

TRIBUNAL SUPREMO, SALAS I, II, III y V

SALA I

CULPA EXTRA CONTRACTUAL

La sentencia recurrida, después de sentar unas afirmaciones fácticas describiendo la forma como se produjo el accidente que dio motivo al pleito de que dimana el presente recurso, establece como bases de su sentencia condenatoria las siguientes: a), que el hecho ha ocurrido al abrirse la puerta del recinto del ascensor — por error, se dice del camarín— a pesar de no estar el camarín en la planta novena; b), que no puede suponerse que la víctima conocía ese mal funcionamiento; c), que don ... era el encargado, mediante concierto con la Organización Sindical, propietaria del edificio, del mantenimiento y conservación del aparato elevador; d), que por razón de su cargo no podía desconocer el funcionamiento anormal del ascensor, cuando ya con anterioridad y frecuentemente la puerta de la planta novena se abría sin estar el camarín a la altura de dicha planta; e), que, a pesar de tal conocimiento, no impidió la utilización del ascensor, interrumpiendo el servicio en tanto no se efectuaran las reparaciones necesarias; f), que esa obligación le incumbía cualquiera que fuese la causa de mal funcionamiento (aun cuando no fuese imputable al servicio de conservación) como señala el correspondiente artículo del Reglamento; g), que a él, como único profesional encargado no sólo del buen funcionamiento del ascensor, sino y principalmente, de la seguridad del aparato a él encomendada, le incumbía evitar la producción de un daño previsible y que él, de forma concreta no pudo impedir; h), que la omisión culposa (no importa en qué grado o medida) del señor ..., ha de ser estimada como única causa eficiente y determinante de la muerte de don J. C. M., pues aun presumiendo que las conductas de los otros codemandados fueran causa del mal funcionamiento, no serían, en todo caso, más que causas de ello, pero nunca del accidente de que se trata, cuando, sin duda alguna, pudo evitarse simplemente impidiendo la utilización del ascensor, pues «tenía específica obligación de hacerlo»; i), que esa causa fue la que operó como condición necesaria para que se produjera el hecho que originó el daño, siendo, por tanto, esta condición la que adquiere relevancia, de tal forma que, aun cuando sean varias las concurrentes hay que estimar como decisiva la que, por sus circunstancias, causó el daño.

Contra esta sentencia, la demandante, doña ..., que actúa en nombre de la comunidad hereditaria que forma con los hijos de la víctima, alza su recurso, en cuyo primer motivo, formulado al amparo de igual ordinal del artículo 1.692 de la ley de En-

juiciamiento civil, denuncia la interpretación errónea del artículo 1.902 del Código civil, alegando que dicha sentencia, al reconocer que el ascensor no estaba bien y admitir que la causa del mal funcionamiento podía no ser imputable al servicio de conservación, viene a proclamar que concurren varias causas, y que el elemento principal determinante del mal funcionamiento de la puerta de la planta novena, fue el elemento específico y principal de la cadena causal que motivó el accidente, resultando de menor trascendencia la omisión culposa del señor ..., con lo cual —concluye la recurrente— se supervalora esa omisión culposa, infringiendo con ello, por interpretación errónea, el invocado artículo 1.902.

La parte recurrente, para proporcionar una apariencia lógica a su alegación, hace supuesto de la cuestión, atribuyendo a la sentencia recurrida, afirmaciones y suposiciones que en ella no se contienen, no siendo exacto que haya proclamado que el elemento principal determinante del mal funcionamiento de la puerta fue el elemento específico y principal de la cadena causal, sino que lo que establece como base de la condena es que la omisión culposa del señor ..., al no decretar la interrupción del servicio —cuando era conocedor del mal funcionamiento de esa puerta de la planta novena—, fue la «única causa eficiente y determinante de la muerte de don J. C. M. (...), que pudo evitarse, simplemente, impidiendo la utilización del ascensor».

La recurrente, al argumentar de aquel modo, olvida que la Delegación de Industria lo que había encontrado deficiente era el sistema de cierre de las puertas, que debía ser sustituido por otro mejor, en el plazo de tres meses, sin que, empero, hubiera necesidad de suspender el servicio del ascensor que, a su juicio, no ofrecía peligro; y olvida, también, que el mal funcionamiento de esa puerta de la planta novena, no fue contemplado por la aludida Delegación de Industria, pues apareció más tarde, y que, aunque fue conocida por el señor ..., no adoptó la elemental medida de prudencia, de interrumpir el servicio, o por lo menos, de clausurar mecánicamente aquella puerta, para que no se pudiera abrir de ninguna manera.

En el motivo segundo, y con amparo también en el ordinal primero del mencionado artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, la aludida demandante acusa a la sentencia impugnada, atribuyéndole la violación por inaplicación del artículo 1.903 del Código civil, infracción que se comete, en tesis de dicha recurrente, al condenar al señor ..., encargado del mantenimiento y conservación del aparato elevador, y absolver a la Organización Sindical, que es la propietaria del edificio en que ocurrió el accidente, y con la cual aquél había celebrado el correspondiente concierto; en la opinión de la recurrente, debía condenarse a los dos, con responsabilidad directa, pues se da entre ellos una relación mercantil o industrial de la Empresa y su dependiente, y ese dependiente realiza el daño en ocasión de sus funciones, por lo que ha existido culpa *in eligendo* en la Organización Sindical, por no haber contratado con un encargado más idóneo, o culpa *in vigilando*, por no haber inspeccionado su actuación.

Con relación a este motivo, conviene destacar que el invocado artículo 1.903, contiene cinco normas específicas diferentes y una general común a todas, pues contempla cinco tipos distintos de relaciones jurídicas originadoras de la responsabilidad de uno de los elementos personales de cada relación, a saber: la de los padres, por los actos

realizados por sus hijos sometidos a su potestad; la de los tutores, por los de los menores e incapacitados que estén bajo su guarda; la de los directores de establecimientos y Empresas, por los actos de sus dependientes; la del Estado, cuando actúa por medio de un agente especial, y la de los maestros o directores, por los actos de sus alumnos o aprendices, y que, a pesar de ello, la parte recurrente no señala cuál de aquellas cinco normas es la que reputa infringida, por lo que el motivo tiene que perecer.

Aun en el supuesto de que pudiera entenderse que la recurrente se refería a la relación del dueño o director de un establecimiento con los dependientes al servicio de los mismos —es decir, a la relación laboral—, sería muy difícil poder encajar en ella la relación contractual que mantiene la propiedad de un edificio con el encargado oficial del mantenimiento y conservación del ascensor, y, en último término, aun admitiendo esa violenta asimilación, la potencial responsabilidad de la propiedad, en el caso de autos, habría cesado, de conformidad a lo dispuesto en el último párrafo del precepto invocado, pues, como proclama la sentencia recurrida, había concertado el servicio con persona oficialmente apta, el cuidado del elevador, y no había incumplido ninguna de las órdenes de la Delegación de Industria que, aunque proclamaba que el sistema de cierre de las puertas del recinto del ascensor no era el más adecuado, le concedía un plazo de tres meses para sustituirlo, sin decretar, empero, la interrupción del servicio, por no ofrecer peligro su funcionamiento por entonces, ya que todas las puertas cerraban debidamente, y en contrario supuesto, habría ordenado la interrupción. (Sentencia de 7 de noviembre de 1974. Ref. Ar. 4.129/74.)

SALA II

DESÓRDENES PÚBLICOS

Considerando: Que dentro de los delitos denominados de desórdenes públicos, por generar una material perturbación de las normales condiciones de vida común y ordinaria, el artículo 247 del Código penal tipifica, en su párrafo primero, una concreta figura dolosa y de resultado cortado, constituida por un doble requisito: objetivo el primero, por deber de producirse una grave perturbación del orden público, a medio del daño causado por el hecho mismo —elemento material—, y subjetivo el segundo, o intencional, porque tal alteración ha de tener como razón originar injuria u otro mal a alguna persona, pues se trata de un delito de perspectiva finalista elemento subjetivo del injusto.

Considerando: Que esta figura delictiva del artículo 247, denominada por la doctrina como sedición de pequeña cuantía, al ser ciertamente un subtipo de ella, tiene el límite superior del artículo 218, núm. 4, del Código penal, en la forma directa del delito de sedición, representada, por la comisión de actos de odio o venganza, contra particulares, con objeto político o social, aunque ambas figuras se diferencian por la ausencia o presencia, respectivamente, de finalidades específicas subversivas para lo institucional, y en el carácter singular o tumultuario de la alteración que trastorna el

orden público, ya que aquel primer delito no tiene naturaleza necesariamente colectiva, y manifestando su límite inferior con la falta del número 1 del artículo 370 del mismo cuerpo legal; que castiga las encerradas u otras reuniones tumultuosas, con ofensa de alguna persona, o con perjuicio o menosprecio del sosiego público, que también defiende el orden común, y que se diferencia de dicho delito del artículo 247, cuantitativamente, porque la perturbación en aquélla ha de ser leve y en ésta grave, como expresamente requiere el elemento normativo del tipo, lo que habrá de precisarse en criterio axiológico judicial, de manera siempre relativa y circunstancial, atendiendo a las personas, lugar, tiempo, singularidades del acto y fines que impulsan la actuación en lugares externos.

Considerando: Que el sujeto activo del delito del artículo 247 del Código penal, aunque normalmente debe serlo una agrupación de personas, por requerirlo normalmente la acción y por utilizar el tipo el plural — «los que» —, no repugna, sin embargo, que excepcionalmente pueda ser el agente una persona singular, y el sujeto pasivo de la infracción es doble: de un lado el destinatario de la injuria o del mal, que puede serlo un solo individuo o un conjunto de ellos, con existencia real o tangible, y tanto se individualicen materialmente o resulten indeterminados en su concreción individual, porque lo relevante es que por su afrenta — que puede ser objeto de concurso real delictivo —, se produzca la perturbación, y de otro, el orden social colectivo, que padezca grave o notoriamente por causa del ejercicio finalístico injurioso o de realización del mal, propio del comportamiento desviado de la acción criminal, que es el bien jurídico más protegido en esta infracción, como lo determina el propio nombre de la misma.

Considerando: Que para conceder aplicación a toda esta doctrina es preciso partir de los hechos probados, que en síntesis ponen de relieve la conducta de los cuatro inculcados recurrentes, consistente que en unión de cincuenta personas más se personaron en el muelle del Club Náutico de Vigo, con el fin de recriminar la conducta de los obreros de una Empresa, que en tal momento desembarcaban de un buque, por no haber secundado el paro o huelga que en otras Empresas y factorías existía en esas fechas en la ciudad, abucheando a dichos productores y acusándoles de «esquirolas», y produciendo con ello un grave altercado que hubo de reprimir la fuerza pública, a la cual hostigó aquel grupo de personas con gritos y piedras que lanzaron algunas de ellas no identificadas, llegando incluso a lesionar a un inspector de Trabajo cuando quiso sosegar los ánimos.

Considerando: Que dicho comportamiento fue acertadamente calificado por el Tribunal de instancia como constitutivo del delito del artículo 247 del Código penal, porque en él concurren los dos requisitos que lo integran: el objetivo de la alteración del orden público — indiscutido en el recurso —, de notorias y profundas consecuencias, demostradas tanto por la importancia numérica de los sujetos activos, como por el importante altercado generado, que requirió la actuación de la fuerza pública, enérgica e incluso no aceptada, como lo determinan los gritos y agresiones contra ella, y las lesiones a dicho inspector, que benévola y extrañamente sólo se castigaron como falta cuando integraban ciertamente el delito de atentado, y el subjetivo o intencional de injuriar, menospreciando y desacreditando a los obreros que desembarcaban, pues como

tal injuria ha de estimarse la doble recriminación colectiva, masiva e imprecativa, abucheándolos y llamándolos «esquirolas», que es, según el *Diccionario de la Academia Española*, un término despectivo, utilizado denigrativamente por indicar la insolidaridad que se estima no debida de los «rompehuelgas», cuando precisamente todo provenía de los obreros que usaban ilegítimamente de la construcción que la huelga significa, contra aquellos otros que, como ciudadanos libres, eran soberanos para no participar en ella, continuando la realización de su trabajo ordenado y fecundo criticando su conducta normal que desorbitadamente se estimaba insolidaria, a medio de dichas recriminaciones peyorativas e insultantes para la dignidad del hombre trabajador y para su libertad de decisión, con el altercado y hostigamiento, que siempre supone un mal de naturaleza moral al menos, y que encaja en la conducta típica de referencia, enmarcada en la situación ambiental de violencia y tensión, por las huelgas que se manifiestan en diversas Empresas de la ciudad, y que precisamente motivó dicha notable perturbación del orden colectivo.

Considerando: Que la confirmación de tal calificación hace imposible acoger el recurso, que sin razón, estimaba infringido el artículo 247 del Código penal, y que no puede prosperar a pesar de sus estudiadas alegaciones: a), porque el ánimo de injuriar que se niega, fue manifiesto en la conducta juzgada, y que a causa de la misma, ya que no es verdad que los hechos probados digan que se deseaba incorporar a los obreros injuriados a la huelga, sino precisamente recriminarlos por no haberla aceptado, lo que es bien diferente, y tampoco puede argumentarse con que la intención prevalente y excluyente fuera político-laboral, y que absorbía el *animus iniuriandi*, porque de aceptar tal tesis, el delito cometido, por el tumulto que lo enmarcaba, y finalidad subversiva que lo dirigía por su tendencia, encajaría en el delito del artículo 218, número 4, antes estudiado de sedición con actos de venganza particular, y con objetivo social que tiene pena muy superior a la impuesta, pero que por virtud de la teoría de la pena justificada, admitida por esta Sala, impediría su estimación, así como la desaparición del delito inferiormente reprochado culpabilísticamente, pues al pensarse lo menos, a pesar de tener que pensarse lo más, el fallo menor, en definitiva, sería justo el no poderse emplear la casación *in pejus* de oficio; b), porque la despersonalización del destinatario de la injuria en el caso concreto no es absoluta, sino relativa, pues las expresiones y altercado se dirigieron contra los obreros concretos que desembarcaban en el muelle, no requiriéndose conocer sus nombres, cuando su existencia era cierta y real, y cuando fueron ofendidos, ya que este delito no exige como el de injurias, el conocimiento determinado en su individualidad de la persona agraviada, bastando exista, y que se cause la más protegida alteración del orden público, realmente existente y no puesta en duda, como antes quedó razonado; c), porque no asegura el hecho probado, que los injuriados fueran superiores en número, a los injuriantes, poniendo sólo de relieve que éstos pasaban de cincuenta personas y no precisando el número de aquéllos, que resulta desconocido, lo que de todas las maneras resulta en absoluto inocuo, porque la composición numérica de los sujetos activos y pasivos puede tener las más diversas composiciones e incluso ser superior la de los ofendidos, dándose en todo el supuesto del delito; d), porque el relato fáctico precisa que fue todo el grupo en que estaban integrados los inculpados, el que abucheó y llamó «esquirolas» a los trabajadores, y

produjo el altercado y el desorden, por lo que de la actuación conjunta no puede excluirse en absoluto a los últimos, y e), porque, en definitiva, el grupo trató de injuriar y causar mal a diversas personas, y así lo logró, originando la injuria, el tumulto y el desorden de entidad grave, que supera cuantitativamente en mucho al leve de la falta del artículo 570, número 1, del Código penal antes estudiada, y que encaja en dicho delito del artículo 247, que incluso al atacarlo el recurso, de acoger su argumentación, pudo ser superado en calificación punitiva más grave, que justificaría empero su persistencia, por resultar superior la pena a imponer, en tan hipotético supuesto, a la que fue impuesta, que debe ser confirmada. (Sentencia de 14 de junio de 1974. Ar. 2.877.)

HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA

Considerando: Que el llamado hurto doméstico fue introducido en la legislación española como hurto cualificado por las especiales relaciones entre el sujeto activo y el pasivo por el Decreto de 7 de junio de 1850, permaneciendo invariablemente en los Códigos posteriores, siendo calificado por la doctrina como una condición típica objetiva de agravación *ex officio* y como una cualificación «de propia mano» en la que la confianza se presume *de iure*, obedeciendo o justificándose la agravación, por una parte, en el recelo típicamente burgués y decimonónico —hoy superado y desfasado— de los criados infieles que corresponden con el hurto al beneficio del salario y, por otra, a las mayores facilidades que al agente conceden y deparan la convivencia bajo un mismo techo, lo desprevenido del ofendido, el acceso a las cosas muebles del mismo y el conocimiento exacto del lugar donde se hallan; entendiéndose por doméstico, según el *Diccionario*, tanto lo perteneciente a la casa o al hogar como el criado que sirve en ellos, y, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, abarca tanto a los que, por las razones que fuere, conviven bajo el mismo techo en régimen familiar o cuasifamiliar, como a los que prestan servicios como criados o sirvientes en el interior de la casa o del hogar de su amo o patrono.

Considerando: Que en el presente caso se recurre por supuesta infracción de los artículos 514, número 1.º; 515, número 2.º, y 516, número 2.º, del Código penal, entendiéndose, por una parte, que la relación doméstica de arrendamiento de servicios ya se había extinguido porque la procesada cuando sustrajo el dinero ya se había despedido, y, por otra, que realizándose la sustracción después de una discusión con la señora no concurrió el indispensable ánimo de lucro sino propósito de venganza o daño moral, pero ambos argumentos han de desecharse; el primero porque a efectos penales la relación o situación de domesticidad pervive hasta que el sirviente o el conviviente abandona definitivamente la casa donde ejercía su misión o donde habitaba, pues mientras tanto permanecen y se mantienen las facilidades, el acceso y el conocimiento cabal de la situación de los objetos de valor que fundamentan la privilegiada agravación; y el segundo, porque la narración histórica de la sentencia impugnada bien claramente dice que se apoderó de las 38.000 pesetas «con ánimo de obtener un ilícito beneficio», y aunque, por referirse este inciso a motivación, intención o propósito, es revisable, como

todo lo subjetivo, en casación, para ello sería preciso que en el relato fáctico fluyera la existencia de otro ánimo --vindicativo o destructivo-- que excluyera la motivación económica o de enriquecimiento propia del delito de hurto, lo que no sucede en este caso donde ni consta el tiempo que servía la procesada en el domicilio de autos, ni la naturaleza y características de la discusión que sostuvo con su ama, ni el que se propusiera destinar el dinero sustraído a una finalidad diversa a la de obtener ventaja, beneficio o utilidad, y sin que quepa inducirlo de otros datos o pormenores del relato de hechos incluso la procesada no fue despedida, lo que evocaría más la idea de despecho, dignidad ofendida o rencor vengativo, sino que se despidió voluntariamente. (Sentencia de 27 de junio de 1974. Ar. 2.962.)

Considerando: Que es doctrina de esta Sala que la agravante de abuso de confianza, ya sea en su versión genérica, ya como cualificativa del hurto, exige un primordial factor subjetivo, la verdadera y real situación de confianza que liga al delincuente y su víctima, de la que deriva como consecuencia objetiva la facilidad de la comisión del delito, de suerte que es el referido elemento espiritual el que vivifica el fundamento de la exasperación punitiva, asentándola firmemente en un plus de culpabilidad, al que siempre hay que aspirar como auténtico asidero de la responsabilidad en cualquiera de sus grados; siendo de recordar al respecto que entre las relaciones que suelen engendrar la confianza destaca la relación doméstica en cualquiera de sus modalidades, hasta el punto de que el legislador ha parigualado ambas situaciones en el hurto, a través de la específica agravante contenida en el número 2.º del artículo 316 del Código penal, bien entendido que en tal relación laboral de tipo doméstico o cuasi-familiar, están implicados tanto el sirviente como su principal, de modo que si la *praxis* ofrece mayor abundancia de casos en que el primero de tales elementos personales se muestra como sujeto activo del delito, ello no quiere decir que no pueda incurrir igualmente en la cualificativa el remunerador del servicio, por aprovechar en su beneficio la situación de dependencia, que exige fidelidad por ambas partes, y así llevar a cabo con mayores garantías de éxito la ejecución del hurto.

Considerando: Que la doctrina antecedente es exactamente aplicable al caso *sub iudice* en que aparece la procesada como empleadora de la perjudicada, que prestaba servicios de asistenta en el domicilio de la primera, y sabedora de que en determinado sorteo de la Lotería Nacional había correspondido el segundo premio a un número vendido en el lugar de residencia de la encartada, y suponiendo que dicha sirvienta pudiera tener alguna participación, prevalida de esta relación laboral, la mandó a su casa para que lo comprobara, pero saliendo tras de ella, hasta llegar a su domicilio en donde, por no saber leer la víctima de la sustracción, pudo percatarse la acusada de que, efectivamente, eran ciertas sus sospechas, apoderándose de la papeleta premiada en un momento de descuido de la ofendida, que cobró más tarde quedándose con su importe; pues de esta síntesis narrativa se desprende fácilmente que la procesada abusó de su situación de preponderancia en la relación doméstica que la ligaba a la perjudicada, en la que, además, resaltan la ingenuidad y abandono de esta última quien, por jerarquía en el servicio y cultura --dada su condición de asistenta y analfabeta-- se confió por

entero a su principal sin recelar en ningún momento la maquinación tramada en su contra por esta última. (Sentencia de 26 de junio de 1974. Ar. 2.954.)

Considerando: Que el abuso de confianza tiene una naturaleza eminentemente subjetiva dada la superior culpabilidad y perversidad que el agente manifiesta en la realización del designio criminal, al inímicamente, destruir relaciones humanas de la más variada índole enmarcadas dentro de la lealtad, amistad o buena fe absolutamente necesarias en el tráfico y en el desenvolvimiento de las relaciones humanas y que rompe el delincuente al aprovecharse, utilitaria y objetivamente, de las facilidades que la situación le depara, y, especialmente, de la ausencia o disminución de defensas, actuando prácticamente sin el riesgo que comportaría un *modus operandi* ajeno a la situación de confianza. Pero esta situación de abuso de confianza, plasmada, como agravante genérica, en el número 9.º del artículo 10 del Código penal, y como agravante específica y privilegiada, en el número 2.º del artículo 516 del mismo cuerpo legal, presenta dificultades de identificación por lo que es interesante hacer constar que algunas legislaciones extranjeras mientan expresamente como integrantes de dicha situación, las relaciones de domesticidad, trabajo, cohabitación y hospitalidad, mientras que amplios sectores doctrinales españoles entienden que dicho concepto puede consistir: 1.º), en la esperanza puesta en la honorabilidad del que después resulta delincuente, basada en un deber de lealtad correspondiente a aquella especial distinción de que fue objeto el delincuente por parte de la víctima; 2.º), en la familiaridad derivada de admisión a la vida íntima, extendiéndose a quienes viven, aunque sea circunstancialmente, bajo un mismo techo y aunque esto no implique una fe especial; 3.º), en cualquier situación que signifique tranquilidad, es decir, no sospechar, no recelar, no temer la agresión criminal por parte del reo, el cual sería todo aquel que se prevale de aquella seguridad en que la víctima creía encontrarse; y, por último, este Tribunal en sentencias, verbigracia, de 29 de febrero, 17 de mayo y 8 de noviembre de 1972 y 27 de mayo de 1974, exige tres requisitos, a saber: 1.º), vínculos de *fideltitas* o *bona fides* que se quebrantan y que pueden ser variadísimos dentro de la esfera de las relaciones humanas intersubjetivas, tales como contractuales, de dependencia o subordinación, sociales o meramente éticas, de vínculos profesionales, comunitarias, de colaboración o participación, amistosas, de familiaridad consuetudinaria, de intimidad o de mero conocimiento, aun siendo fugaces, circunstanciales y transitorias; 2.º), facilidad comisiva en la dinámica criminal o *modus operandi*, pues el delincuente aprovecha las mayores facilidades que su situación de privilegio le concede, lo desprevenida que se encuentra la futura víctima y el acceso más simple y hacedero a las cosas objeto de sus apetencias patrimoniales, y 3.º), que dichos presupuestos se manifiesten de modo evidente pues implican agravación (art. 10), e incluso agravación cualificada y merced a la hermenéutica favorable al reo — *in bonam partem* — y sentido humanitario más elemental, toda circunstancia ha de estar tan acreditada y probada como el hecho penal mismo en toda su integridad y dimensiones, técnica y normativa.

Considerando: Que en el relato de hechos de la sentencia recurrida sólo se dice que tenga relación con la agravante específica aplicada, que seis de los procesados eran empleados de la Agencia Herrera, dos —entre ellos el recurrente— de Consignataria

Insular, uno de la Agencia Guimerá y el último de la Agencia Mendoza, y que tenían acceso por razón de las funciones que desempeñaban a los muelles del Puerto de Tenerife donde se hallaban los efectos sustraídos, y ello, a la luz de los requisitos de dicha agravante, enunciados y expuestos antes, es escasísimo e insuficiente bagaje fáctico, pues, en primer lugar, la relación amistosa, de dependencia, de familiaridad u otra que genere lazos de lealtad y de mutua confianza entre ofensor y ofendido y logre que éste se halle propicio y desprevenido, no se declara en ninguna parte de la narración histórica donde ni siquiera se señala la titularidad y naturaleza de los bienes sustraídos, ni se detalla si pertenecían a las agencias citadas o, al menos, a clientes de las mismas; en segundo término, las facilidades, si las hubo (lo que es dudoso pues no se dice si la entrada a los muelles del puerto de Tenerife es libre o está reservada a determinadas personas), no se originaron ni derivaron de esos vínculos o relaciones generadoras de confianza entre sujeto activo y sujeto pasivo, y, finalmente, y como corolario, no se han acreditado ni probado, como procede y corresponde, los supuestos fácticos de la citada situación de abuso de confianza, sin que sea lícito presumirlos o inducirlos en contra del reo. (Sentencia de 10 de junio de 1974. Ar. 2.856.)

APROPIACIÓN INDEBIDA

Considerando: Que aplicada la anterior y conocida doctrina al supuesto de hecho narrado por la sentencia recurrida, si en ella se dice que el procesado, en su condición de empleado administrativo de determinada Empresa, con facultades de pago y, por ende, de la posesión del dinero de Caja, simuló determinado pago de salario mediante talón, cuando en realidad había retirado el dinero correspondiente de la Caja, suma ascendente a ocho mil pesetas de las que dispuso en propio beneficio; es visto que se dio al acto dispositivo inherente al dominio y revelador de la apropiación perpetrada, por lo que en tal instante llegó a su culmen el delito imputado; por lo que si siete meses más tarde, dictado ya auto de procesamiento contra el encartado, reintegró a la Empresa la suma apropiada, no puede decirse que tan tardía restitución desvanezca la responsabilidad penal por ausencia de perjuicio —expresamente exigido en el tipo— pues tal detrimento patrimonial ya se dio y su posterior indemnización afecta tan sólo a la responsabilidad civil, como es también de sobra conocido; sin que los otros argumentos, como el hecho de haber mantenido la Empresa en su empleo al procesado tengan el menor poderío en la jurisdicción penal a la que el hecho es completamente excéntrico, puesto que asimismo es doctrina elemental que el perdón expreso o implícito del perjudicado, satisfecho en su interés antes vulnerado, sólo despliega su eficiencia en los llamados delitos privados o, al menos, semipúblicos, en que la voluntad del ofendido se toma en consideración debido a otros altos intereses en juego. (Sentencia de 11 de junio de 1974. Ar. 2.859.)

IMPRUDENCIA

a) *Simple y temeraria*

Considerando: Que el único motivo del recurso interpuesto por el procesado, encargado de la obra de autos, combate la aplicación de la falta del número 3.º del artículo 586 del Código penal a su conducta, por entender que la ausencia de señalización del camión y máquina estacionados, como la falta de aviso de tal circunstancia a los conductores de los camiones que retrocedían con una periodicidad de tres a la hora —entre ellos el conducido por el otro procesado— omisiones ambas que se imputan a este recurrente como fundamento de su culpa, no entrañan, a su juicio, relación causal con la muerte y daños sobrevenidos, por entender que tal resultado es en un todo atribuible al conductor del vehículo que con su distracción no advirtió la presencia del gran obstáculo que se le ofrecía en su ruta y, por ende, perfectamente visible, de suerte que su señalización resultaría inocua desde el punto de vista causal, puesto que en todo caso, fue la negligencia del otro encartado la que se muestra como única causa, o, al menos, la más relevante del evento; argumentación que habría de ser acogida si sólo se tratara del incumplimiento de la medida reglamentaria prevista en el artículo 41 del Código de la Circulación, que obliga al causante de todo obstáculo a señalizarlo, pues es evidente que, en el caso concreto que se juzga, la «perfecta visibilidad» del camión parado hacía irrelevante su señalización desde el punto de vista jurídico-penal, por más que desde el ángulo de la policía de tráfico y buen gobierno del mismo, se descatara una prescripción reglamentaria, sancionable en dicha vía; pero si se toma la conducta de este recurrente en todo el conjunto descrito en el *factum* de la sentencia recurrida, lo primero que se echa de ver es que tal procesado, como encargado de la obra, conocía perfectamente todas las circunstancias, normales y anormales, que la infraestructura de dicha obra exigía, entre ellas y como más acusada, la exigencia, impuesta por la angostura del camino y su especial topografía, de que los camiones que acopiaban los materiales con una periodicidad de tres por hora hubieran de hacer marcha atrás durante un largo trecho, marcha que ya de por sí exige especiales precauciones en los artículos 27 y 115 del Código de la Circulación impuestas de modo especial al conductor del vehículo —cuyo incumplimiento dio lugar a la condena por imprudencia antirreglamentaria del otro procesado— pero que no eximían totalmente del deber de ciudadano al encargado de la obra que por su mismo cargo gobernaba la situación y debió tomar aquellas cautelas que la misma exigía a tenor de las circunstancias descritas, entre ellas la de avisar personalmente a los conductores que habían de discurrir por la vía del modo irregular referido, de las incidencias que pudieran surgir, aviso personal que en el caso *sub iudice* se muestran causalmente eficaz para evitar la distracción de otro procesado, en la misma medida que su omisión agravaba la situación de riesgo creada, hasta el punto de que el propio Reglamento circulatorio —artículo 27 e) del Código de la Circulación— alude a estos avisos indicadores de la proximidad de otro vehículo, los cuales si bien no son obligación específicamente impuesta a persona determinada —y de ahí que se considere la imprudencia de este procesado como

simple sin infracción de reglamentos— sí, al menos, se muestran como medida exigible en general a quien tiene potestad de mando en la emergencia circulatoria de que se trata, exigibilidad que fundamenta suficientemente en el plano causal y jurídico la imprudencia del omitente siquiera degrada a su estadio inferior por la concurrencia de culpa del más cualificado en la conducción, a saber, el propio conductor. (Sentencia de 28 de junio de 1974. Ar. 2.980.)

Considerando: Que... constreñido a supuesta vulneración, por aplicación indebida, del apartado 1.º del artículo 565 del Código penal, relativo a la imprudencia temeraria, con resultado de homicidio en el presente caso, es desestimable este único motivo impugnatorio, sobre corriente infracción de ley, por ser manifiesta la temeridad en que incurrió el procesado recurrente que, en su calidad de capataz de la obra cuestionada, sin intervención, a la sazón, de técnico o práctico alguno de superior grado al de dicho capataz - que voluntariamente y sin reparo ninguno por su parte asumió el mando y responsabilidad de la elemental operación de derribo, entrase o no en sus específicas atribuciones, conforme a la normativa vigente en la materia— ordena a un obrero de diecisiete años la demolición de una pared, en claras condiciones de peligro, patentes hasta para el menos experto en el conocimiento de los naturales efectos de la gravedad, habida cuenta del visible equilibrio inestable en que quedan los lienzos de pared, previa y paralelamente rasgados, en sentido vertical, en toda su longitud, cuyo derribo, sin adopción de medida alguna de cautela, no podía por menos de acarrear luctuosas consecuencias, como la acaecida, rectamente penada en la sentencia de instancia con arreglo al artículo 565.1, en su relación con el 407. (Sentencia de 28 de septiembre de 1974. Ar. 3.489.)

b) *Profesional*

Considerando: Que estimado como probado en el correspondiente resultando de la sentencia impugnada, que hallándose el recurrente en la ocasión de autos dirigiendo y vigilando como capataz una maniobra de retirada de un cable de acero que se hallaba tendido en el suelo de la obra, sobre otro de conducción eléctrica por el que circulaba una corriente de 380 voltios, y habiendo ordenado a los obreros a sus órdenes que iban a realizar tal trabajo que previamente se pusieran los guantes y zapatos de goma aislantes, que les facilitó, en previsión de un contacto eléctrico, como el que posteriormente se produjo, y ante la negativa de uno de ellos a utilizar dichos elementos protectores, pretextando que tenía un grano en los pies que le impedían calzarse tales botas, consintió que a pesar de hallarse desprotegido contra la corriente eléctrica el citado obrero tomase parte en dicha labor, que, por otra parte, fue ejecutada indebidamente, arrastrando el cable en vez de enrollarlo, lo que dio lugar a que una de las púas metálicas del mismo perforase la envoltura aislante del cable eléctrico, pasando la corriente de éste a aquél y electrocutando al obrero citado, que tiraba del mismo en unión de otros que quedaron indemnes por llevar puestos dichos elementos protectores; de tal relato resulta patente la culpabilidad del recurrente, que ejercía en dicha

ocasión un poder de mando así como de dirección y control que le obligaba a facilitar a los hombres a sus órdenes los elementos de seguridad precisos, y también a vigilar e impedir que éstos realizaran un trabajo infringiendo sus órdenes y las normas reglamentarias de seguridad en el trabajo, para evitar incidentes como el que desgraciadamente sucedió, por lo que al permitir que la víctima tomase parte en un trabajo cuyas condiciones de peligrosidad conocía, como lo prueba el hecho de haber dado las correspondientes órdenes de protegerse para realizarlo, resulta evidente que con su inexcusable negligencia incurrió en una culpa *in vigilando*, con lo que dio causa al luctuoso suceso y que debe ser calificada como *lata* o temeraria, ya que el recurrente a pesar de tener conciencia del peligro que suponía la actuación del obrero en tales condiciones, perfectamente previsible y evitable, dejó que lo realizara, creando así la responsabilidad con todas sus consecuencias legales, sin que con ello se excluya la imprudencia concurrente de la víctima, que si ya fue estimada por el Tribunal *a quo*, para determinar la responsabilidad civil derivada del hecho, no alcanza en manera alguna a eliminar la culpa del recurrente en el ámbito penal en el que no existe la compensación de culpas; y al que tal calificación no resulta desvirtuada por los preceptos laborales que se invocan, pues si bien éstos pueden tener en algunos casos una aplicación subsidiaria o normativamente complementaria para determinar el ámbito de la culpa con infracción de reglamentos, en el caso de autos resulta totalmente inoperantes sin que su supuesta infracción, al no constituir normas penales propiamente dichas, ni elementos normativos del tipo, pueda dar lugar a la casación intentada a través del segundo motivo del recurso que por tal razón debe ser asimismo desestimado. (Sentencia de 11 de junio de 1974. Ar. 2.866.)

Considerando: Que el párrafo 5.º del artículo 565 del Código penal contempla y tipifica la llamada imprudencia profesional, figura culposa agravada que en el área francesa se denomina *inobservation des règles d'art*, en la alemana *Kunstfehler* y en la inglesa *mal practice*, y que crea graves problemas de inteligencia y comprensión y de aplicación, pues aunque la doctrina distingue entre la culpa del profesional que es la imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional que es la impericia, y aunque esa misma doctrina sostenga la homonimia o sinonimia entre los términos «impericia» y «negligencia» usados por el legislador en el párrafo 5.º mencionado, es lo cierto, por una parte, que cuando el profesional opere en escenario, o actividad distintos al de su especialidad, técnica, arte o ciencia, es muy fácil proclamar que por muy imprudente que haya sido su quehacer u omitir no habrá incurrido en culpa profesional, pero si el suceso acació dentro de la esfera o ámbito de acción de su profesión, oficio, técnica, arte o ciencia, no es nada fácil concebir un tipo de imprudencia o negligencia, por su parte, que no quede inmerso de lleno en la inepticia o negligencia propia y genuina de esa actividad, es decir, que cuando el profesional actúa dentro del estrecho marco de su especialidad, los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son indecisos y muy confusos, y la aplicación de la agravante del párrafo 5.º muy discutible y dudosa a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y, por tanto, circunstancial al rango de figura primaria normal y ordinaria que es lo que no parece querer el legisla-

dor y, por otra, que aunque la sinonimia entre impericia y negligencia podría ser la clave salvadora de la cuestión, desgraciadamente, ni semántica ni usualmente significan lo mismo, pues impericia equivale a ineptitud, inepticia o ignorancia, es decir, falta de los conocimientos elementales y básicos propios de cualquier rama de la técnica, del saber o de una profesión u oficio, pudiendo ser de origen o bien adquirida merced al olvido, o a la falta de ejercicio, de práctica, o de formación o perfeccionamiento posteriores, a la graduación o profesionalización del sujeto activo; mientras que negligencia implica estar en posesión de los conocimientos suficientes pero obrar con abandono, descuido, apatía, abulia, falta de estudio del caso concreto, omisión de precauciones, falta de interés o de diligencia, de tal modo que, siendo docto y capaz, se incurra, sin embargo, en desdichada y perjudicial actuación merced a falta de aplicación y de esmero en la tarea.

Considerando: Que sentadas estas bases, la doctrina, fiel a su línea de sinónima significación de las palabras impericia y negligencia, sostiene que aquélla es la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o arte y que la fuente de la misma puede radicar en la total falta de conocimiento (ignorancia), en un error en el juicio (diagnóstico equivocado), o en la defectuosa ejecución del acto (inhabilidad, torpeza, inactitud); añadiéndose que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte y se funda en la ignorancia, error o inhabilidad. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencias de 10 de abril de 1954, 16 de diciembre de 1955, 22 de octubre de 1958, 7 de marzo de 1960, 17 de octubre de 1962, 16 de junio de 1964, 25 de junio de 1965, 5 y 22 de diciembre de 1966, 21 de septiembre de 1971 y 16 de junio y 12 de diciembre de 1972, han tratado, no siempre con éxito, de aclarar tan intrincado y espinoso problema, diciendo en síntesis: a), que no basta con que el responsable de imprudencia de la que resultaron muerte o lesiones graves sea a la vez profesional del arte o ciencia en cuyo ejercicio se condujo imprudentemente sino que es preciso que este resultado se haya producido gracias a su impericia o negligencia profesionales; b), que la imprudencia profesional es falta de aptitud para el desempeño del cometido concreto de que se trate, comportamiento no ajustado a las ordinarias normas técnicas del arte o ciencia, y torpeza o descuido inexcusables en los que habitualmente hacen de esa actividad su modo de vivir; c), que lo sancionable no es un «plus» de actividad sino un «plus» cualitativo de la culpa y que requiere dos elementos: el subjetivo —que se trate de un profesional—, y el objetivo —acto para el que se requiera una habilidad o técnica que no pueden ser exigidas a quien no es profesional en la materia de que se trate—; d), que la culpa profesional es una imprudencia cualificada por el incumplimiento de aquellos deberes que, en relación con la pericia y la diligencia, son exigibles exclusivamente en relación con las circunstancias especiales del hecho, incumplimiento que se traduce en una mayor reprochabilidad personal y, por ende, en una responsabilidad más grave; e), que dicha profesional negligencia requiere especialmente: 1.º), que el sujeto activo sea un profesional con título; 2.º), que los actos realizados deben pertenecer a la esfera de su actividad y efectuarse habitualmente en ellas; 3.º), el resultado debe ser de muerte o lesiones graves; 4.º), que dicho resultado se haya producido a causa de imprudencia o negligencia profesional, es decir, merced a conducta imperita o negligente, incompatible

con el ejercicio normal de la profesión de que se trate, y 5.º), que dicha imprudencia es valorable circunstancialmente según los casos; y f), que, en definitiva, se trata de una circunstancia agravante de carácter específico que, como todas, no puede presumirse y ha de estar tan acreditada como el hecho mismo. (Sentencia de 21 de junio de 1974. Ar. 2.918.)

Considerando: Que la agravante de profesionalidad que para el delito de imprudencia consigna el párrafo 5.º del artículo 565 del Código penal, además de la imprudencia funcional, debida a la preterición de normas técnicas que obliguen a una superior diligencia en el desempeño de deberes específicos de cuidado, por encima de los deberes generales que vinculan a todo conductor, requiere primariamente para producirse la concurrencia de la característica personal o subjetiva, de ser el agente culpable un profesional en la conducción de vehículos de motor, que ejerza habitual y públicamente su oficio, del que haga un modo de vivir y actividad diferencial; por lo que esta condición individual ha de constar de una manera clara en los hechos probados expresada, no resultando suficiente decir que conducía el vehículo de motor propio en actividades comerciales, ni siquiera clasificarle como conductor en el encabezamiento de la sentencia, porque en evitación de presunciones peyorativas, proscritas en el ámbito penal, al no resultar posible la interpretación *in malam partem* y contra el reo, ha de determinarse dicha habitualidad y publicidad del oficio, y la determinación de ser la conducción el modo de actuar diferencial, y principal o exclusiva del inculpado, pues tal agravante sólo acoge al profesional y no al que no lo es. (Sentencia de 2 de julio de 1974. Ar. 3.045.)

RESPONSABILIDAD CIVIL

Considerando: Que interpuesto el presente recurso y al haberse fijado por la Sala de instancia, en la sentencia recurrida, la indemnización de un millón de pesetas a la víctima del accidente, sin tener en cuenta la renuncia efectuada en el sumario por los padres de la misma en su calidad de representantes legales, es necesario recordar para el mejor examen del referido motivo, que teniendo tal renuncia efectuada en el sumario, la naturaleza jurídica de una transacción, en cuanto supone una cuestión litigiosa que versa sobre un interés patrimonial privado y extingue la responsabilidad civil de igual modo que las demás obligaciones con sujeción a las normas del Derecho civil, es evidente que en aquellos casos en que tal renuncia afecta a los menores sujetos a la patria potestad, la representación para efectuarla en su nombre viene conferida legalmente a los padres como dispone el artículo 1.810 del Código civil; incondicionalmente si el valor de lo transigido no excede de 2.000 pesetas, y previa autorización judicial del juez del domicilio del menor con audiencia del ministerio fiscal, según disponen el artículo 164 de dicho Código y el artículo 2.011 de la ley de Enjuiciamiento civil, a los que habrá que remitirse si excede de la cantidad anteriormente citada, en aplicación de la doctrina de que *transigere est alienare*, por lo que tal renuncia que aparece en este

caso hecha sin las expresadas e imprescindibles formalidades, debe ser reputada inexistente y, por tanto, irrelevante a los fines pretendidos de extinción de la obligación de indemnizar. (Sentencia de 11 de junio de 1974. Ar. 2.864.)

SALA III

MUTUALIDADES LABORALES

Considerando: Que la Mutualidad Nacional de Enseñanza Primaria, institución de Previsión Social, constituida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la ley General de Educación Primaria, regida por sus Estatutos, y, en lo no previsto en éstos, por la ley y Reglamento de Mutualidades, excluida del régimen legal de las entidades estatales autónomas —artículo 5.º, c) de la ley de 26 de diciembre de 1958—, tiene a su servicio, a nivel directivo, el asesor general y el gerente, y, anteriormente, antes de la reforma del 25 de marzo de 1965 (artículo 32), el director técnico, personal que se designa por concurso de mérito (artículos 136 y 139 del Reglamento), y que tiene funciones asesoras y de información (el asesor general) o de dirección o inspección administrativa (el gerente) y que respecto a la relación de prestación de servicios entre las Mutualidades y este personal, están sometidos a los órganos de la misma, y, concretamente, en cuanto a las faltas cometidas por este personal, a su Junta Nacional (artículo 128, apartados 2º y 3º) del reglamento.

Considerando: Que los actos de la Junta nacional, antes de la reclamación en cualquier otra vía, son recurribles en reposición ante la misma, según lo dispone el artículo 175, 4º del Reglamento de 21 de marzo de 1966, al que podrán acudir los que ostentan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte o aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados, y, en este sentido, se reconoce legitimación a los afiliados (en el artículo 175) en los supuestos que afecten al funcionamiento de la Mutualidad o se refieran a los derechos mutuales con un contenido patrimonial, cuestiones que, en el primer caso, se someten en alzada a la Dirección General de Previsión (hoy a la dirección General de la Seguridad Social), y, en vía judicial, a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en el segundo, se atribuye a las Magistraturas de Trabajo, pues a éstas corresponde conocer de las cuestiones contenciosas que surjan entre los asociados y sus Mutualidades, y debe reconocerse legitimación al personal al servicio de la Mutualidad respecto de los actos que, en alguna medida, incidan en la relación jurídica existente entre el ente y el que, en virtud de concurso, ha entrado a su servicio.

Considerando: Que el recurrente, ajeno a la Mutualidad, y sin otro título que el de denunciante de lo que él califica de anomalía en la actuación del director técnico en el seno de su función en la Entidad de Previsión, carece de toda legitimación para accionar en vía de recurso administrativo y en la jurisdicción, pues ni ostenta una situación jurídica infringida por el acto ni puede invocar un interés que con el carácter de lo personal, directo y legítimo le habilite para someter a un juicio revisor la decisión de la Junta nacional de sobreseimiento de todo procedimiento sancionador contra

personal a su servicio, por entender, después de la información realizada, que lo denunciado carecía de fundamento incriminador, y es que del ejercicio de la denuncia y la actuación como denunciante no deriva un reconocimiento de la legitimación, cualidad que en el plano procesal se regula por el artículo 28 de la ley de la Jurisdicción y que al faltar genera la inadmisibilidad. (Sentencia de 19 de junio de 1974. Ar. 2.937.)

RESPONSABILIDAD

Considerando: Que la responsabilidad que establece el artículo 63 del Reglamento de CAMPSA de 5 de marzo de 1970, no es una responsabilidad subjetiva fundada en culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino una responsabilidad objetiva que se funda en el principio de que el propietario o principal que se aprovecha de la actuación del empleado debe soportar las cargas que de tal actuación se derivan, pero es lo cierto que para que tal responsabilidad alcance al principal es menester que la infracción de que se derive haya sido cometida por el empleado precisamente durante el desempeño de su cargo o misión que tenga encomendada, de suerte que como en el caso de autos la infracción cometida por el empleado de la Estación de Servicio consistió en que éste vino adquiriendo en dicha Estación latas de cinco litros de gasolina que luego transportaba a su pueblo en el que no existe Estación de Servicio y en donde la vendía a precios superiores o más elevados que los oficiales, es evidente que para que la responsabilidad pudiese alcanzar al dueño de dicha Estación de Servicio sería menester que hubiese quedado probado que éste se hallase en connivencia o que conociese el destino que el empleado daba a la gasolina que adquiría en la estación como otro particular cualquiera, pero como no quedó probado más que el hecho de que el dueño de la Estación sí sabía que el empleado compraba en alguna ocasión y llevaba latas de cinco litros de gasolina pero no que conociese el hecho de la reventa efectuada por éste, es claro que la infracción, consistente en la reventa, ha de reputarse como realizada por el empleado totalmente al margen de la relación laboral que le unía. (Sentencia de 3 de octubre de 1974. Ar. 3.500.)

CUESTIONES PROCESALES

a) Competencia

Considerando: 1.º Que la presente cuestión de competencia negativa se ha planteado por haberse declarado incompetente tanto el delegado provincial de Trabajo como el magistrado de Trabajo, ambos de Las Palmas, para conocer en una reclamación de cantidad presentada por un particular contra una Compañía de transporte aéreo por estimar que ésta le ha cobrado más de lo debido al aplicarle de modo improcedente los descuentos a que tiene derecho por residencia en Canarias y por familia numerosa en varios contratos de transporte de personas. 2.º Que tratándose de devolución de cantidad como consecuencia de un contrato mercantil, la declaración de derecho del actor

excede de las posibilidades de una decisión administrativa que, si se pronunciara, invadiría el terreno atribuido a los Tribunales de Justicia, marcado tanto por el artículo 31 de la ley Orgánica del Estado como por el artículo 2.º de la ley Orgánica del Poder Judicial; criterio sustentado por el delegado provincial de Trabajo de Las Palmas. Pero, por otra parte, dentro de la esfera propia de los Tribunales, no es a los de la jurisdicción del Trabajo a los que corresponde su conocimiento según las normas del texto articulado de la ley de tal jurisdicción, cuyo artículo 1.º exige para incluir dentro de la competencia de ésta la concurrencia a la vez de dos requisitos, de tal modo que no puede faltar ninguno de ambos, relativo el uno a la calidad de las personas que son partes y el otro a la materia que es objeto del proceso, y que en el caso presente, aunque la reclamación de cantidad pudiera entenderse que cabe en el número 5.º de la enumeración de las materias apreciadas como fundada en el incumplimiento de una ley de carácter social que afecta particularmente al demandante (la de Protección de Familias numerosas de 19 de junio de 1971), no se da el requisito personal en las partes, un particular, funcionario de profesión, y una Sociedad Anónima, que tiene a su cargo el transporte aéreo nacional, las cuales no aparecen situadas en una relación de trabajador y de empresario, ni en una relación de persona protegida por la Seguridad Social y Entidad gestora o colaboradora de la misma, criterio mantenido por el magistrado de Trabajo de Las Palmas. Con todo lo cual se llega a la conclusión de que pueden considerarse acertadas las dos inhibiciones de las autoridades que aparecen como en conflicto, aunque sus respectivas posiciones son en realidad compatibles si se entiende que verdaderamente es una tercera autoridad, que no aparece en discordia; el Tribunal de la jurisdicción civil que correspondía, conforme ha dictaminado el ministerio fiscal y recogido el magistrado de Trabajo de Las Palmas. 3.º Que, por otra parte, el tema de si, dentro de los Tribunales de Justicia es a los de la jurisdicción ordinaria a los que debe ser atribuida la competencia, es cuestión que correspondería decidirla al Tribunal Supremo tal como establece el artículo 2.º de la ley de Conflictos jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, si llegara a ser planteada. (Decreto de Competencia de la Presidencia de 16 de mayo de 1974. Ar. 3.067.)

b) *Legitimación*

Considerando: ... al estar atribuida la legitimación para impugnar disposiciones de carácter general de la Administración del Estado, por el artículo 28-1-b), de la ley de esta jurisdicción a las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y a cuantas Entidades ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos salvo en el supuesto que ahora nos interesa de que la disposición tuviera que ser cumplida directamente, sin acto previo de requerimiento o sujeción individual; por lo que, mencionados expresamente los Sindicatos, en el artículo 32, entre las entidades investidas de legitimación, en defensa de los intereses o derechos profesionales o económicos, por los que tienen que velar, por razón misma de su constitución... el

recurso contencioso-administrativo planteado, es perfectamente admisible, sin perjuicio de que las Empresas afectadas puedan combatir también las liquidaciones que se giren a su cargo. (Sentencia de 24 de junio de 1974. Ar. 3.108.)

Considerando: Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 15, número 1, apartado c), de los Estatutos del Sindicato Nacional de Enseñanza de 14 de octubre de 1970, la Comisión o Comité Permanente puede autorizar al presidente, expresamente para el otorgamiento de poderes generales o especiales para pleitos, y fue, en virtud de esta autorización, por lo que dicho Comité autorizó al presidente para que «interponga el recurso de reposición o el que proceda» contra la Orden ministerial de 22 de julio de 1972. En su virtud, y haciendo uso del poder general para pleitos otorgado por el presidente, se interpuso, por procurador hábil, el presente recurso contencioso-administrativo al amparo de la amplitud conferida de la autorización, por el Comité que comprende no sólo al de reposición, sino al procedente que necesariamente debe ser el contencioso-administrativo puesto que de otro modo carecería de base o significado la expresión, ya que el de reposición por su carácter condicionante del jurisdiccional, pierde significado por sí solo cuando se trata de impugnar a fondo una disposición general como la presente, debiéndose entenderlo así también racionalmente, pues los casos dudosos, ambiguos, equívocos, no deben ser óbice para obstruir el acceso de los administrados a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción de sus derechos en litis. (Sentencia de 3 de junio de 1974. Ar. 2.700.)

SALA V

CLASES PASIVAS

Es suficiente tener en cuenta que el Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926 no concedía a los hijos adoptivos pensión de orfandad y que la ley de 24 de diciembre de 1964, al modificar preceptos de aquél, e instaurar en nuestro Ordenamiento el derecho a la percepción de pensión de los hijos que ostenten dicha filiación la refiere exclusivamente a la adopción plena, para que se ponga en forma clara de manifiesto la imposibilidad de acoger la pretensión que por la representación procesal de doña M. L. O. se postula en la demanda formalizadora del recurso, de que se declare su derecho a pensión de orfandad de su madre adoptiva, doña M. L. L. J., en mérito de obvias razones, como son: A) Que si la ley de 24 de diciembre de 1964, al consagrar el derecho de los hijos adoptivos a percibir pensión, lo limita a los que hubieren sido objeto de adopción plena, ha de rechazarse forzosamente, una hermenéutica extensiva del precepto a todo supuesto distinto, al que concretamente recoge, de adopción plena; y B) Que doña M. L. O., tanto si hubiera sido adoptada como efectivamente lo fue con anterioridad a la ley de 24 de abril de 1958, modificativa del Código civil, como con posterioridad a aquélla, no podría haberlo sido en adopción plena, puesto que el artículo 178 del Cuerpo legal sustantivo en la redacción dispuesta por dicha ley exigía para ello que se hiciera por los cónyuges, que viviendo juntos,

procedieran de consuno y llevaran cinco años de matrimonio o por personas en estado de viudez, pudiendo ser únicamente adoptados los abandonados o expósitos que siendo menores de catorce años lleven más de tres en esa situación, o siendo mayores de catorce años fueren prohibidos antes de esa edad por los adoptantes, y estos requisitos no concurren en doña M. L. O., puesto que era sobrina de la madre adoptante doña M. L. L. J., de estado soltera, y vivía con su padre, hermano de ella, don M. L. J. (Sentencia de 5 de octubre de 1974. Ar. 3.544/74.)

La adopción llevada a cabo con respecto a la recurrente y con arreglo a la normativa anterior a la ley de 1958, en modo alguno puede equipararse a la plena creada por la última; antes bien, si se cotejan los efectos de la adopción antigua con los de la nueva pronto se advierte que aquélla se corresponde con la nueva adopción menos plena, bastando para ello tener en cuenta que en la normativa derogada (artículo 177 del Código civil) no tenía el adoptado --salvo estipulación expresa-- derecho alguno a heredar al adoptante que es lo propio también de la menos plena del artículo 180 del meritado cuerpo legal sustantivo en la redacción dada por la tan repetida ley de 1938; aspecto sucesorio que es el que tuvo en cuenta el legislador (ley 193/1964) según explícitamente se consigna en la exposición de motivos de la última. Que los artículos 71 y 87 de la misma, tampoco vienen en apoyo de la tesis de la postulante, por cuanto ambos no se refieren al adoptado, sino al padre adoptante. (Sentencia de 28 de octubre de 1974. Ar. 3.881/74.)

El artículo 85 del mencionado Estatuto (de Clases Pasivas, de 22 de octubre de 1926), vigente en 1956 en que tuvo lugar el fallecimiento del causante disponía que los empleados civiles y militares que contrajesen matrimonio después de cumplir la edad de sesenta años no transmitían pensión a favor de la viuda, situación que era precisamente la de la recurrente en atención a la edad de sesenta y dos años de su marido al celebrarse el matrimonio, no siéndole aplicable tampoco la modificación posteriormente establecida sin efecto retroactivo en el régimen de tal Derecho pasivo como consecuencia de la nueva redacción dada al aludido artículo 85 por ley de 22 de julio de 1961, en primer lugar porque no era la normativa en vigor al fallecer el causante que es el momento a tener en cuenta para el nacimiento del posible derecho a pensión y porque, además, aun en el supuesto de que fuera aplicable al caso la modificación expresada llevada a cabo por la ley mentada en último término tampoco le asistiría el derecho a pensión de viudedad, toda vez que para su procedencia sería preciso con sujeción al nuevo texto del artículo 85, que entre la fecha de celebración del matrimonio y la defunción del causante hubieran transcurrido, por lo menos, dos años o hubiesen nacido hijos del matrimonio, circunstancias que de modo evidente no concurren en el caso de que se trata, puesto que el causante contrajo matrimonio el 3 de noviembre de 1956 y falleció el día 9 siguiente sin dejar descendencia, todo lo cual conduce a la conclusión de que la resolución denegatoria que confirmó el acuerdo impugnado se halla ajustada a Derecho y, en consecuencia, procede la desestimación del recurso entablado contra los mismos, sin que sus características susciten problema alguno de derecho transitorio como se alega, ni frente a la legalidad del acuerdo

sobre el que se actúa en la revisión jurisdiccional puedan prevalecer los motivos de equidad que se aducen en la demanda, en la que, de modo implícito, se reconoce la inexistencia de precepto legal que ampare su pretensión. (Sentencia de 30 de octubre de 1974. Ar. 3.837/74.)

MUTUALIDAD NACIONAL DE PREVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (MUNPAL)

La Corporación Municipal recurrente aduce tratarse de supuesto regulado adecuadamente en los estatutos mutuales, ya que no habiéndose suscitado discrepancia en cuanto a la realidad de hecho de no hallarse la viuda en convivencia con el marido causante de la pensión al fallecimiento del mismo no reúne la tercera de las condiciones que para asistirle derecho a pensión requiere el artículo 47 de dichos Estatutos, condición que consiste en «convivir con el causante en el momento de producirse el fallecimiento, excepto en el caso de separación legalmente obtenida y siempre que no concurra culpa en el cónyuge superviviente», siendo precepto que no distingue entre viudedad a cargo de la MUNPAL y viudedad a cargo de las Corporaciones locales y que en todo caso el derecho supuestamente supletorio que aplica —disposición transitoria 4.ª de la ley de 12 de mayo de 1960— encomienda el pago a la Mutualidad, más tales razonamientos carecen de consistencia por incurrir en notorio error como es el de entender que se trata de la aplicación supletoria de una normativa, cuando realmente lo es de reconocimiento de derechos adquiridos en virtud de un precepto legal, la disposición adicional 4.ª —y no transitoria de igual número— de la mentada ley, toda vez que tratándose de viuda de funcionario que —según el expediente acredita— sirvió al Municipio citado desde 1 de diciembre de 1940 al 18 de abril de 1965, le es de aplicación la normativa contenida en la aludida ley creadora de MUNPAL y en los Estatutos aprobados por el Ministerio de la Gobernación en Orden de 12 de agosto de 1960 en ejercicio de autorización conferida en la disposición adicional 2.ª de tal ley, previniéndose, de un lado, en el artículo 47 de los Estatutos entre las condiciones necesarias para devengar pensión de viudedad la de convivencia con el causante al fallecimiento de éste, excepto en el caso de separación legal sin concurrir culpa en el cónyuge superviviente, lo que determinó en base a las circunstancias personales de la viuda, la declaración de que no procedía otorgarle la prestación estatutaria de viudedad a cargo de MUNPAL, preceptuándose, por otra parte, en la disposición adicional 4.ª de la ley, que si los derechos pasivos que los asegurados consoliden a tenor de los Estatutos de la Mutualidad fuesen inferiores a los que hubiesen resultado de los legítimamente adquiridos a la publicación de los Estatutos en virtud de leyes, Reglamentos generales o especiales, normas o acuerdos aprobados por cualquier entidad local afiliada, tales derechos adquiridos serían reconocidos y garantizados por la Mutualidad con cargo a la Corporación respectiva, lo que haría necesario, en el presente caso, contemplar lo previsto en el Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926, normativa de aplicación con anterioridad para el señalamiento de esos derechos pasivos de no haberse creado MUNPAL y que otorgaba el derecho a pensión, pues en su artículo 82 establece la pérdida definitiva del derecho a pensión causada por su marido la viuda que hubiera sido condenada por adulterio en sentencia dictada en causa crimi-

nal por el Tribunal competente y que, asimismo, la Dirección General del Tesoro, Deuda Pública y Clases Pasivas podría acordar la pérdida de pensión de la viuda cuando ésta observe una conducta inmoral públicamente conocida y acreditada mediante la instrucción de expediente; que en el caso de que se trata cualquiera que haya sido la conducta de la viuda es una realidad que no existe condena por adulterio ni acuerdo declaratorio de pérdida de pensión, previa incoación de expediente, todo lo cual conduce a la conclusión de ser conforme a Derecho el reconocimiento del de la peticionaria en los términos resultantes de la resolución recurrida y, en consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma. (Sentencia de 16 de octubre de 1974. Ar. 3.619/74.)

El recurrente postula se declare que la legislación aplicable para la determinación de su pensión es el Reglamento del Montepío de Funcionarios del Cabildo Insular y en su virtud le sea reconocido el porcentaje, por pensión ordinaria, del 100 por 100 del regulador, 49 por 100 con cargo a la Mutualidad y 51 por 100 con cargo a la Corporación Insular y por pensión extraordinaria el 25 por 100 del haber regulador con cargo también al Cabildo Insular, más todo ello, según antes se expresa, por estimar de aplicación el mencionado Reglamento del Montepío, afirmación carente de fundamento al desconocer con ello que se trata de determinar su pensión como jubilado por edad al cumplir ésta el 15 de agosto de 1970, fecha en la que nace su derecho y en la cual no subsistía tal Montepío con su primitivo carácter anterior al 1 de diciembre de 1960 como consecuencia de lo preceptuado en la disposición transitoria 2.ª de la ley 108/1963, de 20 de julio, y de lo resuelto en relación con la misma por el Ministerio de la Gobernación en 16 de abril de 1964 a virtud de lo que había quedado incorporado el personal del Cabildo Insular al régimen común de la MUNICIPAL, a favor de la cual y no el Montepío corrió con efectos a partir de 1 de diciembre de 1960, fecha de entrada en vigor de la ley creadora de la Mutualidad de 12 de mayo de aquel año y de los Estatutos para su funcionamiento el 12 de agosto del propio año, cuya normativa es la aplicable al caso contemplado, complementada con las disposiciones pertinentes dadas con posterioridad en razón de los nuevos regímenes retributivos establecidos para el personal de Administración local en ley 108/1963, de 20 de julio, con sus disposiciones de desarrollo y aplicación y en Decreto-ley 23/1969, de 16 de diciembre, con las posteriormente dadas también en su ejecución y con efectos desde el 1 de enero de dicho año, es decir, con anterioridad a la fecha de su cese en el servicio por jubilación forzosa y con percibo por parte del interesado de las nuevas retribuciones, tenidas en cuenta por la Mutualidad en la determinación del haber regulador, con el que muestra su conformidad el recurrente en su impugnación de la resolución recurrida, siendo norma dimanante del desarrollo de dicho Decreto-ley y del Decreto 215/1969, de 19 de diciembre siguiente, la contenida en el artículo 4.º del Decreto 3.083/1970, de 15 de octubre, según el cual a las pensiones que se produzcan por hechos posteriores al 1 de enero de 1969 y no sólo a las anteriores como erróneamente entiende el actor frente al precepto taxativo en contrario de dicho artículo 4.º era de aplicación lo preceptuado en el mismo en el sentido de que los servicios efectivos prestados a la Administración local día por día con carácter interino, temporal o

eventual o cualquier otro que no haya sido en concepto de propiedad y que resulten abonables a efectos pasivos, de acuerdo con las disposiciones que desarrollaron la ley 108/1963, de 20 de julio, serán de cargo de la Corporación local respectiva en cuanto representen aumento de las prestaciones de carácter pasivo, consignándose en la liquidación la diferencia de pensión que pueda resultar como consecuencia del cómputo de servicios reconocidos al interesado, pero que no tengan la condición de en propiedad, según previene la Orden ministerial de Gobernación de 2 de diciembre de 1970, en desarrollo del indicado Decreto 3.083/1970, el cual no disminuye las pensiones correspondientes a los funcionarios en activo en el momento de su jubilación ni surte efectos retroactivos en perjuicio de los mismos, sino que, por el contrario, aumenta el haber regulador de tales pensiones como consecuencia del incremento de las retribuciones, las cuales fueron percibidas por el personal desde 1 de enero de 1969, por lo que al acomodarse a ellas la determinación de las pensiones según las nuevas disposiciones de las que es desarrollo el Decreto 3.083/1970, no se produce retroactividad alguna, habiéndose dejado, además, a salvo la posibilidad de opción de los interesados por su situación anterior, que no consta fuere ejercitada por el recurrente de conformidad con lo preceptuado al respecto, lo que imponía el sometimiento íntegro a la nueva normativa con aplicación de la cual se llevó a cabo correctamente el señalamiento de la pensión del recurrente. (Sentencia de 12 de noviembre de 1974. Ar. 4.123/74.)

No resulta posible aceptar la interpretación que por el Ayuntamiento de Ortigueira se pretende dar a sus acuerdos de 15 de junio de 1943 y 3 de junio de 1956, puesto que de la simple lectura de los mismos se desprende que la decisión de aumentar las pensiones hasta el 100 por 100 del mayor sueldo percibido en activo, no fue una concesión graciable o un convenio entre el Ayuntamiento y el interesado, sino un acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento para todos sus funcionarios, acuerdo válido con arreglo a la legislación de la época, aplicado después individualmente al señor S., no en atención a motivaciones personales o graciabiles, sino como aplicación al caso singular de la norma general, y que el propio Ayuntamiento aceptó sin reserva alguna al señalarse la primitiva pensión abonando íntegramente el 20 por 100 resultante de la diferencia entre el 80 por 100 aplicable por la legislación general y el 100 por 100, ambos del sueldo regulador correspondiente, sin que pueda argüirse que la obligación del Ayuntamiento quedaba limitada a una cantidad fija en su cuantía, lo que en ningún modo resulta del texto de sus acuerdos, ni que éstos no pueden extenderse al nuevo sueldo regulador de la pensión actualizada, puesto que éste no fue percibido «en activo», ya que este punto es precisamente el que justifica la actualización con arreglo a la cual y según los preceptos contenidos en la ley 108/1963, de 20 de julio, ha de aplicarse como regulador el que el causante de la pensión hubiera consolidado de encontrarse en activo al originarse la actualización sin modificar los demás elementos constitutivos de la pensión ni, por consiguiente, el porcentaje aplicado. (Sentencia de 30 de noviembre de 1974. Ar. 4.474/74.)

JOSÉ ANTONIO UCELAY DE MONTERO