

TRIBUNAL SUPREMO, SALAS I, II, III y V

SALA I

CULPA EXTRA CONTRACTUAL

En el segundo motivo del recurso interpuesto, al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, se alega infracción de ley, por interpretación errónea del artículo 1.909 del Código civil en relación con los artículos 1.591, 1.902 y 1.903 del mismo Código y de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario, establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las fechas que se cita; en efecto según el artículo 1.909 del Código sustantivo: «Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal»; este artículo, por la conjunción adversativa que emplea, demuestra bien claramente que, en el caso de autos, no se podrá apreciar la excepción de litis consorcio pasivo necesario, puesto que el precepto no dice que la demanda se presente simultáneamente frente al arquitecto y el constructor, sino que atendida la probable «causa» del daño se dirija primeramente contra uno u otro; si en el pleito resulta clara su responsabilidad se dictará sentencia condenatoria y si aparece no comprobada o al menos dudosa se le absolverá; solamente en este caso podrá volver a ejercitarse la acción contra el otro que aparezca como responsable del daño, de los dos que menciona el artículo, y en el presente caso aparece bien claro: A) Que en todo el curso de la litis no aparece para nada el arquitecto hasta llegar a la sentencia proferida por la Audiencia. B) Que la única excepción, en cuanto al fondo del asunto, opuesta por los demandados comparecidos, fue la del «caso fortuito», que fue debidamente estudiada en la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia para ser desestimada después. C) Que si la verdadera «causa» del hundimiento, según se expresa en la dicha sentencia del Juzgado según se colige «de los informes periciales obrantes en las diligencias previas referidas, la tapia derruida carecía de las condiciones necesarias de seguridad, por falta de reforzamiento, para resistir los agentes meteorológicos propios de la estación», los demandados no han opuesto que esta falta de reforzamiento implicase un vicio del suelo o de la dirección o que el arquitecto les hubiese obligado a construir la pared así, coparticipando en la responsabilidad, con-

traída por ellos, lo que hubiera supuesto, en este caso, la necesidad del litis consorcio necesario que la Sala sentenciadora acoge de oficio. (Sentencia de 29 de febrero de 1972. Ref. Ar., 1.036/72) (1).

SALA II

APROPiación INDEBIDA

Se declara probado que con ocasión de haber sido designado subagente la seguros ..., el procesado ... recibía para el desenvolvimiento de su función, remitido de la Agencia principal, recibos a nombres de clientes de la Compañía al objeto de percibir de éstos las cantidades en ellos consignadas, importe de las primas respectivamente convenidas con la obligación de abonarlos a la Compañía y en distintas ocasiones que no han podido concretarse ..., con exclusivo designio de hacer suyas las cantidades totales correspondientes, se abstuvo de remitir los fondos percibidos procedentes de diversos recibos cobrados, aplicándolos a usos particulares.

Considerando: Que ... el único motivo vigente del presente recurso es el ... de corriente infracción de ley, fundado en que en este caso el procesado actuó de buena fe creyendo obrar legítimamente desde el punto de vista de su actividad de subagente de seguros, faltando el dolo debido ya que estaba en la creencia errónea de que los partes mensuales de «Relación de recibos cargados» le daba posibilidad de disponer de sumas cobradas para cubrir necesidades urgentes, puesto que le habían sido cargados anticipadamente en su cuenta, y en tal creencia suscribió un recibo de liquidación de sumas cobradas que lo eran en depósito, siendo así que antes le habían sido cargadas en cuenta; actuó movido de buena fe, sorprendido por la actitud del querellante, que contrario a los actos probados de «cargar en cuenta» los recibos le presenta a la firma un documento intencionadamente redactado, tan pronto logra cobrar el saldo renuncia a las acciones ejercitadas y deja al procesado en una condena penal y, en fin, se condenó al reo que obró con voluntad errónea...; argumentación inaceptable porque toda ella está basada con suposiciones que no tienen apoyo en la realidad de los hechos declarados probados en la sentencia, lo que puede advertirse comprobando su texto ... que pone de relieve la tipicidad del delito sancionado, que no puede merecer dudas sobre su real existencia... (Sentencia de 21 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 176.)

Considerando: Que el primer motivo del presente recurso ... se admitió porque las dudas sobre la calidad de auténticos de los documentos aducidos hubieron de resolverse, con grandes reservas en favor del recurrente para no restarle posibilidades de debate y defensa de su impugnación, y aunque a tal efecto se acepten como autén-

(1) Vid. antecedentes de hechos, Rep. Aranz., 1972, pág. 781.

ticos los cargos de suministros por haber sido relacionados por la propia Empresa querellante, y los ingresos bancarios al no haber sido impugnados, y sí reconocidos, documentos que indudablemente fueron tenidos en cuenta por Tribunales de instancia, pero que no obstante aún después de un detenido y cuidadoso examen de los mismos no ponen de manifiesto el error que tan infundadamente y sin la menor base lógica se imputa en la apreciación probatoria de los hechos, pues ni la parte recurrente ha mostrado eficazmente que en los ingresos bancarios relacionados estén comprendidas las cantidades indebidamente apropiadas, si cabe inferior ... que porque en el curso de su gestión haya ingresado el acusado (cierta cantidad) en favor de la Empresa, a la que prestaba sus servicios, ello suponga ni demuestre, con la necesaria evidencia, que hubiera abonado también las cantidades que se debaten y que se han imputado como apropiadas... En resumen, se demuestra únicamente con los documentos aducidos la realización de unos ingresos bancarios, pero no se ha justificado plenamente, y de forma indiscutible, necesaria para enervar la base fáctica de la condena, que tales ingresos respondieran a las cantidades apropiadas y a *sensu contrario* por el reconocimiento de la apropiación por parte del acusado, demuestra de forma palmaria que indebidamente la cantidad en cuestión no fue entregada a la Empresa querellante...

Considerando: Que en cuanto a la impugnación de fondo ... se argumenta en desacuerdo, incongruencia y discrepancia con los hechos y presupuestos básicos de la sentencia recurrida, que sabido es, en esta vía de recurso, son incommovibles, llegando a negar el recibo de las cantidades para entregarlas a la Empresa denunciante, olvidando que incluso del estricto resultando de hechos probados aparece y se deduce, sin duda racional, que lo cobrado de la Standard era en favor y para la Empresa querellante y con la obligación que el cargo que desempeñaba le imponía, de ingresarlo en la cuenta empresarial... Efectivamente, en el primer considerando se expresa literalmente: «El inculpado tenía, entre otras funciones del cargo que desempeñaba en la entidad querellante, la de cobrar los suministros efectuados por aquélla al Economato Laboral de la Standard e ingresar el importe cobrado de los mismos en la cuenta bancaria de su comitente, y aprovechando tal circunstancia dispuso en propio beneficio de la suma en cuestión». No cabe más precisión conceptual para expresar la comisión de cobro, cargo y empleo en cuyo desenvolvimiento y actuación debía cobrar para su Empresa y entregar por ingreso bancario en su beneficio lo cobrado, deber fundamental de su cometido que abiertamente incumplió. Concurren, por consiguiente, todos los requisitos necesarios para entender cometido el delito base de condena, por lo cual el referido artículo 535 fue correctamente aplicado ... pero destacando incluso el contrasentido razonador del oponente que en el primer motivo explícitamente mantiene que como estaba obligado había ingresado todo lo cobrado y que debía entregar a su Empresa; y en el segundo, en tesis incompatible y contradictoria, pretende que nada había recibido que tuviera que ... devolver a la Empresa antes querellante y ahora recurrida. (Sentencia de 2 de febrero de 1972. Ref. Ar., 422.)

Considerando: Que ... el procesado, presidente de la Cooperativa San Antonio y jefe del Grupo Sindical de Colonización núm. 2.492 del pueblo C. desde la fundación de ambas entidades en el año 1963 hasta diciembre de 1967, se erigió en gestor exclu-

sivo de las mismas detentando funciones propias de administrador, tesorero y contable, llevando a cabo toda clase de pagos y cobros, sin permitir injerencias de los demás componente de las organizaciones, se adueñó, con ánimo de beneficio particular, durante dicho período de tiempo, haciendo propio lo que sólo tenía en posesión, con la consiguiente deslealtad para sus compañeros, labradores en su mayoría modestos y de escasa cultura, según se decalra *de facto*, de distintas cantidades ... con el correspondiente perjuicio económico para las citadas entidades, sin poder desvirtuar tan claras afirmaciones, la reclamación efectuada de 850.000 pesetas en concepto de remuneración de su trabajo, pues aparte de ser el cargo de presidente, único para el que había sido nombrado, de carácter gratuito e incompatible con el de depositario o administrador, él fue quien se erigió en ellos, asignándose funciones que en modo alguno le competían, desplazando a sus titulares, por lo que no obliga la pretendida liquidación previa, como presupuesto de punibilidad; el procesado era quien venía obligado a rendición de cuentas de su gestión, imposible de efectuar, pues si bien adquirió y legalizó los pertinentes libros de contabilidad no realizó ningún asiento dejándolos en blanco con manifiesto incumplimiento de ineludibles obligaciones estatuidas... (Sentencia de 9 de febrero de 1972. Ref. Ar., 543.)

Considerando: Que ... la apropiación resulta al quedar expuesto que desempeñando el recurrente funciones de contabilidad en la Empresa y aprovechando una de las ausencias del gerente anotó en el libro Auxiliar y en el de Caja la salida ficticia de 50.000 pesetas como abonadas en la cuenta corriente de otra entidad, cuyo ingreso no había efectuado, en perjuicio de aquélla a la cual servía; pero es que, se añade, que al ser descubiertos los hechos reintegró como único pago de las cuotas periódicas de pago aplazado que convino realizar 1.500 pesetas, las cuales, agregadas a las 20.000 que la Empresa venía obligada a pagarle como indemnización por despido, dejaba el líquido no resarcido en ... la diferencia entre el montante de aquellas dos cantidades y la ... que sustrajo; y por si todavía existieran dudas, sería de tener en cuenta la del primer considerando de haber hecho el impugnante suya esta suma que obraba en la Caja confiada al mismo por razón de su empleo, ya que tal declaración, como de hecho, se ha de entender integrante de la relación fáctica de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 2 de marzo de 1972, Ref. Ar., 949.)

Considerando: Que ... a), ... el recurrente tenía encomendada la misión de recibir y distribuir en Vigo el diario *La Voz de Galicia*, así como el semanario *Riazor*, cobrar los importes de los mismos de los repartidores al público de ellos y enviar o entregar tales importes a la editora querellante, «quedándose en su poder y beneficio con parte de esas liquidaciones ...»; b), ... el procesado se quedó, en su beneficio, con la indicada suma, correspondiente a parte de las entregas de dinero que le hacían los vendedores de los mencionados periódicos, las que tenía obligación de entregar a la entidad *La Voz de Galicia*, S. A.; y c), ... en buenos términos gramaticales y de lógica común, difícilmente puede llegarse a la sutil alegación del recurrente de que las liquidaciones de éste con aquélla podían contraerse a deudas directas entre ambos por los importes del periódico y semanarios recibidos para su distribución, cuando

en la repetida relación fáctica no se hace indicación de clase alguna sobre la existencia de tal obligación, virtualmente inexistente, porque por tal servicio se abonaba una retribución mensual independiente, deduciéndose claramente que las «liquidaciones» a que se contraen los hechos probados no son otras que las recibidas por el procesado de los efectivos vendedores al público, para su entrega a la Sociedad editora y propietaria de aquellas publicaciones.

Considerando: Que ... la esencia de la apropiación indebida radica en el abuso de confianza, no requiriendo que la entrega de dinero o bien mueble sea hecha por la propia persona perjudicada a quien de ella se apropia, sino meramente que ésta la reciba con la correlativa obligación de entregarla o devolverla, y que el artículo 535 invocado no exige que el título en virtud del cual se recibe la cosa mueble sea nominado o típico de la esfera del derecho privado, bastando que sea de tal naturaleza que implique obligación de entregar o devolver... (Sentencia de 8 de marzo de 1972, Referencia Ar., 1.048.)

ESTAFAS

Considerando: Que ... puesto de acuerdo y previamente concertado el recurrente con otros, siendo encargado de la distribución de los productos facilitados por CAMPSA como empleado de la entidad Catacés y Compañía, concesionaria en Manresa del suministro de ellos, prestó su colaboración al objeto de beneficiarse económicamente a expensas de la sociedad proveedora mediante el sistema de hacer constar en las notas oficiales que acompañaban a los envíos cantidades inferiores a las que realmente se cargaban en los tanques, simulando, por otra parte, mayores pérdidas por razón de transporte y efectuando mezclas para vender la obtenida al precio del artículo mezclado de mayor valor...

Considerando: Que ... lo que los hechos probados ponen de manifiesto es pura y simplemente la comisión de una defraudación mediante el engaño de hacer figurar en las notas oficiales que acompañaban a los envíos de CAMPSA cantidades de productos inferiores a las que en realidad se habían cargado en los tanques, servirse los procesados de notas particulares para saber lo verdaderamente cargado y disponer en su propio beneficio de la diferencia que sobre lo indicado en las oficiales es extraída, con cuya argucia hicieron posible que la mencionada entidad accediera a la salida de los tanques, al hacerle creer que sólo sacaban éstos las cantidades que expresaban las notas oficiales amañadas, privándole del precio de esa diferencia..., maquinación la referida y defraudación, en su consecuencia, lograda, que configuran el delito de estafa y llevan a la aplicación del artículo 528, eliminando el hurto, en el que las cosas muebles ajenas han de ser tomadas con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, pues que si ésta es al efecto captada con engaño, viciando el consentimiento, desemboca en la estafa, como en el caso del recurso, en el que se destaca responsabilidad para el procesado recurrente en concepto de autor, ya que de acuerdo con otros y previamente concertado con ellos, aportó a la Empresa punible un quehacer necesario

a su desarrollo, tal como fue concebida y ultimada para obtener así el lucro ilícito que apetecía.

Considerando: Que, casada, como a de ser, la sentencia de instancia para establecer la adecuada doctrina en orden a la calificación de los hechos, la que en su virtud se dicte ha de afectar, además de al recurrente, a los restantes condenados ... dado que se encuentran en la misma situación que él, concurren en cuanto a ellos los mismos motivos por los que se declara la casación y pueden derivar para algunos beneficios al ceder en el delito de estafa, como inherentes al mismo, la agravación del abuso de confianza apreciada por la Audiencia en el hurto. (Sentencia de 25 de febrero de 1972. Ref. Ar., 875.)

Considerando: Que el recurrente trata de combatir la existencia del engaño, alma del delito de estafa, con dos argumentos: uno, el de que contaba con la tácita anuencia del jefe de Ventas de la Editorial ... para formular los pedidos ficticios que le imputa la narración fáctica, hasta conseguir el tope de producción necesario para poder quedarse como agente de ventas fijo en la Empresa, y otro, deducido del anterior, de que una vez conseguido el empleo en firme habría reintegrado el total importe de los libros recibidos, normalizando así su actuación laboral dentro de la Empresa, con lo que se demostraba que no guiaba al procesado el *animus decipiendi* propio del delito por el que fue sancionado en la instancia, argumentación que, en su primera parte, que sirve de soporte al resto, desconoce por entero los hechos probados en los que para nada figura el pretendido consentimiento del jefe de Ventas para una conducta tan irregular como la que se describe en el *factum*, ni aún la insinuación de tal directivo de la Empresa para que así obrara el procesado a fin de obtener el empleo apetecido, aparte de que todo el conjunto del relato pugna con las pretendidas razones del recurrente, pues si lo que quería tan sólo era aparentar el necesario cupo de ventas para, una vez obtenido el empleo, reintegrar más o menos paulatinamente el importe de los falsos pedidos, no se compagina tal propósito con el hecho no atacado ni aludido por el recurrente de que tan pronto como tuvo en su poder los libros de la Editorial ... los vendió en el Rastro madrileño a personas desconocidas por ... (un) precio vil ..., lo que está indicando bien a las claras que al simular los ficticios pedidos de imaginarios clientes lo hizo con deliberado ánimo de lucro y apropiación, empleando un medio engañoso con virtualidad bastante para conseguir la entrega de la apetecida mercancía, con lo que dicho se está que al disponer de ella consumó jurídicamente el delito de estafa que no basta a desvirtuar un hipotético ánimo de restitución, que, de admitirse —cosa no probada— sólo pondría de relieve el *móvil* que impulsó al procesado —su supuesto deseo de conseguir el empleo por medio tan —tortícero— el que es perfectamente compatible y no destruye el *dolo* propio del delito imputado... (Sentencia de 26 de febrero de 1972. Ref. Ar., 902.)

HURTO

Considerando: Que ... como ... viene declarando esta Sala, la presunción legal del dominio está en favor de quien posee las cosas, de modo que es preciso probar

que el dueño tuvo el *propósito de abdicar* la propiedad (sentencia de 3 de febrero de 1971 —R. 459—) o que *consintió* en desprenderse del dominio, o al menos del uso, durante un tiempo más o menos largo, toda vez que siendo el consentimiento en los delitos patrimoniales una causa específica de exclusión del injusto (*volanti non fit injuria*) menester es que esté tan probada como el hecho mismo; nada de lo cual aparece en el *factum* de la sentencia recurrida, antes al contrario de todo su contexto fluye la oposición del propietario al antijurídico despojo de que le hicieron víctima los procesados, a los que anteriormente había despedido de su empleo, no obstante lo cual se presentan en el hotel en el que su ex patrono estaba encargado de ejecutar la decoración, y se llevan dos rollos de alfombra ... que se recuperan en su poder días más tarde; todo lo cual está indicando que lejos de actuar los procesados con la aquiescencia del que había sido su principal, aprovechando la circunstancia de su anterior dependencia laboral para mejor llevar a cabo sus propósitos en beneficio propio... (Sentencia de 4 de febrero de 1972. Ref. Ar., 453.)

Se declara probado que el procesado ..., empleado del Centro Internacional de Librería, S. L., con ánimo de hacer dinero para marchar a Alemania se concertó con D. para proporcionarle libros procedentes de la Empresa donde trabajaba, para lo cual utilizaron un automóvil del que disponía D. y de otro que les prestó S., el cual se prestó a conducirlo, y en compañía de C. se constituyeron en el domicilio de la Empresa, cuya puerta a la calle les abrió el sereno que por conocer ... (al procesado) como empleado de aquella les indicó dónde encontrar las llaves del local, como otras veces, y del interior del local tomaron y empaquetaron 302 libros valorados en 34.470 pesetas, y además S., sin que lo advirtiera D., 7.438 pesetas en metálico, y cuyos paquetes ayudó S. a cargar en los coches y repartiéndose los libros en la forma que se detalla.

La sentencia de la Audiencia condenó al procesado ... como autor de un delito de hurto con abuso de confianza... (Sentencia de 9 de marzo de 1972. Ref. Ar., 1.163.)

ROBO CON ABUSO DE CONFIANZA

Considerando: Que ... el procesado, prestando servicios como camarero eventual en determinado «Club» se aprovechó de las facilidades que le proporcionaba tal empleo, y el conocimiento y situación del llamado «tronco» o «bote» en el que guardaban en común las propinas que recibían los camareros, el cual se hallaba en un armario cerrado del propio establecimiento, apoderándose del mismo, es claro ... que se prevaleció de su particular condición de empleado del establecimiento de que se trata para una más fácil comisión del hecho, o quizá mejor todavía, porque de otro modo las dificultades para ello podían haber sido insalvables tanto por ignorar la situación del dinero sustraído cuanto por su existencia misma, y también porque su presencia en el lugar era sólo admisible precisamente en razón al vínculo laboral en el que estaba implicado, sin que obste a todo ello la circunstancia de que el dinero se hallaba en un armario cerrado, lo que parece excluir la admisibilidad del apreciado abuso de confianza, puesto

que, en primer lugar, no consta que esa situación reservada del dinero fuera una medida particularmente adoptada para protegerlo de posibles acciones del procesado, sino de índole o carácter general. por tratarse de un lugar frecuentado por una multiplicidad de personas y, además, porque en cualquier caso es evidente que los servidores o empleados, desde el instante en que acceden a serlo, disfrutan, en principio, de una situación de crédito en cuanto a su leal y buen comportamiento, y de la creencia, por parte de todos, pero en especial de sus principales, de que no habrán de prevalerse de las indudables ventajas que esa su misma situación les depara, cometiendo hechos delictivos, de más difícil realización por personas extrañas, posibilidad ésta de presencia de la circunstancia agravante de abuso de confianza en delitos de robo, repetidamente aceptada por esta Sala... (Sentencia de 8 de febrero de 1972. Ref. Ar., 522.)

Considerando: Que el abuso de confianza, que como agravante genérica configura el número 9.º del artículo 10 del Código penal, supone una mayor sanción, por el «plus» de perversidad y culpabilidad que el sujeto activo manifiesta en el desarrollo de su malicioso designio criminal ya que conculca gravemente relaciones sentimentales íntimas de cooperación o de dependencia, que tienen su soporte en la buena fe y en la lealtad, con rotura y agravio cierto, de obligaciones jurídicas laborales, sociales o morales, que le unían con el perjudicado, a medio de vínculos humanos, amicales o profesionales, de cuya situación se aprovecha por su falta de ética, para, en definitiva, con infidelidad, burlar perjudicialmente al sujeto activo que le dió su crédito, por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido.

Considerando: Que esta circunstancia agravante de abuso de confianza, como se deriva de su concepción, ha de manifestar, para existir, dos indispensables presupuestos complementarios, que la estructura esencialmente: A) Subjetivo y ético el primero, constituido por la ruptura de la relación interpersonal de crédito, agravándose la *fidelitas* depositada en el agente, a medio de la actividad desleal de éste y perjudicial para el concedente burlado. B) Objetivo o real el segundo, integrado por aprovechar utilitariamente las facilidades comisivas, en el *modus operandi* o dinámica criminal, con menor riesgo el delincuente ante la ausencia o disminución de las defensas de la persona que confiaba en él; pues no resulta bastante la lesión personal de la relación de crédito o confianza para que surja esta agravante, sino que ha de unirse a ella el aprovechamiento útil y favorecedor del quehacer criminal para obrar el agente de manera más favorable y sin peligro, a como habría de hacerlo el delincuente que fuera extraño a esa especial relación intersubjetiva.

Considerando: Que ... luego de más de tres años de servicio como empleado administrativo de una Empresa, a la que por tanto se hallaba ligado laboralmente, por el fácil y libre acceso que tenía a la habitación donde se encontraba la caja de caudales de la misma, y llevando a efecto su decisión de apoderarse paulatinamente del dinero que guardaba, la llevó a efecto durante los once meses subsiguientes, tomando el primer día de su quehacer, al finalizar la hora de trabajo, de dicha habitación, a la que ... por costumbre y razón de su cargo entraba sin dificultad alguna, la llave de la caja, abriéndola y efectuando la primera sustracción ..., logrando, otro día posterior, luego de penetrar de igual forma, conocer el número de la combinación de la caja, existente

en documentos guardados en un cajón, y en otra ocasión llevarse las llaves a su domicilio confeccionando otras falsas, y, por fin, en muchas ocasiones sucesivas, penetrar de igual fácil y normal forma en la habitación y realizar con el empleo de la combinación y las llaves falsas sustracciones continuadas ... valiéndose, en definitiva, de su condición laboral, de su libertad de acción y del conocimiento de la combinación y uso de las llaves duplicadas; que esta conducta se halla llena del abuso de confianza antes perfilado doctrinalmente, porque existía entre las partes una relación laboral amplia y una facilidad de acción en el agente absoluta e ilimitada, que podía entrar, sin hacer recaer sospechas, en la habitación de referencia, como ausencia de defensas frente a su conducta, quebrantando infielmente el vínculo laboral y el crédito que llevaba anejo de un buen comportamiento, que además, objetivamente, utilizó prácticamente para actuar con menor riesgo, como si fuera, como era, un empleado privilegiado de la Empresa, y no un extraño que tenía libertad de movimientos en sus locales, sin despertar sospecha alguna, y por eso tomó las llaves, copió la combinación de la caja, duplicó aquélla y una y otra vez se apoderó con gran facilidad de los caudales ajenos, con absoluta impunidad, de la que el delincuente extraño carecería, por lo que a la ruptura de la *fidelitas* y del vínculo laboral se unió el aprovechamiento de los medios útiles para el fin.

Considerando: Que nada en contra de esta valoración significa el que durante todo este largo quehacer continuado... una sola vez, forzado por las circunstancias, tuviera que entrar de noche en la habitación, pasando sobre una verja, y a través de una ventana el infiel empleado, porque si bien este quehacer es totalmente ajeno al abuso de confianza, no tiene fuerza valorativa por su singularidad numérica, frente a la múltiple reiteración del amparado en la misma, para dejar sin virtualidad su apreciación, pues el abuso de confianza se utilizó siempre, salvo en esa acción excepcional, dominando la dinámica total y la culpabilidad del delincuente... (Sentencia de 16 de febrero de 1972. Ref. Ar., 848.)

INJURIAS

Considerando: Que ... es bien sabido que en los Estados de derecho no es lícito a nadie tomarse la justicia por su mano, y si el recurrente se sintió justamente ofendido en su honor, sólo le era dable solicitar el amparo judicial, como efectivamente hizo, obteniendo la condena del estuprador, pero contrariamente no le era lícito injuriar y desprestigiar a la Empresa en que se integraba el ofensor, siendo, además, destacable que aunque no fuere justificable, podía tener alguna explicación la reacción contra el dicho ofensor de su honra, pero no es admisible, en manera alguna, que extendiera su ánimo vengativo y desprestigianete, claramente injurioso, aunque lo fuera por el indicado móvil, a los demás componentes de la Empresa, sin que, además, el referido propósito de venganza excluya la comisión del delito de injurias que es ostensiblemente intencional y que de forma adecuada se ha sancionado, pues las razones y motivos que tuviera el imputado para intentar desprestigiar a los socios de la Empresa no justifican ni convalidan la actuación injuriosa representada por conceptos de menos-

precio y desprestigio de los ofendidos que fueron pronunciados con verdadero y auténtico dolo de injuria.

Considerando: Que ... en todos los delitos que provocan la responsabilidad civil subsiguiente pueden apreciarse y ser valorados tanto los daños y perjuicios materiales como los morales, pero concretamente en las condenas por injurias es casi siempre la regla el predominio de los daños morales, y ... en lo referente a la determinación del *Quantum* indemnizatorio rigen los artículos 103 y 104 del Código penal, que confieren facultades discrecionales a los Tribunales de instancia, que no son revisables en casación... (Sentencia de 21 de diciembre de 1971. Ref. Ar., 159.)

DESÓRDENES PÚBLICOS

Considerando: Que la Delegación Provincial de Sindicatos ha de considerarse a efectos penales establecimiento público, por desarrollarse en la misma actividades de carácter público que afectan a un gran número de ciudadanos, en especial en sus relaciones laborales, ya que la Organización Sindical está fuertemente ensamblada en la Organización Estatal, y como en dicha Delegación se produjo un grave desorden mediante un rápido y repentino ataque llevado a cabo de común acuerdo por un grupo de jóvenes. entre los que se encontraba el procesado, los que a una señal convenida empezaron a lanzar piedras contra las cristaleras de las puertas y ventanas del edificio ... con lo que se produjo una profunda alteración de la normalidad en el aludido centro y en la zona urbana en la que se encuentra enclavado, han de estimarse los hechos encuadrados en la figura delictiva que describe el párrafo 1.º del artículo 246 del Código penal, toda vez que desorden, en sentido penal, es la alteración del ritmo normal de la vida ciudadana que perturbe el desenvolvimiento pacífico de las actividades públicas, y bien claro está en el relato, que con la acción enjuiciada se produjo profunda alteración de la normalidad en el aludido centro, que equivale a la gravedad que exige la norma. (Sentencia de 1 de febrero de 1972. Ref. Ar., 417.)

ESTUPRO

Considerando: Que en el delito de estupro sancionado no se discute, ni podría serlo por la claridad y precisión de la narración histórica y por el deber de respeto a ella en la vía de recurrir utilizada, las circunstancias de ser la ofendida menor de veintitrés años y de acreditada honestidad; la dependencia de la misma al procesado como empleada en el comercio de electrodomésticos que tenía éste; el acceso carnal con ella ni el nacimiento de un niño como consecuencia de esas relaciones íntimas, sino que lo que se niega es que el recurrente se prevaliera de su posición de patrono o jefe para tener ayuntamiento con la mujer; y el único motivo de impugnación no puede prosperar porque aparte de ser inoperante al pretendido efecto exculpatorio el lugar de ocasión de ... (realización), no es posible desligarlo y prescindir de los actos precedentes que tuvieron realización en el establecimiento en el que a las órdenes del

procesado servía la estuprada ... ya que abusando de su ascendencia sobre la mujer debilitó su voluntad e hizo que accediera a cohabitar con su patrono con la voluntad viciada por la situación de subordinación en el que con respecto al mismo se hallaba. (Sentencia de 25 de enero de 1972. Ref. Ar., 344.)

LESIONES

Considerando: Que la pérdida de la mitad de la cúspide del incisivo derecho maxilar superior ha de estimarse que constituye deformidad, pues si bien ésta puede ser valorada por los Tribunales en atención a su importancia e irregularidades físicas que produzca, lugar del cuerpo en que incide, y persona afectada, hombre o mujer, en la generalidad de los casos la pérdida de un incisivo produce fealdad, y así se ha declarado a efectos penales, pero es que en el caso contemplado se da la especial circunstancia de que la víctima ejerce la profesión de camarero y, por ello, esta irregularidad física en sitio tan visible afecta a la buena configuración de su rostro, que tiene importancia en relación con su oficio, por no resultar agradable a la clientela la presencia de camareros con irregularidades en el rostro más o menos acentuadas...

Considerando: Que ... si bien no está sometido a regulación el *quantum* de la indemnización civil *ex delicto*, y queda su determinación al libre arbitrio de los Tribunales, sin que sufra la censura de la casación, esta regla tiene la natural excepción cuando el Tribunal de instancia, después de fijar en el relato de hechos probados las bases que le han de servir para determinar su exacta cuantía o de señalar la cifra de los daños, se aparta de los que ha formado para que sirva de soporte o cimiento al *quantum* y señala una cantidad que difiere del resultado de aquellas bases o cifra, sin que la diferencia pueda atribuirse a perjuicios morales, y como en el caso contemplado, éstos no existen en cuanto al dueño del bar que sólo sufrió los materiales que fija el relato, y no obstante se condena al procesado a que le indemnice en una cantidad mayor, ha de ser acogido el motivo. (Sentencia de 17 de enero de 1972. Ref. Ar., 202.)

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Considerando: Que condenado el procesado como autor de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos ... siendo absuelto el responsable civil subsidiario, la viuda del interfecto, madre del encartado, recurre la sentencia por un solo motivo amparado en el número 1.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, y el motivo no puede prosperar, porque si lo que se busca en este recurso es amparo pecuniario para los herederos de la víctima con cargo a la fianza prestada por determinada Compañía de Seguros en favor del acusado como responsable civil subsidiario, es indispensable que sea éste declarado responsable en dicho concepto y que se le imponga la efectividad de concreta indemnización, ya que la entidad aseguradora no puede ser en tal concepto, ni en otro, condenada ... y como esos pronunciamientos no se solicitan, pues ni siquiera se arguye infringido por falta de aplicación el artícu-

lo 22 del Código penal, es inútil pretender indemnización sin ellos; aparte de que el vehículo de autos en el que iba el interfecto, padre del procesado, como simple viajero, era un camión en el que estaba prohibido el transporte de personas... y esa vulneración reglamentaria no cabe imputarla al supuesto responsable civil subsidiario por no aparecer del relato fáctico la consintiera y si tan sólo el responsable directo que al conocerla debe entenderse se extralimitó al cumplir las órdenes que para el servicio recibiera de su patrono librándole de la responsabilidad civil que le hubiera alcanzado en otro caso por lo establecido en el precepto punitivo que se cita. (Sentencia de 3 de febrero de 1972, Ref. Ar., 425.)

Considerando: Que como residuo de la acción nexal del Derecho romano, la responsabilidad por hecho ilícito de otro ha cristalizado en nuestro ordenamiento jurídico en dos preceptos distintos: el artículo 1.903 del Código civil y el artículo 22 del Código penal, que, no obstante su común origen, difieren a la hora de regular el alcance de dicha responsabilidad. pues mientras en el primero se perfila como una responsabilidad *directa*, en que a la culpa *in operando* del servidor o dependiente se suma la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del principal empresario... en el segundo precepto se habla de una responsabilidad *subsidiaria*, defectiva o de segundo grado, puesto que sólo se exige en el caso de que el dependiente no pueda hacerla efectiva por su insolvencia, y se concibe como responsabilidad de carácter *objetivo*, puesto que al patrono o Empresa no se le admite prueba alguna tendente a demostrar su diligencia o cuidado..., de modo que probada la *insolvencia* del dependiente imputado criminalmente y que actuó *en el desempeño* de sus obligaciones o servicios, podrá ya declararse la responsabilidad civil subsidiaria de su principal.

Considerando: Que dicho cariz objetivo de la responsabilidad civil subsidiaria establecida por el artículo 22 del Código penal ha permitido a esta Sala la afirmación de una línea evolutiva de interpretación flexible y aperturista en el examen de los casos de *extralimitaciones laborales* por parte del empleado, ya sea a la luz del viejo principio de que quien obtiene los beneficios del servicio debe asumir los daños (*cuius commoda eius damus*), ya sea con base en la moderna concepción de la *creación del riesgo* que... impone a la Empresa la asunción de los daños que para terceros supone su actividad, de modo que siempre que el hecho punible se hubiere realizado por el reo en servicio de su principal o con ocasión próxima del mismo servicio, haciendo uso de medios o instrumentos puestos a su disposición o alcance, por más que esta utilización fuese irregular o indebida, habrá lugar a la responsabilidad subsidiaria de la Empresa beneficiada directa o indirectamente con aquella actividad; por ser conforme a elementales dictados de justicia que no sean los extraños, víctimas del delito, sino aquel dueño o principal, generador del riesgo y titular de la actividad, el llamado a pechar, en definitiva, y para el tan corriente caso de insolvencia del infractor, con las adversas consecuencias económicas derivadas de las torpezas o demasías de quienes por y para la Empresa actúan y con cuyo riesgo se cuenta ya de antemano hasta el punto de ser objeto del seguro de responsabilidad civil cada vez más extendido en el mundo empresarial. (Sentencia de 10 de febrero de 1972, Ref. Ar., 846.)

Considerando: Que el artículo 22 del Código penal establece la responsabilidad civil subsidiaria personal, en los casos de insolvencia del agente del delito, para satisfacer el alcance económico civil, a éste imputado, como derivado de la infracción criminal, y que tiene que decretarse a cargo de personas ajenas, ideal o materialmente, a su realización; siendo la *ratio essendi* de tal norma, de naturaleza claramente objetiva y determinadora de presunción por ministerio de la ley, de una responsabilidad sin culpa o *in re ipsa*, no la presencia, aun supuesta, de culpa *in eligendo* o de culpa *in vigilando*, sino en la tendencia del delincuente, subordinado a su principal, por relación de servicio, de actuar en su beneficio o en su provecho o utilidad, porque debe derivarse de esta tendencia un principio de responsabilidad que haga que se sufragen por las personas en cuyo beneficio se actúa, los perjuicios que se causa, con arreglo al axioma jurídico *cuius commoda eius incomoda*.

Considerando: Que esta relación de subsidiariedad o responsabilidad de segundo grado se basa sobre la presencia de los siguientes requisitos, según deriva de dicho artículo 22 y de la doctrina que lo interpreta de esta Sala: a) En la presencia de una Empresa, organismo o principal de quien depende, de modo más o menos directo, el declarado personalmente responsable penal y que, por consiguiente, ha de estar ligado y no ser ajeno al patrono o desconexionado de él. b) Existencia de ese nexo o relación de dependencia o subordinación, intersubjetivo, que no es preciso posea condición jurídica, ni laboral siquiera, aunque no se repudien y sean las más comunes formas de manifestación, pues basta obrar en cualquier actividad propia de situación dirigida por otra persona, o simplemente cometida en beneficio del amo o propietario, y aunque la utilidad no resulte material o económica, por servir los fines morales o espirituales, pudiendo, además, tener condición permanente o accidental, y ser retribuida o gratuita o producirle la actividad a través de otra persona ligada con el principal. c) En que el dependiente actúe sometido directa, potencial o lejanamente al menos, a la posible intervención del dueño, y en el desempeño de las obligaciones o servicios encomendados, sin sensibles extralimitaciones, pues aún admitiendo éstas, si se relacionan con la prestación del cometido o se dirigen a finalidades útiles relacionadas con él, sin embargo quedan fuera las realizadas notoriamente al margen de la misión o encargo si sólo tenían su razón de ser, en el favorecimiento de ajenas empresas o del exclusivo provecho del delincuente, sin beneficio alguno ni siquiera potencial del *dominus*. (Sentencia de 3 de marzo de 1972. Ref. Ar., 966.)

Considerando: Que si bien el artículo 106 del Código penal establece que en el caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno, esta exigencia, según la referida doctrina, sólo tiene aplicación para los casos en que se haya de indemnizar a terceras personas perjudicadas por el delito, pero cuando además de terceras personas perjudicadas se han ocasionado daños recíprocos en los vehículos que conducían los procesados y condenados, y lesiones en sus personas, como los dos son causantes del mismo delito de imprudencia, y no terceros perjudicados, cada uno de ellos es responsable de los daños sufridos en el vehículo que conducía y si las hubiera de sus propias lesiones,

y los causados a terceros han de atribuirse a ambos inculpados y a sus correspondientes responsables civiles subsidiarios en la proporción que se señale, y solidariamente. (Sentencia de 8 de marzo de 1972. Ref. Ar., 1.054.)

IMPRUDENCIA SIMPLE CON INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS

Considerando: Que el motivo... de corriente infracción de ley... dice que fue causa del accidente..., que el conductor del camión caminaba a velocidad impropia de la luz de cruce que llevaba..., ello no obsta a que haya una imprudencia del capataz recurrente que puso en sitio central del camino un bidón de color oscuro, sin pintarlo de blanco para distinguirlo bien de la calzada y sin poner tampoco la luz roja indicativa de aviso y peligro, todo ello imputable al capataz y al ayudante del ingeniero que tenía obligación de inspeccionar la obra, es decir, vigilarla al final de la jornada, pero que el de autos no visitó, por lo que no pudo enterarse de su estado, cometiendo negligencia cooperando al accidente ocurrido cuando terminada la jornada laboral ocurrió el hecho de autos...

Considerando: Que el motivo final de infracción de ley aduce que (el ayudante de ingeniero) no tuvo intervención alguna en el caso de autos... diciendo que la relación entre el inspector de la obra y el capataz es meramente laboral, sin que el primero fuera responsable de los actos del segundo, y que dada la hora en que acaeció el accidente no cabe achacar culpa *in vigilando* al (ayudante de ingeniero), razones estériles para la exculpación..., porque a éste se le declara responsable de la negligencia de no inspeccionar la obra en el día de autos, ni durante las horas de trabajo ni después de ellas, sin que a ello pueda mezclarse razón alguna de tipo laboral... (Sentencia de 31 de enero de 1972. Ref. Ar., 373.)

Considerando: Que el primer motivo del recurso, denunciando *error de hecho* en la apreciación de la prueba, se quiere basar en la sentencia de la Magistratura de Trabajo que desestima la demanda de oficio formulada por la Inspección de Trabajo sobre aumento de prestaciones por razón del accidente de trabajo de autos, aumento que estaría determinado por inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo...; argumento que olvida que... las sentencias de la jurisdicción laboral si bien gozan de autenticidad extrínseca, inherente a tal solemne resolución judicial, no puede extenderse al fondo o contenido en cuanto que ambas jurisdicciones parten de hechos propios y se rigen por principios procesales distintos, por lo que gozan de perfecta autonomía para fijar una a otra resultancia fáctica, a tenor de las probanzas respectivamente aportadas, todo lo cual indica con meridiana claridad que por no gozar la sentencia laboral de autenticidad intrínseca en esta vía casacional, carece de fuerza para mostrar el pretendido error de hecho en la sentencia penal.

Considerando: Que ... tampoco el informe de la Inspección de Trabajo por parecidas razones (alcanza rango de documento auténtico a efectos de la casación penal), y, de otra parte, tales documentos nada arguyen en contra de la misión de vigilancia del procesado respecto del obrero muerto a consecuencia de la infracción de las medidas

de seguridad, pues aunque el infortunado operario hubiese sido facilitado por otra Empresa... tal dependencia de origen en nada afectaba ni relevaba la misión de vigilancia del procesado, encargado de tan específico menester por exigencia del artículo 3.º del Reglamento de Seguridad e Higiene del Trabajo en la Industria de la Construcción... de modo que cuantos trabajadores participaban en la obra quedaban amparados por tales prescripciones y sometidos a la vez a la potestad de mando del vigilante de seguridad que unitariamente ejerce sus funciones y que sólo las comparte con el Comité de Seguridad e Higiene del Trabajo, previsto con el mismo fin para las Empresas de cincuenta o más trabajadores..., por lo que todos los obreros participando en una obra de la construcción quedan integrados en ella a tales efectos, cualesquiera que fuera la Empresa cesionaria de los mismos.

Considerando: Que ... el procesado estaba específicamente encargado de la vigilancia de seguridad de las obras y en el precepto reglamentario se prevé la existencia en todo caso de un vigilante de Seguridad designado o elegido entre los trabajadores o por sus comisiones personales, competencia, experiencia profesional e interés por la seguridad e higiene, es obvio que hubiese o no Comité de Seguridad, atendido el número de operarios, el procesado, bien por asumir él sólo tales funciones, bien por compartirlas con tal Comité, venía obligado a velar porque las medidas protectoras se cumpliesen y a coordinar su actuación con la dirección técnica de la obra, lo que no sucedió así, pues no sólo se limitó a omitir su específica misión de vigilancia *in situ*, sino que... prescindió de la advertencia del arquitecto y director técnico de la obra que en el libro de órdenes había consignado la falta de pretilles provisionalmente en los pisos altos; omisiones todas ellas imputables directa y exclusivamente al procesado y que integran el delito culposo sancionado en la instancia...

Considerando: Que existen, a no dudarlo, las infracciones reglamentarias, unas de índole general... como se dan igualmente la infracción de disposiciones propias de la industria de la construcción...; conjunto reglamentario que se incumplió por el procesado, desde el momento en que consintió que todo el contorno de las plantas sexta, séptima y octava del edificio en construcción carecieran de la debida protección de barandillas o rodapiés y estuvieran diseminados por el suelo de la última planta citada tramos de escombros y residuos de materiales que podían provocar el tropiezo y caída de los obreros que en ella trabajaran, con el subsiguiente riesgo de precipitación al exterior, como efectivamente ocurrió el día de autos cuando el interfecto, que relevó en hora extraordinaria de trabajo, al operario que lo hacía trató de enganchar a la grúa la jaula o carrillo que se utilizaba para la subida de materiales, a cuyo fin se acercó al borde de la planta, careciendo a mayor abundamiento de cinturón de seguridad, por lo que al tropezar y perder el equilibrio se hizo irremediamente su caída y fallecimiento; bastando la exposición de tales incumplimientos de las medidas de seguridad ordenadas por los reglamentos para percatarse de que están en la misma raíz causal del hecho, lo que entraña no sólo el elemento psicológico de la previsibilidad, sino también el normativo de infracción del deber de cuidado inherentes a toda culpa penal... (Sentencia de 31 de enero de 1972. Ref. Ar., 375.)

IMPRUDENCIA TEMERARIA

Considerando: Que ... a) ... el procesado encargado de las obras que dirigía, sabedor por conocimiento directo que el montacargas se encontraba inmovilizado por avería en el sexto piso desde dos días antes, ordenó, como tal dirigente de las obras, al obrero después afectado que entrara en el montacargas para ayudarlo en las manipulaciones con las que oficiosamente intentaba ponerlo en marcha, a pesar de existir unos carteles que ostensiblemente prohibían la entrada en el montacargas; b) ... el acusado intentaba ponerlo en funcionamiento no obstante carecer de todo conocimiento teórico o práctico sobre estos aparatos elevadores; c) ... para lograr tal finalidad, auténticamente a ciegas, pulsaba los botones de la caja de mandos sito en el suelo, observando y aprobando los bruscos saltos que dentro del montacargas daba la víctima, también para conseguir que se pusiera en movimiento; d) ... como consecuencia de estas imperitas manipulaciones, se produjo la rotura del eje del tambor de arrollamiento del cable, provocando el repentino descenso del aludido montacargas, que por no haber adoptado el acusado medidas de seguridad y las adecuadas precauciones no pudo detenerlo en su veloz caída, estrellándose contra el suelo, dando lugar a que la víctima sufriera gravísimas lesiones que acarrearón su casi instantáneo fallecimiento.

Considerando: Que ... son los índices cuantitativos y cualitativos los que configuran existente la grave o la simple imprudencia, esto es, que es la mayor o menor intensidad del hacer u omitir culposo y el más o menos intenso reproche social que estas acciones u omisiones culposas merecen, intermediando también como figura delictual imprudente, la simple que por sí sola sería falta cuando se conjunta con abieztas infracciones de preceptos reglamentarios de obligado cumplimiento, pues en tal caso se conjuga agravatoriamente la imprudencia leve o simple con la desobediencia a normas reglamentarias de imperioso acatamiento, y sin que nada obste a que las aludidas infracciones reglamentarias coincidan indistintamente con la culpa grave o temeraria o con la leve o simple.

Considerando: Que ... la conducta del acusado en la ocasión de autos ordenando a su subordinado laboral penetrar en el montacargas averiado contra la expresa señalización prohibitiva de tal acceso; maniobrando con peligrosa oficiosidad y absoluta ignorancia técnica y práctica en el cuadro de mandos del montacargas y aprobando los peligrosos saltos de la víctima en su interior, provocando con estas inadecuadas manipulaciones... las roturas del eje, el violento descenso que no previó ni supo ni pudo evitar por su falta de preparación para aquellos menesteres... y... el fallecimiento del productor en perfecta correlación de causa a efectos. Esta conducta es temeraria al máximo, significa y representa la más absoluta falta de normal diligencia y evidencian un actuar peligroso sin prever, debiendo haberlas previsto, las consecuencias que contingentemente podían producirse y que desgraciadamente llegaron a producirse... (Sentencia de 8 de febrero de 1972. Ref. Ar., 525.)

Considerando: Que así como la responsabilidad civil dimanante de la comisión de un delito afecta en primer término al responsable criminal, salvo estrictas y taxativas

excepciones, y sólo en su defecto y por insolvencia puede repercutir en terceros civilmente responsables, la responsabilidad penal es individual, aunque quepan concusos delictuales, personal, intransmisible e indelegable... En este sentido, el artículo 565 del Código penal... es tajante al describir una conducta ilícito-penal que de cometerse genera como consecuencia inoslayable la imposición de la pena también legalmente predeterminada para aquellos que realizaran los actos, esto es, que adecuaron su proceder a estas abstractas conductas que la ley penal reputa delictivas. Así, se define la imprudencia temeraria como la ejecución de un hecho, aunque también cabe omisiones, que de mediar malicia equivalente al dolo penal, constituiría delito doloso. De este precepto se infiere que es quien realiza el hecho o incide en la omisión productora de los efectos que mediando malicia serían delitos dolosos, quien incurre en responsabilidad penal culposa y sancionable. El encargar a un albañil y contratista de obras la construcción de un almacén de cereales en unas eras de un pequeño pueblo agrícola, por precio alzado, debiendo tener una altura máxima de 6 metros, sobrevolando esta nueva construcción una línea eléctrica de alta tensión a una altura de 10 metros y que en la ejecución de esta obra sin intervención ni injerencia del procesado, realizada por el propio contratista que debiera conocer por lo menos los aspectos prácticos de la construcción de obras, una maniobra tan notoriamente imprudente como tocar con una regla metálica, aunque fuera inadvertidamente, los cables de alta tensión, provocando su propia electrocución, es conducta antijurídica-penal que no puede, en manera alguna, imputarse al propietario de la obra, que no la dirigía, sino al contratista que ejecutaba los trabajos como empresario constructor y a quien incumbía guardar las distancias que señala el... Reglamento de Instalaciones de Alta Tensión... y cumplir las normas del Reglamento de Seguridad en el Trabajo... y las del Reglamento de Seguridad en el Trabajo de la Construcción... sin que pueda atribuirse responsabilidad penal por las acciones y omisiones de este contratista, al propietario de la obra que la había convenido para ser realizada por el contratista-constructor por precio alzado. (Sentencia de 7 de marzo de 1972. Ref. Ar., 983.)

SALA III

CONTRABANDO

1. *No es encubridor el jornalero que carga la mercancía*

Considerando: Que la resolución mediatamente impugnada por la representación procesal del recurrente... fundamenta la sanción impuesta al citado recurrente en la previa declaración de su responsabilidad como encubridor de los actos de otros inculpados; que son declarados autores de la infracción de contrabando de mayor cuantía descubierta..., y ello porque si bien admite la falta del anterior conocimiento de la ilicitud del acto por (el recurrente) que se limitó a cargar determinados kilos de café y otros productos en el camión propiedad de ... (X) y por orden de éste, con quien venía trabajando...

lo cierto es --razona el repetido fallo-- que con sus manifestaciones posteriores en el expediente administrativo, contribuyó a encubrir los actos de aquellos autores; por otra parte, el fallo inmediatamente recurrido pronunciado por el Tribunal Económico Administrativo Central, Sección de Contrabando... entiende de otra forma la responsabilidad del hoy recurrente, si bien con la misma calificación de encubridor, al estimar que él mismo no podía desconocer la carga del camión dadas las circunstancias en que se efectuó la misma.

Considerando: Que ninguna de las afirmaciones de los fallos recurridos configuran de forma consistente la responsabilidad del encubridor definida en el artículo 20 de la ley de Contrabando... al establecer que son tenidos como tales los que con conocimiento de la perpetración del hecho y sin haber tenido participación en él como autores o cómplices, intervienen con posterioridad de algunos de los modos siguientes: o aprovechándose por sí mismo; o auxiliando a los culpables para que se aprovechen de los efectos de la infracción; u ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos de la infracción para impedir su descubrimiento; o albergando, ocultando o proporcionando la fuga a las personas que intervinieron en la infracción.

Considerando: Que ... el repetido (recurrente) era ... un mero cargador a jornal, declarado pobre para litigar en el presente recurso, y a las órdenes de ... (X) ...; que no tuvo beneficio alguno de la receptación y que nada abona su conocimiento del origen o del destino del género intervenido.

Considerando: Que dada la inconsistencia de la prueba practicada ha de producirse la aplicación del principio *in dubio pro reo* como insistentemente viene declarando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos análogos... (Sentencia de 9 de febrero de 1972. Ref. Ar., 765.)

2. Responsabilidad subsidiaria de la Empresa respecto de los dependientes de comercio

Considerando: Que ... resulta erróneo la calificación de la conducta del jefe de Ventas de la Sociedad... ya que... se reconoce como cierto que el inculpado remitía los productos a los compradores a través del agente comercial intermediario, con etiquetas donde se hacía constar la prohibición de ser utilizados para carburantes o lubricantes, advertencia inserta además en los albaranes y en las facturas correspondientes, actuación correcta y ajustada a las normas reglamentarias... reguladoras de la circulación de estos artículos, que excluyen la antijuricidad del comportamiento y, en definitiva, la «responsabilidad directa» del empleado, sin que haya sido probada la existencia de instrucciones verbales del agente, según pretende éste con la finalidad existente de descargar su propia responsabilidad.

Considerando: Que la responsabilidad subsidiaria de las Empresas se produce automáticamente como consecuencia de las infracciones cometidas por sus empleados o dependientes en el ejercicio de sus funciones, expresión genérica cuyo alcance no opera tan sólo en el ámbito estrictamente laboral, sino también en el propiamente mercantil,

en tanto se establezca una relación directa entre el agente comercial y la Sociedad para la venta de determinadas mercaderías, como ocurrió en este caso, desde el momento en que exteriormente, frente a terceros, este comisionista actuaba en nombre de su comitente con una representación directa e inmediata... sin olvidar que... al regular otras formas de mandato mercantil él... Código (de Comercio) les denomina explícitamente «dependientes»... (Sentencia de 24 de febrero de 1972. Ref. Ar., 1.076.)

AUDIENCIA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

Es recurso contencioso-administrativo interpuesto a nombre del Sindicato Nacional del Metal y recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Nacional Textil contra Orden del Ministerio de Hacienda de 13 de febrero de 1960, relativa al cumplimiento de obligaciones formales en relación con el ITE, alegando, entre otras, la falta de previa audiencia de la Organización Sindical. Ambos recursos son desestimados por el Tribunal Supremo.

Considerando: Que ... el artículo 130.4 de la ley de Procedimiento administrativo no declara preceptivo, en toda elaboración de disposiciones de carácter general, que se dé a la Organización Sindical y demás entidades afectadas, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, la oportunidad de exponer su razonado informe, sino que supedita la petición del mismo a que sea posible y lo aconseje la índole de la disposición, extremo sobre cuya apreciación la ley concede, aunque no lo diga expresamente, un margen de discrecionalidad al ministro correspondiente, quien hará correcto uso de sus facultades, en orden a la necesidad o conveniencia del informe, siempre que prescindida de él, por conocer el punto de vista y las razones de la entidad llamada a emitirlo, que es lo que sucedía con la Organización Sindical, que había informado recientemente, por conducto de la Secretaría General del Movimiento, precisamente, cuando se estaba elaborando el Decreto al amparo del cual se ha dictado la Orden del Ministerio de Hacienda que ahora se combate. (Sentencia de 6 de marzo de 1972. Ref. Ar., 1.175.)

ARBITRIO DE RADICACIÓN. EMPRESAS CONSTRUCTORAS

Considerando: Que el hecho imponible del arbitrio sobre radicación, elemento causal de esta figura tributaria, clave del régimen financiero especial de Madrid, como proclama el preámbulo de la ley de 11 de julio de 1963... consiste en la explotación o posesión de establecimientos o cualesquiera otros locales dentro del término municipal de la capital, que ... se utilicen o estén en funcionamiento ... configuración que para adquirir su auténtico significado ha de ponerse en conexión con el fundamento del propio arbitrio consistente en la ecuación entre el beneficio particular obtenido por la ubicación en la capital y la carga general que implica la consiguiente expansión de los servicios municipales. (Sentencia de 3 de enero de 1972. Ref. Ar., 12.)

Considerando: Que los distintos elementos de cualquier tributo son dissociables en abstracto aun cuando en ningún caso funcionan aisladamente sino interrelacionados, por constituir una estructura real que en el arbitrio de radicación comprende esquemáticamente una persona (sujeto pasivo), desarrollando una actividad en un determinado local (hecho imponible) cuyas características han de ser cuantificadas (base tributaria) para obtener, en definitiva, la cuota, esquema del que ... interesa destacar su aspecto causal o fundamento de hecho, de donde surge la obligación de contribuir, configurado mediante la doble perspectiva antes señalada, dinámica y estática...

Considerando: Que la primera de tales facetas contempla la actividad ejercitada, cuya naturaleza industrial o comercial incluye cualquiera de las manifestaciones productivas clasificadas dentro de los dos últimos sectores macroeconómicos con exclusión del agrícola y, en consecuencia, comprende indudablemente la construcción de inmuebles, si bien el sujeto haya de ser quien la realice materialmente como parte, principal o accesoria, de su gestión empresarial...

Considerando: Que la otra faceta indicada al principio aparece constituida por la base física donde se realiza aquella actividad y, según la expresión legal, por cualesquiera locales que de hecho se utilicen o estén en funcionamiento, respecto de los cuales el propio fundamento del arbitrio, reflejado en su denominación, exige una cierta permanencia o estabilidad, opuesta en principio a lo eventual, transitorio o provisional, de tal forma que se produzca un arraigo o «radicación», por lo que ... no cabe calificar como «almacén» un solar (no sujeto hasta entonces al tributo) utilizado exclusivamente durante las obras de construcción de un edificio sobre tal terreno para depositar los materiales, herramienta y maquinaria correspondiente... (Sentencia de 21 de enero de 1972. Ref. Ar., 129.)

Considerando: Que ... el hecho que determina la obligación de contribuir por dicho arbitrio es el establecimiento de la Empresa industrial o comercial en el término municipal de Madrid para dedicarse de manera habitual y estable al ejercicio de actividades mercantiles, entendiéndose como establecimiento el lugar o lugares que constituyen la base o asiento físico de la Empresa, cuando ésta, con idea de permanencia funciona como organización económica y, por tanto, toda Empresa, cualquiera que sea la clase de actividad a que se dedique, pues en esto la ley no hace distinción, por el hecho de poner en marcha en el término municipal de Madrid un establecimiento o local de la naturaleza que se deja expuesta, está obligada a contribuir, pues así lo establece el número 1 del artículo 103 de la ley Especial de dicho Municipio... y, con relación a la base del arbitrio, debe consignarse que estando ésta constituida por la superficie total comprendida dentro del polígono de los mismos establecimientos o locales cuya apertura, posesión o disfrute determina aquella obligación de contribuir... es claro que en la determinación de la base liquidable no podrá computarse la superficie de los locales cuyo uso por la Empresa es transitorio y ocasional, por carecer del sentido de permanencia y estabilidad que va vinculado a los anteriores, y, consecuentemente con todo ello, debe concluirse que las Empresas dedicadas a la construcción y establecidas... en el término municipal de Madrid, están sometidas al arbitrio de radicación con el mismo alcance que las demás Empresas industriales y comerciales

que se hallen en igual situación, pero ello no es obstáculo a que sea nula la liquidación que el Ayuntamiento giró a la Empresa de autos por haber utilizado la planta baja del edificio... como depósito de los materiales que iba empleando en la construcción de dicho edificio, hasta que éste fue terminado, pues el carácter provisorio de dicho uso impiden atribuir al lugar sobre el cual fue este ejercitado la categoría de local incorporado de modo estable a la base física de la Empresa, como sería necesario para que la superficie pudiera ser computada en la determinación de la base... (Sentencia de 19 de febrero de 1972. Ref. Ar., 818.)

Considerando: Que ... las Empresas dedicadas a la construcción y establecidas... con carácter de permanencia dentro del término de Madrid están sometidas al arbitrio de radicación, con el mismo alcance que las demás Empresas industriales y comerciales que se hallen en igual situación; pero ello no es obstáculo a que sea nula la liquidación que el Ayuntamiento pretendió de la Empresa de autos, por cuanto parte como hecho imponible u origen de la obligación de contribuir y determinación de la base imponible, del supuesto de la utilización para las actividades de la edificación y depósito de materiales, de unos locales en construcción, durante el tiempo de duración de la obra, pues el carácter provisional de dicho uso impide atribuir al lugar sobre el cual fue el mismo ejercitado, de la categoría del local incorporado de modo estable y permanente a la base física de la Empresa, como sería necesario para que la superficie pudiese ser computada en la determinación de la base del arbitrio... (Sentencia de 22 de febrero de 1972. Ref. Ar., 820.)

Considerando: Que ... la base del arbitrio se obtendrá en principio con la entera superficie ocupada por la Empresa, para después quedar reducida con la deducción de los metros cuadrados ocupados por ciertas instalaciones o elementos, entre ellos los servicios, y sus accesos, destinados a satisfacer las necesidades laborales, espirituales y sociales del personal que la Empresa tiene a su servicio... (Sentencia de 29 de febrero de 1972. Ref. Ar., 823.)

Considerando: Que ... las Empresas dedicadas a la construcción y establecidas en... forma (estable) ... dentro del término de Madrid, están sometidas al arbitrio de radicación; con el mismo alcance que las demás Empresas industriales o comerciales que se hallen en igual situación, pero ello no es obstáculo a que sea nula la liquidación que el Ayuntamiento giró a la Empresa de autos por haber utilizado la planta baja del edificio... como depósito de los materiales que iba empleando en la construcción de dicho edificio hasta que éste fue terminado, pues el carácter provisorio de dicho uso impide atribuir al lugar sobre el cual fue este ejercitado, la categoría del local incorporado de modo estable a la base física de la Empresa, como sería necesario para que la superficie pudiese ser computada en la determinación de la base... (Sentencia de 29 de febrero de 1972. Ref. Ar., 1.025.)

SALA V

CUESTIONES DE COMPETENCIA

Aducida por la Abogacía del Estado la concurrencia de una causa de inadmisibilidad del presente recurso, basada en los artículos 82 a) y 37 de la ley reguladora de la jurisdicción, tal alegación ha de ser examinada en primer término, y del expediente y documentos aportados resulta con toda evidencia que los actos recurridos son las resoluciones de la Mutualidad de Funcionarios de la Hacienda Pública por las que se deniega a la recurrente su afiliación, de lo que claramente se desprende que se trata de una cuestión planteada entre una Mutualidad y quien se estima con derecho para ser afiliado, y que, por tanto, no es materia sujeta al Derecho administrativo, ni tiene tal carácter, puesto que al no ser la Mutualidad demandada una Corporación o Institución pública comprendida en el apartado c) del número 2 del artículo 1.º de la ley reguladora de la jurisdicción, sino un organismo de auxilio y previsión, el conocimiento de las cuestiones que surjan entre los órganos rectores y los afiliados, o quienes se creen con derecho a serlo, cae fuera del ámbito de esta jurisdicción, como ya declaró esta Sala en diversas ocasiones, entre ellas, en sentencia de 5 de febrero de 1964, y sí dentro del reservado a la jurisdicción social, de lo que resulta ha de ser aceptada la alegación de inadmisibilidad, y declararse así a tenor del apartado a) del artículo 82 de la ley Jurisdiccional, con la puntualización de que no habiéndose hecho constar en la notificación efectuada los recursos que contra tales denegaciones pudieran interponerse por la interesada y la jurisdicción correspondiente, si ante dicha jurisdicción social se personara la actora en el plazo de un mes, a contar del día siguiente al de la notificación de esta sentencia, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el presente recurso contencioso-administrativo, según expresamente ordena el artículo 5.3 de la ley reguladora de esta jurisdicción. (Sentencia de 1 de marzo de 1972. Ref. Ar., 962/72.)

CLASES PASIVAS

En 18 de agosto de 1969, dirigió el hoy actor a la Dirección General del Tesoro, petición contenida en los siguientes términos: «que se conceda al solicitante la permuta de la pensión de jubilación que le fue concedida por acuerdo número 2.059, de 10 de diciembre de 1966, como funcionario del Cuerpo General Técnico de Telecomunicación jubilado, por la que también tiene derecho declarado a percibir y solicitó con fecha 23 de enero de 1967 como profesor adjunto numerario de Institutos nacionales de enseñanza media, siempre que resulte superior a aquélla, previa acumulación de los trienios devengados en el primero de los referidos Cuerpos, con arreglo a la Orden de 11 de octubre de 1965, acogiéndose al derecho de opción que le concede el artículo 19.1 de la repta ley de Derechos pasivos de los funcionarios de la Administración civil del Estado, el que no pudo ejercitar hasta conocer el fallo de la reclamación in-

terpuesta ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, en la que solicitaba la compatibilidad de ambas pensiones, a las que creía tener derecho, solicitud que tras la tramitación pertinente, en definitiva, fue denegada por la resolución de 14 de julio de 1970 del Tribunal Económico-Administrativo Central, que es la impugnada en el presente recurso, no procediendo acoger la declaración de inadmisibilidad del abogado del Estado, formulada al amparo de la causa c) del artículo 82, en relación con el apartado a) del 40 de la ley de la Jurisdicción, alegando que tal resolución de 14 de julio de 1970 es reproducción de la de 8 de julio de 1969 del mismo Tribunal Central, porque esta última aunque en sus considerandos razone sobre la improcedencia de la opción que hoy pretende el actor, en su parte dispositiva, consecuentemente con lo entonces pedido por el mismo, no se pronunció sobre tal cuestión sino que se limitó a declarar «que el reclamante carece de derecho a simultanear el haber pasivo que le corresponde como profesor auxiliar del Instituto de Enseñanza Media con el también pasivo que sigue percibiendo como jubilado del Cuerpo Técnico de Telecomunicación», por lo que lo que adquirió firmeza fue la declaración de incompatibilidad de pensiones, mas no recayó pronunciamiento alguno sobre el derecho de opción entre las mismas. (Sentencia de 2 de febrero de 1972. Ref. Ar., 379/72.)

Claramente se perfila que por tratarse de una pensión de retiro que percibía el recurrente a partir del año 1931, en cumplimiento del artículo 13 de la ley 112/1966, de 28 de diciembre, su actualización por derivarse de modificación de retribución dispuesta a partir de 1 de enero de 1965, ha de realizarse de oficio, por aplicación de porcentajes medios de aumento de las pensiones reconocidas, determinados por el Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda, y con tal propósito, el Decreto 1.382/1967, de 15 de junio, autorizó a las oficinas pagadoras de Hacienda la actualización provisional en los términos que especifica el artículo 5.º para que, según el artículo 4.º no sufriera demora la elevación de los haberes pasivos de carácter militar, hasta que, a tenor de los artículos 6.º y 7.º dictase el Gobierno el Decreto de coeficientes definitivos como realizó en el aprobado el 4 de abril de 1968, con la advertencia de que si la actualización definitiva resultase inferior a la percibida provisionalmente el pensionista quedaría obligado al reintegro de las cantidades cobradas con exceso, preceptos que aplicados estrictamente al recurrente han determinado la clasificación definitiva de su pensión de retiro en cantidad inferior a la señalada provisionalmente, supuesto previsto en la ley y que no puede dar origen a un reconocimiento de la pensión primitiva como inicialmente se pretendió en vía administrativa, aun cuando exactamente no se haya mantenido la misma petición en vía jurisdiccional. (Sentencia de 5 de febrero de 1972, Ref. Ar., 399/72.)

La tesis impugnatoria de dichos Acuerdos, formulada en la demanda, trata de ampararse en lo preceptuado en ley 60/1964, de 11 de junio, según la cual es de aplicación a las clases de tropa y sus asimilados de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, y de los Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada, lo dispuesto en el Estatuto de Clases Pasivas de 1926, sobre pensiones causadas por los empleados civiles y personal militar, en favor de sus familias, así como lo que preceptúa en relación con esas pensiones,

el Reglamento dado en 1927 para aplicación del mencionado Estatuto, alegando la actora que su marido prestó servicios activos por tiempo muy superior a los diez años, y le comprende, por ello, lo prevenido en los artículos 47, 92 y 94, así como los demás preceptos pertinentes contenidos en el capítulo III, título I, sección 2.ª, del capítulo IV, y 3.ª del Capítulo V, título II del indicado Estatuto, con las modificaciones establecidas respecto a los mismos en leyes posteriores, sin que la circunstancia de hallarse licenciado de la Legión al ocurrir el fallecimiento pueda influir, en modo alguno, en el derecho al percibo de la pensión que cause, pero el examen de la normativa invocada lleva a poner de manifiesto que si bien es cierto que la aludida ley de 1964 dispuso, en efecto, que fuesen de aplicación los preceptos del Estatuto de Clases Pasivas, a las pensiones causadas a favor de sus familias por las clases de tropa de los tres Ejércitos, Guardia Civil y Policía Armada, no es menos exacto que es precisamente la observancia de tales preceptos la que determina la conclusión contraria con respecto al supuesto en este proceso contemplado, ya que el artículo 15, título I, requiere para ello no sólo que se hubiesen prestado diez años de servicios al Estado, sino consolidado un sueldo regulador a tenor de los artículos 18 y 19, el último de los cuales previene que en los casos de muerte y en los de retiro forzoso de oficio, servirá de sueldo regulador para toda clase de pensiones, el que se hallase disfrutando el empleado en el momento del fallecimiento o en el acto del retiro, cualquiera que sea el tiempo que lo haya percibido, precepto que reitera en el artículo 29, en relación con el personal que se regula por el título II, siempre expresa el artículo 25 que el sueldo regulador figure detallado con cargo al personal en los Presupuestos Generales del Estado, y confirma, asimismo, el 47, citado específicamente en la demanda, y que exige reúna las condiciones indicadas en los 25 y 29, sin que se haya demostrado, en modo alguno, que el causante se encontrase en las condiciones de referencia, ya que al fallecer en 1966 no percibía sueldo de la índole expuesta, ni haber de retiro, hallándose desde 1947 licenciado por exclusión total del servicio a consecuencia de inutilidad física por enfermedad, con sujeción a lo establecido reglamentariamente, sin que, por otra parte, tenga relevancia alguna, la mención hecha de los artículos 92 y 94 del propio Estatuto, el primero referente a la prescripción del derecho que hasta la ley modificativa dada en 1964 tenía lugar por el transcurso de los cinco años siguientes a la fecha de la notificación del acuerdo declaratorio de la situación respectiva, y desde la vigencia de aquella ley sólo tiene el alcance de los efectos económicos de la declaración del derecho, al mes siguiente de formularse la solicitud correspondiente, y el 94 porque, según pone en evidencia su simple lectura, no afecta para nada al presente caso, pues hace referencia a la separación del servicio o cesantía de los empleados civiles o militares, en ninguna de cuyas situaciones se encontraba el causante, no existiendo, ni sido invocada, otra disposición legal que establezca el derecho a pensión de viudedad por consecuencia del fallecimiento del personal que se encuentre en la situación de licenciado por inútil total en que se hallaba el marido de la recurrente en 1966 al tener lugar dicho fallecimiento, ni teniendo con el caso contemplado la similitud que se indica, con cita de lo resuelto por esta Sala en la sentencia de 18 de marzo de 1967, ya que el causante, policía armado, tenía consolidado un sueldo regulador consignado en los Presupuestos Generales

del Estado, situación en que no se encontraba el marido de la recurrente, por todo lo cual es vista la procedencia de concluir que los Acuerdos recurridos se hallan ajustados a Derecho, no incurriendo en infracción del Ordenamiento jurídico, y procediendo declararlo así, con desestimación del recurso entablado contra las expresadas resoluciones. (Sentencia de 21 de febrero de 1972. Ref. Ar., 891/72.)

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

Entrando en el examen de la concreta pretensión que en la demanda se formula, resulta del expediente administrativo y documentos unidos a los autos que con arreglo a sus Estatutos, la Hermandad de Pensionistas de la Administración Local de España, aunque en su artículo 2.º se defina como de carácter benéfico-social exclusivamente, tiene con arreglo a los apartados a) y b) del mismo artículo como fines específicos «procurar el mejoramiento social y material de sus afiliados, mediante una auténtica y fraternal solidaridad de orden espiritual» y «la ayuda mutua para la defensa y amparo de los derechos y aspiraciones de la Hermandad en general y de sus afiliados en particular», por lo que aunque no agrupe con carácter forzoso a todos los pensionistas de la Administración local, sino únicamente a los que a ella voluntariamente se afilien, aunque su ámbito de acción sea nacional, según el artículo 5.º de sus Estatutos, si como sucede en el caso presente en la Asamblea de la Junta General de Afiliados celebrada en 30 de diciembre de 1970, se autorizó al presidente de la Hermandad para, en representación de la misma, pedir la nulidad de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 2 de diciembre de 1970 en el concreto extremo en que lo realizó, resulta legitimado para efectuarlo en vía administrativa, al cumplir las normas estatutarias, sin que pueda negársele la titularidad de un interés directo que si no se extiende a la totalidad de sus afiliados sí alcanza a aquellos que por la norma antes citada resultan afectados al excluirse de la actualización las pensiones que disfrutaban. (Sentencia de 10 de marzo de 1972, Ref. Ar., 1.146/72.)

MARÍA EMILIA CASAS

JOSÉ ANTONIO UCREAY DE MONTERO