

TRIBUNAL SUPREMO, SALAS I, II, III y V

SALA I

CULPA EXTRA CONTRACTUAL

El ejercitarse en el pleito una acción sobre reclamación de daños amparada en el artículo 1.902 del Código civil, es el mismo el adecuado para decidir, estimatoria o desestimatoriamente la misma (...) el Tribunal no basa sus afirmaciones en prueba de presunciones sino que llega a la afirmación de los hechos por la apreciación directa de los medios probatorios y, esencialmente, que el recurrente no combate otras afirmaciones fácticas del juzgador que conducen a la estimación de culpa o negligencia, tanto la de haber recibido aviso la Sociedad demandada de que en la casa en que radica la vivienda de las víctimas se notaba olor de gas, el haber, los operarios de ésta, abierto una zanja sin que encontrasen la fuga del referido flúido, cuyo olor persistía, y que sólo después de haberse producido el daño se llevó a efecto la reparación de la tubería conductora del gas, desapareciendo desde tal momento el olor del mismo, y, en segundo lugar, que sólo de manera hipotética razona la sentencia recurrida sobre que pudiera afirmarse que la demandada hubiera cumplido una «diligencia media», mas concluyendo por declarar que ésta no ha agotado toda la diligencia posible y socialmente adecuada, por lo que no sólo se dan los requisitos de la existencia del daño y el hecho del cual ésta dimana, sino el de la culpa por parte del demandado, ya que ni aún en el supuesto de no haber sido infringidas disposiciones reglamentarias, exonera de la responsabilidad, pues si las garantías adoptadas para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelan que algo faltaba en ellas que prevenir y que no se hallaba completa la diligencia. (Sentencia de 13 de diciembre de 1971. Ref. Reper. Ar., 5.232/71.)

SALA II

ESTUPRO

Considerando: Que siendo evidente que el procesado incidió en una de las circunstancias previstas en el artículo 437 del ordenamiento punitivo, la derivada de la subordinación laboral, procede la desestimación del recurso formalizado so pretexto de apli-

cación indebida de la referida sustantiva norma, ya que argumentándose para ello que no concurren los requisitos de ser el procesado patrono o jefe de la ofendida ni el de que aquél se hubiera prevalido de su rango laboral, es lo cierto que, en cuanto a lo primero, es suficientemente expresivo el relato histórico del fallo impugnado puesto que en él se precisa que el procesado era el encargado o jefe de personal en la industria en que trabajaba la menor, correspondiendo a aquél señalar labor, vigilar al personal y satisfacerle su retribución, esto es, se halla patente que el procesado ostentaba una jefatura dentro de la Empresa, ejercida de un modo real y efectivo en cuanto al aspecto de hecho, y comprendido dentro de las previsiones de la Reglamentación laboral, situación de mando perfectamente suficiente a estos considerados fines; y, asimismo, está claro que el varón se prevalió de la relativa condición suya respecto de la mujer, puesto que la Audiencia Provincial declara probado que utilizó la circunstancia de ascendencia radicada en la relación laboral, pero, aun cuando se prescindiera de este aserto, se explica en el fallo que el procesado hizo a la muchacha, en la convivencia en el trabajo, objeto de especiales atenciones, incluso cariñosas, dándole un trato diferente, progresando de tal modo hasta lograr el yacimiento, reiterado luego, siempre a la terminación del trabajo y precisamente en los locales altos del edificio de la Empresa donde el procesado, en razón de ser jefe o encargado de la misma, tenía fácil entrada, y una habitación para servicio particular, de todo lo cual se infiere que el logro de los propósitos lúbricos por parte de este sujeto fue alcanzado merced, ciertamente, a esta situación de prevalimiento que la ley demanda y que él, sin razón, niega. (Sentencia de 3 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.405.)

Considerando: Que ciertamente no contiene la resultancia probatoria todas las afirmaciones que fueran necesarias para configurar una relación de dependencia y plena convivencia doméstica, que permitiera encuadrar el mal hacer del acusado en la tipicidad delictiva del artículo 434 del Código penal vigente, pues no puede decirse con absoluta seguridad que se trata de una verdadera sirvienta doméstica, aunque de pasada se refiera a cierto régimen de vida familiar y doméstica, pues cuando describen sus cometidos de trabajo se habla de coger puntos, hacer la limpieza de la tienda y ayudarle en el despacho, pero sin precisar que existiera un régimen de convivencia en el domicilio particular del acusado, ni que en el mismo pernoctara, y ni tan siquiera que estuviera encargada también de los trabajos domésticos de tal domicilio, imprecisiones que hacen dudoso si la calificación más correcta es la de «estupro doméstico» más bien que la de «estupro patronal», y si la responsabilidad criminal, indudablemente contraída, debe encuadrarse en el artículo 434 como se hace en el fallo impugnado o en el artículo 437 como subsidiariamente indica el recurrente, duda que por imperio del principio penal *in dubio pro reo* subsistente en nuestra doctrina penal, debe resolverse en favor de este último encuadre más favorable al imputado, y cuya tesis se deriva incluso del primer considerando de la sentencia que se controvierte, que reconoce el «temor reverencial» de la víctima para consentir los yacimientos carnales que se hacen derivar «de la relación de dependencia económica» que tanto equivale al prevalimiento del patrono con mujer de «acreditada honestidad», del mismo dependiente por la vinculación laboral consiguiente, lo que hace aplicable este artículo 437 como más adecuado, y siendo

inadmisible el reparo de la no constancia de la doncelléz, porque reiterada doctrina de esta Sala la presume en la mujer menos honesta, sin ser necesario constatar expresamente la virginidad, y sin que, además, el artículo 437 que procede aplicar exija y requiera la «doncelléz», si bien imponga como necesaria para la comisión de este injusto penal la «acreditada honestidad» que aparece literalmente afirmada en los hechos probados. (Sentencia de 8 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.505.)

HURTO

Considerando: Que una y otra vez destacan la relación de dependencia laboral en régimen de aprendizaje y convivencia, como también la evidente facilidad que tuvo el agente para aproximarse y penetrar, sin despertar sospechas, en la furgoneta, puesto que esta penetración estaría, por lo menos aparentemente justificada, por sus cometidos laborales, facilidad que repercutió en poder registrar detenidamente la furgoneta, si previamente no la conocía, hasta descubrir el lugar donde estaba la cartera, apoderándose seguidamente de la misma y el dinero que contenía. Está, pues, claramente incluida la actividad delictiva del hoy recurrente en la tipicidad del artículo 514, número 2, del 515, y en la agravación específica del 516, 2.º, todos ellos del Código penal, pues existía la convivencia que engendra la relación «doméstica» y la vinculación laboral creadora de la consiguiente «confianza» de la que ostensiblemente se abusó. Es, por lo argumentado, desestimable la primera motivación recurrente... (Sentencia de 12 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.568.)

Considerando: Que la diferencia entre el delito de hurto y el de apropiación indebida radica en que en éste la cosa ajena llega a manos del culpable en virtud de un título que le convierte temporalmente en poseedor o tenedor legítimo de ella —depósito, comisión, administración o cualquier otro que le obligue a entregarla o devolverla, dice literalmente el Código— mientras que en el hurto no se da tal desplazamiento posesorio, aunque la cosa la sitúa su titular al alcance o en las manos de otro para su manejo o transformación, porque con ello no se le confiere posesión jurídica sino un simple uso o manipulación al servicio de su dueño, y si en ese cometido de trabajo manual detrae todo o parte del objeto que manipula comete un delito de hurto, al igual que si sustrae la herramienta que se le dé para efectuar el trabajo, porque objeto y herramienta siguen siendo poseídos jurídicamente por su titular aunque manejados por otro por su orden y en su propio beneficio. (Sentencia de 20 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 5.506.)

APROPIACIÓN INDEBIDA

Considerando: Que... por quebrantamiento de forma se denuncia..., con base en el apartado 3.º del artículo 851 de la ley de Enjuiciamiento criminal, cometida la falta prevista en este precepto suponiendo el recurrente que «estaba al corriente en el pago» por el aplazamiento para pagar las cuotas de la Seguridad Social, cuestión que oportu-

tunamente planteada estima irresuelta en la sentencia que controvierte, lo cual no resulta cierto, pues este problema se ha decidido, aunque sea de manera implícita al afirmar que retuvo la parte del salario correspondiente a las aportaciones obreras y que no la entregó al Instituto Nacional de Previsión, apropiándose de las mismas hasta llegar a la suspensión de pagos en que se le declaró en situación de «insolvencia definitiva»..., y en este sentido si se afirma la retención, el impago y la situación de insolvencia definitiva en la suspensión de pagos, se rechaza, por contrario imperio, la injustificada tesis de que las cuotas hay que entenderlas pagadas porque se concedió un aplazamiento de su abono, pues si tal aplazamiento fue concedido pero no se hicieron efectivos tampoco los plazos, se perdió el derecho..., aparte que la suspensión de pagos sabido es que supone la exigibilidad de todas las obligaciones aunque se hubiera concertado su aplazamiento, y siendo, además, enteramente distintas las obligaciones laborales y las pautas para su cumplimiento de los supuestos fácticos y jurídicos que dan vida al delito incriminado.

Considerando: Que, con amparo en el número 2.º del artículo 849 de la ley, mantiene cometidos errores probatorios que se hacen consistir: a) Ser equivocado afirmar que las cuotas de los obreros estaban impagadas, porque se concedió al recurrente el beneficio del pago aplazado. b) Porque también es erróneo afirmar que el Instituto Nacional de Previsión ha sufrido determinados perjuicios crematísticos cuando tal entidad tiene a su favor un crédito que tiene la calidad de privilegiado y con derecho de abstención. c) Error consistente en no destacar que por los débitos del acusado no se denegaron a los obreros retenidos las prestaciones de vejez y jubilación porque se concedieron todas las que fueron solicitadas por distintos conceptos mutuales.

Considerando: Que no se dan... los errores que se denuncian, por lo que es inadmisibles, en buena lógica, afirmar que están pagados los descubiertos por una concesión de pago aplazado de cuotas sociales, cuando no se acredita que se abonaran todos los plazos establecidos, sino todo lo contrario, y se perdió por impago el derecho a este aplazamiento que automáticamente se extingue tal beneficio, y también por constituirse en situación de suspensión de pagos con insolvencia definitiva, aparte que según las disposiciones legales que regían en la materia en la fecha de autos, el aplazamiento no podía afectar a las cuotas obreras según le ordenaba taxativamente en el Decreto de 2 de junio de 1960 —artículo 7.º, núm. 1.º— ratificando este criterio legal la Orden de 7 de julio de 1960 en su artículo 4.º, expresa: «En ningún caso podrá concederse pago aplazado para el abono de las cuotas de la Seguridad Social correspondiente a los trabajadores»; manteniéndose en igual sentido en el artículo 57 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 que previene que aparte el aplazamiento del pago «los empresarios deberán continuar ingresando con puntualidad las aportaciones que en las cuotas corresponden a sus trabajadores, con la consideración de ingresos a cuenta de la liquidación total de dichas cuotas», prevención legal enteramente lógica, pues estas cuotas no estaban ingresadas ya en el patrimonio del que las retuvo, pues por ministerio de la ley lo hacía para su ingreso en el organismo social tantas veces indicado.

Considerando: Que carece de toda seriedad argumental el argüir que el Instituto Nacional de Previsión no ha sido perjudicado por tener un crédito privilegiado y con derecho de abstención en la suspensión de pagos, pues tener reconocido tal crédito no

supone ni se ha acreditado su efectividad, prácticamente ilusoria en un supuesto de insolvencia definitiva, en que no consta justificado que de tal descubierto haya percibido cantidad alguna la entidad referida; aparte de que ello repercutiría sólo en la responsabilidad civil, pero no excluiría la responsabilidad penal contraída por la indebida apropiación.

Considerando: Que tampoco existe error probatorio porque se afirmará de pasada la perjudicial situación en que se colocó a los obreros por el apoderamiento de las cantidades retenidas, pues la sentencia a quien estima perjudicado y manda indemnizar en la parte dispositiva que es la que cabe impugnar, es al Instituto Nacional de Previsión, olvidándose el recurrente que si bien la regla general es que la falta de cotización y su demora acarrea la pérdida del derecho a las prestaciones mutuales con el consiguiente perjuicio de los productores, cuando este impago es imputable a la insolvencia del patrono por elogiable espíritu de protección legal a los trabajadores afectados, las Mutualidades vienen según el artículo 52 y concordantes del Reglamento General de Mutualidades de 10 de septiembre de 1954 con mandato legal mantenido en las disposiciones legales posteriores hasta la actual vigencia de 1966, abonando estas prestaciones y subrogándose en el derecho a repetir contra el patrono si viniere a mejor fortuna. Todo ello supone que el perjuicio existe y, además, causado por la delictiva actuación del inculpado, pero que la generosidad estatal cubre la insolvencia del patrono para que su sedicente actuación no repercuta en perjuicio de los obreros afectados.

Considerando: Que... el problema se centra en resolver si los hechos probados constituyen o no la estafa genérica del artículo 533, ó si debieron incardinarse, con mayor acierto, en la tipificación legal de la apropiación indebida prevista en el artículo 535 del Código penal.

Considerando: Que con respecto al motivo recurrente del acusado fluye claro y preciso la actitud engañosa del imputado manteniendo estar depositando periódicamente las cuotas obreras que retenía cuando tal aserto era incierto y se produjo el apoderamiento en perjuicio del Instituto Nacional de Previsión, y con lucro intentado y logrado por el agente, pero es lo cierto que el encuadramiento de la sentencia en el artículo 533 debe ceder ante la plena y absoluta subsunción que a los hechos probados corresponde en la tipicidad delictual de la apropiación indebida, pues desde el momento en que el encartado pagaba los salarios de sus productores, se producía un desplazamiento patrimonial de su importe que se desintegraba del empresarial para insertarse en el de los respectivos obreros, de tal forma que la retención que realizaba de parte de tal salario por mandato legal, para abono de la participación obrera en las cuotas de la Seguridad Social, quedaba ya en su poder no como propietario sino en calidad de mero depositario que venía, también por ministerio de la ley, obligado a entregar lo retenido y depositado en el Instituto Nacional de Previsión, deber que a través del tiempo y del espacio ha sido consagrado en el Decreto de 16 de junio de 1950, Reglamento General del Mutualismo de 10 de septiembre de 1954, Decreto de 21 de abril de 1966 y Orden de 28 de diciembre de 1966, en todos los cuales se precisa que las cuotas obreras se retendrán por la entidad patronal con la finalidad estricta e inexcusable de pagarlas a la Seguridad Social, generando el incumplimiento de este concreto deber, aparte responsabilidades laborales, las consiguientes de carácter penal, siendo titulares de la facultad

denunciatoria los obreros víctimas de la apropiación, las entidades mutuales y el Instituto Nacional de Previsión.

Considerando: Que si se comparan los hechos y las normas citadas con la formulación legal del artículo 535 aparece diáfano que el acusado, en perjuicio del Instituto Nacional de Previsión e indirecto de sus productores, se apropió de las cuotas obreras detraídas de los salarios de sus productores, de las que por mandato legal debía retenerlas en depósito para su inmediato abono a la entidad mutual, antes de un mes, pues las recibía por la vía de retención de parte de un salario que ya no le pertenecía, en depósito, y con la comisión de pago también legalmente impuesta, lo que bien a las claras evidencia que, al hacerse suyo, desviándolo de la prevista y obligada finalidad, dinero que no le pertenecía y que se hallaba afecto a tal finalidad incumplida, el delito indudablemente cometido es el tipificado en el artículo 535 y sancionado en el número 1.º del artículo 528, ambos del Código penal, dada la cuantía de lo apropiado y de la cual resultó directamente perjudicado el tan repetido Instituto. (Sentencia de 30 de octubre de 1971. Ref. Ar., 4.378.)

IMPRUDENCIA TEMERARIA

Considerando: No se detalla cuáles fueron los cometidos y obligaciones de los procesados en el desmontaje de la línea telefónica, incorrectamente realizada según el juzgador *a quo*, y causante del siniestro de autos, acerca de cuyo extremo es de notar que se declara probado que tal desmontaje lo encargó la Empresa a los dos procesados a su servicio, perito técnico industrial uno y capataz el otro, éste al frente de una brigada de obreros, realizándolo en efecto, consistentes las deficiencias cometidas en que, sustentándose la línea telefónica en cuestión en los mismos postes que otra de conducción de energía eléctrica, aquéllos en plano superior a éstos, se verificaron una serie de cortes en los cables del teléfono, pero sin tomar la precaución de realizar un buen remate y aseguramiento para evitar que se desprendiesen los hilos y entraran en contacto con los de electricidad, extremos que ni comprobó el capataz ni verificó el técnico, quien ni siquiera examinó personalmente, esto es, la Audiencia Provincial no hace una relación circunstancial de los deberes y obligaciones profesionales de los encartados, ciertamente innecesaria, porque de modo muy concreto y directo les imputa las referidas omisiones, sin duda como exigible a cada uno de ellos, como no puede menos que afirmarse puesto que no pueden justificarse, so pretexto de no corresponderles, la total ausencia del perito y la despreocupación del capataz respecto del único extremo que probablemente entrañaba alguna dificultad o riesgo, cual era el de evitar futuros contactos entre ambas especies de cables conductores, por la repercusión dañosa o lesiva que en otro caso podría ocasionarse.

Considerando: Que también es cierto que en el relato histórico del fallo impugnado no se concreta la persona o personas que verificaron los cortes de los hilos telefónicos de constante referencia, extremo que carece de trascendencia, ya que es suficiente explicar que la operación de desmontaje de la línea la encomendó la Empresa a sus dos servidores luego procesados, uno como técnico y otro como capataz, realizándola

en efecto éste al frente de una brigada de obreros, consistiendo una de las operaciones en la práctica de los aludidos cortes, sin que pueda abrigarse duda alguna en cuanto a que estos cortes los realizó este personal, radicando la responsabilidad criminal que se exige no en la materialidad de la operación o acto de cortar los cables, que pudo efectuarlo cualquiera de los componentes de la brigada, sino en los hechos de permitir el *capataz que el conjunto del trabajo se realizara inadecuadamente, y desentenderse el técnico del modo más absoluto de cuál había sido la forma de ejecución y la situación final de las conducciones acabado el trabajo.*

Considerando: Que declarado probado que en ocasión de realizar determinada persona labores agrícolas en la finca que se precisa, tropezó con un hilo desprendido de la conducción telefónica, y que por estar en nivel superior a los de conducción de energía eléctrica le produjo la muerte casi instantáneamente, la simple lectura de lo relatado pone de manifiesto que la causa del fallecimiento no fue otra que el paso de la corriente eléctrica por el cuerpo del interfecto, esto es, que pereció por electrocución...

Considerando: Se entiende aplicado indebidamente el párrafo 1.º del artículo 565 del Código penal en méritos de argumentos no atendibles, ya que: A) El aislamiento de los cables de alta o baja tensión, y su incomunicación con los otros, debe de ser siempre absoluta, porque incluso las intensidades reputadas bajas, para utilización sin transformar en aplicaciones domésticas o industriales, es bien sabido no ya por personal especializado, cual los procesados, dependientes y al servicio de una Empresa hidroeléctrica, sino por cualquier persona mínimamente experimentada, que su transmisión a animales o personas puede ocasionar, y de hecho ocasiona, resultados lesivos e incluso mortales. B) El nexa causal existió ya que los procesados permitieron que tras el desmontaje de la línea telefónica quedaran cables sueltos y colgantes de la misma hasta contactar con los de electricidad, y llegar al suelo, sobre una finca rústica; el cultivador de la cual tropezó con el hilo desprendido recibiendo una descarga productora de su muerte. C) Carece igualmente de base la alegación de que de la relación de hechos probados no se desprende o deduce ninguna conducta culposa o imprudente de los procesados, puesto que, repetidamente, queda expuesto cómo uno se abstuvo de toda presencia y el otro permitió una forma de actuar totalmente inadecuada, creadora de graves riesgos y fácilmente previsibles. (Sentencia de 22 de octubre de 1971. Referencia Ar., 3.936.)

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Considerando: Que es condición indispensable para recurrir en casación, y más aún cuando se trata de responsabilidades civiles de carácter privado, que no se presenten problemas, como cuestiones nuevas, que debieron previamente plantearse en instancia y no se formularon, y que siempre la parte se encuentre legitimada para acudir a la casación por poseer un interés personal o económico, que le permita defender intereses propios; condición que falta, por lo tanto, cuando no existe la previa reclamación ante la Audiencia y la legitimación está ausente si el recurrente carece de interés con

la cuestión planteada, que no repercute en su beneficio particular o patrimonial, por tratarse de derechos ajenos, vinculados a otros sujetos, que pudieron hacerlos válidos y solicitar su defensa y no lo hicieron, y que aquél no puede suplantar, sometiéndolos a la censura de la casación. (Sentencia de 8 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.502.)

Considerando: Que la negación de afiliación no evidencia la falta de relación laboral entre el procesado y el que ha sido declarado responsable civil subsidiario, pues es posible que pudiera existir alguna relación de esa índole, con la obligación de hacer las referenciadas inscripciones y que por cualquier causa dejaran de hacerse, incluso por voluntario incumplimiento, a pesar de las sanciones administrativas que habría de soportar.

Considerando: Que la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 22 del Código penal, además de la exigencia de previa declaración de la responsabilidad penal, requiere que el delito del que deriven los perjuicios y daños indemnizables lo haya cometido durante o con ocasión de las obligaciones y servicios encomendados a su autor, por la persona o entidad de quien dependa. (Sentencia de 9 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.540.)

Considerando: Que para que se pueda declarar la responsabilidad civil subsidiaria, que señala el artículo 21, párrafo 1.º, del Código penal, ante la insolvencia de las personas que resulten criminalmente responsables de la infracción criminal, y que, por lo tanto, no puedan hacer frente a sus responsabilidades civiles, se requiere como indispensable, según deriva del contenido de la norma, la presencia de los siguientes presupuestos coincidentemente: a) Que se trate de hechos delictivos realizados precisamente, dentro de establecimientos pertenecientes a posaderos, taberneros o cualquier persona o Empresa. b) Que, por otra parte, de tales personas o entidades, o por sus dependientes, dentro del ejercicio de sus funciones, haya existido infracción de los Reglamentos generales o especiales de policía. c) Que esta lesión de las normas reglamentarias se encuentre relacionada causalmente con el hecho punible cometido.

Considerando: Que la precisión localista que dicho precepto establece, exigiendo que los delitos se cometieron en los establecimientos que dirijan dichas personas, supone que por la interpretación estricta y meramente declarativa que exige la buena técnica penal, haya de desecharse la extensiva, que amplía sin razón alguna, y contrariando esa precisión, el ámbito de la infracción, para acoger sólo aquellas que tengan lugar dentro del establecimiento y rechazar las demás que sucedan fuera de él, y también las que aun habiendo tenido su origen y realización dentro del establecimiento se produzcan, en sus resultados, fuera del mismo, a medio de otro delito con localización diferente... si bien la responsabilidad subsidiaria se produce por los delitos de robo o hurto, bien común o bien de uso, que se consumen con el adueñamiento de cosas o vehículos dentro del local en que se hallen depositados, no pueden ampliarse y extenderse, por no acogerla la letra ni el espíritu de la norma, a los delitos o faltas de imprudencia que el conductor, autor de la sustracción, efectúe, al gobernarlo, por las vías públicas y fuera ya del establecimiento, como ya esta Sala estableció en su doctrina, de la que es exponente la sentencia de 30 de septiembre de 1971, pues ya en esta situación ha

desaparecido, la relación privada de depósito o arrendamiento de servicios de que tenía que derivar la responsabilidad civil subsidiaria. (Sentencia de 10 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 5.436.)

Considerando: Que la responsabilidad civil subsidiaria... encuentra su fundamento jurídico y moral, en que dentro de la relación de dependencia existente, entre el responsable civil subsidiario o patrono y el responsable civil principal o subordinado, debe compensarse la actuación provechosa o beneficiosa que éste efectúe en favor de aquél, con los perjuicios que de su actuación se deriven en sus dañosas consecuencias, según el axioma jurídico *cuius commoda suis incomoda*, en que se halla la raíz o *ratio essendi* de tal figura jurídico-penal.

Considerando: Que esa relación de subsidiariedad o responsabilidad de segundo grado se asienta sobre la concurrencia de los siguientes requisitos, derivados del artículo 22 del Código penal y doctrina de esta Sala, que lo interpreta: a) En la existencia de un principal, Empresa u organismo, de quien depende de modo más o menos directo el declarado personalmente responsable penal, y que, por tanto, no puede resultar ajeno o desligado del patrono. b) En la presencia de ese nexo o relación de dependencia o subordinación intersubjetivo que no es preciso posea condición jurídica, ni incluso laboral —aunque no se repudien y resulten las más comunes formas de manifestación—, pues basta el obrar en cualquier actividad propia de situación dirigida por otra persona, o simplemente cometido en beneficio del amo o propietario —*cuius commoda suis desnes*—, y aunque la utilidad no sea material o económica, pues sirven los fines morales o espirituales, pudiendo, en definitiva, tener condición permanente o accidental y ser retribuida o gratuita, producirse la actividad a través de otra persona ligada con el principal; y c) En que el dependiente actúe sometido directa, o potencial y lejanamente al menos, de la posible intervención del dueño, y en el desempeño de sus obligaciones o servicios encomendados, sin extralimitaciones, y por estar relacionados con la prestación de su cometido, por lo que quedan al margen los actos realizados notoriamente fuera de la misión o encargo, al efectuar actuaciones diferentes a las encargadas, o por obrar en favor de Empresas ajenas y en su exclusivo provecho. (Sentencia de 23 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 5.524.)

SALA III

EXENCIONES TRIBUTARIAS DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Considerando: Que la parte recurrente basa su argumentación en la existencia de una contradicción entre la ley de Reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1964 y el texto refundido de la contribución urbana, partiendo para ello de la premisa de que la citada ley de 11 de junio de 1964 establece una exención en favor de la Organización Sindical, invocando en apoyo de su tesis la ley de 6 de noviembre de 1941 y el artículo 1.º del Decreto de 27 de abril de 1951, premisa que es infundada al no tener en cuenta la derogación operada por la ley de Reforma del sistema tribu-

tario de 1964, cuyo artículo 242 dispuso que a la entrada en vigor de sus disposiciones quedarían derogadas todas las anteriores que se opusieran a la misma ... por lo que es claro que la materia que nos ocupa quedó regulada únicamente por el artículo 36 de dicha ley de 1964, que con carácter rigurosamente restrictivo enumera como únicas exenciones absolutas, en cuanto atañe a este recurso, las establecidas en favor de Falange Española Tradicionalista y de las JONS, por lo que cualquiera que fuese lo dispuesto por las citadas disposiciones invocadas por la recurrente, o sea, la ley de 1941, y con mayor motivo el Decreto de 1951, de inferior rango normativo, no cabe ampliar el ámbito subjetivo de la exención contemplada por el artículo 36, letra c), de la ley de 1964, que, por el contrario, debe de quedar circunscrito a lo expresamente establecido en el mismo, ya que claramente se advierte el carácter excepcional de tales exenciones por el encabezamiento del precepto.

Considerando: Que aunque lo anteriormente expuesto abona suficientemente la legalidad del acto administrativo impugnado, la propia ley Sindical demuestra la imposibilidad de considerar incluida la Organización Sindical en la mención que el artículo 36, letra c), hace de Falange Española Tradicionalista y de las JONS, ya que dicha ley de 17 de febrero de 1971 establece en su artículo 32.1 la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar de la Organización Sindical, y el artículo 33, al aludir a las relaciones de la Organización Sindical con diversos órganos se refiere especialmente al Consejo Nacional del Movimiento y a los organismos y Corporaciones de la Administración pública y del Movimiento, tanto territoriales como institucionales, dando a entender claramente su propia personalidad e independencia respecto a tales organismos del Movimiento, lo que evidencia la exactitud del criterio aquí sostenido que impide incluir a la Organización Sindical en la referencia a Falange Española Tradicionalista y de las JONS a los efectos tributarios ahora debatidos. (Sentencia de 15 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.532.)

LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

Considerando: Que... conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la Orden de 30 de julio de 1963, la Federación Española Sindical de Armadores de Buques de Pesca, que se constituye en régimen de autonomía administrativa, con arreglo a las disposiciones vigentes, actuará encuadrada en el Sindicato Nacional de Pesca, si bien gozará, dice el artículo 2.º, de absoluta separación patrimonial de dicho Sindicato, y, finalmente, conforme a los artículos 4.º y 5.º, la repetida Federación tendrá capacidad jurídica para actuar en representación de todas las Empresas afiliadas a la misma, y por delegación permanente autorizada del Sindicato Nacional de Pesca, podrá asumir las funciones específicamente sindicales relativas a la pesca de arrastre y ostentar la representación de la misma como queda expuesto, del juego de cuyos artículos se deduce la existencia de una verdadera legitimación, representación y personalidad jurídica para actuar, que, por otra parte, le ha sido reconocida en todo momento por la Administración. (Sentencia de 30 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.819.)

BENEFICIO DE POBREZA

Considerando: Que constituyendo doctrina jurisprudencial de esta Sala la de que no basta que el solicitante del beneficio de pobreza aduzca, a sus efectos, que carece de bienes, sino que se requiere además la demostración de que vive en las condiciones que la ley determina y aquél alegue —sentencias de 16 de febrero, 21 de abril, 12 de mayo y 23 de noviembre de 1971—, así como también las de que el jornal o salario eventual a que se refiere el número 1.º del artículo 15 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha de obtenerse ineludiblemente por un trabajo «corporal» o «mecánico», pues de otro modo sería «sueldo» y correspondería aplicar, en su caso, la disposición del número 2.º del citado artículo; claro es que en el presente recurso, en que se esgrime como fundamento del beneficio que se solicita, el meritado número 1.º del mismo, siendo así que la profesión del accionante es la de «empleado» y, por consiguiente, de aquellas en que no se percibe por naturaleza jornal ni salario, sino «sueldo» o «comisión» —y recuérdese que a los «comisionistas» tampoco es posible considerarlos como «asalariados», según se enseña en la sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1971—, es visto no se ha demostrado por el solicitante del beneficio de pobreza que vive en las condiciones legalmente determinadas y alegadas por él, por lo que consecuentemente procede la desestimación de la demanda. (Sentencia de 24 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.792.)

SANCIONES ADMINISTRATIVAS. RESPONSABILIDAD

Considerando: Que debiendo reputarse importador al tenedor de la mercancía de origen extranjero que no justifica la tenencia en el territorio nacional y acreditado en el expediente que los transistores fueron utilizados por la Empresa sancionada y adquiridos por el empleado de la misma..., con la autorización del gerente..., ambos inculcados deben ser declarados responsables de la infracción en concepto de autores..., debiendo ser declarada responsable subsidiaria del pago de las multas y del importe sustitutivo del comiso impuesto a los autores principales, la Empresa... donde ambos prestan sus servicios y ser en donde se utilizó el género descubierto. (Sentencia de 26 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.795.)

Considerando: Que la única pretensión del actor es la de que se revoque la resolución recurrida y se le absuelva de la sanción impuesta porque siendo él el contratista y no el dueño de la obra, en su actuación concurrió la eximente número 12 del artículo 8.º del Código penal.

Considerando: Que en cuanto a la concurrencia de la circunstancia eximente no puede ser tomada en consideración, porque la obediencia es solamente debida cuando el que manda lo hace en virtud de sus atribuciones, y el que obedece obra dentro de sus deberes, sin que en ningún caso pueda haber obediencia debida a las órdenes recibidas fuera de la ley, por lo que este motivo tiene que ser desestimado porque el

propietario de la obra, si hubiese dado la orden de construir la pared a menor distancia de la que había sido concedida precisamente a petición suya, no obraba dentro de sus atribuciones y al construir el actor esa pared contraviniendo las distancias señaladas, no obraba tampoco en el cumplimiento de su deber, que era el de ajustarse exactamente a lo dispuesto por la Administración al fijar las distancias de la construcción al eje de la carretera, de acuerdo con el Reglamento de Policía y Conservación de Carreteras de 29 de octubre de 1920 y la ley de 7 de abril de 1952.

Considerando: Que el argumento de no poder destruir una pared [para dejar el terreno tal y como estaba antes de comenzar la obra], según se le ordena, por no ser suya, es puramente capcioso y debe rechazarse, puesto que el artículo 42 del Reglamento de Policía y Conservación de Carreteras ordena que al que ejecutara la obra se le sancione, y este término de ejecutar debe entenderse por el que materialmente dirige la obra cuya demolición debe realizar, sin perjuicio de la responsabilidad que hubiese contraído con el dueño de la obra si hubiese infringido sus órdenes en ese aspecto de la distancia, o teniendo derecho a cobrar el importe de la demolición, si las hubiese cumplido. (Sentencia de 18 de octubre de 1971. Ref. Ar., 3.999.)

SALA V

CUESTIONES DE COMPETENCIA

Los actos recurridos tampoco tienen la cualidad de resoluciones sujetas al Derecho administrativo, en primer lugar, por la indicada condición jurídica de sus órganos emisores, y, sustancialmente, porque por su objeto no se trata de materia jurídico-administrativa al no afectar a la organización ni a la actividad de la Administración pública, en cuanto encaminada a la realización de servicios públicos, sino a una finalidad de previsión y auxilio entre sus miembros, según aparece definido y regulado en dicho Reglamento (del Montepío de Empleados y Obreros de Puertos, de 29 de enero de 1966), que viene a constituir el verdadero estatuto jurídico de la asociación en todos sus aspectos, y con arreglo al cual han de ser examinadas y decididas cuantas cuestiones se suscitan referentes al ingreso o reingreso en él como asociados, y derechos y deberes correspondientes, que fue la cuestión suscitada por los recurrentes al Montepío al solicitarlo y recaer acerca de ello, la decisión desestimatoria, confirmada por el órgano superior de gobierno de la Asociación, materia no afectada, en ese aspecto, por la vigente legislación de funcionarios civiles, ya que la decimotercera disposición transitoria del texto articulado de la ley de 7 de febrero de 1964, señala que continuaría aplicándose el régimen de previsión social y mutual de dichos funcionarios hasta la entrada en vigor de la ley de Seguridad Social, en la cual se hace mención de que la expresada materia quedará sujeta a régimen y sistema especial, y a cuya posición de la situación mutual funcional existente al promulgarse la ley de 1964 responden también las normas dadas al respecto en las disposiciones complementarias y de desarrollo de la misma, de lo cual se infiere que habrá de estarse a los preceptos generales esta-

blecidos y vigentes en materia de Mutualidades y Montepíos de funcionarios y, en principio, según declaró ya esta Sala en sentencia de 26 de septiembre de 1967, visto lo dispuesto en la base XVII, número 74; Base XIX, números 81 y 82 de la ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, y en los artículos 7.º y 10 del texto articulado I, y artículo 1.º del II, aprobados por Decreto de 21 de abril de 1966, que desarrollaron las indicadas bases, será la jurisdicción laboral la competente para conocer y decidir, con la singularidad prevista en las especialidades que tal ordenación contiene respecto a los funcionarios públicos. (Sentencia de 13 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.784/71.)

CLASES PASIVAS

La cuestión planteada en el presente recurso contencioso-administrativo se limita a dilucidar si la actora, huérfana de don (...) tiene derecho, como pretende, a que se tramite el expediente previo al de la concesión de pensión extraordinaria a que se refiere el artículo 119 en relación con el 113 del Reglamento de 21 de noviembre de 1927, para la aplicación del Estatuto de Clases Pasivas, debiendo examinarse con carácter previo si concurre o no la causa de inadmisibilidad alegada por el abogado del Estado al amparo del artículo 82, letra c) en relación con el 40, letra a) de la ley de la jurisdicción (1.º considerando). Tal causa de inadmisibilidad, basada en que la actual petición de doña ..., es repetición de la que su madre y viuda del causante formuló en 2 de marzo de 1933, que fue rechazada por Orden de 28 de abril de 1933 que quedó firme y consentida, tiene que ser desestimada: a) Porque habiendo sido modificada la legislación de clases pasivas, si el nuevo ordenamiento se invoca como apoyo de la pretensión, no puede servir de obstáculo para examinar la cuestión planteada, el acuerdo denegatorio dictado en aplicación de normas derogadas o modificadas; y b) Porque como tiene declarado esta Sala (...) la pensión de orfandad no se recibe *iure successionis*, sino *ex lege*, y, por tanto, siendo independientes los derechos de la viuda y de la hija como sucesiva pensionista, no constituyen cosa juzgada ni acto alguno vinculante para la última, los actos de consentimiento de la madre, a los acuerdos recaídos en relación a su pensión, en los que no ha sido parte la huérfana (2.º considerando). Como el causante falleció antes de la entrada en vigor del Estatuto de 22 de octubre de 1926, es de aplicación, conforme a lo dispuesto en su artículo 1.º, la legislación anterior, pues la vigente ley de Derechos pasivos de 21 de abril de 1966, dispone en el párrafo primero de su artículo 1.º que por ella se regirán las pensiones de los funcionarios en activo en 1.º de octubre de 1965 o en fecha posterior, y en el párrafo segundo del mismo artículo, que las pensiones causadas o que se causen por funcionarios en quienes no es de aquella circunstancia se regirán por el Estatuto de 22 de octubre de 1926 (3.º considerando). Aún menos justificadas están las resoluciones impugnadas, al afirmar que como el cuasante falleció en el año 1916, en el 1968 en que su hija formuló la pretensión originaria de estas actuaciones, había transcurrido con exceso el plazo de un año que el artículo 70 del Estatuto y el 187 del Reglamento conceden para solicitar pensión extraordinaria, pues por la ley 193/1964, de 24 de diciembre, ha quedado derogado el ar-

título 187 del Reglamento, y redactado el 70 del Estatuto en la siguiente forma: «las pensiones extraordinarias a que se refiere este capítulo se legarán, cualquiera que sea el tiempo de servicio que hubiesen prestado los causantes y podrán ser solicitadas en cualquier momento, con los efectos económicos determinados en el artículo 92 de estos Estatutos» (4.º considerando). (Sentencia de 18 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.632/71.)

La denegación del cómputo de los servicios prestados interinamente, a efectos de trienios, para fijar la base reguladora determinante de la pensión de jubilación del funcionario, ha sido reiteradamente declarada ajustada a Derecho por la jurisprudencia de esta Sala —entre otras sentencias las de 21 de noviembre y 3 de diciembre de 1970—, salvo que hayan sido reconocidos expresamente por la Administración a dicho fin, lo que no sucede con la ley 91 de 23 de diciembre de 1959, limitada a reconocerlos para determinar el porcentaje de la pensión, e incluso el derecho a obtenerla, pero sin influencia en el haber regulador establecido, conforme al sueldo correspondiente a la categoría profesional del jubilado, debiendo desestimarse en este extremo el actual recurso, sin perjuicio de que aquellos servicios efectivamente desempeñados antes del ingreso en propiedad del recurrente, puedan serle reconocidos por el Gobierno, haciendo uso de la facultad que le atribuye la disposición transitoria 6.ª de la ley 31 de 4 de mayo de 1965, y de que en tal supuesto puede solicitar la mejora de haber pasivo previsto en el artículo 10 del texto regulador de 21 de abril de 1966, fundándose «en la existencia de derechos que no tuvieron en cuenta al dictar el acuerdo primitivo», lo que no significa en modo alguno que puedan dejarse de computar a efectos pasivos los servicios válidamente reconocidos, que debieron tenerse en cuenta para determinar la remuneración percibida en activo por el funcionario jubilado, como su haber pasivo, según declararon las sentencias de 11 de julio de 1928, 7 de febrero de 1967, 28 de junio de 1969 y 18 de febrero de 1971. (Sentencia de 18 de noviembre de 1971. Ref. Ar., 4.832/71.)

A fin de resolver si los servicios que con anterioridad a 1 de julio de 1940 prestó el causante como operador radiotelegrafista, son o no computables a efectos de la pensión de viudedad de la actora, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.º, 15 y 24 del Estatuto de Clases Pasivas no debe prescindirse del nombramiento de aquél, teniéndole como ingresado en el servicio en 1 de enero de 1915, y con el número 5.º y sueldo anual de 7.200 pesetas, es decir, reconociéndole su antigüedad en el servicio costero correspondiente a la iniciación de sus servicios (...) pese a lo cual se deniega (...) el cómputo a efectos pasivos, fundándose en la circunstancia de no haberse remunerado aquellos servicios con créditos del presupuesto del Estado y faltarles «uno de los dos requisitos exigidos en el Estatuto», con evidente olvido de que aquel reconocimiento no sólo significaba el atribuir carácter de funcionario a quien con anterioridad sólo dependía de las Empresas, cuyas obligaciones laborales asumió el Estado, sino que al respetársele la categoría y sueldo alcanzado en las mismas, asignándole los correspondientes como funcionario estatal, vino también a reconocer como efectivamente retribuidos presupuestariamente aquellos servicios, toda vez que, en otro caso, la incorporación decretada al revertir al Estado, lejos de significar un derecho del personal, representaría, por

el contrario, la forma de privarle de los beneficios adquiridos con arreglo a la reglamentación laboral, desentendiéndose de las obligaciones empresariales asumidas por el Estado y que había impuesto a Transradio Española, S. A. en 14 de mayo de 1929. (Sentencia de 17 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 5.218/71.)

La actualización de pensiones pasivas previstas en la ley de 23 de diciembre de 1961 y disposiciones complementarias, conforme estableció la sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 1967, se realiza siempre como consecuencia de modificaciones o incrementos en las retribuciones señaladas para los funcionarios en activo servicio y se realizan contemplando comparativamente, para equipararlos, en sueldo que sirvió de base para fijar el regulador del haber pasivo del jubilado o el asignado o que en el futuro se asigne a los de igual empleo, categoría y clase; pero ningún precepto legal establece que hayan de actualizarse además los incrementos que pudieran introducirse en la escala de porcentajes de las pensiones pasivas, como, en definitiva, se pretende por el recurrente, por lo que procede desestimar el recurso promovido. (Sentencia de 22 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 5.290/71.)

Si bien es cierto que el artículo 95 del Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926 dispone en su último párrafo que: «Se entenderá ejercitado el derecho de opción cuando así se manifieste expresamente o, cuando hallándose en el disfrute de determinada pensión, se solicite otra distinta», sin embargo, este precepto, en el que sustancialmente se basa el dictamen del abogado fiscal togado, no puede interpretarse en el sentido de que la solicitud por doña ... de la pensión de su segundo marido, que le fue concedida por la Dirección General del Tesoro y Presupuestos y llegó a percibir, produzca los efectos legales del ejercicio por la hoy accionante, del derecho de opción entre esta pensión y la correspondiente a su cónyuge, en primeras nupcias, don ..., pues falta el presupuesto que el mencionado párrafo del artículo 95 del Estatuto contempla ... ya que doña ... no disfrutaba, desde el 28 de junio de 1953, por haber contraído ulteriores nupcias, la pensión de su primer marido (2.º considerando). En consecuencia, al no poder atribuirse legalmente el valor de ejercicio de derecho de opción a favor de la pensión del segundo esposo, por la solicitud de la misma, por la razón, antes dicha, de no hallarse en el disfrute de la correspondiente a su primer marido, es obvio la pervivencia del derecho de doña ... a optar, por la pensión de viudedad que estime más beneficiosa, dentro de los plazos establecidos en el artículo 92 del mismo Estatuto de Clases Pasivas, plazos que habrán de contarse a partir del día 20 de diciembre de 1966, en que le fue concedida por la Dirección General del Tesoro y Presupuestos, la pensión de viudedad de su segundo marido, pues es entonces, cuando conociendo la cuantía de ésta, pudo optar por la más beneficiosa (3.º considerando). (Sentencia de 2 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 5.033/71.)

DESPIDOS

Sentencia de 1 de diciembre de 1971 (extracto)

Tramitado el expediente con arreglo al Reglamento General del Personal de Camineros del Estado, que de conformidad con el Consejo del Estado fue aprobado en Consejo de Ministros por Decreto 1.287/1961, de 13 de julio (*), y visto el contenido del artículo 113 de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, al disponer que no podrá imponerse una sanción administrativa, sino en virtud del procedimiento que en él se regula «salvo lo dispuesto en disposiciones especiales» la cuestión fundamental se centra en si el hecho de que no se formulara en el expediente pliego de cargos, sino como determina el artículo 76 del referido Reglamento, se diera trámite de vista y audiencia al interesado, produjo o no realmente indefensión (...) resulta que en el acto de la audiencia celebrada ante el instructor y el secretario del expediente se le dio lectura de las declaraciones que obraban en el expediente y en las que se formulaban cargos, a fin de que las contestara y alegara, lo que tuviera por conveniente como en efecto lo hizo, reconociendo que había justificado a tres ayudantes (...) en concepto de horas extraordinarias, una cantidad mayor que las que realmente les correspondía, apropiándose de las diferencias (...) negando en parte el cargo de que hubiera empleado personal durante la jornada laboral en beneficio propio (...) y aunque sobre ellos no propuso ni se practicó otra prueba, fueron tenidos en cuenta al sancionarle, así como el antecedente de haber sido ya corregido (...) por justificación indebida de pluses de vigilancia, configurando una falta muy grave prevista en el artículo 72, apartado 2.º, y una falta grave de las señaladas en el artículo 71.10 ambos del referido Reglamento, y teniendo en cuenta su reincidencia con la sanción de despido prevista en el epígrafe 4.º del apartado c) del artículo 74 del precitado Reglamento, de lo que se evidencia (...) no se produjo indefensión (3.º considerando).

La segunda infracción formal que se denuncia, y que consiste en no haberse tomado una declaración que la propia Dirección General reconocía como de «gran valor» tampoco pudo producir indefensión ni significó privación de garantía alguna, antes al contrario, si algún efecto pudo tener tal omisión, fue en todo caso favorable al recurrente, ya que al tratarse de uno de los cargos negados por él en el trámite de audiencia, en el que, por otra parte, no solicitó se recibiera tal testimonio (...) este cargo fue retirado, no figurando entre los que motivaron su sanción, aceptándose, por consiguiente, en su plenitud la alegación del expedientado (4.º considerando).

En cuanto a la influencia que esta y otras faltas que se le imputaron y que no llegaron a probarse pudieran tener en la sanción impuesta, tampoco es hecho que se desprende del expediente, ya que la motivación de la resolución recurrida consta expre-

(*) El artículo 2.º del referido Reglamento establece: «Consideración laboral. El personal de camineros tiene la consideración de trabajadores fijos al servicio del Estado; esto, no obstante, su relación jurídica con la Administración será de carácter estrictamente administrativo» (Ref. Ar., 1.052/61).

JURISPRUDENCIA SOCIAL

samente y se basa en la existencia de las dos faltas, muy grave y grave, respectivamente, que el interesado reconoció, totalmente la primera y sólo en parte la segunda haber cometido, así como en el hecho de la corrección sufrida en el año 1961, por justificación indebida de pluses, y con ello y con independencia de cualquier otro elemento de juicio, resultaba adecuada la sanción impuesta a las disposiciones reglamentarias (5.º considerando). (Ref. Ar., 4.999/71.)

MUTUALIDAD NACIONAL DE PREVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Cuestiones de competencia.—Los demandantes han admitido de una manera expresa que la relación que les unió al aludido organismo fue estrictamente laboral, como corrobora que siempre hayan invocado, en defensa de sus propósitos, el quebrantamiento de normas de similar naturaleza, no de índole administrativa (...); y esta circunstancia se traduce, en aceptación de la tesis que preferentemente propugna la abogacía del Estado, en el motivo de inadmisión previsto en los artículos 1.º; 2.º, a), y 82, a), de la ley de 27 de diciembre de 1956, porque el conocimiento del asunto planteado corresponde a la jurisdicción social, ante lo dispuesto en el artículo 1.º del texto refundido de 21 de abril de 1966, extremo aclaratorio que se recoge a los efectos del artículo 5.º, párrafo 3.º, de la ley de 1956, y nada influye, en sentido contrario, que la resolución que se reclama de 9 de noviembre de 1969 emanara del Ministerio de la Gobernación y que al notificarse se mencionase, como utilizable, el recurso contenciosoadministrativo, cual subraya la demanda, puesto que la falta de jurisdicción, que aquí concurre, al afectar al orden público, es susceptible de apreciarse incluso de oficio, al amparo de dicho artículo 5.º (Sentencia de 6 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 5.055/71.)

Inclusión de quinquenios para la actualización de pensión de orfandad.—Si bien la MUNPAL, según la demanda, le reconoció los pertinentes quinquenios al amparo del artículo 165 de la ley Municipal de 31 de octubre de 1935, que expresamente los otorgó en un 10 por 100 de los sueldos, reduce, no obstante, su importe en la mitad, conforme a la disposición transitoria 8.ª de aquélla, lo que se traduce, a la vista de lo expuesto con anterioridad, en un quebrantamiento de las directrices que han de observarse en materia de actualización de pensiones, que tratan siempre de marginar desigualdades, para lo cual, y respecto de hipótesis como la que se enjuicia, su base reguladora ha de completarse, a tenor de la norma 2.ª-1 de la referida Orden de 22 de abril de 1964 y artículo 31 de los Estatutos de la Mutualidad de 12 de agosto de 1960 a que se remite, con los aumentos graduales oportunos, o sea, con los quinquenios que se confieren en el artículo 1.º-2 de la ley 108/1963. (Sentencia de 22 de diciembre de 1971. Referencia Ar., 5.330/71.)

JOSÉ ANTONIO UCELAY DE MONTERO
JOSÉ ENRIQUE SERRANO MARTÍNEZ