal, ensanchándose en su ámbito de aplicación en el Código de 1928, donde se le admitía como protección o amparo de vida, salud, honor o intereses, obteniendo un reconocimiento todavía más amplio en el Código de 1932, el que, sin embargo, no lo admitía en los casos de conflicto de bienes o deberes de igual rango, y llegando a su apogeo en el Código de 1944, donde no se condiciona, en el núm. 7.º del artículo 8.º, la naturaleza de los bienes o derechos susceptibles de protección mediante el sacrificio de otros, se admite el estado de necesidad propio y el ajeno y se da cabida a los conflictos de bienes de igual valor; con lo cual, y ante la indefinición legal de lo que constituye la esencia o entraña del estado de necesidad, la jurisprudencia y la doctrina, con apoyo y base en el precepto antes mencionado, han perfilado la referida eximente, exigiendo para su concurrencia los siguientes requisitos: 1) Que se produzca un conflicto urgente y dramático real y efectivo, grave, actual, inminente, inaplazable, absoluto, por ser el único camino o medio de evitar el mal que se cierne inevitablemente sobre el necesitado, y total, pues no se trata de proteger se halle en trance leve o de evitar simples molestias o un perjuicio ínfimo, sino que dichos bienes se encuentren en trance de destrucción o perecimiento y el mal que se trata de evitar sea auténtico. 2) Que el bien o interés que se trata de preservar o proteger mediante el sacrificio o lesión de otro bien jurídico ajeno o de la infracción de un deber sea un bien o interés jurídicamente protegido, inherente a la condición y naturaleza humanas y, por tanto, no ilícito o inmoral, pues el Derecho no puede consentir el sacrificio de un bien jurídico ajeno o la infracción de cualquier deber para la preservación o conservación de bienes o para la satisfacción de necesidades ilegítimas o contrarias a derecho. 3) Que el bien sacrificado no sea absolutamente desproporcionado con el bien que se trata de preservar y defender, constituyendo más bien un pretexto defensivo sin fuste ni fuerza suasoria, ya que es inconcebible que se trate de satisfacer una necesidad de escaso e ínfimo contenido con la obtención o sacrificio de bienes de entidad y rango y de cuantificación inconmensurablemente mayor. 4) Que el mal que se quiere evitar no sea menor que el causado por el necesitado, con lo que son admisibles, con eficacia exonerativa, los conflictos de bienes de desigual calificación con tal de que no sea el sacrificado el de mayor entidad y rango, así como los producidos entre bienes de idéntico o igual valor. 5) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y 6) Que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse por razón de su oficio o cargo.

Considerando: Que en el caso de autos, y partiendo de que la confrontación o conflicto no se produce, como a primera vista podría inferirse de la lec-

tura de la narración histórica de la sentencia de instancia, entre el estado de penuria del procesado —ciertamente poco definido en dicha narración fáctica donde no se aclara la filiación del procesado, su estado, número de hijos, en su caso, y gestiones o medios que hubiera empleado para subvenir a sus necesidades primarias o a las de su familia antes de obrar como lo hizo— y la sustracción de una sortija valorada en 600.000 pesetas, sino entre dicha sustracción, esto es, entre el bien ajeno apropiado y la necesidad imperiosa, según dicha sentencia, de reembolsar a una señora por cuya cuenta había cobrado unos recibos cuyo importe de 5.500 pesetas se había apropiado, con lo que no se precisa poseer gran sagacidad para advertir la imposibilidad de estimar concurrente en el caso un estado de necesidad exoneratorio ni siquiera atenuatorio, y ello no sólo porque el bien sacrificado es muy superior al que se trataba de preservar con la sustracción del primero, y porque la situación de necesidad había sido realmente provocada intencionadamente por el sujeto —lo que no impediría la operancia de la eximente con carácter incompleto—, sino por la falta de subsidiariedad debidamente destacada en la narración histórica de la sentencia recurrida, por la evidente desproporción o notable exceso entre la cuantía de lo sustraído —600.000 pesetas— y la que había que aplicar —5.500— para reembolsar urgentemente lo apropiado por el procesado, lo que es un exponente claro de motivaciones distintas a las atribuidas por la sentencia recurrida a dicho procesado, y, sobre todo, porque la ocultación de un delito de apropiación indebida, cometido anteriormente, mediante la rápida reintegración de la suma apropiada, no es un derecho o bien inherente al ser humano y digno de protección, sino finalidad, ilícita e inmoral, de turbia elusión de responsabilidad criminal a costa del patrimonio de tercero que no puede primar el Derecho concediendo al infractor un trato penal más benévolo.

Considerando: Que tal como destacó la sentencia de este Tribunal de 18 de junio de 1975 (R. 2.893), simple paradigma pues abundan las declaraciones jurisprudenciales a este respecto, la atenuante novena del artículo 9 del C. P. requiere para su estimación, y según se deduce de su legal texto: 1) Un estado anímico de íntimo dolor, pesar, contricción, aflicción o congoja, posterior a la comisión o perpetración del delito y originado por dicha realización, de tal modo que el agente, autorreprochándose su conducta, deshiciera lo hecho si todavía fuera posible. 2) Que este subjetivo requisito, este especial estado de ánimo, sea espontáneo, esto es, surgido o brotado del íntimo ser del agente, obediente tan sólo a impulsos o motivaciones propias o a la voz de su conciencia, sin que en su actuación reparadora influyan el cálculo o la reflexión tendentes a lograr sustanciosa atenuación, obrando de *motu proprio*, es decir, sin que nadie le haya inspirado, sugerido, aconsejado o mandado la conducta postdelictiva que convenía seguir, o inducido o instigado a mostrarse contrito y apesadumbrado, realizando los actos positivos que el número 9 del artículo 9 del C. P. prescribe para poder gozar de la atenuación. 3) Una triple actuación positiva, de carácter disyuntivo, consistente en dar satisfacción al ofendido,

reparar o disminuir los efectos del delito o confesar la infracción a las autoridades; y 4) Un requisito temporal o cronológico, radiante en que el agente, pesaroso y acongojado, realice cualquiera de las conductas ya descritas antes de conocer la apertura del procedimiento.

Considerando: Que en el caso presente la sentencia de instancia no resalta, en su narración histórica, con la debida precisión y con vigor de trazos y de lenguaje, el estado anímico del agente pues sólo dice que se mostró «pesaroso y avergonzado», y como ello ocurrió cuando ya había sido descubierto y detenido, no se sabe con certeza, pese a la afirmación del Tribunal inferior, si el pesar y la contricción, y hasta la vergüenza, emanaban de la perpetración del delito en sí, que es lo relevante, o de la contrariedad que supuso haber sido descubierto y capturado y de la frustración del intentado aprovechamiento económico de la sortija sustraída, lo que ningún valor tiene para el Derecho; pero es que además, y ello pasó desapercibido para la Sala de instancia, la confesión hecha a continuación por el procesado y que debía completar de modo positivo, sus presuntos pesar y contricción, se realizó cuando ya la policía lo había sorprendido y detenido, lo que no se adecuía a las exigencias temporales de carácter legal y carece de todo valor digno de premio atenuatorio puesto que no fue él quien, facilitando la acción de la justicia, dio la *notitia criminis* y se autoacusó, sino que aunque no conste si el propietario de la sortija había denunciado los hechos iniciándose procedimiento judicial, lo cierto es que el joyero a quien se había ofrecido en prenda la sortija avisó a la policía y ésta actuó a instancia de dicho joyero y en cumplimiento de su deber, sin que el procesado contribuyera al descubrimiento de la sustracción y a la recuperación de la sortija hurtada más que cuando ya su presunta cooperación era totalmente inútil y superflua.

Considerando: Que por todo lo expuesto, procede estimar los dos motivos del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la L. E. Crim., en el primer caso, por aplicación indebida de la circunstancia 7.<sup>a</sup> del artículo 8 en relación con la primera del artículo 9, ambos del C. P., y en el segundo, por aplicación indebida de la circunstancia 9.<sup>a</sup> del artículo 9 del mismo texto legal. (Sentencia de 26 de noviembre de 1975. Ar. 4.591.)

Considerando: Que toda la tesis recurrente del único motivo de casación formulado en el presente recurso, amparado en el núm. 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., se centra en la indebida aplicación a la procesada, en los dos delitos de hurto por los que ha sido condenada, de la agravante específica del núm. 2.º del artículo 516 del C. P., que el hurto fuera doméstico o interviniera abuso de confianza, argumentando que los servicios prestados por la inculpada en el domicilio de doña Pilar no tiene nada que ver con lo doméstico, limitándose a prestar sus servicios como enfermera en dicho domicilio, teoría que, dada la modalidad de la norma —hurto doméstico o con abuso de con-

fianza—, se vuelve en contra de la propia recurrente, sin apoyarse en ninguna base de presunción, como lo demuestra simplemente que aunque no fuera sirvienta su condición de enfermera le daba la misma facilidad que si lo fuera para circular libremente por todas las dependencias del piso, con ocasiones múltiples, para apoderarse del metálico y objetos sustraídos, quebrantando la confianza en ella depositada, siendo independiente por otra parte para poder estimar el hurto doméstico, que los servicios se presten continuamente o sólo durante algunas horas, basta la facultad de moverse por la casa y así nos lo enseña la sentencia de 22 de febrero de 1953, que condenó por delito de hurto doméstico a una costurera que con dicho carácter prestaba los servicios en la casa. Por lo referente a los hechos del apartado b) del resultando de probados, en el que se castiga a la procesada por apoderarse de un brazalet de oro en la habitación de la casa que ocupaba otra señora, el abuso de confianza es clarísimo, por no precisarse que se produzca relación de dependencia entre la procesada y la dueña de lo sustraído, suficiente, con que aquélla se aprovecha como lo realizó, de la situación de privilegio que le colocaba su calidad de enfermera dentro del mismo piso y buscara la circunstancia propicia para verificar la sustracción, la que difícilmente hubiera podido cometer sin el indispensable acceso de que disponía a los departamentos de la casa y pacientemente esperar el momento oportuno para la comisión del delito; por lo que procede la desestimación del único motivo de casación formulado. (Sentencia de 5 diciembre de 1975. Ar. 4.676.)

Considerando: Que entre el 8 de abril de 1967 y el 24 de noviembre de 1974, la línea cuantitativa divisoria entre ciertos delitos contra la propiedad —hurto, estafa y apropiación indebida— y las correspondientes faltas, no experimentó la menor variación, con lo cual, condenado el recurrente el 14 de febrero de 1969 por la comisión de un delito de apropiación indebida, y perpetrado el hecho aquí incriminado el 19 de febrero de 1972, es claro que dicha infracción apropiativa tenía naturaleza delictiva en la primera fecha citada y la seguía teniendo al tiempo de la segunda, sin que la ley de 1974 ya citada, por virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.º de su única disposición transitoria, suponga ninguna variación que beneficie actualmente al reo; de lo que se infiere, a efectos de la circ. 15 del artículo 10, que dicho reo, al tiempo de delinquir, estaba condenado anteriormente por la perpetración de un delito comprendido en el mismo título del C. P., y aunque el requisito de la ejecutoriedad o firmeza de la sentencia anteriormente condenatoria no aparezca explícitamente declarado en la narración histórica de la resolución definitiva de instancia ahora impugnada, no pudo ser de otra forma dado que los datos condenatorios de las sentencias no se remiten al Registro Central de Penados y Rebeldes más que cuando dichas resoluciones han adquirido firmeza y no hubieran podido constar en la presente causa incoada en los inicios del año 1972 a menos que la referida condena impuesta en 1969 hubiera adquirido el rango y carácter de ejecutoria. Razones por

las cuales es de forzosa desestimación el motivo primero del recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación jurídica del procesado y con apoyo en el número 1 del artículo 849 de la L. E. Crim. por aplicación indebida de la circ. 15 del artículo 10 del C. P.

Considerando: Que, a virtud de las facultades concedidas a los Tribunales por el párrafo 2.º del artículo 516 del C. P., e impuesta la pena en el límite mínimo del grado máximo —cuatro años, dos meses y un día de presidio menor— gracias a la concurrencia de la agravante genérica de reincidencia simple, ningún interés práctico tiene la cuestión de si la agravante de reiteración fue o no aplicada acertadamente por el Tribunal de instancia, pero, a la luz del número 14 del artículo 10 del C. P., no cabe duda de que, si al tiempo de delinquir el culpable —19 de febrero de 1972— había ya sido castigado, el 24 de abril de 1958, por la comisión de un delito comprendido en la ley de 9 de mayo de 1950 (R. 585 y Dic. 1.787), y el 20 de septiembre de 1971, por la perpetración de un delito de estupro, sean cualesquiera las penas impuestas por la realización de dichos delitos —mayores, menores o iguales a las correspondientes a la infracción aquí analizada—, el reo era reiterante, conclusión terminante a la que no empece la naturaleza desconocida del delito comprendido en la ley de 9 de mayo de 1950, pues, en la narración histórica de la sentencia recurrida, nada se dice respecto a que la conducta sancionada haya cesado de constituir infracción delictiva con las reformas de 24 de diciembre de 1962 (R. 2.345 y Ap. 51-66, 2.376), o de 8 de abril de 1967 (R. 700 y Ap. 51-66, 2.505), y siendo el recurrente a quien le incumbía la prueba de semejante aserto, ninguna demostración, ni explícita ni presuntiva, ha presentado al respecto, procediendo, en consecuencia, desestimar el motivo segundo sustentado en el número 1 del artículo 849 de la L. E. Crim. por aplicación indebida de lo establecido en la circ. 14 del artículo 10 del C. P.

Considerando: Que si, a efectos del inciso primero del número 2 del párrafo 1.º del artículo 516 del C. P., la palabra doméstico se circunscribe, como se infiere de la sentencia de este Tribunal de 27 de junio de 1974 (R. 2.962), y como reminiscencia de tiempos de servidumbre ya superados, a los hurtos cometidos por los sirvientes o criados que prestan sus servicios en el domicilio de sus amos, es decir, a las sustracciones perpetradas por los que ahora, con conocidos neologismos, se les denomina empleados o auxiliares de hogar, no cabe duda de que el recurrente, que era mero huésped del agraviado, no tenía la calidad de doméstico; pero sí se califica como tal al que habitando bajo el mismo techo que la víctima y aprovechando las facilidades que esa convivencia le depara, sustrae bienes muebles de aquélla, el caso presente sería incardinable en la agravación específica o tipo particular ya referido, descrito en el primer inciso del número 2 del artículo 516 del C. P.; sin embargo, en cualquier caso, y aunque se adoptara la primera posición por ser más favorable al reo, la pena impuesta por el Tribunal *a quo* estaría plenamente justificada, pues aunque, en alguna ocasión, este Tribunal ha estimado que el hospedaje fugaz —por una sola

noche— que impone una convivencia indeseada, en la misma habitación, con otro huésped desconocido, no genera, en su caso, abuso de confianza, es lo cierto que, conforme a lo sustancial de la doctrina de este Tribunal sentada en las sentencias de 27 de mayo, 10 de junio y 14 de octubre de 1974 (R. 2.435, 2.856 y 3.746), entre otras muchas, el hospedaje, como el de autos, que dura algunos meses, origina, entre patrón y huésped, relaciones de lealtad, familiaridad, mutua fidelidad y *bona fides*, que al ser aprovechadas por cualquiera de ellos para, traicionando los vínculos dichos, apoderarse o sustraer los bienes muebles del otro que esa confiada convivencia puso al alcance de su mano, genera el abuso de confianza que la hipótesis o inciso 2.º del número 2 artículo 516 del C. P. sanciona con mayor rigor que al hurto común y con la misma pena que corresponde al llamado hurto doméstico. Siendo imperativa por tanto la desestimación del motivo tercero, amparado en el número 1 del artículo 849 de la L. E. Crim. por indebida aplicación del número 2 del artículo 516 ya citado, debiéndose también desestimar, sin nuevos razonamientos, el motivo cuarto que sólo podría prosperar de haberse acogido favorablemente los tres anteriores. (Sentencia de 29 de diciembre de 1975. Ar. 4.966.)

#### APROPIACIÓN INDEBIDA

Considerando: Que el primero de los motivos del recurso interpuesto por la representación del procesado, acogido al inciso 2.º del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., reputando infringidas las formalidades legales prescritas, por cuanto el relato probatorio de la sentencia impugnada en su parte final incurría en contradicción al consignar que «la entidad perjudicada ha renunciado a toda indemnización por considerarse resarcida», por cuanto si hubo devolución de lo recibido, no podía afirmarse la existencia de perjuicio, alegación desprovista de consistencia por basarse en un interesado, subjetivo y capcioso juego de palabras, puesto que sustancialmente lo que afirman los hechos probados es que el procesado retuvo para sí cantidades cobradas por cuenta de la empresa en la que estaba empleado, lo que indefectiblemente implica junto a la transgresión de un precepto penal un perjuicio.

Considerando: Que la apropiación indebida, modalidad peculiar de la estafa, de la que fue segregada en el texto refundido del C. P. de 1944, para constituir el delito autónomo tipificado en el artículo 535 de aquél, viene a delimitar con perfiles más ostensibles la línea divisoria existente entre lo ilícito civil y lo anti-jurídico penal, siendo su característica más acusada y que cualifica su esencia dolosa, el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale para hacer propios los efectos muebles que recibe (dínaro o cosas) de ajena pertenencia a título de depósito, comisión, administración o cualquier otro, no traslativo de dominio, que consecuentemente obliga a devolver, entregar o destinar lo recibido a un fin preordenado, pero que aquél se apropia, retiene o distrae en su beneficio personal, transformando la simple tenencia ciertamente lícita,



pero provisional y accidental de tales efectos, en propiedad ilegítima, con lucro propio o ajeno y correlativo perjuicio patrimonial del auténtico dueño, y siendo así que los hechos probados acreditan sustancialmente, que en ocasión de ser el procesado encargado de la sección de ventas de la entidad «S., S. A.» con facultades para vender y cobrar mercancías objeto del comercio de la misma, en el transcurso de junio de 1972 a abril de 1973, cobró y dispuso para sí, con propósito de hacerlo suyo, de importes diversos de facturas y letras de cambio abonadas por clientes de aquélla, hasta un total de 493.122 pesetas, aparecen inequívocamente consignados cuantos requisitos integran el delito de apropiación indebida calificado, al resultar probado que durante los meses mencionados el recurrente dispuso para sus propias atenciones de la cantidad precisada, que había recibido con carácter transitorio a cuenta de su empresa y para su entrega a la misma, por razón del cargo o servicio que prestaba a la misma, prevalido de esta cualidad y de la confianza en él depositada, ocasionando con tal conducta un perjuicio económico cierto y determinado en su cuantía, que motivó la denuncia formal presentada por aquélla, sin que su posterior renuncia a ser indemnizada, invalide o deje sin contenido la transgresión penal cometida, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva expuesta en el tercero de los motivos, consistente en haber omitido el relato probatorio aquellos hechos que «hacían referencia concreta y directa a la conducta que debía observar el procesado en orden al dinero cobrado, para poder calificarla de indebida», o sea, que existía la laguna acreditativa de si el dinero cobrado lo recibió simplemente en administración, laguna que en todo caso correspondía clarificar y justificar al recurrente, puesto que la empresa patronal, al denunciar los hechos, ya puso de manifiesto que su empleado carecía de poder dispositivo sobre las cantidades retenidas y el relato respectivo —vinculante en este trámite— ya afirma, tanto la recepción por título que obligaba a entregar, como la retención y distracción de lo cobrado con ánimo de beneficio propio, elementos integrantes del delito estimado, razones que llevan a rechazar el motivo contemplado, acogido al número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., reputando infringido por aplicación indebida el artículo 535 en relación con el 528 número 1.º del C. P.

Considerando: Que finalmente, el cuarto de los motivos articulados, también por corriente infracción legal, reputando vulnerado por inaplicación el artículo 69 del C. P., por cuanto consignándose que la cantidad apropiada ascendía a 493.162 pesetas, como importe total de «multitud de facturas y letras de cambio debidas por los clientes» en el período de tiempo de junio de 1972 a abril de 1973, el relato fáctico omitía la cuantía de cada apropiación parcial, que debiendo ser conocidas para determinar el total expresado, impedía *a priori* la aplicación del artículo 69, o sea, el poder estimar tantos delitos de apropiación individual como veces se habían cometido, alegación inacogible a los fines postulados, porque con independencia de que el *factum* probatorio consigna no haberse justificado otras concreciones respecto a fechas, ocasiones y cantidad que las reflejadas, aunque se dieran, el resultado hubiera sido el mismo, puesto

que el precepto punitivo invocado regula el concurso real de delitos imputables al culpable, y en el supuesto enjuiciado tan sólo cabía apreciar la comisión de un solo delito de naturaleza continuada, cuya existencia representa y constituye una realidad jurídica viva, palmaria y evidentemente reconocida por la doctrina científica y jurisprudencial, de uniforme y constante aplicación en la *praxis* judicial, cuando como en el caso debatido, el estímulo anímico que impulsaba al procesado obedecía a un propósito único, siendo igualmente unitarias, la norma penal infringida, las condiciones objetivas de las diversas acciones parciales ejecutadas y el sujeto pasivo afectado, lo que denota una actuación homogénea de culpabilidad en el tiempo y en el espacio, dirigida a una sola finalidad, exteriorizada por una trayectoria dolosa, enteriza y globalmente idéntica, que son los elementos que configura e integran el delito continuado de apropiación indebida, correcta y acertadamente calificado por el Tribunal de instancia. (Sentencia de 15 de diciembre de 1975. Ar. 4.804.)

Considerando: Que el primer motivo del recurso, alega el defecto formal, contenido en el artículo 850-1.º de la L. E. Crim. que se haya denegado alguna diligencia de prueba, que se haya propuesto en tiempo y forma y que se estime pertinente. Mas es lo cierto que al analizar el motivo, realmente se acusa al Tribunal de instancia no cometer semejante defecto formal, sino que habiéndose admitido la prueba propuesta por el recurrente, no compareció uno de los testigos propuestos que era el perjudicado, por falta de citación judicial y pese a que en el acto del juicio oral, se pidió la suspensión, el Tribunal no la había acordado, por lo que se hizo la oportuna reclamación que no prosperó y ello ocasionó indefensión. A la vista de los hechos y argumentos expuestos conviene concluir que la falta que se denuncia no está amparada en el artículo 850-1.º de la ley porque éste supone una denegación de admisión de prueba, extremo que no concurre en el presente caso. A lo más pudo alegarse tal defecto en relación con el artículo 746 de la ley de enjuiciar por no comparecencia de testigo, pero en este supuesto era menester además que el Tribunal considerase necesaria la declaración. Como en este supuesto no se consideró y razonadamente, puesto que el perjudicado incomparecido había denunciado los hechos y a través del sumario —según se deduce de un examen de las actuaciones, según el artículo 889 de la ley— había declarado dos veces, manteniendo la misma postura acusatoria de perjudicado, es evidente que puede prescindirse de su declaración, considerarse instruido al Tribunal suficientemente y continuar el juicio sin producirse la indefensión alegada, razones que motivan la desestimación del motivo que se examina.

Considerando: Que menos viable debe considerarse el motivo segundo que al amparo del artículo 849-1.º de la L. E. Crim., considera infringido el artículo 535 del C. P., en primer lugar porque no respeta íntegramente los hechos probados, al argumentar que el recurrente y procesado no recibió cantidad alguna para atender al impuesto de lujo contra la firmación de aquéllos de entrega de

174.622 pesetas para pago de precio del automóvil, gastos de matriculación, gestión e impuestos de lujo; también la argumentación del recurso referida al abono del precio va contra los hechos, puesto que se dice que el precio del automóvil, entregado por el perjudicado, no se expresa si fue tras el contrato o contra la entrega del coche. Los hechos afirman que tan pronto como se perfeccionó la venta, el perjudicado entregó el precio. Y en segundo lugar, al concurrir los requisitos precisos para integrar el delito del artículo 535 del C. P.; recibir dinero para abono, esto es la comisión para entregarlas a terceros y apropiarse de parte del mismo, en propio beneficio y con perjuicio para su dueño, es claro que hicieron devenir al recurrente con su lucro ilícito y su abuso de confianza en responsable del delito por el que se le condenó y fundamentan la desestimación de tal motivo del recurso. (Sentencia de 23 de diciembre de 1975. Ar. 4.951.)

Considerando: Que el segundo motivo del recurso inadmitido que fue el primero, alega infracción del artículo 535 en relación con el 528-2.º del C. P., negando la existencia del perjuicio consustancial al delito imputado con un doble argumento: Uno, de carácter subsidiario, pues que se emplea para el caso de prosperar el motivo anterior, por lo que desechado aquél debe decaer tal alegato; y otro basado en que, desconociéndose el montante económico del descubierto debe estimarse en aplicación del principio *in dubio pro reo*, que es el inferior punible, esto es, el correspondiente a la falta de apropiación indebida prevista en el artículo 587-3.º del C. P.; alegato este último que vulnera el tenor de los hechos probados en el que se dice que si bien no se ha podido precisar con exactitud el importe total del perjuicio, sí que el mismo «no baja de las cincuenta mil pesetas»; con lo que es visto que se señala el tope preciso no sólo para estimar el delito y desechar la falta, sino la pena prevista —en la fecha de comisión de los hechos— en el número 2.º del artículo 528 del C. P. para cuando la cuantía de la defraudación excediere de diez mil y no pasara de cincuenta mil pesetas; todo lo cual conduce a desestimar este motivo del recurso.

Considerando: Que ante el tercer motivo del recurso se hace preciso recordar la doctrina de esta Sala según la cual el delito de apropiación indebida entraña, por definición, un substrato jurídico-civil a virtud de los títulos fiduciarios expresados por vía enunciativa en el artículo 535 del C. P. y que confiere al *accipiens* la posesión de las cosas, pero no la propiedad que el *tradens* sigue ostentando sobre tales cosas confiadas (*res commendata*), siendo la comisión mercantil en su doble faz de compra o venta, uno de los más típicos títulos contractuales aludidos en dicho precepto y que el legislador protege a virtud del riesgo que entraña para el comitente la posesión por el comisionista del dinero o mercancías recibidos en el ejercicio de su mediación, para lo cual, y desde el punto de vista jurídico-privado, considera que tanto si la comisión es de venta, como si es compra, la propiedad de las cosas recibidas pertenece en todo caso al comitente, lo que engendra en el comisionista un correlativo deber de conservación y depósito (artículo 266 del C. Com.), con el complemento del constituto pose-

sorio para el caso de quiebra del comisionista (artículo 909-4.º del C. Com.), lo que tiene la indeclinable consecuencia en el ámbito penal que si por acaso infringe el mandatario mercantil tales específicos deberes de conservación o de entrega al principio (art. 263 del C. Com.), habrá quebrantado la facultad dominical de disposición que sigue perteneciendo a su mandante y, por ende, habrá incurrido en el delito de apropiación indebida (sentencias de 9 de junio de 1971 (R. 2.811), 28 de marzo de 1973 (R. 1.434)—; sin que tampoco sea óbice a la doctrina sentada el hecho de que el comisionista obre en nombre propio, pues lo decisivo es que obre por cuenta ajena, actuación típica de la comisión mercantil en contraste con el mandato civil, que podrá afectar a las relaciones del comisionista con los terceros, pero no a las que le ligan con el comitente, que quedan intactas (art. 246 del C. Comercio).

Considerando: Que la anterior doctrina se hace en un todo aplicable al supuesto de hecho descrito en la sentencia impugnada en cuanto el mismo afecta al procesado recurrente quien, en una primera etapa cronológica, celebró conjuntamente con otra persona un contrato de comisión para la venta de los productos alimenticios de cierta empresa en un área geográfica determinada, obligándose a establecer el depósito de las mercancías con la contrapartida de un premio o comisión por las operaciones de venta realizadas; contrato que, por la desaparición de su co-obligado, asumió por entero el recurrente en posterior etapa que va desde octubre de 1960 a mayo de 1970, durante cuyo lapso de tiempo y ya actuando solo el procesado, cobró facturas de clientes de la empresa que ingresó en su patrimonio en lugar de remitirlas a la empresa, se lucró con algunos de los regalos que la misma empresa tenía destinados a su clientela para estimular las ventas y, en fin, se quedó con parte de la mercancía recibida para su posterior venta, todo lo cual originó a su principal un perjuicio que sin haberse fijado con exactitud no es inferior a las 50.000 pesetas; pues de tal síntesis fáctica, independiente de otros hechos en los que no se prueba que interviniera el procesado, se desprende con toda claridad la transmutación de la posesión en propiedad de cosas —dinero, mercancías— que el recurrente, a virtud del contrato de comisión que le ligaba con la entidad de autos, debió entregar a ésta o a los clientes de la misma para luego percibir de ellos, como intermediario, el precio de la venta que igualmente había de hacer llegar a su comitente; incurriendo al no hacerlo así en uno de los más típicos supuestos del delito de apropiación indebida y sin que valgan a destruir tal título de imputación delictiva el que el procesado actuara en nombre propio aunque por cuenta de otro, pues ya se ha visto que éste es supuesto típico de la comisión mercantil y sin que lo destruya la estipulación contractual de que el depósito de géneros era «por cuenta» del procesado, pues ello alude al «establecimiento» del depósito en el sentido material de local para almacenar las mercancías, pero sin desvirtuar su depósito en sentido jurídico; o, lo que es lo mismo, que la empresa no se desprendía de la propiedad de los productos al remitirlos al comisionista lo que sería contrario a la llamada prohibición de autoentrada del comisionista prevista

en el artículo 267 del C. Com., como lo prueba además que cuando la venta al cliente era con precio aplazado, la propia empresa ponía al cobro el efecto correspondiente, cobro que, asimismo, debía «gestionar» el recurrente cuando sobrevenia el impago de la cambial girada por la entidad comitente; demostrativo todo ello hasta la saciedad de que, contrariamente, a lo que pretende el procesado no estaba autorizado para quedarse ni con el dinero, ni con la mercancía —asumiendo así un verdadero traspaso de propiedad incompatible con su condición mediadora— restando la sola obligación de rendir cuentas y de responder del saldo que pudiera resultar en su contra; pues ya se ha visto cómo los propios preceptos civiles y mercantiles que invoca el recurrente para llegar a tal conclusión, más bien conducen a la contraria, esto es, la propia de todo mandato mercantil que incluso se aceptó en la modalidad estricta de actuación *nomine alieno*, una vez que consta en el *factum* que el procesado asumía «la representación comercial de los productos» de la empresa por la que actuaba y lo remacha la ya aludida intervención directa de ésta en parte de las ventas; conjunto de razonamientos que llevan a desestimar el motivo final del recurso. (Sentencia de 23 de diciembre de 1975. Ar. 4.959.)

#### IMPRUDENCIA

Considerando: Que como es conocido, si bien el C. P. vigente tipifica como delito dos modalidades de imprudencia en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 565, que complementa con las simples faltas punibles contra las personas en el 586 número 3.º y contra las cosas en el 600, siguiendo una graduación valorativa dependiente del *quantum* de previsión y racional cautela dejado de observar en el obrar humano, dicho cuerpo legal no define, describe, ni delimita, tales clases de infracciones teniendo todas ellas —a diferencia de lo que ocurre con las dolosas— una misma naturaleza, distinguiéndose entre sí por la relevancia del deber objetivo de cuidado omitido, como de consuno reconoce la doctrina científica y jurisprudencial, por lo que la mensuración de la culpa en cada supuesto concreto enjuiciado ha de deducirse conjugando los dos factores primordiales integrantes de la misma; el psicológico dimanante del comportamiento anímico del agente y reflejo de su voluntad, poder y facultad previsoras, de distinta gravedad según sea la importancia y grado de las medidas y cautelas inobservadas, engendradoras de riesgo y peligro, lo que en síntesis caracteriza la posibilidad cognoscitiva de producción del resultado dañoso; y el normativo, constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado, tanto provenga de norma reglamentaria que imponga determinada conducta destinada a gobernar una concreta actividad o acto, como de norma de general y sabida experiencia, comúnmente observada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la vida de relación social, habiendo de agregar finalmente, que la uniforme y reiterada doctrina

de esta Sala viene declarando en su función interpretativa y orientadora sobre las modalidades culposas tipificadas y punibles, que la delictiva prevista como reglamentaria en el párrafo 2.º del artículo 565 citado, requiere y precisa la conjunción de una negligencia no cualificada y de una infracción de precepto reglado, o sea, cuando de los antecedentes fácticos consignados se acredita que el inculpado se ha conducido y obrado con descuido no cualitativo, incumpliendo al propio tiempo un mandato normado de general y obligada observancia.

Considerando: Que a tenor de lo expuesto, el problema de la cuestionada culpabilidad del recurrente, dado el cauce procesal en que se ampara el recurso, sólo puede deducirse del examen que arroja su actuación reflejada en el vinculante relato probatorio de la sentencia impugnada, que sustancialmente afirma, que el 25 de octubre de 1972, siendo aquél encargado general de las obras de construcción de un edificio, para las que no se había designado vigilante de seguridad, «al hacer la distribución del trabajo dispuso que el obrero Antonio L. se dedicara a colocar ladrillos... subido en un pequeño andamio de borriquetas, de espaldas a un voladizo en la quinta planta del edificio, a unos 14 metros de altura, en el que el procesado no había mandado colocar más protección que un par de cuerdas entre dos puntales metálicos», por cuya circunstancia, al descender el referido productor del andamio, perdió el equilibrio y cayó hacia atrás, introduciéndose entre las cuerdas, precipitándose en el vacío hasta dar en tierra, lesionándose tan gravemente que falleció a los pocos instantes, de cuya transcripción se desprende inequívocamente: a) que siendo el procesado encargado general de la obra, su cometido y función comprendía la vigilancia, diligencia y cuidado de cuanto en la obra se ejecutaba y no requería conocimientos técnicos superiores para que el trabajo se llevase a efecto dentro de las normas de seguridad preceptuadas, conforme a los artículos 3 y 11 del Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 20 de mayo de 1952 (R. 866 y Ap. 51-66, 3.210); b) que a tenor de sus atribuciones en la fecha expresada, dispuso que el accidentado realizase su trabajo sobre un andamio carente de condiciones de seguridad, no obstante el indudable riesgo y peligro que la labor así encomendada significaba; c) que la ausencia de barandilla de protección, rodapié, red defensiva, cinturón de seguridad o cualquier otra análoga y eficiente en previsión del suceso acaecido venía ordenada en los artículos 30 y 45 del Reglamento general antes citado, así como en los también concordantes 185, 187 y 193 de la Ordenanza del Trabajo para la Industria de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481 y 1.699), y d) que tal actuación revela claramente falta de previsión y omisión de necesarias medidas para evitar el daño sobrevenido, sin intención dolosa, pero como consecuencia directa de inobservancia de normas precautorias adoptadas y practicadas por la experiencia común y exigidas en preceptos legales, que afectando a los elementos esenciales de subjetividad y normatividad integradores de la culpa, configuran la imprudencia reglamentaria calificada en la sentencia recurrida.

Considerando: Que el recurso interpuesto por la representación del proce-

sado, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., en el que se formulan tres motivos, alegando infringido por aplicación indebida el artículo 565 párrafo 2.º del C. P., por cuanto existiendo en la obra donde se originó el accidente una dirección técnica, incumbía a ésta adoptar las medidas correspondientes y no al recurrente como simple encargado (motivo primero); que en todo caso y en el supuesto de apreciarse algún tipo de imprudencia en el procesado, era de tan escasa antijuridicidad que cabía subsumirla en la simple falta prevista en el artículo 586 número 3.º (segundo motivo); y que habiéndose adoptado en la obra de referencia ciertas medidas precautorias, normalmente suficientes, sólo un evento puramente casual, imprevisible y desgraciado determinó el suceso acaecido, por lo que debió comprenderse dentro del caso fortuito del artículo 8.º del C. P., que resultó infringido por falta de aplicación (motivo tercero); argumentación carente de consistencia fáctica y legal, habida cuenta: 1.º, que pretender en trámite casacional desviar la responsabilidad sobre terceras personas indeterminadas, que no fueron parte en la causa, ni por consiguiente objeto de acusación concreta, es totalmente inoperante y enteramente inadmisibles en el ordenamiento jurídico-penal, constituyendo una cuestión nueva no suscitada ni debatida en instancia, cuyo planteamiento anacrónico y extemporáneo no tiene cabida en casación por la propia naturaleza extraordinaria de este recurso, que no es una segunda instancia, inexistente y proscrita en el sistema procesal vigente español; 2.º, que acreditando el relato probatorio la carencia de condiciones elementales de seguridad del andamio en el que el procesado no sólo consintió, sino que como encargado de la obra dispuso que trabajara el accidentado, no cabe degradar la culpa atribuible a simple falta de negligencia, cuando tan notoriamente concurrieron los requisitos que configuran el delito de imprudencia reglamentaria correcta y acertadamente estimado por el Tribunal de instancia, a tenor de la acusación mantenida por el Ministerio Fiscal; y 3.º, que exigiendo literalmente el texto del artículo 8.º del C. P. para su aplicación que el acto ejecutado lo sea «con la debida diligencia» y que el daño sobrevenga «sin culpa» del imputado, su invocación y postulación, en el caso enjuiciado, no ya resulta audazmente gratuita, sino palmariamente contradictoria con lo consignado en el *factum* probatorio y lo precedentemente expuesto y razonado, lo que en consecuencia lleva a rechazar por improcedente el recurso examinado. (Sentencia de 13 de octubre de 1975. Ar. 3.932.)

Considerando: Que el único motivo subsistente del recurso de los procesados Miguel U. R. y Antonio P. N., en la parte que ha sido admitido, se ampara en la diligencia de inspección ocular practicada por el juez de Paz de Roquetas de Mar en el extremo sensorialmente apreciado por dicho juez al reconocer la habitación 904 del hotel «Projekta Paraíso» en la que tuvo lugar el óbito de la infortunada empleada de dicho hotel como consecuencia de haberle caído encima el armario-cama instalado en dicho cuarto y quedar aprisionada contra una mesa del mismo, extremo que dice así: «Sobre la parte alta y detrás del armario

hay una escuadra de hierro sujeta a la pared y encima del armario unos cuatro tornillos que debieron ser utilizados para sujetar el armario...», pasaje que en modo alguno contraría el *factum* de la sentencia recurrida cuando estriba la falta del deber de cuidado de los recurrentes al instalar como operarios las camas-armarios abatibles en las habitaciones de autos, en el hecho de «no sujetar referidos muebles a las escuadras metálicas destinadas al efecto», pues por mucho que allí estuvieran los tornillos sueltos y dispuestos para colocarlos, lo cierto es que ello no acabó de hacerse aunque debiera haberse hecho, como el propio juez que asiste a la diligencia en examen se encarga de hacer constar en espontáneo y elemental juicio valorativo, aunque el mismo sea ya ajeno a la autenticidad de fondo que ahora se esgrima en apoyo del recurso; por lo que quedando intacta la narración fáctica pese al motivo que trata de modificarla, se está en el caso de desestimar el único motivo —parcialmente admitido— del recurso de los citados procesados.

Considerando: Que el motivo primero del recurso del procesado Francisco A. P., se ampara también en el número 2.º del artículo 849 de la L. E. Crim., aduciendo como documentos auténticos determinados oficios de la Delegación Provincial del Ministerio de Información y Turismo de Almería, de los que se desprende que el director del hotel «Projekta Paraíso» en las fechas de autos no era el recurrente, como afirma la sentencia impugnada, sino don Gonzalo M. M. a quien, posteriormente, en 15 de febrero de 1973, sustituyó como gerente de dicha empresa el recurrente, por lo que siendo así mal puede imputarse al procesado Francisco A. P. la responsabilidad que como director se le atribuye: alegato que olvida que lo que el relato fáctico afirma de dicho procesado es que era «director, de hecho, del referido hotel» y que como tal debió tomar las medidas de precaución adecuadas a la situación producida por el primer luctuoso hecho y que al no tomarse ocasionaron el segundo de mucha mayor gravedad, dado su resultado mortal; es decir, que esa afirmación compagina perfectamente con el puesto de dirección asumido por cada una de dichas personas, pues en tanto que don Gonzalo M., según aparece también del sumario, era «director general», con facultades para representar a la empresa, el procesado A., era el que *de facto* ostentaba las funciones de dirección más inmediatas respecto del personal y marcha del hotel, precisamente las que por no haberse cumplido con el debido celo contribuyeron eficazmente al fatal resultado sobrevenido; doble asunción de facultades —representativas unas, de vigilancia y control otras— que es frecuente encontrar en empresas que como la hotelera precisan de esa dualidad de dirección legal y material; todo lo cual invalida este motivo y lleva a su desestimación.

Considerando: Que el motivo segundo del recurso en examen, con igual amparo que el anterior, insiste en que el recurrente no era director, de derecho ni de hecho, del hotel de autos, apoyándose ahora en la escritura pública, otorgada en 18 de mayo de 1972, entre cuyas cláusulas se contiene la que designa administrador de la sociedad «Projekta» con carácter de director general a don Gon-



zalo M. M.; pero tal alegación, lejos de contradecir corrobora lo antes dicho, pues si se examinan las facultades concedidas al señor M., son todas ellas de carácter jurídico y administrativo como conviene a un representante de empresa extranjera —alemana— que establece una sucursal en España, quien para el desempeño de sus funciones ha de valerse de auxiliares adecuados en los que, por cierto, puede delegar parte del poder que se le confiere; justamente lo que ocurrió con el procesado en quien aquel apoderado general delegó de hecho las funciones de dirección más relacionadas con la marcha del hotel, sin perjuicio de reservarse las que podían incidir en el tráfico jurídico del mismo en cualquiera de sus aspectos, situación la del procesado en cuanto al ejercicio de hecho de funciones directivas que luego tienen confirmación, cuando a la muerte del anterior gerente señor M. se convalida su expectativa de sucesión en el cargo en el que efectivamente es nombrado en 15 de febrero de 1973; razones todas que llevan a desestimar igualmente este motivo.

Considerando: Que el motivo tercero y último del recurso del procesado A., merece, en cambio, parcial acogida, pues si bien la Audiencia calificó acertadamente de imprudencia temeraria la conducta de los procesados U. y P. como basada en una grosera negligencia profesional al dejar mal acabada la instalación de los armarios-cama con el grave peligro que ello representaba para los usuarios de esos muebles —de gran volumen y peso—, ajenos al riesgo que oculto amenazaba al quedar aquéllos defectuosamente sujetos a la pared, la posición anímica del procesado que ahora se enjuicia adquiere otras matizaciones, pues, ciertamente incurrió en una culpa *in vigilando* cuando noticioso del primer acaecimiento lesivo no tomó las medidas adecuadas para evitar su repetición, culpa que evidentemente rebasa el mero marco civil para ingresar en el de la imprudencia punible que también trata de negar este recurrente pero que no alcanza el grado que se le atribuye en la instancia, pues aunque pudo y debió percatarse del riesgo amenazante desatado por los otros encartados con su conducta, no es menos verdad que la existencia de tal peligro no le constaba de manera tan inmediata como a los engendrados del mismo, por lo que su omisión espiritual, su negligencia en suma, si bien contribuyó causalmente a la producción del segundo y más desgraciado evento, no lo fue en grado tan decisivo como lo fue la conducta activa y descuidada a la vez de sus co-reos, lo que debe tener una traducción jurídica en el plano de la exigibilidad degradando la imprudencia que en principio le es atribuible al estadio de simple, la que al no contravenir específicos preceptos reglamentarios afectantes a la actividad desplegada por este procesado hace que deba encuadrarse su conducta en la falta prevista en el número 3.º del artículo 586 del C. P.; en cuyo sentido deberá ser casada la sentencia recurrida. (Sentencia de 20 de octubre de 1975. Ar. 3.961.)

Considerando: Que entablados dos recursos, uno de ellos por el procesado condenado y otro por la entidad a la que se declaró en instancia responsable civil subsidiaria, viene articulado el primero en un solo motivo, por la vía pro-

cesal del número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., manteniendo indebidamente aplicado el número 1.º del artículo 565 del C. P., por reputar que no ha existido ni imprudencia temeraria y ni tan siquiera simple reglamentaria o meramente leve, motivación que sin la necesaria legitimación procesal mantiene con idéntica o muy similar posición impugnatoria la Entidad responsable civil subsidiaria, que, además, ya legítimamente, postula, en un segundo motivo, con el mismo amparo procesal, la violación del art. 117 del C. P. en relación con el 1.156 del C. Civ. Este planteamiento permite un examen conjunto del primer motivo —común a los dos recursos—, y después un examen separado del segundo motivo del recurso del tan citado responsable civil subsidiario.

Considerando: Que en cuanto al primer motivo, prácticamente común en ambos recursos, el de la empresa, responsable civil subsidiario, es desde luego rechazable, pues según ha declarado tan reiteradamente esta Sala con tal insistencia, unidad de criterio y conformidad que viene a constituir un verdadero axioma jurisprudencial, que en glosa de los arts. 854 en relación ideológica conceptual y legal con los arts. 651, párr. 2.º y párr. 1.º; 655, último párrafo; 697, último párrafo, todos de la L. E. Crim., declara que «ni el actor civil ni el responsable civil subsidiario pueden impugnar la condena penal, ni los procesados condenados pueden contradecir la responsabilidad de terceros, puesto que este recurso se da para defender derechos propios no ajenos»; y siendo ello así que el responsable tercero se permite, indebidamente, combatir la condena penal del principal responsable, luego excede su impugnación de aquéllo que procesal y sustantivamente le atañe, pues el art. 854 citado exige haber sido condenado y la empresa penalmente no ha sido condenada; provocando que por esta falta de aptitud procesal y sustantiva este primer motivo de su recurso deba ser desestimado.

Considerando: Que en referencia al primer motivo del procesado —plenamente coincidente— intenta negar la culpa sancionada, con una subjetiva y personal interpretación de los hechos que aunque pudieron ser más claros en el relato de la Audiencia, tienen la sustancia fáctica suficiente para entender y concluir que la resultancia del fallo controvertido ha sido acertadamente encuadrada en el párr. 565-1.º del C. P., como constituyente de imprudencia temeraria, pues frente a la tesis de contradicción, con mayor respeto y congruencia a los hechos probados, cabe, deducidas de ellos, establecer las siguientes conclusiones: a) Que la unión urbana de las dos estaciones está constituida por un túnel de dos vías, una ascendente y otra descendente con semáforos colocados a la derecha, de forma que cuando uno circula en dirección contraria no puede apreciar las luces de los semáforos colocados en su vía; b) Que la reparación de los semáforos y luces se hace de noche, «sabiendo» los conductores de la existencia de obreros dedicados a estos trabajos; c) Que el día de autos los dos obreros después muertos trabajaban en el penúltimo disco antes de llegar a la estación de la Plaza de Cataluña, por cuya razón el tren de viajeros se detuvo apartándose los obreros e indicándole al conductor de este tren detenido que

continuase su marcha, lo que hizo con toda normalidad; *d*) Que a su vez, el tren que conducía el procesado iba en la misma dirección, a escasa velocidad, viendo parado el tren de viajeros en lugar no destinado a ello, lo que suponía circunstancias anormales, continuando, no obstante, la marcha, no divisando —pudiendo y debiendo hacerlo, ya que se trataba de trayecto recto totalmente iluminado—, a los obreros, por ir distraído, mientras que sus compañeros si lo divisaron con espacio suficiente para parar; *e*) Que por su desatención y distracción ni avisó con las señales acústicas ni frenó para evitar el atropello que dio lugar a la muerte de los dos trabajadores. Que la expresada síntesis de las probanzas evidencia que por ir en la misma dirección los dos trenes, el ver detenido al otro tren debió servirle de aviso útil al encausado para comprender que algo anormal ocurría que había provocado la detención, pues siendo idéntica la dirección, las señales afectaban por igual a los dos convoyes ferroviarios, y al ver detenerse al otro debió, cuando menos, ponerse en situación de emergencia. Que la obligación primordial y esencial deber de un conductor de un tren es avizorar, acuciosamente, la vía por donde discurre para poder advertir cualquier obstáculo con el que pudiera colisionar; obligación mucho más acuciante cuando no se trataba de trayecto interurbano, sino urbano, donde «sabía» que trabajaban obreros reparadores de las luces y semáforos y pudo comprobar, por verlo, que otro tren, circulante en la misma dirección, aunque por diferente vía, se había detenido en lugar anormal, y cuando la vigilancia de la vía, con mínimo cuidado y atención, le era tan fácil con la debida diligencia, ya que se trataba de tramo recto y «totalmente iluminado». Que es en cierto modo comprensible la actuación de los damnificados que se apartaron de la vía por donde circulaba el tren que se detuvo y que pudieron confiar y suponer que cualquier otro tren que circulara en idéntica trayectoria se detendría también o cuando menos avisaría su presencia para darles tiempo a retirarse de la vía, por lo que si su proceder pudiera tildarse de imprudente, lo sería por «imprudencia profesional», que incluso en el ámbito laboral es intrascendente. Esta total desatención, esta falta de cuidado y el incumplimiento del deber de vigilancia de la vía por donde circulaba y de ponderar la advertencia que la detención del otro tren que en el mismo sentido circulaba implica, supone y representa una imprudencia y negligencia grave sin que la actuación de las víctimas cortara el nexo de causalidad ni concurrieran a lo acaecido, pues aparte no ser manifiestamente imprudente su actividad, pues se apartaron del trayecto del tren que se detuvo para dejarle expedito el paso, ni advirtieron ni les fue advertida, y debió serlo, la presencia del otro tren para que entonces, y sólo entonces, se refugiaran en el burladero. Esta conducta no puede calificarse de leve o simple, ni reglamentaria ni autónoma, pues la infracción de este esencial deber de vigilancia que a estos conductores prevalentemente incumbe no puede racionalmente ser calificada de leve, sino de muy grave, generadora de la temeridad sancionada por el Tribunal Provincial, procediendo en su consecuencia a desestimar este primer motivo de ambos recursos.

Considerando: Que en cuanto al segundo, sólo del recurso de Ferrocarriles de Cataluña, S. A., es también desestimable, pues de lo expresado en el anterior considerando al que procede remitirse se advierte que culpa alguna ni la causación de lo acaecido cabe atribuir a las víctimas que actuaron bien ante la presencia del tren que se detuvo, y no fueron advertidos en cuanto al tren que no se detuvo, y cuya presencia debió advertir con las señales acústicas, por lo que no hay tampoco razón para que la responsabilidad civil, ni principal, ni subsidiaria, se degrade o reduzca, ya que se entiende que toda la culpa gravita con plena y prevalente intensidad causal y también sus consecuencias penales y civiles por entero en el acusado. Esta poderosa y obvia razón es impeditiva de la prosperidad del segundo motivo y, en definitiva, de ambos recursos por todo lo anteriormente argumentado. (Sentencia de 12 de noviembre de 1975. Ar. 4.131.)

Considerando: Que viene sosteniendo esta Sala de manera unánime, constante y reiterada, formando cuerpo de doctrina, que cuando se interpone recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del art. 849-2.º de la L. E. Crim., tendente a demostrar que en la apreciación de las pruebas el Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho, resultante de documentos auténticos que muestren la equivocación evidente del juzgador, siempre que no estuvieren desvirtuados por otras pruebas, es preciso, por imperio del artículo 855 de la propia ley, que en el escrito de preparación del recurso se señale el documento que acredite el error de hecho, que éste tenga la calidad de auténtico y que se designen «los particulares» de tal documento que muestren el error de hecho de la resolución recurrida, y es de tal forma la exigencia e imperatividad de tales requisitos que el propio texto legal lo consigna como deber del recurrente: «deberá designar», y de otra parte, el artículo 884, núm. 6.º, sanciona con la inadmisión del recurso cuando el documento no fuere auténtico o no hubiere figurado en el proceso o no se designen correctamente las declaraciones de aquellos que se opongan a la resolución recurrida.

Considerando: Que es doctrina general sentada por esta Sala que las comunicaciones de organismos oficiales, con carácter de informe, no revisten el carácter de documentos auténticos por no dejar de ser en el fondo informes periciales, que tampoco revisten este carácter, siendo a lo sumo elementos probatorios de no desdeñable valor que el Tribunal ha de apreciar en conciencia en relación con el conjunto de la prueba apreciada. Concretándose a tales informes en general no se les considera auténticos cuando no vengan a los autos en forma de certificación en relación a archivo, protocolo o registro público, donde se constaten verdades materiales innegables e incontrovertibles (auto de 26 de marzo de 1968). Los informes de la Delegación de Industria no tienen el carácter de auténticos a los fines de casación, pues ordinariamente son datos de información profesional, con apreciaciones de tipo técnico, sobre la consulta que se les formula, y, por tanto, con valor puramente pericial (autos de 7 de noviembre de 1969 y 15 de noviembre de 1973, entre otros). Por tanto,

el documento invocado como auténtico en el segundo motivo del recurso articulado por José N. A. de 24 de mayo de 1974, se puede observar que es un informe sobre el estado general de la conducción eléctrica dentro del pueblo de Fuentes de Ebro, contestando a si es el electricista el obligado al mantenimiento de la línea o especialistas de otra clase, y la persona obligada a observar el costo de las obras de reparación, con lo que bien se advierte que el citado informe participa de prueba pericial y asesoramiento al Tribunal sobre unas obligaciones que, en definitiva, corresponde apreciarlas y declararlas a los Tribunales de justicia. Por tales fundamentos, procede la inadmisión del motivo de acuerdo con lo ordenado por el artículo 884, número 6.º, de la L. E. Crim. (Sentencia de 24 de noviembre de 1975. Ar. 4.504.)

Considerando: Que en la interpretación y aplicación del artículo 565, párrafo 2.º del C. P., imprudencia simple con infracción de reglamentos en relación con las obras y construcciones, la doctrina de esta Sala se ha pronunciado de modo concluyente y uniforme sobre ciertos puntos fundamentales que, a los efectos de este recurso, conviene destacar así: 1) Hay un desvelo constante y progresivo del legislador por proteger al trabajador en general y al de la construcción en particular, en orden a que las condiciones de trabajo se realicen con la mayor garantía para la vida e integridad física de aquél, evitando aquellos riesgos que humana y técnicamente son previsibles. Y ello se pone de relieve desde el Reglamento de Seguridad e Higiene del Trabajo de 31 de enero de 1940 (R. 202 y Dic. 17.241), la creación de Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo por orden de 21 de septiembre de 1944 (R. 1.348 y Dic. 17.244), Reglamento de Seguridad en el Trabajo de la Construcción de 20 de mayo de 1952 (R. 866 y Ap. 51-66, 3.210), la Ordenanza Laboral de la Construcción de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481 y 1.699) y la vigente de Seguridad e Higiene del Trabajo de 9 de marzo de 1971 (R. 539 y 722). En todas estas disposiciones se desarrollan una serie de medidas precisas para que la actividad laboral se desarrolle en condiciones adecuadas para la salud e integridad física del trabajador que no se resientan ni peligren en el ejercicio de su actividad profesional. Y tales medidas de cautela tienen unos destinatarios: todas aquellas personas que dirigen la construcción o han de observar las buenas prácticas de la misma u ordenan, organizan y distribuyen la realización de aquéllas, con finalidad protectora de trabajadores o de terceros, también amparados con las medidas de seguridad legalmente exigidas. 2) Que entre tales medidas de seguridad destacan: que los huecos practicados en los pisos de las obras en construcción que, por su especial situación, resulten peligrosos serán convenientemente protegidos mediante barandillas sólidas de 90 centímetros de altura, redes y, en su caso, rodapié de 20 centímetros de altura conforme a las necesidades del trabajo (arts. 21 y 22 de la Ordenanza de 1971). 3) Cuando se trabaje en el montaje de estructuras metálicas, hormigón armado o sobre elementos de obras que por su elevada situación o por cualquier otra circuns-

tancia ofrezcan peligro de grave caída, los obreros deberán estar provistos de cinturones de seguridad, unidos convenientemente a puntos sólidamente fijados (art. 15 de la Ordenanza citada). 4) A los encargados de obra, conforme a la legislación anotada y constante doctrina de esta Sala, corresponde adoptar las precauciones de seguridad necesarias en evitación de riesgos no sólo para los obreros, sino para los terceros en general, por ser aquéllos los trabajadores de confianza de la empresa o entidad constructora, debe prevenir accidentes y prestar los primeros auxilios en caso necesario —sentencias de 24 de febrero de 1969 (R. 1.097), 14 de octubre y 26 de diciembre de 1970 (R. 4.048 y 5.566), 5 y 6 de junio, 23 de marzo de 1973 (R. 2.527, 2.597 y 1.404) y 21 de marzo de 1974, entre otras.

Considerando: Que analizado a la luz de esta doctrina el primer motivo del recurso que considera infringido el artículo 565, núm. 2.º del C. P. en relación con los artículos 167, 171 y 174 de la Ordenanza del Trabajo por deber recaer todas las funciones de previsión y cautela en los Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo, ha de desestimarse, de un lado, porque su existencia sólo es obligatoria, conforme a la disposición citada, en aquellas empresas con más de cincuenta trabajadores o donde el Ministerio de Trabajo ordene, dada la especial peligrosidad de los trabajos, extremos uno y otro que no ha probado el recurrente. Pero es que aun existiendo, no releva en absoluto del cumplimiento de sus deberes, normas de previsión y menos aún de cautela de los responsables de las obras y en este caso del encargado de las mismas sobre prevención de accidentes. Y como el recurrente era encargado de la obra donde el accidente tuvo lugar, como se trabajaba en tercera planta a unos nueve metros del suelo, como el obrero cayó en hueco del patio no cubierto, como carecía el hueco de barandilla de seguridad y el obrero de cinturón de la misma índole, es vista la necesidad de desestimar el motivo del recurso, pues a la imprudencia leve del encargado de obra se unieron las infracciones de la Ordenanza que antes se dejan anotadas, que se aplicaron con corrección por la Sala sentenciadora.

Considerando: Que en el motivo segundo se alega la misma infracción, pero referida a la relación causal, interferida según el recurrente por la culpa propia de la víctima y su actuación decisiva al colocarse al borde del hueco, por lo que su caída se debe a su exclusiva culpa. El argumento tampoco puede prosperar en razón a que, como ha expuesto esta Sala, la indispensable relación causal entre la conducta culposa del agente y el resultado no se rompe en el caso del actuar arriesgado en los obreros, dentro de actividades de por sí peligrosas que requieren un actuar abocado a la producción del accidente, si la causa originadora de éste —falta de barandillas y cinturones de seguridad— supera a la meramente favorecedora de la víctima —falso movimiento—, pues la actividad de riesgo del operario es necesaria, plausible y abnegada con frecuencia, y la ausencia de protección es recusable, humana y reglamentariamente, siempre exigible a quien debiendo conocer los riesgos de la construc-

ción no cumple sus deberes de prevenirlos y evitarlos —sentencia de 15 de junio de 1973 (R. 2.797).

Considerando: Que las razones anteriores conducen idénticamente a la desestimación del tercero y último de los motivos que invocan la infracción por no aplicación del artículo 586, núm. 3.º del C. P., previsto para los casos de culpa leve, sin infracción reglamentaria. Como en el supuesto de autos se ha razonado aquella negligencia y se han señalado las normas reglamentarias infringidas, conducen tales razones a estimar que el artículo 586 no es aplicable al caso que se contempla y por ello procede, con su desestimación, la del recurso total. (Sentencia de 26 de noviembre de 1975. Ar. 4.590.)

Considerando: Que el primer motivo de este recurso de casación, único admitido, formalizado al amparo del núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Criminal, se fundamenta en que la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, sino que, por el contrario —dice el recurrente—, se hacen aseveraciones equívocas, omitiendo todas las circunstancias jurídicamente relevantes para la valoración de la conducta del procesado y que de la versión fáctica no se desprende una omisión, un descuido o negligencia en la conducción, a efectos de determinar su posible responsabilidad; ninguno de estos fundamentos pueden ser aceptados: el primero de ellos, porque alegándose que en los hechos probados se hacen aseveraciones equívocas no se cita, en concreto, cuáles sean ellas; en segundo lugar, al denunciarse la omisión en aquéllos de todas las circunstancias jurídicamente relevantes para la valoración de la conducta del procesado, igualmente no se expresan cuáles fueron, y, por el contrario, en la relación fáctica aparecen todos los requisitos necesarios de tiempo, lugar, personas, actuaciones y circunstancias precisas para valorar la conducta del procesado y dar a conocer la realidad del suceso, observando para su redacción las reglas admonitorias establecidas en el núm. 2.º del artículo 142 de la L. E. Crim. y en la orden de 5 de abril de 1932 (R. 426 y Dic. 16.888); en tercer lugar, porque la alegación también hecha de que de la versión fáctica no se desprende una omisión, un descuido o negligencia en la conducción a efectos de determinar la posible responsabilidad del procesado, no supone falta de claridad, lo que se denuncia por el recurrente es que no se ha procedido con acierto en la aplicación del derecho a los hechos probados, por lo que se debió de combatir a través de la vía impugnatoria del núm. 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim. por afectar al fondo propugnando infracción de ley, y, por último, se dice que en la sentencia recurrida se concede al Instituto Nacional de Previsión una indemnización de 73.596 pesetas, cuando este extremo no aparece ni siquiera mencionado en el resultando de hechos probados, supuesta infracción que tampoco cabe en el inciso primero del citado artículo 851, que, además, no constituye infracción legal, pues se expresa en los hechos probados que como consecuencia del accidente resultaron lesionadas varias personas y en el cuarto con-

siderando al fijar la indemnización de perjuicios se señala la correspondiente al citado Instituto Nacional de Previsión por las atenciones prestadas a los lesionados, resolviéndose en el fallo, como procede, esta cuestión referente a la responsabilidad civil, observando en la redacción de la sentencia las reglas del artículo 142 de la L. E. Crim., anteriormente citado; por todo lo cual procede desestimar este motivo de casación. (Sentencia de 11 de diciembre de 1975. Ar. 4.780.)

Considerando: Que consistiendo fundamentalmente la culpa en la desatención e incumplimiento por parte de una persona imputable de un deber jurídico de precaución y cuidado que le incumbía singularmente para evitar la causación de un daño por ella no previsto, pero perfectamente posible y previsible y que sobrevino por inobservancia de aquellas necesarias cautelas y precauciones legalmente ordenadas y que hubieran sido tenidas en cuenta por cualquier técnico medio en la rama de actuación en que se produzca el evento dañoso, hay que estimar como gravemente culposa la conducta de los recurrentes, puesto que el uno, como único jefe técnico a pie de obra, en su calidad de perito de obras públicas, ingeniero técnico de la construcción o aparejador designado por la empresa constructora, y a quien incumbía preferentemente la vigilancia de la obra y la adopción de las pertinentes medidas de seguridad que la reglamentación legal y las buenas prácticas de la construcción previenen para la seguridad del personal que trabaje en las mismas, según lo dispuesto en la Reglamentación Nacional de Trabajo de las industrias de la construcción contenida en la orden de 11 de abril de 1946 (R. 645, 1.085 y Dic. 4.547), Reglamento de Seguridad e Higiene en la Construcción de 20 de mayo de 1952 (R. 866 y Ap. 51-66, 3.210) y sobre todo el artículo 11 de la orden de 8 de febrero de 1951 (R. 250 y 434), modificativa de la ya citada Reglamentación General del Trabajo de la Construcción de 1946, y el otro como capataz encargado de la obra y responsable directo ante la empresa constructora de la ejecución material de la misma y, por tanto, con la obligación de prever y remediar *in situ* los peligros concretos e instantáneos que su ejecución directa podía reportar, incumplieron conjuntamente por negligencia grave la adopción de las necesarias medidas de contención por entibamiento, apeo o apuntalamiento, destinados a evitar, como posteriormente ocurrió y era elementalmente previsible que ocurriera, que la pared contigua a la obra cuyos cimientos habían quedado enteramente al descubierto al ser excavada la citada zanja completamente vertical y casi debajo de ella, se derrumbara sobre tal excavación produciendo el luctuoso suceso ya narrado, que hay que estimar con estricta relación de causalidad con la omisión conjunta e inexcusable de ambos técnicos de aquellos elementales deberes de cuidado que tenían a su cargo y cuya realización hubiera evitado el hundimiento, por lo que al no haberlo efectuado así resulta indudable que ambos incurrieron en la imprudencia temeraria o culpa lata que se les imputa en la sentencia impugnada y aun quizá en la profesional



que la Sala de instancia benévolamente no aplicó, por lo que no puede ser estimado el recurso de casación por ellos interpuesto. (Sentencia de 17 de diciembre de 1975. Ar. 4.837.)

Considerando: Que el único motivo de casación subsistente en el presente recurso formulado por la representación del procesado, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., impugnando la indebida aplicación del artículo 565, núm. 1.º del C. P. en relación con los artículos 407 y 422 del mismo texto legal, basándose en la falta de nexo causal entre la conducta del procesado y el accidente acaecido, resulta falta de causalidad que en modo alguno se desprende a lo largo de la narración histórica de la sentencia de instancia, en la que claramente se relata cómo el procesado, en su calidad de jefe de mantenimiento y encargado de la vigilancia de medidas de seguridad en el trabajo de la industria L., S. A., de Barcelona, comisionó a dos obreros del ramo de la construcción para que efectuaran trabajos de reparación en un tejado de unos siete metros de altura, resbaladizo e inclinado, y cuando estaban realizándolo, al cambiar una plancha de uralita resbalaron ambos, cayendo a un patio falleciendo en el acto uno de los obreros y produciéndose lesiones de las que tardó en curar treinta días el otro, surgiendo con toda claridad la relación de causa y efecto, entre la orden emanada del procesado a los obreros de subir al tejado sin proveerlos de los medios de seguridad necesarios para realizar todo trabajo de altura, si se hubiera preocupado el procesado, en su calidad de jefe, de vigilar el trabajo, no consintiendo se efectuara sin tomar dichas elementales medidas de precaución, completamente a su alcance, el accidente no hubiera sobrevenido, debiéndose únicamente a su grave e imprudente modo de proceder, siendo en absoluto previsible pudiera acontecer dada la forma de ejecutar el trabajo en un tejado completamente inclinado, incompatible con un elemento fortuito como pretende achacarlo la teoría de defensa; procediendo por lo expuesto la desestimación del motivo. (Sentencia de 18 de diciembre de 1975. Ar. 4.857.)

Considerando: Que la esencia del defecto formal contenido en el artículo 851-1.º, inciso segundo, contradicción entre los hechos probados, consiste, según constante doctrina de esta Sala, esencialmente en que éstos contengan antítesis absolutas, con afirmaciones que se destruyen recíprocamente, porque los hechos en la forma en que se exponen son irreconciliables, produciéndose un vacío esencial irremplazable y, por tanto, una laguna en los hechos probados que equivale a inexistencia práctica de hechos. Y alegado semejante defecto en el primer motivo del recurso de José M. S., entre las afirmaciones de los hechos, que el arquitecto y aparejador ordenaron al procesado señor A. —constructor— la sustitución de columnas y vigas antiguas por columnas Grey y vigas nuevas y la afirmación de que tales trabajos fueron encomendados por aquellos facultativos a un grupo reducido de peones, pese a la aparente con-

tradicción, según se pone en el motivo, debe decaer, porque queda claro que las órdenes se dieron al señor A. y los trabajos se encomendaron a los peones, como se revela más adelante en el pasaje completo de los hechos, «señor A. que cumplió las órdenes que le dieron». Y así, superada la supuesta contradicción, el motivo ha de desestimarse.

Considerando: Que el segundo motivo del recurso, al amparo del artículo 849-2.º, alega error de hecho derivado de la inspección ocular que demuestra la evidente equivocación del juzgador de instancia en la apreciación de la prueba. Consiste el error en que la inspección ocular obrante al folio 103 acredita que lo que se sustituían no eran vigas, sino pilares, mientras que el hecho afirma que se sustituían columnas y vigas antiguas por columnas Grey y vigas nuevas. Sobre tal motivo debe declararse que no demuestra error alguno la inspección ocular, puesto que lo que ésta designa con el nombre de pilares la sentencia lo denomina con el nombre de columnas, lo que es exactamente igual. Y sobre ello en nada afectaría a la realidad de los hechos y a las conductas que se sancionan, razón por la que procede su desestimación.

Considerando: Que el tercer motivo del recurso, al amparo del artículo 849-1.º de la L. E. Crim, alega como infringido el artículo 565-1.º del C. P., estimando que no hay imprudencia temeraria y que a lo más habría una imprudencia simple con infracción de los artículos 89 del Reglamento de Seguridad e Higiene del Trabajo de 1952 (R. 866 y Ap. 51-66, 3.210) y 10 de la Ordenanza Laboral de Seguridad e Higiene del Trabajo de la Construcción de 1971 (R. 487, 539 y 722) en aquello que son deberes específicos de los arquitectos. Mas caracterizada la imprudencia temeraria, por el olvido u omisión de las diligencias más elementales que a la más vulgar cautela son exigibles en el desarrollo de cualquier actividad y más cuando ésta, como la de la construcción, pone en peligro vida de obreros y de terceras personas, es claro que si el arquitecto, al sustituir las columnas y vigas de un edificio antiguo los obreros que las realizan, se despreocupa totalmente de la vigilancia de la ejecución de tales obras, pese a realizarse en el interior de un edificio habitado, sin ningún género de garantías de seguridad en el mismo y cuando algunos de los habitantes del mismo les llaman la atención porque uno de los techos vibraba peligrosamente, no tomó en cuenta dicho aviso, ni adoptó ninguna medida precautoria realizándose el trabajo en ausencia del arquitecto de manera inadecuada, sin haber visitado anteriormente las obras, pese a que el inmueble venía desquiciándose gradualmente con anterioridad, por todo lo cual se derribó, resulta meritorio que hubo las infracciones que el recurrente señala, pero la desatención fue evidente, el peligro previsible, evitable e imputable y el resultado de doce muertes, seis heridos y cuantiosos daños, ligado a aquella falta de precauciones más elementales exigibles al autor del hecho, razones que llevaron con rigor y corrección jurídica a la Sala de instancia a calificar acertadamente la imprudencia como temeraria y conlleva a ésta a desestimar el motivo indicado.

Considerando: Que la más moderna doctrina jurisprudencial, en la interpretación del artículo 565-5.º del C. P., viene exigiendo para la concurrencia de la negligencia profesional, que se distingue de la impericia o falta de aptitud, unos requisitos básicos que se han sintetizado de la siguiente manera: 1) En cuanto al sujeto activo del delito que realice los actos imprudentes en el ejercicio de su profesión, de la cual hace su medio de vida ordinario y dedicación laboral. 2) Respecto a la conducta realizada u omisión cometida, deben pertenecer a la serie de actos que de manera habitual son exigidos y se practican ordinariamente por los profesionales del ramo. 3) Sobre el resultado de su acción u omisión es menester que se produzca muerte o lesiones graves. 4) En atención a la culpabilidad es menester que el suceso o resultado se produzca, consecuencia de impericia o —disyuntiva— negligencia profesional, incompatible, pues, con la profesión, inexcusable en su ejercicio o practicándola con manifiesta peligrosidad; caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria, pero referido a un actuar concretado a los especiales deberes del profesional; y 5) Apreciación de tales factores con criterio de relatividad, ponderando en cada caso circunstancias, personas, actividad profesional desarrollada —sentencias de 16 de junio de 1972 (R. 3.152), 29 de mayo de 1973 (R. 2.467), 4 de mayo de 1974 (R. 2.083) y 21 de junio de 1974 (R. 2.918), entre otras.

Considerando: Que superando las dificultades legales y técnicas que plantea la distinción de la imprudencia temeraria de un profesional y la negligencia profesional, debe sentarse sobre los anteriores datos que en la imprudencia profesional —distinta de la impericia, según se desprende claramente de la disyuntiva empleada por el texto legal— hay un plus de culpa radicante en la torpeza o descuido inexcusable del profesional, descuido de deberes que tuvieran su acción u omisión en extremadamente peligrosa, absolutamente incompatible con el correcto ejercicio de la profesión y que justifican la agravación de la pena por el grado de intensidad de la culpa, por la profesión y por el resultado. Por tanto, en la imprudencia temeraria habrá omisiones de cautelas elementales o de deberes objetivos de cuidado, y en la profesional, ese descuido es inexcusable para un profesional que, ajustada su conducta a normas, reglamentación o *lex artis*, no sólo las desconoce, sino que quebratándolas crea situaciones extremadamente peligrosas, lo que es inconcebible con un ejercicio normal de la profesión. El profesional puede tener omisiones de cautela y es concebible que al fin, como humano, las tenga y entonces es un imprudente en grado de temeridad, pero un paso más y si es inconcebible que haya incurrido en tales omisiones en su profesión y caído en ellas es inexcusable que las haya sufrido, y extremadamente peligrosa profesionalmente su actuación, estamos ante la culpa contemplada en el artículo 565-5.º del C. P. De lo elemental a lo inexcusable, de lo temerario a lo extremadamente peligroso, de lo negligente a lo incompatible en la profesión, va ese plus de culpabilidad que caracteriza el párrafo que se estudia.

Considerando: Que examinado a la luz de esta doctrina el cuarto motivo

del recurso que se examina, alega la infracción por aplicación indebida del artículo 565-5.º del C. P., porque en el sentir del recurrente este párrafo se refiere sólo a la impericia y ésta es sinónima de negligencia profesional, argumento que ha de desestimarse, puesto que la disyuntiva o acredita que son términos distintos; la impericia es sinónima de ineptitud, con lo que difícilmente podría incurrir en ella un profesional apto por su titulación, por su ejercicio o por su dedicación. La segunda parte del argumento no es más consistente, pues viene a concluir que no existe negligencia profesional, ya que ésta es la forma común de la imprudencia. Razonamiento que tampoco puede admitirse, pues entonces no existiría jamás imprudencia o negligencia profesional, pues todas serían temerarias. Y entonces el Código habría formulado una agravación específica, jamás aplicable a los profesionales, pues éstos raramente devienen en imperitos y su negligencia, en todos los aspectos de la profesión, sería solamente temeraria. Por tanto, sería un precepto inaplicable, extremo muy lejos del texto, del espíritu del C. P., y de la vida práctica, riquísima en el orden fáctico que suministre con frecuencia supuestos en que los profesionales superen en orden a la culpabilidad, la temeraria, comportándose con descuidos absolutamente inexcusables en su profesión, con conductas extremadamente peligrosas y absolutamente incompatibles con el ejercicio adecuado de su profesión. Y esto sentado y dando, como es natural, por supuesto la aplicabilidad del precepto, nos encontramos en el caso de autos con un arquitecto que se despreocupa totalmente de la vigilancia de la ejecución de obras tan arriesgadas como la sustitución de columnas y vigas antiguas, por columnas Grey y vigas nuevas, para sostener la estructura del inmueble en su interior, efectuado a base de un descuido absoluto, lo que le hizo devenir en imprudente temerario, según se ha dicho. Mas hay ese plus que hace devenir su conducta en inexcusable, peligrosa e incompatible con el ejercicio correcto de la profesión: a) el edificio está habitado y aquellos descuidos suponen un total desprecio de la vida de los moradores; b) los moradores llaman la atención al arquitecto del peligro por la vibración de los techos y ni lo toman en cuenta, ni toman medida precautoria alguna; c) el trabajo de la instalación de la viga de hierro, causa última del derrumbamiento, se hizo de manera inadecuada, por la ausencia del arquitecto y aparejador; d) el edificio venía desquiciándose anterior y gradualmente, sin ponerse remedio por el recurrente. Luego a la despreocupación total, a la falta de garantías de seguridad, a la falta de visitas de las obras en el interior, donde se efectuaban las sustituciones indicadas, deben sumarse todos los factores señalados que fundaron con acierto, la calificación de profesional la negligencia del recurrente y que motiva la desestimación del recurso.

Considerando: Que el único motivo del recurso articulado por los responsables civiles subsidiarios se apoya en la infracción del artículo 22 del C. P., alegándose que los mismos se limitaron a contratar unos servicios con la empresa D., que actuaba como contratista. Mas es lo cierto que en los hechos probados aparece claramente que el arquitecto y aparejador condenados, construían si-

guiendo instrucciones de los recurrentes, por cuenta y orden de los mismos y en servicio —construcción del aparcamiento—, con beneficio potencial y efectivo de ellos. Y como en el cumplimiento de este servicio, se comete el delito, como existe una evidente relación de dependencia, entre técnicos y recurrentes, es claro que concurren los requisitos exigidos en el artículo 22 del C. P., para declararles responsables civiles subsidiarios, procediendo en consecuencia a desestimar el indicado motivo del recurso. (Sentencia de 29 de diciembre de 1975. Ar. 4.979.)

Considerando: Que la teoría basada en el binomio riesgo-provecho, y que quiere criminalizar la responsabilidad objetiva, a medio de un detestable versarismo, debido al materialismo y positivismo histórico, extendiendo al ámbito penal su admisión reconocida dentro del civil, y negando en definitiva la necesidad de la culpa, al exigir la reparación por la existencia del hecho dañoso, —*ubi emolumentum ibi onus*—, no puede acogerse en el campo de la represión criminal, porque ataca a su dogma fundamental de la espiritualista culpabilidad, que no puede desbordarse utilitariamente, pues el azar no debe operar como ciego repartidor de daños, teniéndose que exigir siempre el imperio de la clásica teoría culpabilista, en que la responsabilidad penal requiere factores más o menos amplios pero determinantes de la culpa en el agente, por el error, la imprudencia, negligencia generadores del daño, que no debe sufrir la víctima, por deberse a aquella acción u omisión culposa, en adecuada relación de causalidad, al resultarle imputable el «poder saber», de lo que resultaba previsible y que no previó, y al «deber evitar», de lo que era evitable, de haberse guardado las normas objetivas de cuidado impuestas, y que se preterieron.

Considerando: Que el delito de imprudencia simple antirreglamentaria, del párrafo 2.º del artículo 565 del C. P., requiere, por tanto, para existir, de la presencia de los requisitos psicológico, material y normativo siguientes: a) La omisión de un deber objetivo de cuidado, determinante de la creación de una situación de peligro, no intenso, por el sujeto activo; b) Un resultado dañoso, producido por dicha conducta, en adecuada relación causal, natural, directa y eficiente; y c) La lesión de uno o varios preceptos reglamentarios, que precautoriamente determinan la actividad exigida, en evitación de originar peligros y accidentes.

Considerando: Que en esta clase de imprudencia, no es suficiente, para que se origine la responsabilidad criminal, y sus graves consecuencias, proclamar existente la infracción de normas reglamentarias vigentes, que determinen además la omisión del deber de cuidado exigido, sino que resulta enteramente necesario precisar su decisiva influencia causal, de forma natural y directa en el resultado, porque puede existir la lesión normativa y no influir en el evento, como sucede en los supuestos de generarse un resultado aparentemente imprudente, pero que se hubiera también producido obrando prudentemente, y cuando la norma de cautela no tenga influencia alguna causal *per se*, y para la causación del resultado lesivo, obediente a otras causas diferentes, y por fin cuando

se desconozca la razón efectiva del mismo, que pudo ser ajena a tal incumplimiento y producto incluso de la misma actuación de la víctima del hecho, pues en los supuestos de inconcreción o duda, no se puede poner de cuenta del inculpaado la responsabilidad criminal culposa; teniendo además y en definitiva que averiguarse la *ratio* o finalismo de la norma reglamentaria, el bien que protege o tutela, y el deber de prudencia por ella determinado, sin posible extensión a supuestos no previstos ni acogidos en ella, pues si el evento causado con el comportamiento, no es uno de los que normativamente se desea evitar con el deber señalado, faltaría la responsabilidad criminal de este tipo de culpa, a no recurrir a la muy aventurada apreciación de los difíciles «procesos causales hipotéticos», que son repudiables en el ámbito criminal.

Considerando: Que por la efectividad de la anterior doctrina, ha de entenderse ajustada a derecho, la inteligente sentencia absolutoria de la Audiencia, y de imposible acogida, el estudiado recurso del Ministerio Fiscal, porque las conductas juzgadas, según los hechos probados, en síntesis, consistieron: en que la víctima, un muchacho de quince años, trabajaba desde las seis de la mañana, en día festivo —no autorizado como hábil—, voluntariamente en una fábrica, limpiando con pincel y bayeta, aplicando gas-oil a unas ruedas denominadas «catalinas», desmontadas y situadas en local distinto al de funcionamiento, que tenían un diámetro de dos metros y un peso entre 300 y 400 kilos, estando dispuestas en dos grupos, uno de cuatro, ya limpias, y otro de las que habían de serlo, y colocada la rueda que limpiaba apoyada en la pared y sujeta con calzos, destinados a evitar su deslizamiento que podían favorecer la grasa y el gas-oil, trabajo que realizaba el menor de ordinario, y que por tanto conocía, y al que en su momento colaboraban obreros varios si había que transportarlas de un lugar a otro, ocurriendo que a las 13,45 horas, al estar finalizando el trabajo, la rueda que estaba limpiando cayó, desconociéndose el proceso del movimiento y la causa que lo originó, alcanzándole al menor con el aro y dos de los siete ejes, causándole lesiones que determinaron su fallecimiento.

Considerando: Que tal procedencia de confirmación de la resolución y no aceptación del recurso, deriva de que no consta en el relato histórico ningún dato que ponga de relieve la causa determinante del accidente y la posible puesta de cuenta de alguna persona de la culpa operante, ni de la presencia de ésta, pues al desconocerse por qué razones cayó la rueda, no puede admitirse la posición objetiva y versarista del riesgo-provecho antes aludida, y sí la netamente culpabilista, que exige conocer los requisitos psicológico, normativo y de lesión reglamentaria que constituyen la culpa acusada, del artículo 565 párrafo 2.º del C. P., y que no se delimitan en el caso de examen, pues falta determinar que existiera la falta de previsión de lo previsible por omisión de atención o diligencia puesta de cargo de alguien, o «poder saber», y falta determinar, cuál fue el deber objetivo de cuidado exigible o preterido o «deber de evitar», pues se tomaron las precauciones normales y el evento se produjo por causas desconocidas, entre las que podían figurar la culpa de la propia víctima, o incluso el azar,

determinante del caso fortuito, no pudiéndose producir la responsabilidad criminal, de tratarse en abstracto de un trabajo arriesgado, pero controlado en sus desvíos, ni por el mero hecho de poder concurrir alguna infracción reglamentaria, si éstas, como ya se razonó, no hubieran evitado de cumplirse el accidente que se podía producir con obrar prudente, al faltarles en su finalismo, eficacia causal; como sucede con la lesión del descanso dominical o festivo, que prohíbe, salvo autorización especial, o excepciones que enumera la ley de 13 de julio de 1940 (R. 1.241 y Dic. 6.227), pues si bien se trabajaba en la fiesta de la Ascensión del Señor, sin autorización administrativa, podía encajar en la excepción del artículo 5.º párrafo 2.º —limpieza necesaria para no interrumpir los trabajos de la semana en establecimientos industriales—, pero aunque no fuera así, la lesión del descanso no fue determinante del funesto resultado, que podía haberse producido igualmente en día laboral, por lo que la lesión normativa extrapeenal referida resulta inocua a efectos de la culpa; lo mismo que ocurre con la infracción alegada del decreto de 2 de junio de 1960 (P. 903 y Ap. 51-66, 13.878), que prohíbe trabajos nocturnos a menores de dieciocho años, entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana, que además de estar contradicho por el artículo 172 de la vigente LCT (R. 1.944, 274 y Dic. 4.829), al señalar la última hora como de las seis de la mañana en que precisamente empezó su trabajo el menor, es lo cierto que el accidente acaeció a las 13,45 horas de la mañana, es decir, siempre muy fuera de tales límites, por lo que la lesión reglamentaria no se produjo con repercusión en el accidente y no tuvo eficacia causal en su producción; a su vez, lo mismo acaece con la vulneración alegada del decreto de 26 de julio de 1957 (R. 1.186 y Ap. 51-66, 13.877), que prohíbe ciertos trabajos a los menores de dieciocho años y a las mujeres, pues lo que el artículo 1.º en sus apartados b), e) y f) precisan es la prohibición de limpieza de máquinas en marcha peligrosas, realizar excesivo esfuerzo físico y perjudicial a sus circunstancias personales y transportar, empujar o arrastrar cargas que supongan esfuerzo superior al necesario para mover pesos, supuestos que no se han producido en el caso de examen, pues la limpieza era con rueda separada de la máquina, no requería esfuerzo físico, sino habilidad, y no estaba de cargo del menor el transporte de las ruedas, sino de otros obreros, según el hecho probado, por lo que falta a su vez la infracción reglamentaria, y por tal la causalidad tan referida; y por fin, tampoco se aprecia lesión del reglamento de 9 de marzo de 1971 (R. 487, 539 y 722), sobre Seguridad e Higiene del Trabajo, que se cita en abstracto, porque no se produjo, ni en su artículo 7, sobre trabajos prohibidos a menores, ni en el capítulo VIII, ni tampoco en sus otras normas; en derivación de todo lo que resulta dicha imposibilidad calificadora de culpa antirreglamentaria, por desconocerse aquélla en su originación y por no influir causalmente las vulneraciones reglamentarias referidas en el hecho desgraciado de la muerte del menor, indemnizada, faltando por lo demás la atribuibilidad del mismo a ninguna persona por la misma inconcreción de la sentencia, pues la presencia en la fábrica el día de hechos de Matías R., jefe de fabricación —que no

se realizaba— y vigilante de seguridad e higiene, nada supone cuando no consta que su actuar imprudente —desconocido— fuera determinante del evento, y mucho menos cabe exigir responsabilidad a las otras dos personas que se citan, el director técnico de la planta y el director de ella, por hallarse ausentes durante dicho día y no constar ordenaran el trabajo del menor, ni lo conocieran, así como las condiciones en que se desarrollaba. (Sentencia de 29 de diciembre de 1975. Ar. 4.965.)

### SALA III

#### PRENSA

Considerando: Que el editorial titulado «Europa a debate», publicado sin firma en el número 22 de *Discusión y Convivencia*, correspondiente a los meses de abril-mayo de 1972, ha de ser contemplado en su conjunto sin aislar fragmentos mutilados caprichosamente, ni poner detrás de las palabras intenciones o propósitos no explícitos a través del texto o del contexto, sin tergiversar su sentido o interpolar las connotaciones subjetivas del lector, es decir, sin juicios *a priori*, prejuicios en definitiva, y tal análisis ha de comenzar en consecuencia desde una perspectiva estructural en la cual pueden detectarse tres partes trabadas entre sí mediante una argumentación coherente, una primera donde se plantea el problema de la demora de la incorporación de nuestro país a la Comunidad Económica Europea, hecho notorio y en cuya interrogación final, como hipótesis de trabajo, el autor se pregunta en voz alta si «reúne España las condiciones políticas necesarias para su ingreso en el Mercado Común», tras la cual —en una segunda fase expositiva— se aducen seis distintas opiniones, dos a dos, contradictorias entre sí, procedentes las negativas de la propia comisión de la Comunidad, del canciller alemán Willy Brandt y de M. Mansholt, presidente de la Comunidad Económica Europea, y las positivas de tres ministros españoles coetáneos (1971-72), transcritas aquéllas literalmente, para llegar —en una tercera etapa— a la conclusión de que «no hay más que dos soluciones»: o modificar las Leyes Fundamentales, «admitiendo los presupuestos democráticos que existen en toda la Europa occidental, o abandonar la idea de nuestra integración».

Considerando: Que en tal aspecto, conviene también delimitar con la mayor precisión el ámbito propio de la actuación de este TS, cuyo enjuiciamiento debe ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas a causa de su misma naturaleza de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime, sin formular en ningún caso un juicio de valor acerca de cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un planteamiento polémico, ni menos aún prejuzgar la oportunidad, la conveniencia o la necesidad de opciones concretas que corresponden, por una parte,



a la competencia privativa del Gobierno y, por otra, al contraste de pareceres sobre la acción política como una modalidad de la participación auténtica y eficaz de la opinión pública en las tareas políticas reconocida en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Estado (R. 1.967, 50 y Ap. 51-66, 6.996 [apartados c) y e]), pues la finalidad del artículo 2.º de la ley de Prensa e Imprenta, núm. 14/1966 de 18 de marzo (R. 519 y Ap. 51-66, 11.705), no consiste en velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística, sino proteger a la comunidad y a sus ciudadanos de cualquier exceso perjudicial de la libertad de expresión, según dijimos ya en nuestra sentencia de 29 de enero de 1972 (R. 353), por lo que —en definitiva— el análisis del editorial mencionado más arriba ha de constreñirse a determinar si menoscaba o no el acatamiento a la ley de Principios del Movimiento Nacional y demás leyes Fundamentales del Reino.

Considerando: Que estas Leyes Fundamentales, como cualesquiera otras de carácter constitucional, presentan en muchos aspectos un talante programático vertido al futuro y ofrecen una serie de directrices con un repertorio de propósitos y de fines a alcanzar mediante su desarrollo posterior, gradual y progresivo, en su doble acepción semántica, dentro de un proceso donde siempre se producen desenfoques parciales entre el sistema configurado como modelo o tipo ideal, en una terminología ya clásica, y su realidad viva, operante en cada momento, secuela consustancial a la mezcla de racionalidad e historicidad inherente a toda norma jurídica, por lo que el temor expresado en abstracto de que la democratización auténtica pueda ser desvirtuada «a base de trucos que más pronto o más tarde quedarán al descubierto», sin concretar cuáles sean ni tampoco aludir a personas o instituciones, constituye tan sólo la exteriorización de un peligro siempre latente en toda actividad humana, para precaver la disociación entre teoría y praxis, sin atacar o menospreciar las declaraciones constitucionales ni el orden que éstas pretenden establecer y no es en consecuencia sino una simple advertencia crítica de las impurezas que en algún sector pudieran obstaculizar la plena eficacia de aquéllas, que más bien ayuda a su defensa, propiciando el perfeccionamiento de la estructura política precisamente en el sentido deseado por las Leyes Fundamentales, dentro de la tendencia explícita en el artículo 23 de la Orgánica del Estado, donde se parte de reconocer la existencia del desenfoque antes mencionado, para intentar así la «acomodación» a los Principios y la «mayor efectividad» de éstos.

Considerando: Que el conjunto de las Leyes Fundamentales es la resultante de un proceso histórico, a lo largo de treinta años, entre 1938 en que se promulga el Fuero del Trabajo y 1967 en que es sancionada la Ley Orgánica del Estado, proceso abierto calificado así por quien podía hacerlo que, en consecuencia, admite nuevas aportaciones para complementar, modificar, sustituir e incluso derogar las ya existentes, según prevé el artículo 10 de la ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, donde se estableció precisamente el rango superlegal de las normas constitucionales, hasta el extremo de hallarse regulado el procedimiento para la reforma constitucional cuya iniciativa corresponde al rey con el Gobier-

no y la asistencia del Consejo del Reino, la audiencia del Consejo Nacional del Movimiento, la aprobación de las Cortes y la voluntad manifiesta del pueblo español expresada mediante referéndum (arts. 7, 10 y 23 de la ley Orgánica del Estado), como de hecho así ha sucedido en varias ocasiones (1946 y 1967) y en aspectos muy importantes, por lo que —en definitiva— el hecho de sugerir como alternativa la adaptación de nuestro ordenamiento político a una concepción demo-liberal del Estado, sea o no conveniente o viable, constituye una opción posible y lícita dentro del contraste de pareceres admitido de modo explícito, si no se pretende trivializar éste reduciéndolo a temas intrascendentes y no significa en consecuencia ataque alguno ni menosprecio de las Leyes Fundamentales, cuyo acatamiento no puede ni debe impedir su capacidad de innovación, de movilización y de supervivencia.

Considerando: Que no se aprecia mala fe ni tampoco temeridad en la oposición a las pretensiones objeto del presente proceso contencioso-administrativo, y cómo sólo estas circunstancias justificarían un pronunciamiento expreso respecto al pago de las costas, resulta innecesaria cualquier declaración en tal sentido, con arreglo al criterio establecido en el artículo 131 de la ley reguladora de la jurisdicción (R. 1.956, 1.890 y Ap. 51-66, 8.654). (Sentencia de 26 de noviembre de 1975. Ar. 4.610.)

#### ENTIDADES ASEGURADORAS: GASTOS POR ACCIDENTE

Considerando: Que la sentencia firme de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 22 de marzo de 1974, que ahora se impugna en interés de la ley, por la vía del recurso extraordinario de apelación interpuesto por el abogado del Estado, al que se adhiere la Diputación Provincial de Oviedo, fue objeto también de recurso extraordinario de revisión, al entender la Diputación mencionada que los pronunciamientos contenidos en el fallo eran contradictorios con los de las sentencias de esta Sala de 29 de noviembre de 1972. (R. 4.604) y 14 de marzo de 1974 (R. 1.317); contradicción que, en definitiva, no fue apreciada por la sentencia del pleno de la Sala de 14 de enero de 1975 (R. 35), por cuanto que no existía coincidencia esencial entre los supuestos contemplados por cada uno de los dos grupos de fallos que llegaron a soluciones distintas; con lo que, para resolver ahora la apelación extraordinaria, no debe existir vinculación alguna, por razón de las sentencias anteriormente dictadas por la propia Sala; en cuanto a las recaídas en apelación ordinaria, porque los hechos no eran del todo coincidentes, según se apreció al desestimar la revisión, y en cuanto a la que puso fin al recurso extraordinario promovido por la Diputación, porque el único tema que allí pudo debatirse fue el de la supuesta contradicción, pero sin que llegara a examinarse el acierto mayor o menor de la doctrina contenida en el fallo recurrido por el único motivo por el que lo fue; siendo precisamente el tema de esta apelación extraordinaria el del posi-

ble error de aquella doctrina, cuyo resumen es el siguiente: que la Mutualidad de Transportistas de Asturias no se encuentra ligada con la Diputación de Oviedo por obligación legal o contractual de clase alguna, a causa de la asistencia sanitaria prestada a lesionados en accidentes de circulación, por el Hospital General de Asturias, en tanto no sea declarada la responsabilidad civil o penal del conductor del respectivo vehículo; doctrina que, por el abogado del Estado, se pide que esta Sala no comparta, sino que declare en contra de ella, con respeto para la situación jurídica individual derivada del fallo de la Audiencia, la obligación de las entidades aseguradoras, de satisfacer los gastos derivados de accidentes de circulación, en las circunstancias de las actuaciones del expediente administrativo, sin necesidad de una previa declaración de responsabilidad, a virtud de culpa civil o penal del conductor.

Considerando: Que el acto administrativo originario, mantenido en la reclamación económico-administrativa previa, fue la resolución del presidente de la Diputación de Oviedo, de 14 de febrero de 1973, por el que se mandó requerir a la Mutualidad de Transportistas de Asturias para que efectuara el pago de 156.748 pesetas a que ascendían las tasas provinciales por la asistencia prestada en el Hospital General de Asturias a diversos lesionados en accidente de circulación; luego lo primero que hay que hacer es comprobar si el mencionado acto administrativo cuenta o no con la suficiente cobertura legal, y a tal efecto, aparece en primer lugar la Ordenanza de Tasas del Hospital General de Asturias aprobada por la Diputación Provincial en 26 de noviembre de 1970, y por el delegado de Hacienda en 12 de febrero de 1971; Ordenanza cuyo artículo 3.º, al definir el sujeto pasivo, comienza diciendo que está obligado al pago de las tasas el usuario del Hospital General, y por subrogación o subsidiariamente aquella persona natural o jurídica a quien corresponda en virtud de normas legales, reglamentarias o contractuales; y la posibilidad de que el sujeto pasivo, llegue a ser, por subrogación o subsidiariamente, una persona natural o jurídica distinta de aquella que recibe el servicio de asistencia hospitalaria, está admitida en el artículo 604-2-c) de la ley de Régimen Local (R. 1.956, 74, 101 y Ap. 51-66, 272), al decir, «cuando se trata de personas pudientes o cuyos gastos deban sufragarse por otras entidades», y con mayor precisión aún, en el art. 11 de la ley de Hospitales (R. 1.962, 1.333 y Ap. 51-66, 7.206), cuyo párrafo 1.º se expresa así: «Los gastos ocasionados por la asistencia prestada a los enfermos en los hospitales correrán a cargo de las entidades o personas que por razón de disposiciones legales o de contratos, tengan tal obligación»; o lo que es lo mismo, esta ley específica señala en primer lugar, a personas o entidades distintas del enfermo, y en defecto de obligación de esas terceras personas, es cuando viene obligado al pago el propio enfermo o sus representantes legales, siempre que su capacidad económica lo permita; por lo que es consecuencia de todo ello, la plena legalidad del artículo 3.º de la Ordenanza, así como la corrección jurídica de los actos administrativos que en el citado precepto se apoyen, extremo que ahora hay que examinar en relación con la resolución del presidente de la Di-

putación de Oviedo, que mandó requerir de pago a la Mutuality de Transportistas de Asturias.

Considerando: Que descartada la subrogación contractual, por cuanto que no consta que la Mutuality de Transportistas asumiera obligación de pago frente al Hospital o la Diputación, queda por contemplar la subrogación por obra de la ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 de diciembre de 1962 (R. 2.345 y Ap. 51-66, 2.376), texto refundido aprobado por decreto de 21 de marzo de 1968 (R. 690); para lo que hay que partir de la obligación legal impuesta al conductor de todo vehículo de motor, en tales términos, que se establece (art. 39 de la ley y 1.º del texto refundido), una presunción de culpa tan intensa, que sólo puede ser destruida mediante la prueba de dos circunstancias de verdadera excepción, lo que de hecho, bordea, en la inmensa mayoría de los casos, el concepto de la responsabilidad objetiva; y a esto debe añadirse, que el seguro de responsabilidad civil, es la ley misma la que lo declara obligatorio, de tal suerte, que ha creado el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, sobre el cual pesa una responsabilidad subsidiaria, en los casos de muerte, incapacidades o lesiones, y que el asegurador viene obligado, hasta el límite del seguro, al pago directo al perjudicado, del importe de los daños y perjuicios sufridos; premisas legales todas ellas, capaces de sustituir por la obligación del asegurador, la de las víctimas del accidente, frente al sujeto de Derecho público por cuenta del cual se presta la asistencia hospitalaria, a menos que, al tiempo de dictarse el acto administrativo que declare la obligación de aquél, en relación con las tasas devengadas, haya quedado demostrada la exoneración legal del conductor, que es algo bien distinto a la necesidad de esperar a que el conductor sea declarado culpable; pues si la ley parte del principio de total inversión de la carga de la prueba, no es consecuente con la inspiración de la misma, el abrir un paréntesis de tiempo durante el cual puedan quedar sin la debida asistencia, por dificultades de cobertura económica, las víctimas del accidente, ni el obligar a un anticipo, por cuenta del asegurador, a la Administración Pública, en el caso de que la asistencia sanitaria se preste en centros que dependan de ella; lo cual supone el no compartir el criterio de la sentencia combatida en la presente apelación extraordinaria, y cumplido así el primero de los requisitos, en el orden lógico del artículo 101 de la ley de esta jurisdicción (R. 1.956, 1.890 y Ap. 51-66, 8.654), debe apreciarse igualmente la concurrencia del segundo, consecuencia del daño que la Administración sufriría si se reiterara una doctrina no conforme con el Ordenamiento jurídico y dejara por ello de percibir unas tasas que le son debidas. (Sentencia de 18 de diciembre de 1975. Ar. 5.000.)

CUESTIONES TRIBUTARIAS

a) *Exenciones fiscales a Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales*

Considerando: Que la doble apelación entablada contra la sentencia de 22 de mayo de 1974, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo, en el pleito número 45 del expresado año, hace recaer sobre esta Sala el enjuiciamiento total de la controversia surgida entre la Mutua General Panadera y la Administración, a cuyo fin es preciso resolver, si la entidad citada, como Mutua Patronal de Accidentes del Trabajo, estaba sujeta al Impuesto de Sociedades en el año 1968; si en el caso de hallarse sujeta, disfrutaba de exención impositiva, y si, en el supuesto de no estar exenta del Impuesto de Sociedades, podía deducir de la base, las partidas representativas de aportaciones obligatorias a la Seguridad Social; cuestiones que fueron resueltas por la sentencia de primera instancia, en sentido adverso para la Mutua, las dos primeras y en sentido favorable la tercera, y de ahí que ambas partes, actora y demandada, hayan entablado recurso de apelación.

Considerando: Que la sentencia de esta Sala de 15 de febrero de 1971 (R. 474), al resolver el recurso contencioso-administrativo contra el texto refundido de la ley del Impuesto sobre Sociedades, de 23 diciembre 1967 (R. 1.968, 540 y 746), lo único que vino a declarar fue la conformidad a derecho de los artículos 9-1-c) y 10-1 del mencionado texto, en cuanto no aludieron expresamente a las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo; lo que de ningún modo podría impedir, con arreglo al art. 39-4 de la ley de esta Jurisdicción (R. 1.956, 1.890 y Ap. 51-66, 8.654), que se llegara a un pronunciamiento distinto, en la impugnación de una liquidación por el mencionado Impuesto, hipótesis que, con todo, no se ha de producir, porque, aceptada ahora la legalidad de los anteriores preceptos, cabe interpretarlos en el sentido de que no abona el primero de ellos la sujeción impositiva de las Mutuas Patronales o de que sí permite afirmar al segundo que dichas Mutuas quedan exentas del Impuesto de Sociedades.

Considerando: Que las Mutuas de Seguros están sometidas al impuesto, en virtud del art. 9-1-c) del texto refundido, y esto, con total independencia de que obtengan beneficios o no, pues el art. 52 manda aplicar los tipos de exacción del 1,3 por 100 y del 4,1 sobre las primas, cualquiera que sea el beneficio, y como las Mutuas Patronales dejan cubierta, en favor de sus asociados, la responsabilidad patrimonial que para ellos se deriva, como empresarios, por los accidentes que sufran y las enfermedades profesionales que contraigan las personas que tengan a su servicio, tienen que ser fiscalmente calificadas como Mutuas de Seguros, lo que hace que se hallen sujetas al impuesto, y que haya de ser desestimada la primera de las peticiones de la demanda.

Considerando: Que están exentas de la obligación de contribuir, según el artículo 10-1-k), las sociedades y demás entidades que tengan concedida exención

en virtud de leyes especiales, mientras permanezcan en vigor; que es lo que acontece con las Mutuas Patronales de Accidentes del Trabajo, por virtud del artículo 46 de la ley de Accidentes del Trabajo de 22 de junio de 1956 (R. 1.048, 1.294 y Ap. 51-66, 164), que es reproducción del artículo 54 del decreto-ley de 8 de octubre de 1932 (R. 1.305 y Dic. 357 y 413), y que a su vez ha pasado al artículo 202-5 del texto refundido de la ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (R. 1.482), pues el silencio que sobre este particular guardaron la ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 (R. 2.467) y el texto refundido de 21 de abril de 1966 (R. 734, 997 y Ap. 51-66, 12.860), no puede interpretarse como derogación, ya que la supresión de las exenciones fiscales se halla sometida al mismo régimen que su establecimiento, de acuerdo con el artículo 10-b) de la ley General Tributaria (R. 1.963, 2.490 y Ap. 51-66, 7.076), y como, precisamente, la exención de las Mutuas Patronales nunca se perdió, porque la legislación de Accidentes de Trabajo refundida en 1936, no fue expresamente derogada, ni pasaron todos sus preceptos al texto refundido de la ley sobre Seguridad Social de 1966, es por lo que ha podido incorporarse, con toda corrección jurídica, al decreto legislativo de 30 de mayo de 1974.

Considerando: Que debe ser acogida, por consiguiente, la segunda de las peticiones de la demanda, lo que excusa del examen de la tercera, que se articuló de forma subsidiaria en relación con las otras dos, y al proclamar la vigencia de la exención en favor de las Mutuas Patronales de Accidentes del Trabajo, se reitera el criterio mantenido en las recientes sentencias de esta Sala de 15 y 16 de abril, 16 y 28 de mayo, 5 y 26 de junio, 5 de julio y 13 de octubre de 1975 (R. 1.745, 2.000, 2.037, 2.209, 2.627, 3.102 y 3.471). (Sentencia de 22 de octubre de 1975. Ar. 4.169.)

## b) *Seguridad Social Agraria*

### 1. Hecho imponible

Considerando: Que en esta segunda instancia el Ayuntamiento apelante solicita que se revoque la sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial, que mantuvo los acuerdos del Tribunal Económico Administrativo Central y del Provincial de Zaragoza, declaratorios de su incompetencia para conocer, por razón de la materia, sobre la procedencia de una liquidación practicada en concepto de cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria, para el primer semestre del año 1972, que estimaban correspondiente al Ministerio de Trabajo, solicitando también dicho Ayuntamiento, concluyentemente, que se declare tal competencia de los órganos de reclamación económico-administrativa para entender de la formulada por el mismo, tanto en lo que respecta a la no sujeción que pretende, como en el particular concreto de la suspensión de la ejecución del acto administrativo que había sido impugnado.

Considerando: Que la Corporación apelante apoya su pretensión en una reiterada jurisprudencia de esta Sala —integrada por las numerosas sentencias

que cita y por otras más— que declaró la competencia de los Tribunales Económico-Administrativos en esta materia con base en las razones que la parte consigna y que afectan sustancialmente a la incorporación de la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria a la de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria y a la formación por la Delegación de Hacienda, del correspondiente padrón para la exacción conjunta de ambas cuotas, por lo que la formación del referido padrón, y con mayor motivo la exacción de las cuotas, fue considerada un acto de gestión tributaria de la Administración y por ello la vía económico-administrativa era la adecuada para el conocimiento de las anomalías, tanto en la fase recaudatoria como en la previa de la determinación de los presupuestos del acto liquidatorio, como acontece cuando se niega la existencia, en el presunto empresario agropecuario, de la concurrencia de los requisitos legales necesarios para que la mencionada cuota pueda serle exigida; pero dicha Corporación municipal no advierte que las aludidas sentencias contemplaban la normativa vigente para los ejercicios económicos de la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria de los años 1971 y anteriores, debiéndose señalar al respecto que, a partir del ejercicio de 1972, inclusive, al que se refiere el caso litigioso, es de aplicar el texto refundido de las leyes de 31 de mayo de 1966 (R. 1.042 y Ap. 51-66, 12.942) y de 22 de diciembre de 1970 (R. 2.193), aprobado por decreto de 23 de julio de 1971 (R. 1.731), y ello, porque hasta entonces no se había cumplido el mandato contenido en el inciso final del número 3 del artículo 4.º de la ley de 22 de diciembre de 1970 de regular reglamentariamente las circunstancias y condiciones de la recaudación de las cuotas correspondientes y no era plenamente aplicable la distribución entre los sujetos pasivos y exentos de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria en función de jornadas teóricas, que disponía el primer número del citado artículo 4.º, por haberse previsto para el año 1971, en la disposición transitoria 1.ª de la misma ley de 1970 —repetida en la disposición transitoria 3.ª del texto refundido de 1971—, un régimen de distribución distinto del que habría que aplicar a partir de 1972, con lo que el cambio de naturaleza, con la consiguiente merma de atribuciones de los Tribunales Económico-administrativos en favor de la jurisdicción laboral, no se produce hasta 1972, año éste en el que empieza a prescindirse del criterio de la utilización de mano de obra ajena, como consecuencia de la total aplicación —superado el régimen transitorio— del mentado artículo 4.º de la ley de 1970 y del artículo 44 del texto refundido de 1971; argumentos expuestos *in extenso* en las sentencias de 8 de abril de 1974 (R. 1.874) y 1 de abril de 1975 (R. 1.403) y aludidos en las de 14 de febrero, 28 de abril, 6, 16 y 21 de mayo, 3 de junio, 27 de octubre y 7 de noviembre del año actual (R. 1.975, 780, 1.907, 2.364, 2.036, 2.041, 2.619, 3.821 y 4.049), entre otras, y como más recientes, todas de esta Sala tercera.

Considerando: Que partiendo ya de la nueva legalidad referible a la materia que nos ocupa, la falta de competencia de los Tribunales Económico-administrativos viene determinada por aplicación del contenido de normas de dife-

rente naturaleza: 1.º, por el de las nuevas disposiciones —las principales ya citadas en el considerando precedente— que regulan de modo específico el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, y 2.º, precisamente a consecuencia de lo anterior, por el de las disposiciones de carácter fiscal que conciernen a las reclamaciones del orden económico-administrativo.

Considerando: Que, en relación con las primeras, el Texto refundido de 23 julio 1971 declara que la gestión del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social habrá de efectuarse bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo, por medio de una Mutualidad Agraria de la Seguridad Social adscrita orgánicamente al Instituto Nacional de Previsión, aunque con plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines —arts. 48 y 49—, figurando entre los recursos económicos establecidos para la financiación del aludido Régimen Especial la cotización empresarial —art. 37—, determinada en forma global y distribución entre los sujetos pasivos y exentos de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, en función de jornadas teóricas según clases y circunstancias de cultivos y aprovechamientos agrícolas, forestales y ganaderos en base a los datos de propiedad del Catastro de Rústica —art. 44-2 y 3—, partiéndose para determinar estas jornadas de los datos que se elaboren por los Servicios del Catastro, llevándose a cabo con arreglo al procedimiento que se establezca por el Ministerio de Trabajo, previos informes del Ministerio de Agricultura y de la Organización Sindical, fijándose los oportunos índices de corrección aplicables, así como los recursos administrativos y jurisdiccionales —artículo 44,4—, de lo que se infiere, sin lugar a duda, que quedan fuera de la competencia de los órganos del Ministerio de Hacienda, los extremos mencionados que aluden a los aspectos sustantivos del referido Régimen Especial Agrario y de los recursos económicos integrantes de su financiación, siendo absolutamente intrascendente a los efectos que interesan, que aquellos órganos tengan que prestar la colaboración ordenada en el expresado Texto refundido, bien en lo que afecta al suministro de datos que, como se ha dicho, han de servir para la determinación de las jornadas teóricas —art. 44,3—, bien en lo referente a la función meramente instrumental o adjetiva de la recaudación de la cuota ya señalada por órganos independientes del propio Ministerio de Hacienda —art. 44,6.

Considerando: Que disposiciones de rango inferior a las enunciadas y en cumplimiento de lo prevenido por éstas —DD. 142 y 143 de 28 enero 1971 (R. 203 y 204), Orden del Ministerio de Trabajo de 2 agosto del propio año (R. 1.487) y Circular del Ministerio de Hacienda de 2 febrero 1972 (R. 387)—, establecieron que el Ministerio de Trabajo, previo informe del Ministerio de Agricultura y de la Organización Sindical, era el competente para determinar la cuota empresarial correspondiente a cada jornada teórica, una vez conocido el total nacional de las mismas; que el mismo Ministerio de Trabajo dispondría el procedimiento para la determinación de los cuadros de jornadas teóricas a efectos de distribución de la mencionada cuota, dando intervención específica



para ello a una Comisión Interministerial y a unas Comisiones o Juntas Provinciales, que a la Mutualidad Nacional Agraria corresponde la gestión liquidadora y la emisión de los recibos, listados y pliegos de cargo de la indicada cuota; que para llevar a efecto la recaudación de ésta, se enviarán a las Delegaciones Territoriales del Ministerio de Hacienda los aludidos recibos, listados y pliegos de cargo, y que una vez cobradas las cuotas empresariales, la Hacienda Pública habrá de efectuar con la Mutualidad Nacional Agraria liquidaciones anuales de dichas cuotas, con entregas trimestrales a cuenta de la indicada cobranza.

Considerando: Que si de lo precedente consignado se desprende claramente que la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria, cuyas bases se calculan en el nuevo sistema sobre estimaciones propias, no constituye una exacción que se defina o liquide por los órganos de la Hacienda Pública o que haya de ser recaudada en favor de la misma, a cargo de deudores del Erario público, habrá que concluir también, ahora con especial referencia a las disposiciones de naturaleza fiscal a que antes se aludía —y que concretamente se hallan integradas por la disp. final 5.<sup>a</sup> de la ley General Tributaria (R. 1.963, 2.490 y Ap. 51-66, 7.076), en relación con los arts. 1.º, 26 y 165 de esta ley y con los arts. 1.º, 44 y 45 del Regl. de Procedimiento para las reclamaciones económico administrativas (R. 1.959, 1.671 y Ap. 51-66, 8.662), y artículos concordantes—, que los órganos encargados de resolver estas reclamaciones, aunque hayan de mantener la competencia correspondiente a las incidencias de la recaudación en sentido estricto, no pueden tener en los aspectos sustantivos de la materia de que se trata —exigencia o cuantía de las cuotas— la competencia que la parte actora y apelante quiere asignarles; lo cual es, en definitiva, lo que con posterioridad ha dispuesto el art. 42,2 del Regl. General de la Seguridad Social Agraria de 23 diciembre 1972 (R. 1.973, 295 y 514), a cuyo tenor las reclamaciones derivadas de liquidaciones practicadas por la Mutualidad Nacional Agraria de las cuotas, aportaciones y percepciones a que se refiere su cap. IV, habrán de ser sustanciadas por la jurisdicción laboral con sujeción a sus normas específicas.

Considerando: Que todo lo expuesto conduce a la desestimación en todas sus partes del recurso de apelación interpuesto, con la consiguiente confirmación de la sentencia dictada por el Tribunal *a quo*, aunque sea por distinto orden de argumentos; sin que existan motivos suficientes, conforme a los términos del art. 131,1 de la ley de la Jurisdicción (R. 1.956, 1.890 y Ap. 51-66, 8.654), para una expresa imposición de las costas procesales causadas en esta segunda instancia. (Sentencia de 26 de noviembre de 1975. Ar. 4.415.)

## 2. Competencia

Considerando: Que en presencia de ese deber previo e ineludible de la Sala, de definir, incluso de oficio, su propia competencia, y para decidir, con acierto, si la presente apelación ha sido debidamente admitida; se hace preciso, ante

todo, tener en cuenta la realidad de los dos siguientes extremos: *a)* en primer lugar, que el art. 94 de la ley Jurisdiccional, en la nueva redacción que le ha sido dada, por la ley de 17 marzo 1973 (R. 505), dispone en su núm. 1.º: que «las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales serán susceptibles de recurso de apelación, salvo las que se dictasen, entre otros asuntos, en los comprendidos en el ap. a) del art. 10 —actos de los órganos, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional— de cuantía no superior a 500.000 ptas.; *b)* y en segundo lugar, que, según resulta de las actuaciones, la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria puesta al cobro al Ayuntamiento de Covaleda, apelada en este recurso, es inferior a la expresada cantidad, habiéndose fijado la cuantía del procedimiento contencioso-administrativo, por el referido Ayuntamiento, en la suma de 456.028 pesetas, como se acredita a la vista del folio 12 del pleito promovido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos.

Considerando: Que haciendo aplicación de la terminante norma transcrita a la cuota referida, es necesario declarar que en el presente caso —en que la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* tampoco es de las comprendidas en el número 2.º del expresado art. 94, ya que no versa sobre desviación de poder ni se halla dictada en virtud del recurso interpuesto al amparo de los párrs. 2.º y 4.º del art. 39 de la mencionada ley— ha sido indebidamente admitida la apelación promovida contra dicha sentencia, si se considera que la cuantía de aquélla no excede de 500.000 ptas.; siendo pertinente esta declaración en atención a la constante doctrina jurisprudencial de esta Sala —sentencias, entre otras, de 26 marzo, 30 octubre y 12 diciembre 1968 (R. 1.554, 4.655) y 15 enero y 25 marzo 1969 (R. 11, 1.615)—, según la cual, el Tribunal ha de velar por la observancia de todos aquellos requisitos que por su carácter procesal tiene valoración de orden público y que hay que acatar a pesar de que las partes los silencian.

Considerando: Que la precedente declaración no puede neutralizarse diciendo que la cuestión que se plantea es la exclusión del padrón correspondiente «y en su consecuencia la exención para lo sucesivo del pago de las indicadas cuotas» de la Seguridad Social Agraria, porque basta examinar el escrito del Ayuntamiento reclamante, que figura al folio 5.º del expediente administrativo, para seguidamente observar que lo que en el mismo se pide es que se notifique la cuota, en forma de liquidación, para poder recurrirla y que se declare sin efecto la inclusión del Ayuntamiento «con referencia al padrón de que queda hecho mérito», petición esta última que no es otra cosa sino el propio fundamento que justifica lo resuelto en la sentencia, o sea, la devolución de la cuota reclamada. (Sentencia de 19 de noviembre de 1975. Ar. 4.374.)

Considerando: Que la apelación plantea dos cuestiones, una, referente a la devolución de las cuotas ingresadas por el segundo semestre de 1970 y todo el ejercicio de 1971, y otra, la baja de las Corporaciones recurrentes en los padrones cobratorios de las Empresas sujetas a cotización en el Régimen Especial

Agrario de la Seguridad Social, y por lo que respecta a la primera de dichas cuestiones se ha declarado reiteradamente por esta Sala la competencia para resolver las cuestiones a que esta litis se refiere de los Tribunales Económico-Administrativos, por las razones que exponen las SS. de 15 octubre y 7 diciembre 1970 (R. 3.930 y 4.974), 15 y 16 diciembre 1972 (R. 5.121 y 5.136), entre otras, razones que sintetizó la S. de 20 noviembre 1973 (R. 4.189), y reiteraron las de 6 y 8 abril 1974 (R. 1.869 y 1.874), con referencia a ejercicios anteriores a 1972, razones que se dan aquí por reproducidas, y asimismo ha declarado con reiteración esta Sala la no sujeción a la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria de los sujetos pasivos de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria mientras no sean titulares de empresa agraria y con referencia siempre a los ejercicios económicos ya aludidos, o sea, anteriores a 1972, como declararon, entre otras, las SS. de 15, 16 y 27 diciembre 1972 (R. 5.321), 5 y 9 junio y 10 y 22 octubre 1975 (R. 2.751, 4.035, 3.800), cuya doctrina se da aquí por reproducida.

Considerando: Que en cuanto a la segunda cuestión planteada en esta apelación, o sea, la baja o exclusión del Padrón de la Seguridad Social Agraria, como quiera que dicha pretensión de los Ayuntamientos recurrentes envuelve declaración de situación de futuro al no recaer sobre acto administrativo practicado por la Administración no es posible acceder a la pretensión ejercitada ante esta Jurisdicción revisora, por lo que procede la revocación en este punto de la sentencia apelada. (Sentencia de 21 de noviembre de 1975. Ar. 4.488.)

Considerando: Que de acuerdo con el criterio establecido en numerosas sentencias de esta Sala, siguiendo al asimismo proclamado por el T. S., en S. de 9 junio 1970 (R. 3.096), y sobre todo en la de 23 marzo 1971 (R. 1.723), la cuota empresarial del régimen de la Seguridad Social Agraria, y por tratarse de un seguro obligatorio por razones y finalidades de orden social, en el que es preciso que se dé el binomio empresario-trabajador, sólo puede ser exigido a quienes ostenten la condición de empresarios, condición que no concurre en la entidad local recurrente, ya que según certificaciones aportadas en período probatorio, aquella Corporación no tiene personal afecto a la explotación de los montes de su propiedad inscritos en el catálogo de Utilidad Pública, por lo que no tiene constituida empresa agraria, puesto que el personal que allí trabaja lo hace por cuenta de ICONA o de los adjudicatarios de los aprovechamientos de maderas, y ante la realidad de estos hechos debe estimarse el recurso. (Sentencia de 22 de octubre de 1975. Ar. 4.168.)

Considerando: Que por lo que respecta a la primera cuestión, el T. S., en SS. de 15 octubre y 7 diciembre 1970 (R. 3.930, 4.974), sostuvo ya la competencia de los Tribunales Económico-Administrativos para conocer de las reclamaciones interpuestas contra la exigencia por los Organismos de Hacienda a los Ayuntamientos o Juntas Vecinales propietarias de montes públicos, de la

cuota Empresarial de la Seguridad Social Agraria, fundamentalmente, por entender que esta cuota, al exigirse conjuntamente y como recargo de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, estaba asimilada o incorporada a las cuotas de esta Contribución Territorial, y en virtud de esta incorporación, que hace que las normas y procedimientos recaudatorios, incluso la fase de recaudación ejecutiva, recargo de apremio e interés legal de demora, sean aplicables a la cuota empresarial, devenían aquellos órganos de resolución de la Administración, compuestos para el conocimiento de las reclamaciones que contra aquella exigencia de la cuota empresarial se formularen; competencia que de nuevo ha sido proclamada por el T. S., en SS. de 15 y 16 diciembre 1972 (R. 5.121, 5.136), declarándose en esta última, de manera definitiva, la competencia de los Tribunales Económico-Administrativos en cuestiones relativas a la impugnación de cuotas empresariales de la Seguridad Social Agraria, tanto porque las mismas son exacciones parafiscales con marcada asimilación a las cuotas de la Contribución Territorial Rústica y Pecuaria, y por ello toda la gestión de las cuotas en litigio se realiza como una gestión tributaria, como por el hecho de que «el contribuyente pueda disponer de garantías para poder impugnar extralimitación en la determinación y cobro de las cantidades basadas en este concepto», estableciéndose que esos medios de garantía adecuados son la vía económico-administrativa y la jurisdiccional después, al no haberse previsto, ni en la L. de 31 mayo 1966 (R. 1.042 y Ap. 51-66, 12.942), ni en el Regl. de 23 febrero 1967 (R. 393 y Ap. 51-66, 12.943), ningún régimen especial de garantías en esta materia, no siendo, por otro lado, aplicable el núm. 2 del art. 1.º del Texto articulado de la ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por D. de 21 abril 1966 (R. 734, 997 y Ap. 51-66, 12.860), que atribuye a la Jurisdicción de Trabajo el conocimiento de los pleitos sobre Seguridad Social por cuanto «el procedimiento laboral no está instrumentado para operar con él, en la impugnación de actos administrativos, dictados por la Administración ejercitando una potestad que puede considerarse como potestad tributaria», añadiéndose en la sentencia últimamente citada, que no enervan la tesis anterior las nuevas disposiciones contenidas en la L. de 22 diciembre 1970 (R. 2.193) y en el texto refundido de 23 julio 1971 (R. 1.731) sobre la Seguridad Social Agraria, que calculan las bases de las cuotas de aquella sobre estimaciones propias, puesto que sigue insistiéndose en la fórmula de encomendar la gestión recaudatoria a las entidades que vienen recaudando la Contribución Territorial. (Sentencia de 22 de octubre de 1975. Ar. 4.168.)

#### CUESTIONES PROCESALES: LEGITIMACIÓN

Considerando: Que en el presente recurso jurisdiccional, el Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local de la provincia de Zaragoza pretende que por el Ministerio de Hacienda se comuniquen

a la Delegación de Hacienda de dicha ciudad, a efectos de su efectivo cumplimiento, la resolución del propio Ministerio de 25 junio 1971, que pronunciándose en el recurso de alzada interpuesto por aquel Colegio, contra acuerdo de la extinguida Dirección General de Impuestos Directos de 25 septiembre 1965, denegatorio a los Secretarios de Ayuntamiento de la provincia de Zaragoza del abono del 1 por 100 de la Contribución Territorial Rústica por su intervención en los trabajos catastrales, dispuso que la percepción de este premio concedido por el ordenamiento jurídico vigente a los Secretarios de Ayuntamiento en relación con la expresada Contribución en régimen de Catastro, se condicionaba a que los Ayuntamientos respectivos tuvieran derecho a percibir participaciones en la recaudación de tal contribución por haber realizado los correspondientes trabajos de Catastro, por lo que en consecuencia tendrían derecho al premio los Secretarios de Ayuntamiento que hubieran tenido la participación antes mencionada y no aquéllos en que esa circunstancia no se produjera.

Considerando: Que el Abogado del Estado plantea con carácter previo dos causas de inadmisibilidad del recurso: la primera basada en el ap. b) del artículo 82 de la ley Jurisdiccional (R. 1.956, 1.890 y Ap. 51-66, 8.654), sosteniendo en este orden que la Corporación recurrente no se halla debidamente representada en los autos, dado que el poder otorgado al Procurador actuante es conferido por el Presidente del Colegio Oficial de la provincia de Zaragoza, con autorización de su Junta de Gobierno y no de la Asamblea General del Colegio, y la segunda, con fundamento en el mismo apartado de igual artículo, en relación con el 28 de la citada Ley, manteniendo al respecto que la mencionada Corporación no está legitimada en este caso por falta de interés directo, en cuanto que, de un lado, representa a Secretarios que pueden no tener derecho a la percepción del premio con arreglo a la resolución reseñada y, de otro, no representa a todos los Secretarios que puedan ostentar tal derecho, dado el ámbito provincial del Colegio que acciona.

Considerando: Que no procede acoger la primera de las alegaciones de inadmisión formulada si, después de un detenido examen y comparación de los arts. 38 y 39 del Reglamento de los Colegios de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local de 31 julio 1953 (R. 1.024 y Ap. 51-66, 6.475), no expresan de modo enumerativo las respectivas atribuciones de la Junta de Gobierno y de la Asamblea provincial, se advierte que la petición de auxilio jurisdiccional entra más en las atribuciones de la primera que en las de la segunda, ya que a aquélla le corresponde —núm. 2.º del citado art. 38— la adopción de acuerdos sobre peticiones, propuestas e informes que hayan de dirigirse a autoridades y organismos oficiales, mientras que en el art. 39 y con referencia a la Asamblea provincial —integrada por todos los Secretarios, Interventores y Depositarios de la provincia, con competencia fundamentalmente de carácter económico, no hay ninguna atribución en la que pueda tener encaje, directa o indirectamente, semejante solicitud de actuación judicial.

Considerando: Que también debe ser rechazada la segunda de las alegacio-

nes de inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación *ad causam* aducida por el defensor de la Administración si, con el trasfondo del núm. 2.º del art. 31 del aludido Reglamento —a cuyo tenor compete a los Colegios nacional y provinciales en sus respectivas esferas tutelar y defender los derechos e intereses morales y materiales de los tres Cuerpos de Secretarios, Interventores y Depositarios y de los funcionarios pertenecientes a los mismos— se tiene especialmente en cuenta que en el supuesto enjuiciado se trata de derechos reconocidos por el Ministerio de Hacienda a un elevado número de Secretarios de Ayuntamientos de la provincia de Zaragoza, determinados en función de los trabajos catastrales realizados en los Ayuntamientos y no discernidos *intuitu personae*, sino precisamente por razón de su cargo.

Considerando: Que en cuanto a lo que constituye la cuestión de fondo del recurso entablado, es evidente que si el Ministerio de Hacienda —en el cual, desde el año 1964, el Colegio Oficial recurrente ha seguido para este caso una larga singladura— no comunica su Resolución de 25 junio 1971 a la Delegación de Hacienda de Zaragoza, donde existe constancia, a través de los expedientes tributarios y de los documentos cobratorios, de los trabajos catastrales que dan lugar a la percepción del premio por los Secretarios de Ayuntamiento interesados y donde han de confeccionarse las correspondientes nóminas conforme a la Instrucción IV de la O. de 20 octubre 1944 (R. 1.502 y Dic. 5.121), y disposiciones concordantes, aquella resolución no podrá ser susceptible de positivo cumplimiento, y al haberse negado tácitamente el expresado Ministerio, no obstante la oportuna denuncia de mora de que fue objeto, a trasladar a su Delegación el contenido de la señalada resolución, es procedente la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de la provincia de Zaragoza, demandante en estos autos. (Sentencia de 16 de diciembre de 1975. Ar. 4.944.)

## SALA V

### CLASES PASIVAS

La Dirección General del Tesoro y Presupuestos efectuó la clasificación y fijó los derechos pasivos de acuerdo con la certificación expedida por el Organismo al que estuvo adscrito el interesado durante el período de actividad, como funcionario, y por ello es claro que si estima que deben serle reconocidos otros servicios no es ante el expresado Centro directivo, sino ante el Departamento en que discurrió su vida funcional, donde debe reclamar los servicios de que se crea asistido y no le fueron computados, pues —como puntualiza la Sentencia de 31 de enero de 1975, acogiendo criterio reiterado de esta Sala— el órgano aludido y gestor de las Clases Pasivas y el Tribunal Económico Administrativo Central —éste en orden a las reclamaciones— no les está permitido fijar una base reguladora mayor que la que resulte de las certificaciones

aportadas al expediente y, en consecuencia, no se pueden computar más trienios que los fijados en aquélla, pues de lo contrario se procedería en franca disconformidad con cuanto disponen el artículo 25 del Texto Refundido de 21 de abril de 1966, en el que se basa el Tribunal Económico Administrativo Central, y en las Ordenes de 19 de junio y de 8 de octubre de 1965, emanadas del Ministerio de Hacienda en uso de las facultades conferidas por la Disposición final XIII de la Ley 31/1965, criterio confirmado por el artículo 5.º del Texto Refundido a que antes se hizo mérito y por el artículo 17 del Reglamento. (Sentencia de 5 de febrero de 1976. Ar. 382.)

A tenor de los hechos expuestos en la demanda, los fundamentos jurídicos argüidos y el suplico de la misma, el tema sustantivo del proceso trata de si el actor, Cartero Rural desde el 1 diciembre 1931 hasta 30 abril 1954, en que cesó por renuncia, tiene derecho a la percepción de haberes pasivos por aplicación del Estatuto de 22 de octubre de 1926 y de la Ley de 12 de julio de 1934 sobre cómputo de servicios de los Carteros Urbanos y Rurales; cuya cuestión debe ser resuelta en sentido negativo porque, primero, el artículo 22-2.º de dicho Estatuto requiere, además de otras condiciones, que los servicios abonables a efectos de jubilación se refieran a destino dotado con sueldo en los Presupuestos Generales del Estado con cargo al Personal, mientras el sueldo del recurrente como Cartero Rural estaba consignado en los Presupuestos en una partida global, sin tener sueldo detallado con cargo a Personal, y, segundo, porque la Ley de 12 de julio de 1934 fue dictada para incorporar los Carteros Urbanos al Estatuto de Clases Pasivas, antes citado, computándoles como servicios abonables los prestados de Carteros Rurales, para completarles el tiempo mínimo exigible, pero no en cuanto a quienes fueren exclusivamente Carteros Rurales, que es el caso del actor. (Sentencia de 14 de febrero de 1976. Ar. 437.)

De las certificaciones que figuran en el expediente resulta que el recurrente prestó servicios como obrero en el establecimiento de las Minas de Almadén desde el 1 diciembre 1919 hasta el 15 noviembre 1921, y desde el 23 diciembre 1924 hasta fin de agosto de 1929, con 2.192 jornales, que clasificados y liquidados con arreglo a las Ordenanzas de 1 enero 1865 y demás disposiciones complementarias equivalen a 8 años con 38 centésimas de servicios prestados al Estado, y que fue nombrado escribiente de 1.ª clase en 1 septiembre 1929, cargo que desempeñó hasta el 1 julio 1948, en que fue nombrado Oficial Administrativo de 1.ª clase, continuando en este cargo hasta el 24 enero 1969, en que pasó a la categoría de Jefe Administrativo, hasta el 15 agosto 1970, en que cesó por jubilación reglamentaria, habiendo desempeñado todos estos cargos sin interrupción, por lo que tiene dos grupos de servicios distintos por su función: uno como obrero y otro como administrativo, grupos en la clasificación del personal del establecimiento minero que se han distinguido tanto en la reglamentación primitiva como en la vigente (2.º considerando). Si bien la regla-

mentación del establecimiento minero de Almadén, aprobada por la Real Orden de 28 de enero de 1928, respeta los derechos adquiridos por el personal de plantilla ingresado con anterioridad al 1 julio 1925, estos derechos han de reconocerse de conformidad con la regulación anteriormente existente, y de la misma aparece que el derecho a percibir pensión a cargo del Presupuesto del Estado únicamente correspondía a los obreros, según lo ordenado en los artículos 4.º y 5.º de la Real Orden de 12 de octubre de 1920, y siempre que tuviesen 20 años de servicios o contasen con 2.000 jornales de primera clase; como el recurrente sólo cuenta con 8 años y 38 centésimas de servicios como obrero y los jornales percibidos en tal concepto no son de primera clase, no llegó a adquirir el derecho a la pensión que pretende, por lo que no es procedente declarar lo que solicita, puesto que los demás servicios prestados no lo han sido con la clasificación reglamentaria de obrero, sino con la de administrativo, como correspondía a las funciones que desempeñaba, lo que implica la desestimación de la demanda y confirmación, como ajustados a derecho, de las resoluciones recurridas, sin perjuicio de que los servicios prestados en el Organismo Autónomo Minas de Almadén, como funcionario del mismo, le den derecho a la pensión de jubilación que sus normas establecen, según el Estatuto de la Mutualidad de dicho Establecimiento, pensión pasiva que no es objeto de discusión ni de petición en el presente proceso (3.º considerando). (Sentencia de 16 de febrero de 1976. Ar. 484.)

#### CUESTIONES DE COMPETENCIA

La cuestión que el actor ha tratado de que se revise en este proceso deriva del Concurso convocado por el Instituto Nacional de Previsión, por resolución publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 15 de abril de 1967, para promover determinadas plazas de Medicina General y Especialidades, del Seguro Obligatorio en Enfermedad, según lo dispuesto en el Decreto de 21 de febrero de 1958 y Ordenes ministeriales de 25 del mismo mes y año y 17 de agosto de 1964; concurso que, en lo que respecta a la plaza por él solicitada (la de radioelectrología de V.), al no serle adjudicada y considerarse con mejor derecho que el compañero que la obtuvo, motivó el que recurriera en alzada contra tal designación ante la Dirección General de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, que, al serle adversa, le obligó a recurrir en reposición, cuya desestimación presunta, por silencio, es el acto residenciado en esta Sala (1.º considerando).

Aunque el problema planteado por el actor implica una conflictividad entre él mismo, como funcionario sanitario, y el Instituto Nacional de Previsión, como Entidad Gestora del Régimen General de la Seguridad Social, citada como tal y en primer lugar en el artículo 194 del Texto Articulado I de la Ley de Bases



de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, así como en el mismo artículo del Texto Refundido —Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo—; y no obstante que las relaciones entre las Entidades Gestoras y su personal —del que forma parte el actor— es de carácter estatutario; sin embargo, la Jurisdicción de Trabajo es la señalada como competente para dirimir las cuestiones contenciosas entre ambos elementos, por mandato de lo dispuesto en el artículo 45 de los citados Textos, articulado y refundido, sin más excepción que los asuntos relacionados con la materia disciplinaria y los que afecten al personal directivo y de confianza (2.º considerando).

Que no obsta a lo dicho el que el Instituto Nacional de Previsión sea uno de los Entes que forman parte de la llamada Administración Institucional y, por tanto, de la Administración Pública, según ésta viene relacionada en el artículo 1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, puesto que es esta misma Ley la que prevé supuestos como el que nos ocupa, esto es, supuestos que, aun relacionados con actos de la Administración, se atribuyen por una Ley a la Jurisdicción social (como ocurre en este caso) o a otras jurisdicciones; como tampoco se opone a la tesis que se viene manteniendo el que contra lo resuelto por el citado Instituto se diera recurso de alzada ante la Dirección General del ramo del Ministerio de Trabajo, en atención a que éste no tiene otro alcance que el de agotar la vía administrativa, como previa a la laboral, de conformidad con lo que viene sosteniendo una constante jurisprudencia —entre otras, Sentencia de 12 de noviembre de 1975— (3.º considerando).

Si el tema litigioso que nos ocupa es de los que, por razón de la materia sobre la que versa, corresponde su enjuiciamiento a una Jurisdicción distinta a la nuestra (Jurisdicción Laboral), por mandato de su legislación específica; si, además, la Jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable, como previene el artículo 5-1 de la repetida Ley de 27 de diciembre de 1956, pudiendo los Tribunales de ésta apreciar, incluso de oficio, la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes, y si esto último ha sido fielmente cumplido en esta ocasión, al comprobar la Sala, por las circunstancias concurrentes en este caso, la procedencia de declarar la falta de jurisdicción (...); la deducción de todo lo expuesto no puede ser otra que la de tener que declarar la inadmisibilidad del presente recurso, al igual que se ha hecho en procesos análogos —Sentencias de 3 de marzo de 1973, 11 de marzo, 6 y 14 de junio de 1974, 12 de noviembre de 1975; Auto 24 mayo 1973— (4.º considerando). (Sentencia de 18 de febrero de 1976 [extracto]. Ar. 544.)

#### MUTUALIDAD NACIONAL DE PREVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (MUNPAL)

En cuanto a quién debe abonar la tal pensión rehabilitada, única cuestión que puede ser examinada en este proceso, debe mantenerse lo resuelto, también

en trámite de alzada, por el Ministerio (de la Gobernación) en su resolución de 13 de enero de 1972, o sea, que la pensión cuestionada ha de abonarse por la MUNPAL recurrente, por cuanto ésta, según dispone la transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley 11/1960, de 12 de mayo, el Montepío de Secretarios que quedó disuelto de pleno derecho al constituirse la entidad nacional de previsión aludida, la cual se subrogó en todos los derechos y obligaciones de aquél sin que pueda acogerse la alegación de la ahora recurrente de que el causante de la pensión falleció antes de constituirse el Montepío, pues con indudable acierto objeta el Abogado del Estado que a dicho Montepío, creado por el Decreto de 7 de julio de 1944, se le transfirió por las Corporaciones Locales todas sus obligaciones para con los pensionistas, siendo indudable que el artículo 4.º autoriza a dejar sentado que tal disposición no sólo se refería a las pensiones causadas con posterioridad a la creación del Montepío, sino a los que causaron pensiones anteriormente y se abonaban por las Corporaciones; subrogación la de la MUNPAL que se compensó según la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de los citados Estatutos con la transferencia de activo y pasivo del Montepío. (Sentencia de 28 de enero de 1976. Ref. Ar. 122/76.)

RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

*Personal al servicio de organismos autónomos procedente de la  
Agrupación Temporal Militar (A. T. M.)*

El personal de la A. T. M. se hallaba regulado por ley de 15 de julio de 1952, cuyo artículo 21, núm. 2, establecía que además de sus devengos propios, percibiría, cuando pasase a prestar servicios en entidades estatales autónomas, los haberes que les correspondieran por razón del cargo o actividad ejercidos y que por no serles de aplicación los regímenes de Seguridad Social quedaran relevados dichos organismos de las obligaciones y cargas sociales a ellos referentes, precepto que puesto en relación con el artículo 95 del Reglamento del Instituto Nacional de Colonización de 23 de diciembre de 1941 (hoy Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario), en el que se disponía que los empleados del Instituto, exceptuando a los que por pertenecer a cuerpos oficiales del Estado tuvieran ya reconocidos derechos pasivos para sí y para sus familias, con arreglo al Estatuto de Clases Pasivas, ingresarían obligatoriamente en la Mutualidad de Previsión del Instituto Nacional de Colonización, sólo permitía llegar a la conclusión de la resolución impugnada, es decir, a que los funcionarios de la A. T. M., que se integraban en el Instituto, no tenían derecho a ser afiliados obligatoriamente a la Mutualidad de Previsión del citado organismo autónomo (2.º Considerando).

La situación jurídica de este personal no se ha modificado por sucesivos preceptos, pues la ley de 4 de mayo de 1965, sobre clases pasivas de la Administración Civil del Estado, en su disposición transitoria 4.<sup>a</sup>, previene que los funcionarios que hubiesen ingresado en la Administración referida, por razón de su procedencia de Cuerpos o Institutos Armados, podrán causar pensiones de las reguladas en esta ley, compatibles con la militar, si bien computando exclusivamente los servicios prestados como funcionarios civiles, principio desarrollado por el decreto de 11 de septiembre de 1965, al adaptar la A. T. M. a la ley de Funcionarios del Estado, que al dar nueva redacción a la ley de 15 de julio de 1952, señaló que los haberes pasivos del personal de la Agrupación como funcionarios civiles se devengarían conforme a la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la ley 30/65, lo que supone que a partir de su vigencia, se levantó la prohibición de que el personal de la agrupación pudiese acogerse al régimen de seguros sociales, conclusión recogida por el decreto de 23 de febrero de 1967, que establece que el personal de la misma que prestase servicios en organismos autónomos cobraría los haberes que le correspondan, y se sujetaría al régimen de la Seguridad Social, que sería establecido por decreto según la ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, de cuya normativa se deduce que a partir del decreto de 11 de septiembre de 1965, la Seguridad Social de los funcionarios de organismos autónomos, procedentes de la A. T. M., es idéntica a la del resto de la plantilla de tales entidades administrativas, cualquiera que sea su procedencia, y a lo que se opone el artículo 34 del Estatuto de Personal de las Entidades Estatales Autónomas de 23 de julio de 1971, que al referirse a su régimen de Seguridad Social expresa que será el que se establezca por la disposición correspondiente, de conformidad con el artículo 10 del texto articulado de la ley de 28 de diciembre de 1963, porque entre tanto se dicte esta disposición, cada entidad administrativa conserva su propio régimen de Seguridad Social, para todo su personal, ya que otra interpretación conduciría a la vulneración de los principios de la legislación de reforma de la función pública de la igualdad de trato a los funcionarios de un mismo organismo, y así lo ha entendido la Administración demandada, que por acuerdo de la Presidencia del Instituto de Desarrollo Agrario de 6 de julio de 1972, ha resuelto afiliar a la Seguridad Social al personal procedente de la A. T. M. para destinos civiles, a partir de esa fecha, si bien con ello no se satisface la pretensión del recurrente, pues como se desprende de la argumentación expuesta, tiene derecho a su afiliación desde la vigencia del decreto de 11 de septiembre de 1965 (3.º Considerando). (Sentencia de 19 de febrero de 1976. Ref. Ar. 548/76.)

PERSONAL SANITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para centrar la cuestión debatida en el presente recurso ha de señalarse que las disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del texto refundido del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social aprobado por orden de 26 de abril de 1973, que confirman sus plazas y otorgan el carácter de personal propietario con destino en aquella Institución en que viniera actuando al personal auxiliar sanitario y auxiliares de clínica, fisioterapeutas y terapeutas ocupacionales, que reúnan determinadas condiciones y que figuraban como personal contratado, no se dictan en cumplimiento de disposición legal alguna que con anterioridad les hubiera concedido tal derecho, sino que constituyen una concesión discrecional de la Administración que estimó oportuno adoptar tal determinación fijando, por consiguiente, para ello también en forma discrecional los requisitos que consideró indispensables y las fechas en que tal confirmación tendría efectividad, fechas distintas para los auxiliares sanitarios titulados y auxiliares de clínica, que se incluyen en la transitoria 1.<sup>a</sup> y los fisioterapeutas y terapeutas ocupacionales a los que se refiere la transitoria 2.<sup>a</sup>, por lo que tratándose de un acto administrativo que cae dentro de las facultades discrecionales de la Administración sólo será revisable por esta jurisdicción si a través de la doctrina sobre desviación de poder llegara a comprobarse una infracción del ordenamiento jurídico, ya que la jurisdicción tiene encomendada la revisión de la legalidad de los actos de la Administración, mas no el examen y enjuiciamiento de las razones de oportunidad que haya podido tener en cuenta (2.º Considerando).

Esta infracción del ordenamiento jurídico es estimada por los recurrentes y se produce por el hecho de que han sido vulnerados los principios de justicia o igualdad proclamados en nuestras leyes fundamentales al fijarse diferentes fechas para la determinación de la situación de empleados en propiedad a quienes ingresaron en idéntica forma al servicio de la Seguridad Social, y ello únicamente en razón a ser unos auxiliares técnicos sanitarios o auxiliares de clínica y otros fisioterapeutas o terapeutas ocupacionales, más definida la desviación de poder por el artículo 83.3 de la ley Jurisdiccional como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico», no parece pudiera incluirse en tal definición el hecho de que al concederse discrecionalmente por la Administración el beneficio de la confirmación en propiedad a determinados empleados que prestaban sus servicios como contratados, se diese una efectividad retroactiva, lo que ya de por sí es un beneficio excepcional; diferente según el título o cometido de tales funcionarios, pero menos aún cuando queda patente que esta diferenciación no se produjo por motivaciones ajenas al interés público, sino que se basó en una razón objetiva como era la de que tanto los auxiliares técnico sanitarios y auxiliares de clínica habían venido accediendo a las plazas en propiedad, bien por

anteriores confirmaciones o por oposiciones o pruebas selectivas: los fisioterapeutas y terapeutas ocupacionales no tuvieron dicha posibilidad, por ser considerados anteriormente personal contratado al no existir plantilla para ellos, diversidad de circunstancias anteriores que produjo, a su vez, la diversidad que en las disposiciones transitorias del Estatuto se denuncian, y que, por consiguiente, no pueden ser consideradas contrarias a los principios de igualdad y justicia (3.º Considerando). (Sentencia de 3 de marzo de 1976. Ref. Ar. 939/76.)

JOSÉ ANTONIO UCELAY DE MONTERO  
y  
JOSÉ ENRIQUE SERRANO MARTÍNEZ