

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

## SALA I

### CULPA EXTRA CONTRACTUAL

La sentencia recurrida, para construir su tesis condenatoria de los demandantes «M. L. S. A.» y don J. M. L. G. y absolutoria de los restantes demandados, se funda en lo siguiente: 1.º Que «a consecuencia del incendio de que se trata ocurrido el 15 de agosto de 1971, iniciado en el establecimiento de la entidad demandada, se causaron daños y perjuicios al Estado», por lo que resulta claro —afirma dicha sentencia— que «el Estado, y en su nombre el señor abogado del Estado, está legitimado y capacitado procesalmente para entablar la demanda de que se trata, sin que puedan acogerse las excepciones esgrimidas por la demandada negando acción, legitimación y personalidad a aquella parte actora». 2.º Que «es un hecho cierto e indubitado que a consecuencia del incendio se produjeron daños en las instalaciones del espectáculo que se celebraba en la plaza Porticada de Santander, la gestión del cual corría a cargo del organismo autónomo «Teatros Nacionales y Festivales de España». 3.º Que este organismo está integrado en la Dirección General de Cultura Popular y Espectáculos del Ministerio de Información y Turismo. 4.º Que a la celebración del espectáculo contribuían con subvenciones otras personas y entidades distintas del Estado. 5.º Que «no existe base alguna para poder estimar que el incendio se hubiera producido por defectuoso montaje de la instalación eléctrica, a cuya instalación dio su aprobación la Delegación de Industria, ni tampoco por deficiencia alguna imputable a la empresa suministradora de la energía». 6.º Que las instalaciones eléctricas del establecimiento propiedad de la entidad demandada estaban, como el resto del establecimiento, al cuidado del gerente de la empresa, el también demandado don J. M. L. G. 7.º Que «ha de entenderse, por necesidad y a falta de toda prueba en contrario, que, si el incendio efectivamente se produjo, fue por falta de aquel debido y adecuado cuidado de la

conservación de tales instalaciones, conservación que obviamente siempre había de ser atendida por dicho gerente ya cargo de la empresa demandada». 8.º Que de los daños y perjuicios causados al Estado «ha de responder el demandado don J. M. L. G., como gerente de la empresa, por omisión culposa..., y también y de forma solidaria la empresa demandada «M. L. S. A.»..., teniendo para ello muy presente la reiterada y conocida doctrina jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba». 9.º Que ni siquiera consta que las concretas funciones del gerente, relativas a vigilar, cuidar o conservar y atender de alguna manera a la instalación eléctrica, las tuviese encomendadas a terceras personas (1.º considerando).

Contra esta sentencia condenatoria alzan los recurrentes su recurso, en cuyos fundamentos de admisión procesal del mismo manifiestan de manera expresa que «el presente recurso está permitido por el número 1.º del artículo 1.691 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto se entiende que en la parte dispositiva de la sentencia se ha cometido infracción de ley y doctrina legal por infracción de preceptos legales y doctrina aplicable al caso del pleito según permite el artículo 1.692 de la propia ley procesal» (2.º considerando).

Como en ninguno de los seis motivos del recurso los recurrentes combaten y destituyen por adecuada vía aquellas afirmaciones básicas de la sentencia que justifican la tesis condenatoria, resulta manifiesto que todos ellos tendrán que ser desestimados por haber quedado incólume tales afirmaciones (3.º considerando).

En el motivo primero, los recurrentes, al amparo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian la infracción por interpretación errónea del artículo 2.º de la ley de 26 de diciembre de 1958 en relación con el artículo 6.º de la ley mencionada y por violación —no aplicación— del artículo 38 del Código civil; en tesis de los recurrentes, «al reconocer acción a la Administración del Estado para que, representada por su abogacía, pueda reclamar para la entidad autónoma 'Teatros Nacionales y Festivales de España' la indemnización por daños sufridos en un incendio de bienes que a este ente autónomo pertenecen», la sentencia recurrida confunde la personalidad jurídica y autónoma de dicha entidad con una vinculación de puro Derecho público y con finalidad meramente jerárquica, infringiendo en el concepto dicho los preceptos citados; «si las personalidades del Estado y los organismos autónomos son independientes —afirman los recurrentes—, quien actúe en juicio en nombre y para un organismo autónomo tiene que manifestar fozosamente que actúa en nombre y para el organismo autónomo, porque si no lo obtenido no pasará a aquél, sino a la Administración del Estado, que es distinta e independiente, por lo que —siempre según la tesis de los recurrentes— quien ha demandado no tiene acción para hacerlo, porque el perjuicio lo ha sufrido un patrimonio distinto e independiente perteneciente a un organismo con personalidad jurídica independiente» (4.º considerando).

Al razonar de este modo, olvidan los recurrentes que la sentencia ha proclamado que «se causaron daños y perjuicios al Estado», y que la gestión del espectáculo siniestrado «corría a cargo de Teatros Nacionales y Festivales de España..., que está integrado en la Dirección General de Cultura Popular y Espectáculos del Ministerio de Información y Turismo», afirmaciones ambas que no se combatieron eficazmente en el recurso, y olvidan, además, que esa integración en el Ministerio de Información y Turismo viene dispuesta de manera clara y terminante por el artículo 26, 2, del decreto de 21 de marzo de 1970, por lo que el motivo, que se apoya en tesis contraria a ésta y que sostiene que son dos personalidades distintas con patrimonio diferente e independiente, tiene que ser desestimado (5.º considerando).

Los demás motivos del recurso tienen también que decaer, pues adolecen de un defecto formal que les hace inviables, ya que no especifican en qué vía o número del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil se amparan, como terminantemente exige el artículo 1.720 de dicha ley, sin que contra ello valga alegar que ya en la parte general del recurso se alude a la utilización de la vía que va a usarse para amparar tales motivos, porque, como queda expresado en el considerando segundo de esta resolución, aunque en aquella parte general se habla del artículo 1.692, no se expresa, sin embargo, en cuál de los siete números de él se amparan los motivos que van a formular (6.º considerando).

El motivo segundo del recurso tiene que ser desestimado, porque, además de formularse de manera que resulta inviable —pues no se designa el párrafo del artículo 1.692 en que se apoya—, se limita a denunciar la supuesta infracción de normas de carácter meramente administrativo, inidóneas para amparar un recurso por infracción de ley o de doctrina legal como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia (7.º considerando).

El motivo tercero incurre en la misma deficiencia procesal de no indicar número de amparo, y denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 1.973 del Código civil, que se comete, según los recurrentes, porque la demanda con que se pretende interrumpir la prescripción fue presentada con posterioridad al decaimiento de la acción nacida del artículo 1.902 del Código civil, pues había transcurrido más de un año desde la fecha en que se dictó el auto de sobreseimiento que puso fin al procedimiento penal, ya que el recurso de suplicación contra ella deducido no era procedente (8.º considerando).

También este argumento carece de eficacia, porque, en primer lugar, por ninguna jurisdicción se ha declarado que tal recurso hubiera sido admitido indebidamente, y, en segundo lugar, la prevalencia de la jurisdicción penal impide que, mientras ella está actuando, se puedan ejercitar las acciones civiles de resarcimiento; por tanto, hasta que se notificó a la Abogacía del Estado la resolución general que desestimó el recurso de súplica deducido contra el auto de sobreseimiento, no comenzó a correr el plazo prescriptivo de las aludidas acciones civiles, por lo que también decae el motivo cuarto del recurso, que,

además de no indicar el número de la vía que le ampara, viene a sostener la misma tesis prescriptiva de la acción, haciendo nacer el plazo prescriptivo el mismo día en que se dictó la resolución penal, el cual, según los recurrentes, ya se debe incluir en el cómputo del año de prescripción (9.º considerando).

En el quinto motivo, también sin señalamiento de vía de amparo para su formulación, se denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 1.902 del Código civil y de la sentencia de ese Tribunal, infracción que se comete, según los recurrentes, al basar la sentencia recurrida la responsabilidad de los demandados en la afirmación de que «si el incendio se produjo, fue por falta de debido y adecuado cuidado de la conservación de la instalación eléctrica, con la cual —siempre en tesis de dichos recurrentes— se lleva la objetivación de la culpa a las más extensas consecuencias, interpretando erróneamente el contenido del artículo 1.902 del Código civil y la jurisprudencia que le desarrolla y matiza» (10.º considerando).

Semejante forma de argumentar contra la sentencia recurrida constituye un verdadero ataque a la apreciación probatoria realizada por el juzgador de instancia, verificado por vía inadecuada y, por tanto, ineficazmente; para que tal tesis pudiera prosperar, habría que demostrar previamente por el oportuno cauce que eran erróneas las afirmaciones proclamadas por la sentencia de que las instalaciones eléctricas del establecimiento estaban al cuidado del gerente de la empresa, y de que, por omisión de su debida diligencia, sobrevino el incendio causante de los daños cuyo resarcimiento se reclama en el proceso, nada de lo cual intentó acreditarse (11.º considerando).

En el motivo sexto del recurso, también sin designación de vía de amparo, se denuncia la «infracción por interpretación errónea del número 4.º del artículo 1.903 del Código civil», porque se sostiene que no se imputa al gerente de la empresa «una culpabilidad concreta», a pesar de lo cual se le condena al pago de la indemnización juntamente con dicha empresa (12.º considerando).

También este motivo tiene que decaer no sólo por la omisión de la designación de la vía del número del artículo 1.692 que podría ampararlo, sino porque se asienta en una afirmación contraria a la que sirve de base a la sentencia recurrida, pues niega que ésta le impute al gerente de la empresa una responsabilidad concreta, cuando es lo cierto que, como ya queda expresado con reiteración, por omisión de su diligencia en la conservación de las instalaciones eléctricas que tenía a su cargo, sobrevino el siniestro, cuya indemnización se reclama en la demanda (13.º considerando).

La desestimación de todos los motivos del recurso comporta la condena en costas a los recurrentes —artículo 1.748 de la ley de Enjuiciamiento Civil— (14.º considerando). (Sentencia de 5 de enero de 1977. Ref. Ar. 5/77.)

SALA II

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Considerando: Que procede desestimar el único motivo del recurso interpuesto al amparo de lo que dispone el número 1.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el que se denuncia la infracción por inaplicación de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 9.º en relación con la circunstancia 7.ª del artículo 8.º del C. P. por el simple razonamiento siguiente: para la apreciación como completa o como incompleta de la circunstancia exigente de estado de necesidad es menester la concurrencia de tal estado, lo que supone la colisión entre dos bienes jurídicamente protegibles, de modo que el mal que se trata de evitar merezca un juicio social calificado, no bastando el individual del sujeto activo, y obvio resulta decir que no puede atribuirse tal carácter al mal maliciosamente provocado, cual es el que para el sujeto puede derivarse del hecho de haber cometido un delito, pero además se da la circunstancia que en el relato de hechos probados no se dice que el procesado se hallase en inmediato peligro de ser perseguido por el apoderamiento de dinero que había realizado en la empresa en la que trabajaba, sino que pasaba dificultades porque la compañía en que trabajaba le reclamaba la cantidad que deudaba por habérsela gastado, por lo que ni siquiera aparece descrita ninguna situación de peligro inminente para un bien del procesado con independencia de que éste fuere o no jurídicamente protegible. (Sentencia de 13 de noviembre de 1976. Aranzadi 4.732.)

FALSEDADES

Considerando: Que en el procedimiento de urgencia ante las audiencias provinciales las partes tienen dos momentos para la proposición de prueba: 1.º con el escrito de calificación a tenor del artículo 798 de la L. E. Crim.; 2.º al iniciarse el juicio tras la falta de conformidad del procesado y del tercero civil responsable, cuando el juicio se inicia, con el interrogatorio del procesado sobre los hechos, conforme al artículo 800 de la propia ley adjetiva. Transcurridos dichos trámites ha precluido el momento válido de proposición de prueba, y, por tanto, la articulada con posterioridad podrá serlo en forma, mas no lo es en tiempo oportuno. Así lo ha venido subrayando esta Sala en constante doctrina —sentencias, entre otras, de 24 febrero 1968 (R. 1.045), 18 noviembre 1970 (R. 4.680), 16 marzo 1972 (R. 1.328) y 4 abril 1973 (R. 1.560).

Considerando: Que el primer motivo del recurso se funda en el artículo 850, primero, de la ley procesal penal, puesto que según la parte se denegó una

prueba pericial propuesta sobre la autenticidad de firma de los recibos falsos y solicitando el cotejo de letras. Mas revisando el escrito de calificación de la defensa del procesado, éste se limitó a proponer como medio de prueba el interrogatorio del procesado y la documental por lectura de los folios 13 y 14 del sumario. No se propuso pericial alguna. En el acto del juicio oral se propone una prueba pericial tras el interrogatorio del procesado, denegada muy oportunamente por la Sala «por no ser momento procesal oportuno». Por tanto, no fue propuesta en tiempo, sino cuando las dos etapas de proposición habían decaído, y por ello no se cometió el defecto procesal que se denuncia, razones que fundamentan la desestimación del motivo.

Considerando: Que en el segundo motivo se denuncia la infracción señalada en el artículo 851, 1.º, de la L. E. Crim., empleo en los hechos probados de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, señalando como tales las expresiones de que el procesado logró «con tan falaz maniobra que se alzasen los embargos de los bienes de su propiedad» trabados para el pago de las deudas correspondientes. Por conceptos jurídicos debe entenderse, según doctrina de esta Sala, aquellas expresiones técnicas de matiz jurídico, sólo asequibles a los profesionales del Derecho, que el Código emplea ordinariamente para definir el núcleo del tipo penal, y viniendo condenado el recurrente por la falsedad del artículo 303 en relación con el 302, números 1.º y 2.º del C. P., es claro que las expresiones denunciadas falaz maniobra no es la falsedad del artículo 303 ni es concepto jurídico, aunque, como es natural, el delito de falsedad se exprese vulgar y fácticamente, como lo hizo la sentencia recurrida, sin incurrir en el defecto apuntado, lo que fundamenta la desestimación del recurso.

Considerando: Que en el tercer motivo del recurso se alega por el cauce del artículo 849, 1.º, de la L. E. Crim. la infracción por aplicación indebida del artículo 307 del C. P. Mas se advierte que la sentencia no lo aplicó y, por tanto, no existe tal indebida aplicación, sino que aplicó el artículo 303 en relación con el artículo 302 del C. P. Mas admitiendo que se trata de un error mecanográfico y que se refiere al artículo 303 del C. P., ya esta Sala ha declarado que adquieren por incorporación la naturaleza de documentos públicos los privados que se presentan para unirse y surtir efecto en actuaciones oficiales, como en este caso unos recibos alterados que el recurrente confeccionó a máquina y presentó en Magistratura con contenido falso, firma falsa, pero que produce el efecto de alzar el embargo trabado en sus bienes para abono de salarios y complementos retributivos. Por tanto, el delito del artículo 303 fue cometido por el recurrente, porque las frases de la sentencia al respecto son elocuentes «confeccionó a máquina y presentó», constándole que ni los productores habían, por tanto, estampado tal firma ni tampoco habían percibido el importe, luego la falsedad material y la ideología sólo son imputables al mismo, razones que fundamentan la desestimación de este motivo. (Sentencia de 4 de noviembre de 1976. Ar. 4.615.)

Considerando: Que para que la sentencia penal incurra en el vicio procesal determinante de quebrantamiento de forma que la anule y que recoge el artículo 851 número 1.º de la L. E. Crim., de existir en los hechos probados contradicción entre distintas frases, oraciones o conceptos fácticos, resulta enteramente indispensable que en éstos se enfrenten u opongan, de manera irreconciliable, afirmaciones y negociaciones que por su contenido semántico y lógico se destruyen entre sí, dado su antitetismo e imposible coexistencia, al no poder ser y dejar de ser una misma cosa gramaticalmente al mismo tiempo, debiendo a su vez de afectar a extremos esenciales de la calificación jurídica del delito o a la responsabilidad de las personas que le dieran existencia y teniendo por fin que tratarse de una oposición clara, patente y manifiesta, por resultar directa y fácilmente reconocible conforme a las reglas del criterio humano más elementales, no pudiéndose admitir las que tengan que efectuarse a medio de interpretación de textos legales o signifiquen mera oposición entre el contenido de ellos, ni las que supongan meras deducciones o hipótesis del recurrente, con interpretaciones posibles, pero no seguras y unívocas.

Considerando: Que el delito de falsedad de documento privado del artículo 306 del C. P., como mutación de la verdad de su contenido, efectuada por el agente con efectivo perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, trastocándose el tráfico jurídico, tiene que hallarse reflejada y constatada, de forma expresa y directa, como una realidad de hecho, en el «factum» de la sentencia penal, proclamando de forma evidente en qué consistió la «mutatio veritatis», a qué finalidad tendía, y la persona que la realizó, sin poderse admitir que negando en libre convicción psicológica del Tribunal penal, el cambio de la realidad, la autoría del inculpado y por consiguiente la presencia de la falsedad, con invocación de normas sustantivas no penales y no relacionadas con preceptos penales, y usando indebidamente el cauce del artículo 849 número 1.º de la L. E. Crimen., se pretenda, a medio de deducciones, presunciones «ad homine», cábalas y suposiciones, modificar radicalmente los hechos probados, sustituyendo el criterio oficial, objetivo e imparcial del órgano jurisdiccional del Estado, por el particular, subjetivo e interesado de la parte que recurre, para fijar la presencia de un delito y una autoría, que no resulta del relato histórico, contrariando lo dispuesto en el número 3.º del artículo 884 de la misma ordenanza criminal.

Considerando: Que por la efectividad de toda la anterior doctrina, resulta imposible de aceptar los dos motivos del recurso, basados en una misma línea argumental, que pretenden derrocar la afirmación fáctica de la resolución recurrida del despido voluntario del trabajador, hecho constar en la carta de despido que dirigió a la empresa el operario recurrente y en la posterior que suscribió el mismo, reconociendo haber percibido todos los emolumentos y firmado el finiquito, a cuyo fin pone el acento argumental en la otra aseveración de la sentencia, de que aceptó incluso la liquidación que la empresa le

hizo por cese, por estimar que la finalización de la relación de trabajo no pudo ser debida a la voluntad del operario, ya que esta conclusión, según el artículo 81 del texto refundido de la L. C. T. de 27 de enero de 1944 (R. 274 y N. Dicc. 7232), en sus párrafos 1.º y 3.º y final, no concede derecho a indemnización alguna, y si ésta existió, es que el cese fue un despido de la empresa, y aquellos dos recibos falsos, realizados por el inculpado, autor de las falsedades en documentos privados, al escribir textos sobre firmas en blanco; mas al razonar así, solicitando en lo formal una declaración de contradicción en los hechos probados —de un lado despido voluntario y de otro indemnización, que se repelen—, y cambiando en lo sustantivo radicalmente los hechos probados, que proclaman la confección de los dos documentos por el obrero recurrente, y también que no se ha probado que el inculpado hiciera las dos cartas sobre papel que previamente contuviera las firmas del operario, no se tiene en cuenta que, de un lado, no existe contradicción alguna directa y semántica o de hecho, única admisible, sino que se quiere encontrar por la vía jurídica indirecta del examen de unos textos legales que desbordan al contenido del recurso por quebrantamiento de forma, y de otro, que la modificación del relato fáctico que expone la creencia del juzgador, no es admisible contra su expreso contenido por vía de hipótesis, razonamientos, conjeturas y cábalas, como se quiere lograr sólo porque la conducta que debía observarse en virtud de dicho artículo 81 impedía indemnizar, cuando realmente nada prohíbe efectuarlo, pudiendo la empresa, a pesar del despido voluntario del trabajador, gratificarle, bien porque así lo estime justo, bien por existencia de pacto anterior, sin que ese pago tenga inequívocamente la significación que se le atribuye por exclusividad en el recurso de tenerse por deber siempre o en todo caso, al despido efectuado por la empresa, pues puede obedecer a otras causas diferentes, observando esta Sala, por lo demás, al examinar las actuaciones según el artículo 899 de la Ley de ritos, que el recibo del folio 50 del sumario, se originó por sueldos y gastos y no como indemnización, así como que los recibos de los folios 9 y 10 reflejan el percibo de gratificaciones extraordinarias, de participación en beneficios, de salario base y de prestación familiar, por lo que la aseveración del hecho probado referida a tal indemnización ha de tomarse en el sentido de abono de tales conceptos y no en el específico de pago de indemnización, que además, y como se dijo, podía ser debida a causas diferentes a la de despido por la empresa y que podía coexistir con el voluntario, dada la libertad de beneficiar al trabajador más allá de las normas de protección legal que le amparan justamente, llegándose por todo ello a la conclusión de que según los claros y no contradichos hechos probados no existe mutación de la verdad alguna que criminalizar ni autoría por parte del procesado que sancionar, teniéndose que desestimar, como se indicó, los dos motivos del recurso por hallarse ajustada a derecho la sentencia recurrida. (Sentencia de 15 de noviembre de 1976. Ar. 4.741.)



INTRUSISMO

Considerando: Que el delito de usurpación de funciones del artículo 321 del C. P., denominado vulgarmente como intrusismo, es una infracción criminal, de mera actividad y por tanto de condición formal, que no requiere para consumarse alcanzar un resultado lesivo o dañoso al bastar el simple hecho de ejercer actos peculiares de una profesión sin estar en posesión del indispensable título oficial que le faculte a tal fin; delito que tutela y ampara el interés público que es patrimonio del Estado en su potestad exclusiva y excluyente de que sean personas tituladas las que desempeñen las funciones más importantes en el ámbito de las necesidades comunitarias y de la organización social, a medio de su aptitud y capacidad demostradas, y amparadas en los títulos que expida y cuyo desenvolvimiento le compete establecer y vigilar, evitando la peligrosa concurrencia de los que carezcan de ellos, por lo que indudablemente el sujeto pasivo de esta infracción es el Estado mismo, aunque puedan también sufrir perjuicios las personas particulares que reciban los no permitidos servicios e incluso las entidades integradas por los profesionales titulados, a los que se dañe en su derecho de exclusividad.

Considerando: Que la estructura del delito de intrusismo se encuentra constituida, según deriva del artículo 321 del C. P., por un presupuesto material y activo, manifestado con la realización positiva por el agente de actos propios de una profesión que requiera título oficial o reconocido, bien académico que acredite la superación de las pruebas de capacidad y demás condiciones exigidas en un círculo de estudios determinado o bien título oficial instituido o emanado de centro público de enseñanza estatal o privado reconocido por el Estado, y por un elemento negativo y omisivo determinado, porque, al actuar de tal forma, el referido agente carezca del título oficial o reconocido que le legitimara de existir y que le impide por su falta, para actuar como lo hizo, por invadir actuaciones reservadas para profesiones tituladas exclusivamente.

Considerando: Que la profesión de óptico para su adecuado ejercicio técnico en materia tan importante, como es la de lograr la conservación de los ojos de los hombres, si bien fue libre en principio, se sometió a regulación y control legal a partir del decreto de 22 de junio de 1956 (R. 1.018 y N. Dicc. 22.664) del Ministerio de Educación Nacional, creando el Diploma de Optico en anteojería, expedido por el mismo, y fijando los planes de enseñanza teórico-prácticos a medio de cursos con estudio de numerosas asignaturas y demostración de suficiencia de las enseñanzas en el Instituto de Optica «Deza de Valdés», regido por profesores universitarios; desarrollando posteriormente el decreto de 20 de julio de 1961 (R. 1.138 y N. Dicc. 22.666) de Presidencia el ejercicio de la profesión de óptico, exigiendo que, a partir de su entrada en vigor, todos los establecimientos de óptica deberían tener a su frente un «óptico diplomado» por estar en posesión del diploma antes referido, y estimando como tales esta-

blecimientos los «capacitados para el tallado de vidrios correctores, montaje, adaptación y venta de los artículos ópticos destinados a la corrección y protección de la visión», regulando de nuevo las enseñanzas a desarrollar y admitiendo transitoriamente la actividad de los establecimientos en activo antes del 1 de enero de 1961 que no dispusiera de óptico, y llegándose así a la Orden de 4 de abril de 1962 (R. 678 y N. Dicc. 22.666, nota a decreto de 20 de julio de 1961, artículo 5.º) del Ministerio de Comercio, que declaró la compraventa de artículo de óptica como una actividad comercial libre que no está sujeta, en cuanto a la titularidad de los establecimientos, a restricciones, al número de éstos y a la transmisión de la propiedad de los negocios, pero reiterando la exigencia de que en todo establecimiento de tal clase debería actuar un óptico diplomado encargado de las operaciones técnicas que exige el ejercicio de este comercio y que antes se indicaron, y estimando expresamente con calificación *ex lege* en su apartado 3.º que «la práctica de actos propios de los ópticos diplomados en el comercio por personal que carezca de diploma constituye ejercicio ilegal de una profesión que exige título oficial o incide en los supuestos correspondientes de las leyes penales», para llegar, por último, al decreto de 15 de septiembre de 1972 (R. 1.885, 2.067 y N. Dicc. 20.328) del Ministerio de Educación y Ciencia, creando la Escuela Universitaria de Óptica, dependiente de la Universidad Complutense de Madrid, y que se regirá por las normas establecidas en la ley general de Educación de 4 de agosto de 1970 (R. 1.287 y N. Diccionario 10.462) para las Escuelas Universitarias —de Grado Medio—, a la que pasan todas las enseñanzas que meramente regula para alcanzar el título de diplomado en óptica; por lo que, en definitiva, de toda esta normativa deriva como evidente que, a partir de 1 de enero de 1961, todo establecimiento de óptica que se abra al público, si bien en su titularidad y dominio puede pertenecer a cualquier persona, sin embargo, necesariamente debe actuar al frente del mismo un diplomado en óptica por haber alcanzado el título académico y oficial referido de acuerdo con dicha sucesiva legislación, a fin de realizar las esenciales funciones técnicas de tallado de vidrio, montaje, adaptación y venta de artículos ópticos destinados a la corrección y protección de la vista, y si falta el diplomado y se realizan tales actividades, a presumir siempre efectuadas cuando el establecimiento de óptica actúe públicamente por ser los específicos y más importante de su función normal y no conste expresamente que sólo extraordinariamente realizase operaciones de comercio distintas a las técnicas transferidas, se ha de estimar cometido el delito de intrusismo del artículo 321 del Código penal por concurrir los dos requisitos positivo y negativo que lo integran o estructuran según quedó demostrado.

Considerando: Que otorgando efectividad a toda la anterior doctrina, que en alguna parte tiene el antecedente de la sentencia de 10 de mayo de 1974 (R. 2.255), resulta que la sentencia de instancia estuvo acertada al entender cometido el delito de usurpación de funciones del artículo 321 del C. P., toda

vez que la conducta del inculpado consistió en que desde el mes de julio de 1968 tenía abierto al público en un plaza de Z. un establecimiento mercantil de óptica sin poseer el título de óptico diplomado que lo faculte legalmente para ejercer esa actividad, y sin que tampoco tuviera al frente de dicho establecimiento persona alguna que ostente dicha titulación, agredando el considerando con apreciación fáctica acogible *que ejerció los actos propios de la profesión en tal empresa*, por lo que indudablemente surge, de un lado, la ausencia del amparador título oficial académico de óptico diplomado exigido por el Estado Español y protegido por el mismo según la legislación múltiple expuesta, y aparece, por otro lado, las actividades técnicas prohibidas sobre lo que es peculiar del comercio de óptica, no dejadas al margen por afirmación contraria e incluidas dentro del desarrollo normal de la actividad, apareciendo nítidos los dos requisitos integrantes de la usurpación de funciones sin que en contra de esta acertada valoración pueda tener eficacia alguna el único motivo del recurso, que, tomando fraccionariamente la Orden de 4 de abril de 1962, asegura que la apertura de tal establecimiento supone el ejercicio legítimo del derecho de tener un comercio de óptica, y que no le hacía falta el amparo del óptico diplomado porque no realizaba las operaciones técnicas que a éste sólo corresponde, afirmaciones que, siendo exacta la primera, porque la titularidad comercial es libre e incluso posiblemente el comercio de objetos no sometidos a tales actividades técnicas ni poseedoras de tal destino —corrección o protección de la vista—, sin embargo, no puede acogerse la segunda porque modifica el hecho probado, y al tratarse de una situación anormal y excepcional, debía de darse expresamente como demostrada para poder aceptarse, pues lo adecuado es que todo establecimiento de óptica desempeñe el cúmulo total de las actividades peculiares de su cometido siempre normalmente presumibles, y claro es, fundamentalmente, las de tallado de vidrios, montaje, adaptación y venta de artículos ópticos, beneficioso para la vista humana, al ser los específicos y singulares de su misión, por lo que, al estar presente el desvalor de la acción y del resultado, estuvo bien realizado el reproche de culpabilidad decretado por la sentencia recurrida que debe aceptarse. (STS de 23 de noviembre de 1976. Aranzadi 4.875.)

#### LESIONES

Considerando: Que el único motivo de casación formulado por la representación del procesado, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, postula la aplicación del artículo 422 del C. P. en sustitución del artículo 420, número 3.º, que ha sido el aplicado, aplicación correcta y conforme a la doctrina que viene sosteniendo esta Sala respecto de las deformidades, el perjudicado como consecuencia del bastonazo en la nariz que le dio el procesado le ha quedado, aparte de los días que tardó en curar de las lesiones, una secuela generadora de una deformidad visible y permanen-

te, consistente en una desviación del tabique nasal que le irroga una alteración a la función respiratoria nasal del lado derecho, precisando para su curación de intervención quirúrgica, quedándole, a pesar de ella, una cicatriz externa y visible que indudablemente alterará o cambiará la forma estética persistente de la nariz afectada, haciéndola desfigurada o fea para su ostensible notoriedad, a lo que es forzoso añadir la alteración de la función respiratoria nasal que hace imprescindible la operación quirúrgica para su curación, lo que viene a demostrar lo acertado de la incardinación de los hechos en el número 3.º del artículo 520 y la necesidad de desestimar el motivo. (STS de 10 de noviembre de 1976. Ar. 4.669.)

Considerando: Que a efectos del número 2.º del artículo 420 del C. P., «perdido un ojo», significa tanto la privación *anatómica* de ese órgano de la visión siempre y cuando con anterioridad a las lesiones cumpliera su normal función sensitiva, como la *funcional*, consistente en la cesación total de dicha visión como consecuencia de la dinámica comisiva o traumatismo sufrido por el ofendido. Pero este Tribunal, con la única excepción de la sentencia de 27 de diciembre de 1886, que requirió para la aplicación del número 2.º del artículo 420 mencionado la pérdida total de la visión, ha venido sosteniendo inalterablemente que a la pérdida consecutiva del ojo o de la visión del mismo se equipara la disminución considerable del campo o de la agudeza visual siempre que dicha disminución constituya secuela derivada de las lesiones de que se trate, y así, en la sentencia de 23 de diciembre de 1878, aplicó el precepto analizado cuando el lesionado perdió casi la totalidad de la visión de un ojo, doctrina reiterada por las sentencias de 2 de abril de 1882 y 29 de septiembre de 1925, mientras que las sentencias de 26 de mayo de 1905, 15 de diciembre de 1909, 18 de diciembre de 1915, 17 de abril de 1923, 11 de enero de 1926 y 19 de marzo de 1936 (R. 596) en un línea interpretativa parecida sostuvieron que dicho número 2.º tanto se refiere a la pérdida de un ojo como haber quedado el lesionado impedido de él por falta consecutiva de visión normal o por limitación de campo visual, añadiendo la de 23 de enero de 1956 (R. 101) que el precepto estudiado no ha de entenderse en el sentido de que sea precisa la desintegración de tal órgano del cuerpo humano, sino que basta con que represente una alteración funcional del mismo o en la visión normal proporcionada por él, perturbando su uso o disminuyendo en cuantía sensible tan importante sentido para el desenvolvimiento de la vida, y la de 15 de junio de 1951 (R. 1.735) asimila a pérdida la dificultad de levantar el párpado o otosis palpebral, la de 6 de octubre de 1958 (R. 2.995) entendió que basta a los efectos debatidos con una pérdida de la visión alrededor o superior al 50 por 100, doctrina reiterada por la sentencia de 1 de julio de 1959 (R. 2.699), insistiendo la de 8 de junio de 1960 (R. 1.975), en que equivale a pérdida el que con dicho órgano sólo se perciba la luz, estimando la de 18 de febrero de 1966 (R. 878) que puede parificarse con la pérdida, la parálisis total de ambos rectos externos y la casi

absoluta desaparición de las lágrimas, con notable disminución del campo y de la agudeza visual, y, finalmente, la sentencia de 8 de octubre de 1971 (R. 3.768) equiparó a la pérdida la inutilización de las funciones del ojo en grado tal que impida o dificulte el uso a que por su naturaleza está destinado, reputando pérdida la miopía consecutiva con atrofia cororretiniana y borde de la pupila irregular y dilatado, la de 3 de diciembre del mismo año 1971 (R. 5.391), según la cual equivale a la tantas veces referida pérdida, la reducción de la visión a un cuarto de lo normal con midriasis media y subluxación del cristalino, y la sentencia de 4 de julio de 1972 (R. 3.514) cierra la exposición jurisprudencial del tema subrayando que si la cuantía de la disminución de la visión no está bien determinada, dicha disminución equivaldrá a la deformidad a que se refiere el número 3.º del artículo 420, pero si se halla concretada y es considerable, deberá aplicarse el número 2.º de dicho artículo.

Considerando: Que en el caso de autos, como consecuencia residual de los golpes y malos tratos administrados por el procesado al ofendido, éste ha quedado con una reducción de la agudeza visual del ojo izquierdo del orden de un 40 por 100 y con diplopia o visión doble en el referido ojo, lo que, especialmente merced a esta segunda secuela, que puede imponer la neutralización del órgano de visión afectado, equivale a la pérdida o disminución considerable de la visión de un ojo que la jurisprudencia exige para la subsunción de la conducta del agente en el número 2 del artículo 420 tantas veces citado, procediendo, en consecuencia, desestimar el motivo quinto del recurso, último de los admitidos, apoyado en el número 1 del artículo 849 de la L. E. Crim. por inaplicación del número 3.º del artículo 420 del C. P. y aplicación indebida del número 2.º de dicho precepto. (STS de 18 de diciembre de 1976. Ar. 5.405.)

## ESTUPRO

Considerando: Que como tiene declarado la doctrina de esta Sala —sentencias de 11 de junio de 1970 (R. 2.780) y 4 de julio de 1972 (R. 3.513), entre otras—, en el *estupro de prevalimiento* del artículo 434 del C. P. se encierran en realidad dos supuestos distintos por razón del sujeto activo del delito: un *estupro autorizado*, en que se realza la condición del agente (autoridades y guardadores que cita), que por su ascendiente sobre la doncella —doncellez que se presume salvo prueba en contrario— disminuye en ella los resortes de su resistencia a la solicitud de que es objeto, y un *estupro propiamente doméstico*, en el que es tan sólo la convivencia de hombre y mujer bajo el mismo techo y la lealtad a que tal vida en común obliga, la que determina la *ratio legis* del precepto, por lo que ya se comprende que el supuesto más frecuente y típico de esta segunda modalidad del estupro es el del «amo» y «criada», según la terminología decimonónica hoy desplazada, con más sentido social, por el de

«contratante del servicio» y «empleada de hogar», según acreditan las frecuentes alusiones jurisprudenciales a dicha relación —sentencias de 15 de abril de 1899, 30 de julio de 1930, 28 de enero de 1932 (R. 1932-33, 1.873), 10 de abril de 1954 (R. 894), 15 de octubre de 1957 (R. 2.668), 5 de octubre de 1960 (Resolución 3.026), 12 de mayo de 1962 (R. 2.034), 25 de noviembre de 1963 (Resolución 4.557), 17 de marzo de 1969 (R. 1.645), 9 de marzo de 1970 (R. 1.336), 4 de diciembre de 1972 (R. 5.275) y otros muchas—; de suerte que es esa inserción de los protagonistas del hecho en la misma casa u hogar, con la protección que ello comporta a la dignidad familiar —sentencia de 3 de octubre de 1956 (R. 3.036)—, la que justifica el superior castigo de esta especie de estupro con dualidad de bienes jurídicos protegidos, honestidad y familia; consecuencia de lo cual es que sea indiferente la existencia de engaño, propio del estupro común o de seducción —sentencia de 23 de mayo de 1933 (R. 2.372), 4 de junio de 1964 (R. 2.966), como que a la vez el estuprador sea patrono de la estuprada, pues lo decisivo es que ésta sea sirvienta de la *casa* del primero —sentencia de 17 de octubre de 1961 (R. 3.385)—, y si por acaso la conducta del culpable puede ser incriminada simultáneamente, ya en el artículo 436, ya en el artículo 437, además de serlo en el 434 del C. P., prevalecerá en tal concurso de normas las de mayor gravedad o rango punitivo, según establece para dicho supuesto de concurrencia normativa el artículo 68 del mismo Código —sentencia de 18 de enero de 1964 (R. 261).

Considerando: Que con vista de la anterior doctrina interpretativa no puede por menos que reconocerse en la conducta del procesado descrita en el *factum* de la sentencia por él recurrida la confluencia de aquellas dos modalidades que hemos visto encerradas en el artículo 434 del C. P.: la obligada convivencia bajo el mismo techo de la ofendida y procesado, por prestar aquélla —de buena conducta según declaración expresa que ratifica la presunción de doncellez— su trabajo de sirvienta en el domicilio de aquél durante los dos años y medio aproximadamente que duró la ausencia de la madre de la menor (de catorce años), quien la confió al encartado para dicho cometido laboral, autorizándole para corregirla e incluso castigarla si a ello se hiciera acreedora por su comportamiento, de tal modo que este ascendiente patronal que ejercía sobre la adolescente y la autoridad cuasi-paternal que le había sido conferida fueron parte decisiva para lograr la aquiescencia de la muchacha hasta conseguir el reo su completa posesión, con las consecuencias de embarazo y subsiguiente maternidad que consigna el relato; es decir, que hubo, a no dudarlo, prevalidamiento de autoridad por parte del procesado y desleal aprovechamiento de la convivencia doméstica con la doncella, abusando notoriamente de las facultades que se le habían otorgado y de los vínculos que engendra la vida en común, mas tratándose de una menor apenas salida de la pubertad, necesitada por ello de amparo y protección en el nuevo hogar que se le brindaba por quien, como jefe de familia, más obligado estaba a prestar aquella guarda;

frente a cuyas terminantes conclusiones carecen de toda virtualidad los alegatos del recurrente cuando echa en falta el engaño de que se prevalliera para lograr el yacimiento con la doméstica o el abuso de situación angustiosa en que la misma se encontrara, pues ya se ha visto en doctrina que tales elementos, propios de otras modalidades de estupro, son totalmente ajenos al tipo penal aplicado, como es igualmente inadecuada la sentencia de 18 de marzo de 1958 (R. 830), citada al respecto por el recurrente, pues dicho fallo se refería al doble supuesto de estupro de seducción y de estupro patronal, que al no darse en el caso determinaron la absolución del acusado; supuestos, repetimos, que no son los aquí examinados en que se trata de la aplicación del artículo 434 y no de los artículos 436 o 437 del C. P., y si bien es cierto que la joven de autos también prestaba servicios de limpieza en un bar del procesado sito en edificio distinto a la morada de ambos y que el acceso carnal, reiterado, tuvo lugar en una dependencia de dicho bar, no es menos cierto que la causa generatriz del yacimiento fue aquel doble influjo —resaltado por la sentencia recurrida— derivado del ascendiente del procesado sobre la muchacha a él encomendada y de la domesticidad; ante lo cual, el lugar en que para mayor facilidad o por otra causa se llevó a cabo el contacto carnal es episódico e intrascendente como se aprende en constante jurisprudencia de esta Sala recaída al respecto —sentencias de 24 de septiembre de 1915, 31 de octubre de 1952 (R. 1.994), 15 de febrero de 1968 (R. 933) y otras muchas—; razones todas que llevan a desestimar el único motivo subsistente del recurso. (STS de 17 de diciembre de 1976. Ar. 5.403.)

## ROBO

Considerando: Que en todos los ordenamientos penales, aparte específicos abusos de confianza que constituyen *per se* el delito o suelen estar entrañablemente unidos a él (como ocurre en el formulado histórico o en el hurto doméstico de nuestros días), se estima que junto a la infracción del derecho ajeno, que toda especie punitiva comporta, se pueda dar una especial conculcación de la lealtad en particular debida a la víctima, infidencia que aumenta el reproche de la conducta tanto más cuanto estrechos sean los vínculos que le unen al ofendido y de los que dimanan aquella confianza; *fundamento* de la agravación de la responsabilidad del culpable que ya pone de relieve los factores que la integran, a saber: un *elemento objetivo*, integrado por la efectiva dación de confianza inherente a ciertas situaciones o títulos de los que dimana la fiducia otorgada por el agraviado, como son las relaciones de amistad, de convivencia doméstica o de cualquiera otra relación profesional o de servicios que implican fidelidad en su ejecución, de donde se deriva como secuela obligada la mayor facilidad para delinquir, y un *elemento subjetivo* integrado por el abuso, el mal

hacer, la traición del agente que, prevalido de aquél previo vínculo moral, lo quebranta y conculca *para* cometer el delito, lo que equivale a una suerte de relación causal entre el abuso de confianza y la ejecución del acto delictivo —sentencias de 22 de abril de 1948 (R. 582), 25 de abril de 1964 (R. 2.264), 31 de marzo de 1970 (R. 1.500), 30 de mayo de 1974 (R. 2.453) y otras muchas.

Considerando: Que mentados elementos integrantes de la agravante en examen se reconocen en la narración de hechos en la sentencia recurrida, de los que se desprende: *a)* la existencia de una relación de servicios entre el propietario de la cafetería de autos y la procesada recurrente que prestaba su trabajo como mujer de limpieza del establecimiento, lo que implicaba su acceso al mismo sin limitación alguna, lo que forzosamente entrañaba un margen de *confianza* otorgada —al menos en forma *tácita*— para que hiciera un uso correcto de las cosas puestas a su alcance, en particular aquellas que, como las llaves de entrada al local, se guardaban en determindo lugar que la procesada conocía precisamente por causa de su trabajo, lo que a su vez determinaba la facilidad de apoderamiento más o menos transitorio de dichas llaves con ulteriores propósitos delictivos, y *b)* el efectivo *abuso* o aprovechamiento de la confianza otorgada, puesto que al describirse el *pactum sceleris* que ligaba a la procesada con sus dos co-reos, expresamente se afirma que los tres convinieron apoderarse del dinero que hubiera en la cafetería, *aprovechando* los servicios laborales que en la misma prestaba la recurrente, en ejecución de cuyo convenio ésta entregó subrepticamente las llaves en cuestión a otra procesada que había entrado al establecimiento como una cliente normal, llaves que esta última hizo llegar al también encartado, quien tras sacar rápidamente una copia de las mismas las devolvió por el mismo conducto y colocadas por la recurrente en su lugar habitual, llave falsa que sirvió de medio de ejecución eficaz para perpetrar el robo en la madrugada siguiente; de modo que si como consecuencia de los servicios prestados por la inculpada se evidencia el otorgamiento de una confianza por su principal no meramente ficticia o presunta, sino real y existente, y que tal relación de fiducia fue hábilmente explotada por esta procesada y sus co-reos para ejecutar con facilidad y aun con garantía de impunidad el hecho delictivo del apoderamiento del dinero que existía en la caja-registradora del local y dentro de una pequeña caja metálica que también se guardaba en el mismo, fácil es concluir la existencia de aquellos elementos objetivo y subjetivo que están en la raíz de esta agravante, lo que lleva a desestimar ambos motivos del recurso: el *primero* en cuanto impugna la aplicación de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad, y el *segundo* en cuanto reputa, como consecuencia, que no debió aplicarse la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 61 del C. P. prevista para el caso de concurrir alguna agravante (STS de 14 de octubre de 1976. Ar. 3.969.)



HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA

Considerando: Que la agravante de abuso de confianza aplicable a los delitos de hurto, y concretamente en el supuesto contemplado, no viene determinada, como erróneamente argumenta la tesis de la defensa, por el vínculo o relación entre la culpable, profesional de la hostelería que prestaba sus servicios en dicha calidad en el Hospital General de esta capital, y los huéspedes del mismo, objeto del despojo, ni tampoco de las relaciones de amistad, dependencia o cualquier otra derivada de vínculo social análogo, sino que nace de la situación favorable en que se encontraba la culpable para la perpetración del delito y en buscar las ventajas que la misma le proporcionaba para su ejecución, ventajas que de otra manera no hubiera obtenido, siendo indudable los vínculos laborales que la unían al dueño del establecimiento hotelero por razones del servicio a realizar, lo que supone haber depositado en ella su confianza, obligando a la culpable a guardar lealtad, quebrantándola aprovechándose de las facilidades de que disponía para recorrer todo el hostel y en la ocasión más propicia por la ausencia de los perjudicados de sus habitaciones cometer la sustracción, teniéndolo así declarado esta Sala en reiterada doctrina en sentencias, entre otras, de 7 de octubre de 1963 (R. 4.008), 28 de enero de 1965 (R. 86) y 14 de abril de 1973 (R. 1.762), procediendo por todo lo expuesto la desestimación del único motivo emitido en este recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la citada ley procesal. (STS de 13 de octubre de 1976. Ar. 3.962.)

Considerando: Que el único motivo del recurso interpuesto por la representación del procesado, acogido al número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., reputa infringido por aplicación indebida del artículo 514, número 1.º, en relación con el 515, número 3.º, y 516, número 2.º, y alternativamente por falta de aplicación el artículo 535, todos del C. P., por cuanto el relato fáctico de la sentencia recurrida no consignaba expresamente que el procesado *tomara* las cosas muebles a que se hace referencia en aquél, sino simplemente «que se llevó», acepción enteramente diferente, significativa de que aquél no cogió las correas o vigas metálicas, sino que las transportó hasta el almacén en que fueron colocadas, de suerte que lo imputado como verificado no era un apoderamiento ni una sustracción, sino un traslado seguido de una instalación en la obra, por lo que percibió el importe correspondiente dado su condición de encargado de la obra, sin que este cometido implicara abuso de confianza y mayor facilidad en la comisión de los hechos, y que en todo caso y en la opción más desfavorable de considerar existía infracción penal, ésta sería constitutiva de una apropiación indebida del artículo 535 del C. P. citado, y no del hurto cualificado apreciado; alegación que aun con independencia de entremezclar varias cuestiones sustantivas, que debieron ser objeto de motivaciones independientes conforme a lo ordenado en el artículo 874 de la Ordenanza Procesal,

lo que en este trámite es causa de desestimación, aparece en cuanto a su fondo y puntos esenciales aducidos enteramente inadmisibles a los efectos casacionales postulados, habida cuenta: a) que su construcción es puramente subjetiva e interesada, atribuyendo a vocablos o locuciones del relato fáctico un significado distinto al que le asignó el Tribunal de instancia, sin respetar ideológicamente la vinculación al mismo requerida por el cauce procesal al que se acoge el motivo, que pretende sustituirse por otra versión sofisticada y carente de base real, aunque más acorde y conveniente al interés personal del recurrente; b) que aceditando los hechos probados que el día 12 de octubre de 1974, en ocasión de hallarse el procesado de encargado de las obras realizadas por la empresa «Estructuras Metálicas S.», propiedad de José M. V., se llevó 18 correas o vigas metálicas, tasadas en 19.500 pesetas, sin empleo de fuerza o violencia, que con ánimo de beneficiarse vendió a un tercero, del que recibió el importe sin conocimiento del señor V., quedan configurados los elementos que integran el delito de hurto por el que aparece condenado el recurrente, sin ser preciso la utilización del verbo «tomar», que podría envolver y ser tachado de concepto jurídico, sustituida por «llevarse», para cuya acción es indispensable coger previamente la cosa mueble ajena, que se saca de la obra en construcción donde se hallaba para transportarla y venderla, sin conocimiento de su titular dominical, a un tercero, del que se recibe su importe con provecho personal del llevador, con lo que explícitamente quedan reflejados los elementos objetivos (apoderamiento de cosa mueble ajena sin empleo de fuerza o violencia), el presupuesto normativo (sin la voluntad del dueño o titular de la cosa) y el ánimo de lucro como requisito subjetivo del injusto, que integran y tipifican el delito de hurto común del artículo 514, número 1.º, que por el valor de la cosa sustraída se halla penalizado en el 515, número 2.º, preceptos que aparecen correctamente aplicados; c) que desprendiéndose inequívocamente del *factum* probatorio, ser el procesado el encargado de la obra de donde cogió los materiales vendidos en su personal beneficio, queda asimismo consignada la circunstancia cualificativa de abuso de confianza del artículo 516, número 2.º, porque, de una parte, quebrantó los deberes de lealtad dimanantes de los vínculos de relación que ligaban al procesado con el perjudicado, que creyendo o confiando en la fidelidad y recto proceder de aquél le encargó y puso al cuidado de la obra en que se encontraban las vigas sustraídas, y, de otra parte, amparado en tal empleo, pudo prevalerse de las facilidades que su actuación laboral le otorgaba de acceso y libertad de movimientos en el lugar del trabajo para realizar el apoderamiento de aquellas cosas muebles que no estaban al alcance de los extraños, al radicar la esencia de esta circunstancia cualificativa en prevalerse del cargo o empleo para obtener con mayor facilidad y menor riesgo la realización del hecho incriminado, y d) que consistiendo el hurto en sustraer o tomar la cosa mueble ajena con ánimo de lucro, sin empleo de fuerza o violencia y sin la voluntad de su dueño, mientras que en la apropiación

indebida la cosa se recibe del legítimo titular en depósito, comisión o administración o cualquier otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, y el relato fáctico lo que afirma es que el recurrente que trabajaba como encargado en la obra en construcción, aprovechando las facilidades que le daba tal condición, se apropió y llevó 18 vigas metálicas por valor de 19.500 pesetas, es también manifiesto y evidente que tal comportamiento constituye el delito de hurto cualificado, como acertadamente ha entendido y estimado el Tribunal de instancia, sin que pueda calificarse de apropiación indebida como finalmente se postula en el recurso, porque las referidas vigas nunca fueron entregadas al procesado bajo ningún título y tampoco se posesionó de ellas lícitamente en ningún momento, sino que fueron entregadas en la obra a disposición del dueño y titular de la misma, aunque éste las situara al alcance del procesado para su manejo y utilización, sin que esto supusiera posesión jurídica, sino simple uso, distribución y empleo en la propia obra para el mejor servicio de ella y en beneficio del perjudicado como titular dominical, razones que, consiguientemente, conducen a rechazar el motivo examinado por su carencia de justificación. (STS de 11 de noviembre de 1976. Ar. 4.674.)

Considerando: Que el primero de dichos motivos, articulado al amparo del número 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., denuncia como vicio de forma el no expresar la sentencia combatida clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados por no decirse en ella cuál fuera el horario de trabajo del procesado; en efecto, al relatar tan parcamente las relaciones del procesado con la empresa, el horario y jornada de trabajo del conductor del vehículo y otro cualquiera que permitiera valorar con el mayor acierto la conducta por él observada en orden a la comisión del delito de hurto que se le acusa, dejando en la duda, extremo de tanto interés y posible influencia en la calificación jurídica de los hechos controvertidos como delito de hurto de uso, cual es lo relativo si el procesado —una vez terminado su servicio cualquiera que fuera la duración de su jornada laboral— se limitó a seguir conduciendo el coche con breve extralimitación en el tiempo y en el recorrido o, por el contrario, si después de haberlo encerrado, volvió a sacarlo de nuevo para utilizarlo a su arbitrio y capricho, por lo que no se ha consignado en la relación fáctica de la sentencia recurrida clara y terminantemente los datos que puedan servir para valorar jurídicamente los hechos perseguidos, y procede por ello estimar este motivo del recurso y obliga a anular la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al ser y estado que tenían cuando se cometió la falta, es decir, al momento de pronunciarse sentencia por el Tribunal de instancia, a fin de que proceda a dictar otra más ajustada de Derecho en la que, subsanando y eliminando el defecto de forma apreciado, se guarde lo preceptuado en el artículo 142, regla 2.ª, y Orden de 5 de abril de 1932 (R. 426 y N. Dicc. 26.798) en relación con los artículos 741 y 742 de la L. E. Crim. (STS de 11 de noviembre de 1976. Ar. 4.676.)

«Considerando: Que el único motivo de este recurso por la vía procesal autorizada por el número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., plantea como exclusivo tema decisorio a debatir en la casación; si la responsabilidad criminal contraída por el recurrente debía o no estar agravada punitivamente por la aplicación, que el contradictor estima indebida, del párrafo 2.º del artículo 516; ya que a su juicio al no existir la «confianza» dimanante de la relación laboral, no ha podido ser quebrantada ni se ha podido abusar de una confianza que no se había otorgado, pues el candado era signo contrario de tal confianza.

Considerando: Que esta tesis hábil, pero inaceptable, no puede prosperar, pues la simple relación laboral al permitir el acceso incondicionado a las dependencias de la empresa, acceso que a los extraños a la misma no es de ordinario fácil ni hacerlo, implica de por sí sólo una relación de lealtad y mutua confianza, que los acusados, y concretamente el recurrente, quebrantaron, pues en los hechos aparece claro el prevalimiento de su situación laboral del referido acceso a los locales de la intermediación con las cajas donde el dinero sustraído era guardado; circunstancias todas que sin dubitación posible acreditan que se aprovecharon en la comisión del hecho, de las facilidades que su cometido laboral les deparaba, facilidades que los ajenos no hubieran tenido y que representan la deslealtad y subsiguiente abuso de confianza, sin que el hecho de tener cerrado el cajón signifique falta de confianza en los servicios, sino medio de seguridad genérico puesto en defensa del dinero guardado, predominantemente respecto de terceros, pero no respecto a los asalariados que deslealmente aprovechando el descuido de dejar abierto el candado, para con abuso de su situación y estancia en el local quitar el candado y apoderarse del numerario. Bien aplicada esta circunstancia específica, elemento esencial del tipo delictual agravado en el número 2.º del artículo 516 del C. P., el motivo impugnatorio es radicalmente desestimable. (STS de 13 de noviembre de 1976. Ar. 4.731.)

Considerando: Que en tema de *abuso de confianza* es preciso recordar, una vez más, que la reforma penal de 1944 (R. 1945, 953), suprimió por razones de pragmatismo, tal vez no decisivas, la distinción entre el *simple* y el *grave* abuso de confianza, de suerte que este último, en gracia o su mayor intensidad, operaba como cualificativa del hurto —verdadero subtipo del delito—, en tanto que el primero actuaba como agravante genérica en los demás delitos que consintieron este *plus* agravatorio, con lo que, ciertamente, se eliminó así, en palabras del legislador de dicha fecha, un motivo de «tortura» para la jurisprudencia al ensayar aquel criterio cuantitativo de gravedad en sus aplicaciones prácticas, con lo que, a no dudarlo, se ha ensanchado el ámbito de aplicación de esta cualificativa al hurto previsto en el número 2.º del artículo 516 del C. P., invalidando con ello, en buena parte, la doctrina jurisprudencial anterior

que se esforzó por encontrar el distinto grado de confianza o argucia al culpable para fundar la especie cualificada en las situaciones en que la dación de fiducia se reconocía con particular acuidad.

Considerando: Que a la vista de la mentada expansión de la agravante, se hace preciso subrayar, como lo viene haciendo la doctrina de esta Sala, los dos elementos en que aquélla reposa: Uno, el realmente esencial y antecedente, constituido por una verdadera y existente *situación de confianza* que como elemento espiritual y subjetivo vivifique el fundamento de la punición, asentándolo firmemente en un *plus* de culpabilidad al que siempre hay que aspirar como auténtico asidero de la responsabilidad en cualquiera de sus grados; y otro elemento de raigambre *objetiva* que opera como pura consecuencia del anterior y que no es sino la facilidad de comisión del delito dada aquella relación que liga a los sujetos activo y pasivo de la infracción; planteamiento que por sí solo ya está indicando que el primero de dichos factores es el que debe primar como punto de partida de la agravante, como ya se dijo por esta Sala en algunas de sus resoluciones posteriores a la reforma penal antedicha —sentencias de 22 de abril de 1948 (R. 582), 9 de mayo de 1974 (R. 2.183), entre otras—, buscando así paliar aquellos aislados y unilaterales criterios de la modalidad ejecutiva —sentencia de 22 de junio de 1964 (R. 3.191)—, con los del mayor dolo y perversidad del delincuente —sentencia de 15 de abril de 1967 (R. 1.700)—; siendo de recordar al respecto que las relaciones que suelen engendrar la confianza son la *relación doméstica* o asimiladas de hospedaje oneroso o gratuito, la *laboral o profesional*, basada por su propia exigencia en una especie de «contrato fiel» y la relación de *amistad* o a ella equivalentes; relación esta última que admite no pocas matizaciones, desde la amistad meramente superficial, inherente a la vida social, a otros grados de estrecha e íntima amistad nacida bien de una larga duración y permanencia, bien de otras situaciones, como la relación amorosa o análogas, en las que la menor prolongación en el tiempo de tales lazos afectivos, viene suplida por una mayor intensidad de los mismos, lo que particularmente se predica en aquellos casos en que los contactos entre hombre y mujer se intensifican por la convivencia más o menos larga de la pareja, lo que, en verdad y casi forzosamente, implica una mutua dejación o abandono que trasfunde toda la relación y que permite poner al alcance del otro los bienes propios sin recelar un desleal apoderamiento, justamente porque se espera (¡se confía!) en un comportamiento correcto del amigo y que éste no antepondrá al afecto los impulsos de vil codicia.

Considerando: Que el anterior pensamiento conviene preferentemente al relato de la sentencia recurrida, en el que si bien pudo ser más explícito en este extremo el Tribunal *a quo*, no faltan los elementos precisos —subjetivo y objetivo— que hemos visto caracterizan el abuso de confianza; a cuyo respecto son datos fácticos valiosos el inicial de que el procesado, de veintisiete años, conociera en Córdoba a la súbdita holandesa, con la que en el verano de 1970 llegó

a trabar *amistad*, hasta el punto de trasladarse a Málaga, donde *convivieron* ambos en un apartamento, lo que permitió al procesado llevar a cabo sus propósitos de apoderamiento del dinero y divisas extranjeras que poseía su *partenaire* hasta un total de 20.692 pesetas; despojo que, como bien se ve, fue facilitado en su comisión por la situación creada entre ambos protagonistas de la relación amorosa entablada al socaire de las corrientes turísticas propiciadas por la estación veraniega y lugares de afluencia de las visitantes extranjeras que explotó en su beneficio el procesado, al que sin duda se confió la perjudicada, puesto que lejos de tener con él una relación fugaz y episódica, tan frecuente en estos casos de rápida aceptación sexual, no tuvo inconveniente en prolongar aquel primer y amistoso contacto a través de una convivencia en un domicilio común por accidental que éste fuera con las consecuencias de todo orden que ello implica, entre ellas el margen de confianza que ambos habían de otorgarse para hacer posible esa comunidad de vida; de suerte que, al obrar como lo hizo el procesado, no se limitó a un simple y vulgar aprovechamiento (que desde luego existió) de la situación establecida, sino que además traicionó la amistad y la íntima relación de ella derivada, defraudando así la expectativa o crédito otorgado por quien tan mal se vio correspondida; razones todas que abonan por la desestimación del único motivo del recurso (STS de 3 de diciembre de 1976. Ar. 5.231.)

Considerando: Que la generosa actitud de la Sala, admitiendo y practicando una prueba que pudo fácilmente declararse impertinente por su desconexión e independencia de los hechos enjuiciados y que al dar resultado negativo se intentó repetir en el acto del juicio oral, pero no solicitándolo oportunamente a su comienzo como exige el artículo 799 de la ley, siendo entonces acertadamente rechazada, no puede en manera alguna dar lugar a la casación formal solicitada con amparo del número 1.º del artículo 850, pues aparte la ya indicada improcedencia por su ajenidad a los hechos incriminados, el tener y retener una llave ajena después de finados sus servicios profesionales es dato que juega en contra del acusado dados sus antecedentes y proceder, pues esta retención y su uso posterior con apoderamiento de efectos guardados en el almacén hubiera supuesto la comisión de un delito aún más grave que el sancionado, el de robo, pues la llave retenida que no se devuelve al terminar la relación laboral equivale por incumplimiento del deber de devolución impuesto en la legislación laboral y su uso posterior con fines depredatorios del patrimonio de la empresa a la sustracción de la llave según ha declarado ya reiteradamente esta Sala. Fue, pues, correcta la denegación de esta prueba, además extemporáneamente propuesta reiteración innecesaria de la que en su tiempo se articuló, admitió y fue practicada con resultado negativo, pero que aun siendo positivos no hubiera trascendido en los hechos que se juzgan. No cometida la infracción denunciada es improsperable este primer y único motivo de forma.

Considerando: Que no mejor suerte puede caber al motivo, también único que ya por la vía del número 1.º del artículo 849, que obliga a un absoluto y total respeto de los hechos probados que quizá pudo y debió provocar la inadmisión como incurso en la causa tercera del artículo 884 de la ley —falta absoluta de respeto de los hechos probados— este trance de inestimación, pues si la resultancia afirma categóricamente la apertura del vehículo y el apoderarse *con propósito de beneficiarse* de los efectos sustraídos que depositó y mantuvo a su entera disposición fuera de la localidad desde el 2 al 25 de octubre en que no los devolvió el acusado, sino que fueron descubiertos y recuperados por la policía, estas aserciones fácticas no pueden conciliarse con las gratuitas e incongruentes afirmaciones del recurrente de no pretender hurtar, sino retener sin intención de hacerlos suyos los efectos sustraídos hasta zanjar determinadas diferencias laborales, finalidad que tampoco sería lícita ni tutelable en Derecho, pero que además es totalmente contradictoria no sólo de los hechos probados, sino también de las afirmaciones igualmente fácticas, que como tal hay que reputar del primer considerando de la sentencia discutida en que expresamente se niega este propósito de retención y se reafirma la intención hurtadora, precisando que la comparecencia en Magistratura de Trabajo fue en junio y que la sustracción tuvo lugar en octubre siguiente. Esta cuando menos ingenua argumentación no puede enervar la acertada calificación que la Sala de instancia dio a los hechos que se enjuician, que por lo antes razonado y con desestimación del recurso procede mantener en su integridad el fallo recurrido. (STS de 17 de diciembre de 1976. Ar. 5.362.)

#### APROPIACIÓN INDEBIDA

Considerando: Que en el abrupto tema de diferenciar el hurto con abuso de confianza de su vecino delito de apropiación indebida, con las consecuencias penológicas de gran alcance que la opción por uno u otro tipo penal comportan, la doctrina de esta Sala viene ensayando la distinción conforme a las propias exigencias típicas que los artículos 514, 1.º, y 535 del C. P. demandan y en los que el verbo nuclear que condensa la acción no es otro que el *tomar* la cosa en el hurto y el *apropiar* la cosa recibida en la apropiación indebida, criterio tipificador que, si bien por sí sólo no resuelve la cuestión en los casos-límite en que se hace más acucioso el deseado deslinde, sirve de fructífero punto de partida para desarrollar las ulteriores diferencias, comenzando por la propia *cosa* que soporta la acción típica que en el hurto es *cosa sustraída* tanto a la posesión como a la propiedad del dueño (*res furtiva*), en tanto que en la apropiación se trata de *cosa confinada* por el *dominus* al desprenderse de la posesión en favor del *accipiens* (*res commendata*) en virtud de alguno de los títulos fiduciarios que enumera de manera enunciativa el artículo 535, lo que a su vez implican la existencia de un previo contrato (o incluso causi-contrato)

que lleva consigo el desplazamiento de la posesión de manera más o menos ostensible, pero cierta, de modo que es la voluntad del *tradens* la que pone en manos del sujeto activo del delito el dinero o cosa mueble de la que luego dispone éste indebidamente, dándoles un sentido contrario a dicha voluntad —sentencias de 8 de noviembre de 1966 (R. 4.846), 11 de mayo de 1967 (Referencia 2.222), 11 de marzo de 1968 (R. 1.351), 16 de junio de 1969 (R. 3.696), 24 de septiembre de 1970 (R. 3.563), 9 de marzo de 1971 (R. 876), 20 de mayo de 1972 (R. 2.223), 9 de febrero de 1973 (R. 653), 25 de junio de 1974 (R. 2.948), 23 de septiembre de 1975 y otras.

Considerando: Que en el vasto campo de arrendamiento de servicios se ofrece con caracteres propios en el aspecto iusprivatista, con evidente reflejo en la calificación jurídico-penal de la conducta en el tema que ahora se aborda, el *contrato de empleo* que liga a los auxiliares del comerciante —factor, dependientes y mancebos— con su principal, a cuya relación de empleo se yuxtapone otra de representación o mandato (arts. 281 y 55 del C. Com), que mira al exterior de la empresa y que se traduce en actos que el auxiliar realiza en nombre del comerciante, lo que a su vez confiere, por lo que hace concretamente a los *dependientes* en el ramo de su actividad a que alcanza dicho poder, facultades posesorias sobre las cosas objeto de la actividad mercantil de la empresa, en especial las cosas que hayan de venderse merced a la actividad de dicho dependiente; todo lo cual atrae la importante consecuencia en lo penal, que cuando el auxiliar, obrando en la actividad que le es propia dentro de la empresa, dispone de las cosas que maneja en beneficio propio o de un tercero concertado con él, perpetra un delito de apropiación indebida, puesto que tales mercancías le fueron *confiadas* por su principal para que procurase la venta de las mismas, de modo que abusa del encargo conferido, implícito en la representación aneja a su contrato de empleo para llevar a término su actividad delictiva, en tanto que si tal dependiente fuera del ramo de actividad que le está confiado, sustrae las cosas propias de la empresa, prevalido de su condición de empleado, comete un delito de hurto con abuso de confianza, puesto que si bien se vale de su empleo para cometer con más facilidad la infracción, con el consiguiente quebranto de lealtad que ello implica en su relación genérica con la empresa, ha de considerarse no obstante como un *extraneus* respecto de las cosas a cuyo manejo no tiene acceso por razón de su oficio.

Considerando: Que aplicado el anterior criterio distintivo a los hechos perpetrados por los procesados José A. L. B. y Fernando C. L., es menester acoger el único motivo de sus respectivos recursos que con fundamento común postulan la calificación de apropiación indebida en lugar de la de hurto con abuso de confianza que les fue adjudicada en la instancia, pues del *factum* probatorio se desprende que el primero de dichos procesados era dependiente de la «Sección de Ventas» de electrodomésticos de la empresa en que prestaba



sus servicios y que el segundo era asimismo dependiente de la «Sección Eléctrica» y que ambos inculpados, prevalidos de dicha condición laboral, pero en el ejercicio de actos propios de la misma, con poder de venta, por tanto, otorgado por la entidad mercantil en que desenvolvían tal actividad sobre las cosas o mercancías que les eran confiadas en la sección en que trabajaban, se concertaron con un tercero, el procesado, también recurrente, Víctor S. J., para entregar a éste, como cliente de la casa, mayor cantidad de mercancía que la figurada en los albaranes de entrega, conducta que fueron reiterando durante un prolongado espacio de tiempo hasta alcanzar cifras importantes el total de lo apropiado, de modo que si respecto de tales cosas apropiadas a espaldas de la empresa los procesados dependientes han de ser considerados como *intraneus* por haberles sido confiados para su venta (mandato representativo unido a su contrato de arrendamiento de servicio o empleo como ya se ha dicho), la consecuencia es que vulneraron ciertamente el derecho de propiedad perteneciendo a la sociedad mercantil perjudicada, pero no quebrantaron —al menos a efectos penales— la posesión más o menos limitada que hubo de otorgárseles para que pudieran llevar a cabo su cometido; razones todas que llevan a estimar el motivo de los dos recursos ahora en examen y a casar la sentencia recurrida en este punto y en el sentido acabado de exponer.

Considerando: Que, por el contrario, no puede ser acogido el único motivo del recurso del procesado Víctor S. J. cuando postula por aplicación indebida del artículo 69 del C. P. la estimación en su conducta de un solo delito continuado por darse, a su juicio, las condiciones exigidas por la doctrina jurisprudencial para afirmar aquella figura unificada; requisitos que en efecto se dan respecto de la actuación del recurrente *con cada uno* de los dos dependientes de la empresa a que se hizo antes referencia, como así hizo con acierto la sentencia de instancia, no obstante haberse dado pluralidad de apropiaciones en cada una de esas conductas duales, pues concurrió evidente unidad de dolo, de sujetos activos y pasivos y de tipo penal violado, con un mismo *modus operandi* y durante igual intervalo de tiempo; pero tal construcción unitaria no puede ser extendida a la actuación del recurrente con el otro empleado de la empresa, el procesado Fernando C. (quien, por cierto, también alega en su favor la existencia de un solo delito continuado y que debe ser denegada por los mismos argumentos que ahora se exponen), pues dicho queda que los sujetos activos de la infracción quedaron diversificados en este *segundo* proceso fáctico con límites temporales distintos, lo que ineluctablemente exigió un distinto concierto de voluntades, una resolución de voluntades también distinta y, por ende, un dolo que, si bien unitario en cuanto al tracto de acción ejecutado por estos dos procesados, no puede aglutinarse con el actuar paralelo, pero distinto, realizado por S. con el otro dependiente L. B., de suerte que faltando esa culpabilidad homogénea ligando a los *mismos* partícipes, debe decaer la continuación delictiva que se propugna para todo el conjunto de actividades de este recurrente.

te y mantenerse, por el contrario, tal calificación para su conducta prorrogada en el tiempo con cada uno de los otros dos procesados empleados en la empresa perjudicada; todo lo cual lleva a desestimar este recurso de examen. (STS de 29 de octubre de 1976. Ar. 4.382.)

Considerando: Que en referencia con lo argumentado en el motivo primero de fondo de dicho recurso es necesario tener en cuenta que, hallándose establecido como probado en el correspondiente resultando de la resolución impugnada que el procesado hoy recurrente recibió los objetos muebles que se mencionan como de la propiedad de la empresa a título de comodato, contrato que por esencia le obligaba a devolver las mismas cosas que le habían sido entregadas, incumpliendo tal obligación y negando haberlas recibido, demostrando así una voluntad contraria a su devolución (no puede devolver quien niega haber recibido lo que se le exige) e incorporándolas, por tanto, a su patrimonio mediante un acto de intervención ilícito y de propia autoridad, tal conducta constituye e integra precisamente el delito de apropiación indebida previsto en el artículo 535 del C. P., sin que la pretendida existencia de una liquidación de cuentas pendiente entre ambas partes, que por otra parte no consta fehacientemente como debiera, le autorizase a quedarse con tales objetos, máxime al negar haberlos recibido, lo que demuestra por sí sólo que no pensaba valorarlos y compensarlos en una posible liquidación, sino en apropiárselos definitivamente a través de dicha conducta defraudatoria que por exteriorizar el *animus res sibi habendi* constituye una de las formas de consumación del delito invocado por el que viene condenado, razones por las cuales el citado motivo tampoco puede ser acogido. (STS de 1 de diciembre de 1976. Ar. 5.220.)

Considerando: Que a tenor de las características legales reseñadas en el texto punitivo del artículo 535 del C. P. y a la abundante doctrina de esta Sala en la interpretación y aplicación concreta del mismo, el delito de apropiación indebida tipificado sustantivamente en tal precepto, que tradicionalmente vino figurando desde el Código de 1822 en el ordenamiento jurídico-penal español como una modalidad de la estafa, a la que pertenece por su naturaleza genérica, pero de la que el legislador del texto refundido del C. P. de 1944 la segregó, configurándola como delito autónomo e independiente en razón a su propia naturaleza específica, viene a delimitar con trazo más ostensible la línea separatoria existente entre lo ilícito civil y lo antijurídico penal, constituyendo su dolo peculiar o cualificativo el abuso de confianza en que el culpable incide y del que se prevale para hacer suyas las cosas muebles o dinero que recibe de ajena pertenencia a título de depósito, comisión, administración o cualquier otro no traslativo de dominio, que consecuentemente obliga a devolver, entregar o destinar lo recibido a un fin taxativamente preordenado, pero de las que aquél se apropia, distrae o niega haberlas recibido, disponiendo de ellas o reteniéndolas con *animus rem sibi habendi* en beneficio propio o ajeno, transformando o cambiando la simple tenencia y posesión ciertamente lícita, pero transi-

toria y accidental de los bienes muebles detentados en propiedad ilegítima propia, con correlativo cierto y concreto perjuicio patrimonial del auténtico dueño, cuyo interés y derecho constituye el bien jurídico penalmente protegido mediante la incriminación de tal conducta, siendo por ello un delito de resultado y enriquecimiento injusto cuya consumación se logra con el simultáneo perjuicio material ajeno, o sea, acrecentando el patrimonio del sujeto activo a costa del detrimento y daño del sujeto pasivo.

Considerando: Que en aplicación de lo expuesto y siendo así que los hechos declarados probados en la sentencia impugnada sustancialmente acreditan que desde 1967, el recurrente como copropietario, en unión de otros dos consorcios de la entidad «M. A., S. L.», domiciliada en A, con la anuencia de éstos, se hizo cargo personal y directamente de la dirección y gestión de todas las actividades sociales y mercantiles de la citada empresa, la que, cumpliendo lo dispuesto en la legislación vigente sobre la Seguridad Social, venía detrayendo de las nóminas de salarios de sus 398 empleados y obreros la cuota que éstos abonaban en tal concepto, consistente en un 8,30 por 100 sobre la base tarifada y un 2,09 por 100 sobre la base complementaria, cuyas cantidades por dicha causa y para tal destino así descontadas, en unión de la cuota empresarial respectiva, eran ingresadas por conducto de la sucursal en A del Banco Español de Crédito en el Instituto Nacional de Previsión, como entidad colaboradora de la Seguridad Social, hasta que en el mes de junio de 1973, no obstante haberse detraído de las respectivas nóminas de jornales las cuotas aludidas, éstas no fueron ingresadas en dicho Instituto, siendo advertido el procesado sobre dicha particular circunstancia, el que a pesar de ello, dio órdenes concretas a sus empleados encargados de la pagaduría de salarios que continuar realizando los descuentos en la forma y cuantía que se venía haciendo, como así se cumplió en los meses siguientes de julio, agosto, septiembre, noviembre y diciembre de 1973, así como enero y febrero de 1974, haciéndose constar en las nóminas de personal de la empresa que tales detracciones obedecían a los ingresos obligatoriamente señalados como cuota obrera en la Seguridad Social, lo que también se consignaba en las liquidaciones individuales facilitadas a los interesados al percibir sus jornales, siendo así que tales cuotas por la cantidad total de 1.324.381 pesetas no ha sido ingresada, disponiendo de la misma el procesado con la finalidad de contar con medios económicos que facilitara su actividad y gestión en la empresa, de cuya transcripción se desprende inequívocamente que la retención de tales cuotas por el montante expresado únicamente autorizadas a los solos fines y efectos de su inmediato ingreso en favor de su titular dominical el mencionado Instituto Nacional de Previsión, dispuso de ellas el recurrente con destino a otras atenciones que a él personalmente le convenían o interesaban, como si fuera dueño de ellas, produciéndose un perjuicio real y determinado para la entidad colaboradora de la Seguridad Social, que no consta percibiera la cantidad detraída, con correla-

tivo beneficio del procesado que quebrantando la confianza depositada en su gestión intermediaria entre sus obreros y el mencionado Instituto, se quedó con la misma aplicándola a otros fines diferentes conforme a su entera y libre voluntad, cuya conducta y actuación reúne todos y cada uno de los requisitos básicos que configuran el delito de apropiación indebida calificado.

Considerando: Que la precedente estimación delictiva no aparece desvirtuada por la alegación defensiva sobre la que se sustenta el recurso, esencialmente consistente: a) que la materialidad del dinero descontado continuaba en posesión de la empresa titular, que como deudora deberá pagar para extinguir sus obligaciones, por lo que el recurrente *nunca recibió nada que tuviese obligación de entregar*; b) que el mismo no pudo efectuar el ingreso de la cuota obrera por carecer de medios, faltando *elemento intencional* indispensable para que el delito imputado surgiera; y c) que el procesado no se apropió para sí las cantidades abonables a la Seguridad Social, por lo que faltaba el *ánimo de lucro*; sobre cuya extensa argumentación, también sucintamente cabe matizar y objetar: 1.º que la inicial aseveración viene contradicha por la afirmación fáctica de la constancia expresa en las nóminas de que las detracciones económicas de tales cuotas obedecían a su ingreso en la Seguridad Social, como así también explícitamente figuraba en las liquidaciones salariales personales entregadas a cada obrero, lo que a su vez respondía a lo dispuesto en la ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (R. 734 y 997), y orden del Ministerio de Trabajo de 25 de noviembre de 1966 (R. 2192 y N. Dicc. 27244), que configuran a las empresas privadas como entidades colaboradoras obligatorias, cuya mecánica de detracción de cuotas y pago anticipado de conceptos de dicha Seguridad por aquéllas, se regula en el artículo 20 de la orden, al propio tiempo que en tal sentido el artículo 3.º de aquella ley dispone que «el empresario que habiendo efectuado el descuento, no lo ingrese, incurrirá en responsabilidad ante las entidades gestoras, sin perjuicio de la responsabilidad criminal correspondiente», por lo que la cantidad total descontada tenía que ser ingresada en el Instituto Nacional de Previsión en virtud del título legal imperativo; 2.º que la segunda aseveración es contradictoria de la precedente, por cuanto si el recurrente o la empresa se quedaron con la cantidad descontada, no puede en buena lógica aducirse que no se ingresó por carencia de medios, ya que lo que había que ingresar era cabalmente lo descontado en tal concepto, sin que tampoco pueda fundadamente sostenerse que faltaba el elemento intencional, en cuanto fue el procesado el que al ser advertido tanto por sus propios empleados como por la entidad bancaria intermediaria, de no haber efectuado el ingreso de junio de 1973, «dio órdenes concretas a aquéllos de seguir trayendo dichas cuotas obreras de la Seguridad Social», como en efecto lo hicieron en los meses sucesivos, sin que a pesar de ello en momento alguno se entregaran a su titular dominical el Instituto Nacional de Previsión; y 3.º que el abuso de confianza y deslealtad que la conducta observada por el

procesado arroja, ya determina un propio provecho y beneficio al ser evidente que el cambio de destino a sabiendas y por su voluntad de la cantidad total retenida, generó un perjuicio indirecto para los trabajadores que transitoriamente quedaban en descubierto con la Seguridad Social y un daño efectivo, directo y concreto para el Instituto Nacional de Previsión que ha sido hasta ahora privado de la cantidad de numerario que le pertenecía como dueño, que al ser retenida indefinidamente repercutió en provecho del procesado, permitiéndole cubrir con ella otras atenciones que le urgían, convenían o interesaban más, bien para la productividad de la empresa o bien para otras preferencias personales, beneficio constitutivo del ánimo de lucro cuya existencia se niega en la alegación, y el cual puede estar representado no sólo por una ganancia dineraria real y palmaria, sino, como esta Sala ha declarado reiteradamente, por el ánimo o propósito de obtener cualquier clase de provecho, beneficio, acrecentamiento patrimonial, enriquecimiento, ventaja o utilidad, aunque fueran meramente contemplativas o de ulterior liberalidad o beneficencia —sentencias de 28 de mayo de 1974 (R. 2438), 6 de febrero de 1975 (R. 372), 25 de febrero de 1975 (R. 629), y 20 de abril de 1976 (R. 1672)—, razones que en consecuencia conducen a desestimar el motivo único subsistente del recurso, acogido al número 1.º del artículo 849 de la ley Procesal Penal, reputando infringido por aplicación indebida el artículo 535 en relación con el 528 número 1.º del C. P., que apareciendo correcta y acertadamente estimados por la Audiencia Provincial juzgadora, procede mantener y confirmar. (Sentencia del 9 de noviembre de 1976. Ar. 5.274.)

#### IMPRUDENCIA

Considerando: Que a través de la profusa legislación laboral, sobre obras y construcciones, representada como hitos principales en el Reglamento de Seguridad e Higiene del Trabajo de 31 de enero de 1940 (R. 202), la ordenanza laboral de la construcción de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Diccionario 6.930), la de Seguridad e Higiene del Trabajo de 9 de marzo de 1971 (R. 487, 539, 722 y N. Dicc. 27.210 y 27.211), se destaca el desvelo del legislador en presumir accidentes mediante una serie de medidas precisas para que el trabajo se desarrolle en condiciones de seguridad para la salud e integridad física del trabajador, que a su vez repercuten en obligaciones específicas de los profesionales que intervienen en la construcción de cumplirlas y hacer por su parte cuanto a su alcance esté en orden a la previsión humana y profesional para prevenir toda clase de accidentes.

Considerando: Que la doctrina de esta Sala, a través de numerosas resoluciones, de las que es exponente importante la sentencia de 29 de noviembre de 1974 (R. 5.289), puntualiza que, conforme a la reglamentación vigente ya

señalada y la específica de alguna de las profesiones que en la construcción intervienen, corresponde a los arquitectos: 1.º la dirección de la obra materialmente; 2.º supervisándolas en su ejecución, abarcando su mando a todo el aspecto técnico de aquélla y a su real efectividad práctica en la forma más perfecta y sin ocasionar daños previsibles. Son los aparejadores los ayudantes técnicos que realizan la inmediata inspección y ordenación de la obra con sujeción al proyecto a la buena práctica de la construcción, cumpliendo además las órdenes emanadas del arquitecto director. Los contratistas o constructores prácticos de la obra son los que de hecho efectúan la material ejecución de aquélla, aportando los elementos y medios auxiliares de la misma en toda su amplitud práctica.

Considerando: Que conforme al artículo 235 de la Ordenanza laboral de 1970 antes citada, al regular los andamios colgados móviles ordena que tengan los mismos rodapié en el lado exterior y en los extremos, barandilla interior de 70 centímetros de altura y en los otros tres lados barandilla de 90 centímetros. Añade el artículo 236, reglas sobre las cuerdas de suspensión de dicho andamio. Tales disposiciones siguen vigentes a través de los artículos 23 y 151 de la Ordenanza de 9 de marzo de 1971. Y esto, sentado según los hechos probados, al caer los ladrillos del lugar donde trabajaba el oficial en la planta tercera sobre el andamio donde trabajaba hacen que éste bascule, y como el andamio carecía de barandilla interior, cae el oficial mencionado por el hueco entre el andamio y la pared, se estrella contra el suelo y se produce su fallecimiento. Tal andamio se encontraba en la situación dicha hacía unos quince días, sin que ninguno de los intervinientes en la obra enmendara tal deficiencia, ni lo ordenara, ni menos, como es natural, se preocupara de comprobar la rectificación no ordenada.

Considerando: Que a la vista de tales antecedentes, ha de decaer el único motivo del recurso del contratista José R. L., porque, ejecutando él materialmente la obra, no tomó la precaución reglamentaria ni hizo que su encargado la tomara, y no solamente esto, sino que encargó él expresamente —según los hechos probados— el andamio en forma antirreglamentaria y otros más así encargados con infracción de lo dispuesto en los preceptos citados y la necesidad de la barandilla, ausente deliberadamente con la protección interior de 70 centímetros de altura. Omisión clara y manifiesta e infracción conocida y querida por el contratista al encargar los andamios en la forma reseñada. El único motivo articulado por los aparejadores condenados, que según su argumentación no tenían obligación alguna de vigilancia, porque es contrario a la práctica de la buena construcción y la reglamentación legal trabajar en la forma que ellos lo permitían respecto de un andamio sin condiciones legales, siendo su misión el inspeccionar con la debida asiduidad las obras, materiales, proporciones y mezclas, siendo responsable —conforme al artículo 2.º del decreto de 16 de julio de 1935 (R. 1.281 y N. Dicc. 1.391— de que la obra se efectúe

conforme al proyecto con exacta observancia de las órdenes e instrucciones del arquitecto y conforme a las buenas prácticas de la construcción. No es conforme a estas buenas prácticas el trabajar con el andamio en las condiciones antirreglamentarias como se efectuaba, pese a haberlo visto con su carencia de barandilla interior. Ha de decaer también el único motivo admitido del recurso del arquitecto señor G. O., porque era obligación suya incumplida la inspección y supervisión de la obra, su perfecta práctica y el prevenir y eludir daños previsibles y evitables. Conforme al decreto de 16 de julio de 1935, la misión del arquitecto es proyectar y dirigir las obras (art. 1.º) y cuidar de que la construcción de ésta se encuentre debidamente atendida (art. 5.º), determinando la intensidad de la infracción del aparejador por la naturaleza de la obra. Pues bien, esto sentado, el arquitecto visitaba la obra y pudo comprobar que los andamios colgantes estaban ya suspendidos y todos carecían de barandilla interior. Y esta comprobación se realizó al menos quince días antes de la ocurrencia del derrumbamiento que ocasionó la muerte de Hilario R., sin dar ninguna orden para enmendar o corregir tal deficiencia e infracción reglamentaria dentro de su respectiva competencia. En el caso que nos ocupa, el arquitecto dirigió, visitó e inspeccionó las obras. La infracción sobre andamios no era única, sino general a varios andamios ya suspendidos, de fácil apreciación y corrección por el arquitecto por ser notorio a todos los andamios situados frente a la pared del edificio, visto entre otros —por el arquitecto— sin tomar medida de clase alguna para corregirlo, y además con una infracción notoria y aún mucho más apreciable por la dirección de la obra que el resultando de hechos probados, pone de relieve diciendo «andamio que medía 26 metros de longitud», referido al que ocupaba el obrero fallecido, cuando, según la Ordenanza de la construcción de 1970 ya citada, los andamios colgados, móviles, no excederán en longitud de ocho metros. Si la dirección técnica de la obra observó concretamente tal andamio con longitud desmedida y sin barandilla interior (artículo 235), es claro que su omisión, por no corregir ambas deficiencias, claras y notoriamente apreciables, hacen que la conducta del arquitecto deba ser calificada al menos de negligencia leve con la infracción señalada y debidamente penada su conducta en el artículo 565, número 2.º, como con acierto hizo la sentencia de instancia, puesto que la culpa de la dirección en estos casos ha sido reiteradamente recogida en numerosas sentencias de esta Sala recogidas la de 14 de junio de 1976 (R. 3.066). (STS de 15 de octubre de 1976. Ar. 4.143.)

Considerando: Que ha sido correctamente aplicada al caso que se contempla la calificación de imprudencia simple con infracción de reglamentos del artículo 565, número 2.º del C. P. en relación con el artículo 17 del reglamento de 22 de junio de 1956 (R. 1.048 y N. Dicc. 406) y anexo II de la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Dicc. 6.930), porque al emplear un obrero con la categoría de peón nivel XII a desencofrar un pilar en la planta undécima de un edificio en construcción,

cuando para la realización de dicho trabajo se precisa al menos la categoría de peón especializado nivel XI, supone una inobservancia por parte de los procesados del deber objetivo y de cuidado referidos a la estricta observancia de los normas reglamentarias que regulan la seguridad de los operarios en el trabajo de la construcción, dado el peligro potencial para la vida e integridad física del trabajador en esta actividad laboral y una falta de previsibilidad de la posibilidad de riesgo, y en consecuencia prevenirle, no empleando para este trabajo en la planta duodécima, que supone cierta práctica y habilidad, así como mucha atención por su peligrosidad al realizarse a 36 metros de altura a operario de nivel inferior y, por consiguiente, no idóneo para ello, y al hacerlo y no reunir el peón las condiciones dichas, cayó al vacío desde esa altura, produciéndose el resultado de la muerte del operario por la inobservancia, tanto del deber objetivo de cuidado como del deber subjetivo de la falta de previsión en los procesados, de lo que era previsible y, en consecuencia, evitable con sólo dedicar al peón de nivel XII a ejecutar labores a ellos encomendadas en el anexo II de la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de agosto de 1970 en lugar de las encomendadas propias de peón nivel XII, por lo que se da en esta conducta de los procesados, empresario el uno y encargado el otro, la relación de causa a efecto negada por los recurrentes en el primer motivo del recurso, en el que también impugnan que su conducta sea típica y culpable, olvidando que el artículo 17 del decreto de 22 de junio de 1956 declara falta de previsión —elemento subjetivo de la culpa— la utilización de personal inepto en obras peligrosas sin la debida dirección; dirección y asignación del trabajo cuya vigilancia y responsabilidad corresponde, según el anexo II antes citado, a los procesados como empresario y jefe de personal el uno, como distribuidor del trabajo al personal, cuya vigilancia le corresponde, y encargado el otro y responsable muy especialmente en todas cuantas disposiciones dictadas en materia de seguridad; con lo que aparece de la omisión de los repetidos deberes el delito culposo que la Sala sentenciadora ha valorado en el grado de simple imprudencia, cualificada con la infracción de reglamentos; por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso.

Considerando: Que en el segundo y último de los motivos admitidos del recurso se sostiene por los recurrentes la aplicación indebida del artículo 565, párrafo 2.º, en relación con el artículo 5.º del real decreto de 22 de julio de 1864 (N. Dicc. 1.754) y el capítulo I del real decreto de 1 de diciembre de 1922 (N. Dicc. 1.756), que alega han sido inaplicados con base a que se atribuya las consecuencias punibles del hecho al arquitecto director técnico de la obra, el cual ni fue procesado en el sumario ni fue acusado por ninguna de las partes ante la Audiencia, por lo que cualquiera que hubiera sido su actuación no podrá esta Sala, a la que sólo compete la facultad decisora, declarar su culpabilidad sin haber sido citado y oído en juicio, resolviendo esta cuestión nueva y saliéndose del marco de la casación dirigido tan sólo a las



censuras de las cuestiones examinadas en instancia, por lo que procede igualmente desestimar este segundo motivo. (STS de 16 de octubre de 1976. Aranzadi 4.145.)

Considerando: Que, en puridad, los dos motivos del recurso están íntimamente trabados, pues si el *primero* combate la existencia de infracción reglamentaria en la conducta del procesado y el *segundo* aprecia la existencia de una mera falta del artículo 586, número 3.º, del C. P., todo se reduce a saber si existió aquella negada vulneración de los reglamentos en la actividad a que se dedicaba el procesado como constructor de obras, puesto que, como se acaba de ver, no niega que le sea imputable la culpa leve o imprudencia simple en el lenguaje legal; en cuya tesis se hace preciso acudir a la Ordenanza de trabajo de la construcción, vidrio y cerámica de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Dicc. 6.930), que ya fue tenida en cuenta por la Delegación de Trabajo de Badajoz para sancionar a la empresa constructora de que era titular el procesado recurrente —como recoge el *factum* de la sentencia recurrida— por infracción del artículo 247 en relación con el 254 de dicha Ordenanza, que son justamente los que invoca también el Tribunal *a quo* para fundar su calificación de imprudencia antirreglamentaria que adjudica al inculpado; tesis que es preciso ratificar contra lo que él estima, pues basta con acudir a dichos preceptos y a sus concordantes para percatarse de su adecuada aplicación al supuesto de autos, en el que se relata que el procesado, como contratista de las obras de saneamiento que realizaba en determinado término municipal, obras que por su carácter público le fueron adjudicadas a la comisión provincial correspondiente, asumió la responsabilidad consiguiente a su ejecución, lo que exigía la apertura de una zanja de dos metros de anchura por casi tres de profundidad, por la que discurría la tubería de desagüe que iban colocando los operarios que trabajaban por cuenta y a las órdenes del procesado, en el curso de cuya labor sobrevino lo que en el argot de esta rama de la construcción se llama «liso o diatrasa», es decir, una fractura del terreno que produjo un corrimiento de tierras por la base de una de las paredes laterales no obstante su composición dura y pizarrosa, desprendimiento que sepultó totalmente a uno de los operarios y parcialmente hasta el pecho a otro, causa del fallecimiento del primero y de las graves lesiones con incapacidad total subsiguiente para el trabajo del segundo; en cuyo proceso causal se inserta de manera decisiva la conducta del procesado, que, en primer lugar, tenía que atender simultáneamente a otras obras en diversas localidades y que también le habían sido adjudicadas, lo que le impedía atenderlas —así es preciso deducirlo— con la necesaria asiduidad; que para subvenir a tal apremio tenía al frente de la obra de autos a un simple oficial que —afirma el *factum*— no era la persona idónea para determinar las medidas de aseguramiento necesarias que hubieran de implantarse a compás de la ejecución de la obra, hasta el punto que se limitaba a recoger las sugerencias que le hacían al respecto los propios obreros más conoce-

dores que él de los riesgos que pudieran presentarse y de las seguridades que hubieran de adoptarse; omisión la del procesado que fue causa a su vez de que no se entibaran las paredes de la zanja tal como le obligaban los preceptos reglamentarios antes aludidos, sin que valga a eximirle de tal cautela la naturaleza pizarrosa y dura de la pared en la que no obstante sobrevino la fractura, pues ya el artículo 246 de la Ordenanza con encomiable amplitud exige en estos trabajos de excavación la adopción de las precauciones necesarias para evitar derrumbamientos, atendida la naturaleza y condiciones del terreno y forma de realización de tales trabajos, aludiendo el artículo 247, párrafo 2.º, a la entibación como una de las medidas de seguridad a adoptar, y el 254, especialmente aplicable a las zanjas, acaba de completar la reglamentación cuando *imperativamente* ordena que en esta clase de trabajos se establecerán las fortificaciones y revestimientos para la contención de tierras que sean necesarios, y aun añade la particular prescripción de que las entibaciones habrán de ser revisadas al comenzar la jornada de trabajo; de suerte que menospreciar todas estas medidas de seguridad, con base en que la naturaleza del terreno no las exigía, es aceptar la posibilidad de un evento que ya vimos que en el propio léxico de esta rama de la construcción tiene una denominación que indica no sólo la posibilidad, sino incluso la probabilidad de su realización y que, por otra parte, la común experiencia ratifica, puesto que las fallas, fracturas o quiebras en la composición geológica de un terreno en el que se abre una excavación de las dimensiones antes apuntadas son de fácil previsión, más por parte de persona profesionalmente dedicada a estos menesteres; por lo que, en conclusión, y como tantas veces sucede en esta materia de seguridad en el trabajo, si no se adoptaran las medidas que el común sentir y los reglamentos de consuno aconsejan e imponen en la falsa esperanza de que nada ha de pasar, cuando tantas veces ocurre lo que era elementalmente previsible, más cerca está de la culpa consciente (temeraria en el lenguaje legal) que de la culpa leve o imprudencia simple; siendo, en fin, de recordar que el decreto de 31 de diciembre de 1970 (R. 1.971, 295 y N. Dicc. 7.386), dedicado a los contratos del Estado y organismos autónomos —en vigor, por tanto, cuando ocurrieron los hechos—, impone a los contratistas en su cláusula 11 el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de seguridad e higiene en el trabajo; esto es, que el procesado, a virtud del contrato con la Administración de 19 de febrero de 1972, no sólo asumió la responsabilidad de la ejecución de la obra adjudicada, sino su realización con arreglo a las mentadas normas de seguridad, carga personal e intransferible que le obligaba a tomar las cautelas necesarias, si personalmente no podía estar a la vez en todas las obras que también se comprometió a llevar a cabo en otras localidades para que los preceptos a él dirigidos tuvieran efectividad y no fueran incumplidos tan toscamente como lo fueron; lo que obliga a confirmar la calificación, más bien mínima, de instancia y a desestimar simultáneamente los dos

motivos del recurso interpuesto. (STS de 19 de octubre de 1976. Ar. 4.175.)

Considerando: Que es ya una máxima de experiencia común a todas las gentes que comparten en mayor o menor medida la civilización tecnificada de nuestro tiempo el grave riesgo que entraña el uso y manipulación de la corriente eléctrica, sobre todo la de alta tensión, lo que explica que la misma esté fuertemente reglamentada tanto en el aspecto de la seguridad general —reglamento de 28 de noviembre de 1968 (R. 2.254)— como en el ámbito laboral, cuando por exigencias del trabajo haya de operarse en instalaciones eléctricas o en sus inmediaciones —Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 (R. 539 y 722) como, en particular, la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Dic. 6.930)—; gravedad del peligro que explica la calificación —en lo penal— de temeridad en la imprudencia que se comete, de una parte, por quienes han de velar por la seguridad de las redes conductoras o del trabajo en las mismas a fin de evitar graves perjuicios, las más de las veces mortales, a los terceros, consumidores o no de tal fuerza energética, como a los operarios que han de trabajar en ella, y, de otra parte, que alcance igual grado de culpa a quienes en el ejercicio de la actividad laboral desobedecen las órdenes expresas de prudencia que se les dirigen, se hallen o no previstas en los reglamentos, que de ordinario lo están; de suerte que cuando se coligan las infracciones en materia de seguridad laboral en general, con las específicas y propias para prevenir el riesgo del trabajo próximo a líneas eléctricas de alta tensión, se comprende fácilmente que el calificativo de imprudencia temeraria es el que conviene a la conducta que vulnera dicho complejo normativo, dada la superior potencia causal que la misma entraña respecto a los graves resultados producidos, con la elemental representación de los mismos que ello comporta, conjugándose así en ponderación adecuada tanto el elemento normativo como el psicológico de la culpa —sentencias de 3 de octubre de 1964 (R. 4.091), 16 de abril de 1974 (R. 1.846), 13 de febrero de 1976 (R. 424) entre otras.

Considerando: Que se hace preciso ratificar la tesis de imprudencia temeraria adjudicada en la instancia a los dos procesados recurrentes, uno oficial o jefe de miras y el otro encargado general de la obra de construcción de bloques de viviendas, en la que trabajaba como peón el interfecto en la tarea de levantar la parte central de la fachada de los bloques núms. 8 y 9 a partir del encofrado de la primera planta, lugar en que el arquitecto-director de la obra había prohibido trabajar, primero, verbalmente y, después, por escrito en el libro de órdenes a causa de discurrir sensiblemente paralela a la fachada una línea de alta tensión, al menos hasta que tal línea fuera desviada, para lo que se hacían las gestiones correspondientes, no obstante lo cual, el día de autos, sobre las quince horas, el peón antedicho realizaba su faena de suavizar las juntas de los ladrillos que había colocado el oficial, para lo que estaba subido

a un andamio que se acercaba a la línea eléctrica a menos de los cinco metros reglamentarios prescritos como distancia de seguridad, a la par que el andamio carecía de barandilla y rodapiés, todo lo cual fue causa de que, al quitar una mira metálica o apoyarse en ella, recibiera una descarga eléctrica que le hizo caer hacia afuera desde una altura de seis metros, descarga y caída que le produjeron la muerte; pues de tal síntesis fáctica se desprenden, en primer lugar, una desobediencia a un mandato formalmente dado por el máximo responsable de la seguridad general de la obra y, en segundo término, sendas infracciones de los reglamentos de Seguridad del Trabajo en general y del Trabajo de la Construcción en particular en cuanto previenen las medidas a adoptar en trabajos próximos a instalaciones eléctricas de alta tensión (art. 65 en relación con el 62 de dicho primer reglamento) o de medidas que se deben tener en cuenta para trabajos en altura (arts. 184 y siguientes del segundo); desobediencia e infracciones que no son imputables al peón que resultó muerto, como pretenden los recurrentes, desde el momento que, también según el *factum*, tanto él como el oficial al que ayudaba trabajaban en el lugar en que el procesado jefe de miras los había colocado desde el día anterior, emplazamiento de ambos obreros ratificado por el otro procesado encargado general una vez que conocía la situación de tales operarios y ser además quien tenía que ordenar el plan general de los trabajos, pese a lo cual no prestó la más elemental atención al hecho de estar levantando ladrillos los dos obreros referidos en las intermediaciones de una línea de alta tensión desde veinticuatro horas anteriores a la producción del mortal suceso, lo que debió haber impedido aun sin mediar la expresa prohibición del arquitecto de que se ha hecho mérito; es decir, que uno de los procesados por acción al colocar a los obreros en situación de grave riesgo y el otro procesado por omisión al no evitar el inicio de tal trabajo peligroso o que al menos prosiguiera contribuyeron eficazmente a la producción del resultado, en materia de tan fácil previsión, hasta el punto de que al mediar una orden concreta prohibitiva, además de las abstractas prohibiciones de los reglamentos, bien puede decirse que los dos inculcados incurrieron en la llamada *culpa consciente* (refundida en nuestro ordenamiento dentro de la imprudencia temeraria como superior categoría de la misma), puesto que la prohibición del arquitecto-director les hubo de alertar (¡hacerles conscientes!) del peligro y sus consecuencias que despreciaron en la falsa esperanza de que no llegaría a materializarse; todo lo cual abona suficientemente por la desestimación del único motivo subsistente del recurso. (STS de 3 de noviembre de 1976. Ar. 4.610.)

Considerando: Que una vez más ha de ser recordado por esta Sala el grave riesgo que entraña cuanto concierne a la instalación, uso y manipulación de las líneas de corriente eléctrica, sobre todo la de alta tensión, lo que explica que tal materia esté fuertemente reglamentada tanto en el aspecto de la seguridad general —reglamento vigente de 28 de noviembre de 1969 (R. 2.232)—

como en el ámbito laboral cuando por exigencias del trabajo haya de operarse en instalaciones eléctricas o en sus inmediaciones —Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 (R. 539 y 722)—; gravedad del peligro que explica la calificación —en lo penal— de temeridad en la imprudencia que se comete por quienes han de velar por la seguridad de las redes conductoras o del trabajo en las mismas a fin de evitar serios perjuicios, las más de las veces mortales, a los terceros, consumidores o no de tal fuerza energética como a los operarios que han de trabajar en ella; pues en concordancia con esa intensidad del riesgo recorrido se halla en el agente encargado de prevenirlo su elemental representación (*elemento psicológico* de la imprudencia) no menos que la entidad del deber objetivo de cuidado puesto a su cargo (*elemento normativo* de la culpa), mensuración que a su vez corre parejas con la más alta categoría profesional de quien diera la orden que ha de poner en marcha el mecanismo causal productor del peligro como de los eventos a él ligados.

Considerando: Que la anterior reflexión conviene perfectamente a la conducta del recurrente, que en la empresa eléctrica «Iberduero, S. A.», era, como ingeniero industrial, jefe de Proyectos y Explotación, servicio encargado de proyectar las líneas eléctricas de la empresa y ponerlas en tensión una vez recibidas del Servicio de Construcciones, previa la autorización del Ministerio de Industria para la instalación y puesta en servicio de la línea, aparte las órdenes de revisión establecidas en el orden interno de la sociedad; duplicidad de requisitos que están indicando hasta la saciedad el cauteloso cuidado que ha de ponerse para dar la orden indicada y que el procesado dio el 17 de julio de 1974 para determinada línea, no obstante saber que ni se había dado la referida autorización ministerial ni había sido aún entregada la línea de autos por el Servicio de Construcciones por no estar terminados de pintar los postes y torretas de apoyo; y si bien es cierto que la operación de revisión e inspección de la línea, previa a la puesta en tensión, era de incumbencia del jefe de líneas y ayudante del procesado, en cuya delimitación de competencias quiere ampararse el recurrente para degradar su culpa a la categoría de simple con infracción de reglamentos, no es menos cierto que tal ayudante estaba ausente, de permiso, con conocimiento y autorización del procesado, de modo que era éste quien en tal ausencia debía asumir la carga de que se verificara aquella inspección de la línea, a pesar de lo cual se ausentó a su vez después de dar la orden referida, sin preocuparse —según sigue afirmando el *factum*— de que las revisiones prescritas se hubieran o no realizado; consecuencia de todo lo cual fue que el día 20 de julio de dicho año, cumpliendo la orden dada por el procesado, fuera puesta en tensión la línea C.-C. a P. y que el día 22 el obrero que se encontraba pintando una de las torres de apoyo recibiera una descarga eléctrica que le produjo la muerte instantánea; de suerte que, por ausencia de su subordinado, era el procesado quien asumía personalmente la carga no sólo de

dar la orden para puesta en servicio de la línea, sino de que la misma podía llevarse a efecto por concurrir todos los requisitos administrativos (que previenen el peligro abstracto) y de seguridad *de facto* (en previsión del peligro concreto); sin que tampoco pueda paliar su responsabilidad el alegato de que la descarga no obedecía a defectos técnicos de la línea (únicos que le serían imputables a él de manera especial), sino a no observarse por la víctima los requisitos de seguridad laboral ni servirse de elementos de igual índole aseguradora, pues dicho queda que la línea aún no había sido entregada por el Servicio de Construcciones, por lo que mal podía prevenirse este servicio —o la empresa con la que había contratado los trabajos de pintura— de riesgos que no estaba obligada a prever, precisamente por no poderse poner la línea en servicio hasta que fueran totalmente terminadas su instalación y acabado; de suerte que, confluendo en el procesado la responsabilidad de la orden dada sin tomar las precauciones evidentes al más profano y, por otra parte, imperativamente impuestas tanto por la Administración Pública como por el régimen interior de la empresa, es obvio que no pudiendo compartir tal responsabilidad con otras personas en el caso concreto que se examina, ni menos hablarse de una posible concurrencia de conducta causal en el resultado por parte de la víctima, se hace preciso ratificar la calificación de imprudencia temeraria, y con ello desestimar el único motivo subsistente del recurso. (STS de 12 de noviembre de 1976. Aranzadi 4.699.)

Considerando: Que el cargo que desempeñaba el procesado recurrente al decir de los hechos probados, era el de encargado general de la obra, y como tal encargado general, según el anexo II de la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Dicc. 6.930), por la que se aprueba la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, ha de poseer los conocimientos de encargado de obras y, bajo las órdenes inmediatas del técnico superior o medio, tiene uno o más encargados a las suyas, adopta las medidas oportunas para el debido ordenamiento y ejecución de las obras; posee los conocimientos suficientes para realizar las órdenes que recibe de sus superiores y es responsable del mantenimiento de la disciplina en las obras a su cargo y, muy especialmente, en todas cuantas disposiciones se dicten en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, es decir, como con reiteración ha venido declarando esta Sala, corresponde a los encargados de obras adoptar las funciones de seguridad necesarias en evitación de riesgos no sólo para los obreros, sino para los terceros en general, por ser ellos los trabajadores de confianza de empresa o entidad constructora, debiendo prevenir accidentes y prestar los primeros auxilios en caso necesario, con lo que claramente se determina por la legislación laboral y la doctrina jurisprudencial sus obligaciones y responsabilidades para precaver y evitar posibles accidentes; y como el procesado recurrente el día de autos al ordenar a tres trabajadores que subieran a la cubierta del tejado, a nueve metros del nivel del suelo, con una pendiente del 20 por

100, para remover y colocar tres planchas de acero galvanizado de 10 × 20 metros, sin la adopción de dispositivo de seguridad que el riesgo exigía, como redes, barandillas protectoras o cinturones de seguridad, dada la altura y condiciones en que se realizaba el trabajo, con lo que se habría podido evitar el trágico accidente producido al caer uno de los trabajadores al vacío, cumpliendo las normas de seguridad establecidas en el artículo 16 de la Orden Ministerial de 23 de septiembre de 1966 (R. 1784 y N. Dicc. 6.902, nota) y artículo 192 de la Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970, por lo que hay que concluir afirmando que se ha aplicado correctamente en el presente caso el párrafo 1.º del artículo 565 del C. P., pues no cabe mayor temeridad que ordenar a unos obreros realizar trabajos sobre tejados con materiales resbaladizos de marcada inclinación sin adoptar medidas y dispositivos de seguridad alguno que las disposiciones legales vigentes ordenan y la más elemental prudencia aconseja, por lo que no puede exonerarse de responsabilidad el que en la obra no se dispusiera de libros de ordenes y asistencias —como alega el recurrente—, afirmación gratuita al no constar en los hechos probados y quedar sobre todo determinada su responsabilidad por su conducta y las disposiciones citadas, y en su virtud no puede prosperar el primer motivo del recurso.

Considerando: Que habiéndose declarado en el precedente considerando que el hecho enjuiciado es constitutivo de imprudencia temeraria, no puede tampoco prosperar el segundo de los motivos alegados, en el que se aspira a que se incluya la conducta del recurrente en más leve tipo de delito culposo, que contempla el párrafo 2.º del artículo 565 del C. P. por ser dos figuras delictivas excluyentes y, si se acepta una calificación —tiene declarado esta Sala—, queda *ipsò facto* rechazada la otra.

Considerando: Que igual suerte que los anteriores motivos ha de correr el tercero, en el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 8.º del C. P. al no tener en cuenta la eximente de caso fortuito número 8.º de dicho artículo, al faltar en la ejecución de los hechos la debida diligencia por parte del recurrente, como queda dicho en el segundo considerando de esta sentencia. (STS de 16 de noviembre de 1976. Ar. 4.777.)

Considerando: Que aun entendiendo como lo hacen la moderna doctrina penal y la sentencia de instancia que en el delito culposo coexisten dos aspectos o perfiles diferentes, uno objetivo representado por la violación de parte del sujeto activo del deber objetivo de cuidado que le viene impuesto por las exigencias establecidas normativa o socialmente en conexión causal con un resultado típicamente antijurídico y otro subjetivo o intelectual consistente en una actitud de indiferencia o desobediencia del agente respecto a su deber de precaución, teniendo en cuenta las consecuencias previsibles del propio acto, poseyendo las condiciones personales y la necesaria capacidad intelectual para conocer y prever las mismas, en el caso que nos ocupa resulta obvia la concurrencia de ambas dada la redacción del relato histórico formulado en el primer

resultando de la resolución impugnada, en el que se hace constar como probado que el procesado, como aparejador de la obra, recibió la orden de la dirección técnica de ésta de mandar al personal que en ella trabajaba que utilizase los cinturones de seguridad dada la grave dificultad técnica que la instalación de andamios y redes suponía, así como de vigilar el empleo de tal medio de seguridad, lo que éste ejecutó sólo parcialmente, ya que se limitó a transmitir tal orden al contratista encargado de la obra de forma verbal, sin preocuparse de comprobar su ulterior cumplimiento ni controlar con asiduidad suficiente las verdaderas condiciones en que actuaban los obreros, ni cerciorarse del efectivo uso de tales cinturones y, sobre todo, sin haber comunicado tal orden a la víctima, que, como subcontratista y productor autónomo, trabajaba con independencia laboral del contratista avisado, lo que le constaba, por lo que indudablemente incurrió en el delito culposo por el que viene condenado no sólo por su negligencia en transmitir la orden del arquitecto a todos los trabajadores, incluidos los que no dependían del contratista general, sino por otra normativa al haberse despreocupado posteriormente de controlar y vigilar si la citada orden se cumplía, como le correspondía por tener a su cargo como aparejador la seguridad de la obra en tales aspectos según lo preceptuado en los artículos 191 y siguientes de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (R. 1.940, 202, 351 y N. Dicc. 27.198) y en los 190 a 193 de la Ordenanza de Trabajo para las Industrias de la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 29 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Dicc. 6.930), que reglamentan el deber de cuidado exigible en cuanto a protección de los trabajadores contra el peligro de accidente, y sobre todo del decreto de 19 de febrero de 1971 (R. 338 y N. Dicc. 1.778), que atribuye en su artículo 1.º, párrafo 3.º, a estos profesionales el control de los sistemas de seguridad de las obras en que intervengan, exigiéndoles el cumplimiento de las disposiciones legales atinentes sobre seguridad en el trabajo, infracciones que dieron lugar al luctuoso suceso enjuiciado que sin ellas no se hubiera producido, el que, por otra parte, era perfectamente previsible y aparecía en cierta manera previsto en las disposiciones legales citadas, por lo que procede la desestimación del recurso.

Considerando: Que respecto al segundo motivo es necesario tener en cuenta que las disposiciones legales citadas como de carácter general obligan a todos los trabajadores y técnicos de la construcción y tienen el carácter jurídico-penal de reglamentos, aunque formalmente no ostenten tal condición, porque, como tiene aclarado esta Sala en sentencia de 28 de junio de 1949 (R. 1.017), entre otras, por reglamentos han de comprenderse aquí no sólo las disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo en uso de la autorización para aplicar las leyes, sino también las órdenes, bandos de buen gobierno para el régimen de las poblaciones, etc., por lo cual tales decretos lo son, pero, aunque así no fuera y el decreto 265 de 19 de febrero de 1971 no asimilara como asimila a tales efectos



los aparejadores a los arquitectos técnicos en su artículo 2.º, el proceder del inculpado tendría que ser igualmente declarado culposo por su doble omisión con la que incumplió su deber de actuar impuesto no sólo legalmente, sino asumido contractualmente al haberse comprometido a la vigilancia de la ejecución de unas obras que se extendía a comprobar si se cumplen las disposiciones relativas a la seguridad del personal, ya que es principio pacíficamente aceptado por la doctrina científica y jurisprudencial que tiene el agente la obligación de actuar, y por ello su omisión se equipara al hacer positivo si para él existe un deber jurídico de actuar dimanante de un precepto legal o reglamentario o de un negocio jurídico que lo constituyan personalmente en garante de la no producción del resultado típico como tiene declarado esta Sala en sentencias de 23 de enero de 1945 (R. 99) y 1 de julio de 1921 entre otras, por lo que aunque el deber de adoptar las necesarias medidas de precaución hubiera sido contractual y no reglamentario como lo es en este caso, el recurrente habría incurrido también en culpa, por lo que el motivo segundo del mismo recurso ha de ser igualmente rechazado. (STS de 19 de noviembre de 1976. Ar. 4.826.)

Considerando: Que razones de metodología concordantes con lo dispuesto en los artículos 901 bis *a*) y 901 bis *b*) de la L. E. Crim. determina el examen preferente del tercero de los motivos articulados en el recurso interpuesto por la representación de los procesados, amparado en el inciso final del número 1.º del artículo 851 de la citada ley, alegando infringidas las formalidades legales prescritas, por cuanto el relato de hechos probados de la sentencia impugnada insertaba la frase de que la víctima «fue auxiliada por otros bañistas particulares que habían practicado cursillos de socorrismo, ante la ausencia de personal médico y sanitario que obligatoriamente debía haberle prestado la necesaria asistencia», que era un concepto jurídico calificador de la imprudencia punible y, por tanto, predeterminante del fallo, alegación carente de densidad argumental a los efectos postulados de nulidad de la resolución recurrida, toda vez que, de una parte, tal frase en su conjunto y en las palabras que la integran no presenta ni tiene tecnicismo jurídico-penal alguno, siendo una expresión o locución vulgar y corriente en el lenguaje ordinario y perfectamente comprensible para cualquier persona de nivel cultural elemental, bastando su mera lectura para deducir que no ha sido intercalada como un juicio de valor anticipado e impropio, sino con la finalidad correcta y cumplida de reflejar y relatar con la suficiente expresividad e idoneidad lo realmente acaecido a la víctima al ser sacada de la piscina, cuya frase no sólo no es censurable, sino que es adecuada y conveniente para completar el cabal conocimiento del relato fáctico exigido al Tribunal por el artículo 741 de la referida ley procesal y, por otra parte, tampoco la totalidad de tal locución ni los vocablos empleados guardan o tienen coincidencia alguna con las que el texto del C. P. emplea para configurar las cuatro modalidades de imprudencia culpable que prevé y sanciona, por lo

que el motivo contemplado ha de ser forzosamente rechazado por su manifiesta improcedencia.

Considerando: Que como es conocido, las infracciones culposas, a diferencia de las dolosas, no se caracterizan entre sí por su esencia o naturaleza específica, sino por la relevancia o intensidad de las negligencias observadas, bajo cuyo criterio el C. P. común tipifica dos modalidades delictivas en el artículo 565 que completa con las simples faltas contra las personas del artículo 586, número 3.º, y contra las cosas del artículo 600, estableciendo de hecho una jerarquización punible de mayor a menor gravedad en consideración a la conducta y diligencia del agente, mas como aquel cuerpo legal no define, describe o delimita el contorno de dichas clases de imprudencia, tal imprecisión legal ha motivado la abundante doctrina de esta Sala tendente a señalar en la *praxis* directrices orientadoras no con carácter abstracto y generalizado por su virtual imposibilidad, sino más bien en concreto ante el examen y ponderada contemplación de las circunstancias concurrentes en los supuestos sometidos a resolución, cuya valoración no viene predeterminada por el resultado —salvo cuando la ley ordena tenerlo en cuenta—, sino como consecuencia de la mayor o menor importancia de las precauciones o diligencias no guardadas u observadas en evitación de daños en el patrimonio jurídico de terceros, y en este sentido la doctrina legal viene estableciendo límites cualitativos para diferenciar las repetidas clases de culpas, tomando en consideración tanto las circunstancias objetivas externas y materiales que enmarcan el suceso en el espacio como especialmente de las subjetivas que se contraen al comportamiento humano a través de los dos factores anímicos básicos: el intelectivo que afecta al poder y facultad de previsión y que prácticamente se traduce en el «deber saber» la posibilidad del evento dañoso y la diligencia omitida para originar su producción y el factor normativo, representado por el «deber evitar» proveniente de la infracción del deber objetivo de cuidado, bien proceda de norma o precepto reglado que imponga determinada conducta, o bien de principio o experiencia general, tácitamente admitida y observada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la vida colectiva o social en evitación de perjuicios ajenos y aun propios (sentencias de 13 de diciembre de 1972 [R. 5.395], 26 de septiembre de 1973 [R. 2.339], 18 de mayo de 1974 [R. 2.369] y 21 de enero de 1976 [R. 162]).

Considerando: Que conforme a lo anteriormente expuesto, la mensuración de la respectiva culpa imputada a los recurrentes no cabe apreciarla global y analógicamente, sino aislada y subjetivamente respecto a cada uno a tenor de sus distintos comportamientos, obligaciones respectivas y cometidos desempeñados según arroje el vinculante relato fáctico, que en cuanto afecta al proceso Manuel L. R. J., acredita que en la fecha del suceso ostentaba el cargo de director del «Parque Sindical Deportivo E.», dentro del cual se hallaba la piscina para no nadadores, de donde fue extraída sin consciencia, pero «con

signos vitales inequívocos» la víctima, derivándose la responsabilidad apreciada a aquél de: *a)* «la ausencia de personal médico y sanitario que obligatoriamente debía de haberle prestado la necesaria asistencia»; *b)* de que «no tenía en la plantilla (del Parque) un médico», y *c)* que «había ordenado al también procesado Manuel R., practicante, que tomase unas muestras de agua para análisis fuera del recinto, *sin señalarle lo hiciera cuando no hubiera bañistas en las piscinas*», actuación personal que denotaba según la apreciación valorativa del Tribunal de instancia, la falta de cuidado y negligencia con que el procesado cumplimentó sus específicas obligaciones regladas como director, o sea, que tal descuido era exponente de una negligencia leve de marcado carácter reglamentario y normativo, por no ajustarse estrictamente a lo dispuesto en la Orden ministerial sobre funcionamiento de piscinas públicas de 31 de mayo de 1960. (R. 846 y N. Dicc. 23.960), y en las asimiladas a éstas por la Orden de 12 de julio de 1961 (R. 1.112 y N. Dicc. 23.961), pero el detenido examen de aquella disposición inequívocamente señala en el artículo 14 que en las piscinas (como las existentes en el Parque Sindical referido) existirá una enfermería con dispositivo para la respiración artificial y recipiente de oxígeno, instrumental y botiquín de urgencia, agregándose literalmente que a cargo de la misma «estará el personal *médico auxiliar* necesario que prestará servicio permanente durante las horas de funcionamiento de la piscina», cuyos elementos aparecen existentes del contexto de la resolución dictada, puesto que se reconoce que tal enfermería con sus aditamentos existía, aun cuando al ocurrir el desgraciado evento dañoso, aquélla estaba cerrada por causas ajenas a la voluntad y previsión del director procesado recurrente, existiendo un practicante y una enfermera como personal «médico auxiliar», requerido, sin que fuera imprescindible —por no preceptuado— la presencia en plantilla de médico titular, y sin que tenga relevancia a los efectos de imputación de responsabilidad la orden dada al practicante de llevar las muestras de agua a su análisis «cuando no hubiera bañistas», por sobreentenderse que tal misión debía ser cumplida por éste sin menoscabo de las primordiales obligaciones anejas a su cargo y cometido, ni tampoco su accidental ausencia del recinto del Parque al haber encomendado los deberes de representación, ordenación y cuidado de este centro al administrador sustituto don Pedro L. L., al que correctamente no le ha sido apreciada imprudencia alguna, exención que alcanza al procesado director y ahora recurrente al no acreditarse inequívocamente que hubiera omitido en su comportamiento personal o en sus atinentes deberes profesionales la diligencia y previsión normal exigida con directa e indudable repercusión causal en el infortunado hecho del fallecimiento de la afiliada y bañista doña María M. H., razones que consecuentemente conllevan a que sea acogido el primero de los motivos del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegando infringido por aplicación indebida el párrafo 2.º del artículo 565 del C. P., respecto al recurrente Manuel L. R. J., casan-

do y anulando en su virtud la sentencia pronunciada en esta causa contra aquél por la Audiencia Provincial de Z., con fecha de 9 de octubre de 1975, dictándose la procedente por este Alto Tribunal a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la precitada ley.

Considerando: Que el preceptivo relato fáctico de la sentencia de instancia, acredita asimismo con relación al también procesado Manuel R. P., que como practicante prestaba su servicio normal en la piscina del Parque Sindical de referencia la tarde del 19 de julio de 1973, que se ausentó del mismo con la finalidad de que fueran analizadas unas muestras de agua, lo que llevó a cabo «cerrando la enfermería con llave y marchando antes del accidente, en hora de servicio, por cuanto éste duraba desde las nueve hasta las veintiuna horas», y por su parte la también procesada Blanca L. B., que igualmente prestaba servicio como enfermera, con iguales horas de asistencia que el anterior, «tampoco acudió en ayuda y auxilio de la accidentada» no obstante ser llamada por altavoz y encontrarse en el repetido Parque Sindical, de cuya transcripción dichas respectivas conductas son constitutivas de negligencias no relevantes, ni cualificadas, sin haber infringido —como se les imputa por la Sala sentenciadora de instancia— norma o precepto reglamentario alguno (fuera del estrictamente deber laboral encomendado), toda vez que las órdenes ministeriales antes citadas no los tienen por directos destinatarios ni atañen a los respectivos cometidos que dichos procesados desempeñaban, por lo que dichas conductas han de calificarse y tenerse como simple falta de imprudencia contra las personas, tipificada en el artículo 586 número 3.º, al no concurrir infracción de norma reglada, siendo la misma por su propia entidad cualitativa la modalidad más inferior de las imprudencias punibles tipificadas, caracterizándose porque una persona en su quehacer u omitir voluntario, pero no malicioso, deja de guardar de manera no relevante o intensa, un deber objetivo de cuidado de pequeño alcance, al no comportarse con la diligencia, cautela o moderación exigible ordinariamente, que de haber observado evitaría, disminuiría o atenuaría la situación de riesgo o peligro originada, que condujo al previsible, aunque lejano resultado, en relación de causalidad adecuada, pero no esencial o sobresaliente, como esta Sala tiene declarado en sentencias de 2-7-71 (R. 3.430), 28-3-73 (R. 1.438), 31-1-74 (R. 332) y 6-5-75 (R. 1.942), razones que en consecuencia conducen a estimar parcialmente el motivo primero del recurso, por corriente infracción legal, alegando infringido por aplicación indebida el párrafo 2.º del artículo 565 del C. P., en cuanto afectaba a las conductas imputadas a los recurrentes antes mencionados, casando y anulando en su virtud la sentencia pronunciada contra éstos y dictándose en su lugar otra más procedente en derecho, por este Alto Tribunal. (STS de 19 de noviembre de 1976. Ar. 4.863.)

Considerando: Que en la interpretación y aplicación del artículo 565 párrafo 2.º del P. C., imprudencia simple, con infracción de reglamentos, en relación con las obras y construcciones, la doctrina de esta Sala se ha pronunciado

de modo concluyente y uniforme, sobre ciertos puntos fundamentales que, a los efectos de recurso conviene destacar así: 1.º Hay un desvelo constante y progresivo del legislador por proteger al trabajador en general y al de la construcción en particular, en orden a que las condiciones de trabajo se realicen con la mayor garantía para la vida e integridad física de aquél, evitando aquellos riesgos que humana y técnicamente son previsibles. Y ello se pone de relieve desde el Reglamento de Seguridad e Higiene del Trabajo de 31 de enero de 1940 (R. 202), la creación de Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo por Orden de 21 de septiembre de 1944 (R. 1.348 y N. Dicc. 27.200), Reglamento de Seguridad en el Trabajo de la Construcción de 20 de mayo de 1952 (R. 866 y N. Dicc. 6.902), la Ordenanza Laboral de la Construcción de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Dicc. 6.930) y la vigente de Seguridad e Higiene del trabajo de 9 de marzo de 1971 (R. 487, 539, 722 y N. Dicc. 27.210 y 27.211). En todas estas disposiciones se desarrollan una serie de medidas precisas para que la actividad laboral se desenvuelva en condiciones adecuadas para la salud e integridad física del trabajador y que no se resientan ni peli-gren en el ejercicio de su actividad profesional. Y tales medidas de cautela, tienen unos destinatarios: todas aquellas personas que dirigen la construcción, o han de observar las nuevas prácticas de la misma u ordenar, organizan y distribuyen la realización de aquéllas, con finalidad protectora de trabajadores o de terceros, también amparados, con las medidas de seguridad legalmente exigidas. 2.º Que entre tales medidas de seguridad, destacan que los huecos practicados en los pisos de las obras en construcción que, por su especial situación, resulten peligrosas, serán convenientemente protegidos mediante barandillas sólidas de 90 centímetros de altura, redes y en su caso rodapié de 20 centímetros de altura conforme a las necesidades del trabajo (artículos 187 de la Ordenanza Laboral y 21 y 22 de la Ordenanza 1971) —sentencias de 24 de febrero de 1969 (R. 1.097), 14 de octubre y 26 de diciembre de 1970 (R. 4.048 y 5.566), 5 de junio, 6 de junio, 23 de marzo de 1973 (R. 2.527, 2.597 y 1.404), 12 de marzo de 1974 (R. 1.296), 26 de noviembre de 1975 (R. 4.590) y 15 de octubre de 1976 (R. 4.143), entre otras.

Considerando: Que conforme al decreto de 16 de julio de 1935 (R. 1.281 y N. Dicc. 1.391) y doctrina constante de esta Sala, son misiones especiales del aparejador: a) realizar la inmediata inspección de la obra; b) ordenar la misma conforme al proyecto del arquitecto director y cumplir las órdenes del mismo; c) acomodarse a las buenas prácticas de la construcción (sentencias de 9 de noviembre de 1974 [R. 4.283] y 15 de octubre de 1976 entre otras).

Considerando: Que examinado a la luz de esta doctrina el único motivo del recurso que alega la aplicación indebida del artículo 565, número 1.º, del C. P. en relación con los artículos 1.º y 14 del mismo cuerpo legal, se argumenta que la recurrente no es la autora del delito por el que la condenó la Sala de instancia, porque no le faltó ni la diligencia, media debida a prestar en las obli-

gaciones de su cargo, ni hubo por su parte infracción de normas reglamentarias de clase alguna, causantes una y otra del resultado lesivo: muerte del productor Gaspar S. Mas el argumento ha de decaer en cuanto que los hechos probados de la sentencia afirman categóricamente que la recurrente, en su calidad de aparejador, se limitó a intervenir en la dirección técnica del trabajo, no se preocupó de las medidas de prevención y protección de la seguridad de los trabajadores ni vigiló si los contratistas cumplían las medidas de seguridad prescritas visitando esporádicamente las obras una vez al mes. En estas condiciones no observó —como era debido y reglamentario— que el andamio colgante sólo estaba protegido por uno de los lados, pero quedando al descubierto los otros dos por carecer de barandillas y de rodapié, y no solamente no se cumplió tal prescripción reglamentaria, sino que, como añaden los hechos probados, le constaba la ausencia de protección del hueco. En tales condiciones de trabajo es patente que la recurrente, en su calidad de aparejador, ni realizaba con la exigida diligencia y asiduidad la inmediata inspección de la obra ni se acomodó a las buenas prácticas de la construcción exigidas por los reglamentos y ordenanzas antes citadas, con lo que su falta de diligencia media se calificó por la infracción de los preceptos también referidos e incurrió con ello en el delito que con toda corrección apreció la sentencia recurrida. (STS de 7 de diciembre de 1976. Ar. 5.269.)

Considerando: Que se denuncia en el segundo motivo de este recurso la falta procesal de claridad prevista en el número 1.º del artículo 851 L. E. Crim. —inciso primero—, y aunque ciertamente la resultancia probatoria adolece de cierta vaguedad en parangón y contraste con el voto reservado, dotado de mayor precisión en el relato de los hechos, atendido a la prueba articulada que en su plenitud ha conocido esta Sala examinando en su totalidad la causa en uso de la facultad que le confiere, precisamente para la mejor comprensión de los hechos probados, el artículo 899 de la L. E. Crim., párrafo 2.º, ello no obstante del examen de tales hechos probados de la sentencia a la que forzosamente debe atenerse esta Sala, y no al voto reservado, que no forma parte del fallo controvertido ni pasa de ser un parecer discrepante y minoritario criterio que no puede prevalecer sobre el mayoritario que formó la sentencia en trance de estudio, es así que de la resultancia probatoria y de asertos también fácticos consignados en el primer considerando aparece con diáfana claridad: *a)* que el propietario de la obra y su iniciador era el procesado conocedor del arte de la albañilería; *b)* que si bien figuraba en los comienzos de la obra como contratista Juan R. padre, asociado con el procesado, esta sociedad se extinguió y la obra quedó paralizada; *c)* que fue el acusado quien en unas vacaciones decidió por sí y ante sí elevar una segunda planta, siendo el recurrido precisamente el que con ayuda de un peón realizó en la obra que iba a comenzar trabajos preparatorios, entre ellos, la instalación de una grúa Minar para elevación de materiales, teniendo una pata empotrada en la obra sujeta por contrapesos; *d)* que

el día de autos, cargada la grúa, se elevó a unos seis metros de altura, donde se encontraba trabajando Juan R. y su hijo, *de sólo quince años*, Juan R. V., que llevó a las obras las herramientas; estando también presentes el propietario recurrido y procesado, y como oscilara la grúa por exceso de carga, la sujetaron los dos R. y el procesado, logrando depositar la carga en lo alto de la planta, pero R. hijo, por faltar en la obra voladizo, barandilla, rodapiés u otros mecanismos protectores, perdió el equilibrio y se desplomó a la calle, muriendo casi instantáneamente por causa de las heridas producidas por la caída. De estos hechos aparece claro, diáfano y manifiesto, sin que tales realidades evidentes puedan enmascararse y ser desvirtuadas por gratuitos juicios de valor que tratan de desviar la clara responsabilidad del profesional propietario y efectivo directo de lo que allí se hacía a un supuesto contratista que, si pudo serlo en el inicio de la construcción, no consta que lo fuera ya disuelta la sociedad en esta segunda etapa, en la que se pretendió elevar una planta más, obras en que todas las decisiones y medidas fueron adoptadas tanto activas como omisivamente por el acusado, actuando como único dueño y señor de lo que allí se hacía, sin que R. padre fuera otra cosa que mero colaborador, que ni compró ni instaló la grúa, ni la hizo funcionar en la ocasión de autos, ni se preocupó, ni le incumbía dotar a la obra de todas las medidas precautorias y de seguridad reglamentariamente exigible para la protección de los trabajadores que allí actuaban y especialmente las previstas en los artículos 170, 174, 187, 193, 277, 285, 289 y 291 de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1970 (R. 1.481, 1.699 y N. Dicc. 6.930), y 7, 10, 21, 100, 103, 107-1, 110-2, 141 y 151 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971 (R. 539 y 722).

Considerando: Que lo expresado: el consentir las infracciones referidas, la estancia en lugar tan peligroso del menor, no adoptar medidas eficaces para garantizar la seguridad de los que a sus órdenes y beneficio trabajaban, el haber tomado por sí y ante sí las decisiones que fueran causa cuando menos remota pero eficiente, sin ruptura del nexo de causalidad del acaecimiento inculminado, al permitir las omisiones de las medidas de seguridad destacadas y tratar ya maliciosamente de prevalerse de la apariencia contratista del R., entraña todo ello una grave imprudencia incluible en el artículo 565 del C. P. Lo razonado hace improsperable el primer motivo, puesto que en la resultancia hay elementos suficientemente claros para conocer la verdad; pero sí el segundo, que por la vía del número 1.º del artículo 849 de la L. E. Crim., denunciaba inaplicación del artículo 565, 1.º, del C. P., que provoca que se deba casar y anular la sentencia y dictar segunda más adecuada, porque en resumen ha quedado claro que el R. no era realmente contratista y que actuó como dueño el procesado. (STS de 23 de diciembre de 1976. Ar. 5.541.)

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Considerando: Que la responsabilidad civil subsidiaria, defectiva o de segundo grado que actúa por indotación económica del agente del delito se determina en el artículo 22 del C. P. como una responsabilidad objetiva o *in re ipsa*, que se funda jurídica y filosóficamente en el principio de Derecho natural *cuius commoda eius demnus* más que en valoraciones atinentes a la culpabilidad electiva o de vigilancia, siendo objeto por la doctrina de esta Sala de una interpretación que, sin ser extensiva, evita quedar apegada a una mera infecunda o estéril literalidad normativa, conduciendo su permisiva y abstracta fórmula a la acogida de las necesidades sociales, tan variadas como necesitadas de protección, más aún, cuando la moderna y amplia concepción de la creación del riesgo nacida en ámbitos laborales penetra en el campo penal, y determina que el empresario asuma los delitos y perjuicios que la actividad de la empresa supone para terceras personas, por lo que si el delito se efectúa por el inculpado en el desempeño directo del servicio debido a su principal, o al menos con ocasión próxima del mismo trabajo, haciendo uso de los medios o instrumentos puestos a su disposición o alcance, y aunque esta utilización fuere irregular o indebida, habrá de decretarse dicha responsabilidad civil de la empresa, que indirecta o directamente se beneficia de dicha actividad, aunque fuera meramente extralimitadora en lo funcional debida a torpezas o demasías, pues el riesgo era previsto y aceptado implícitamente al menos.

Considerando: Que la nota de dependencia del subordinado autor de la infracción criminal de la persona del empresario o principal supone que aquél actúe sometido directa, potencial o lejanamente al menos a la intervención del dueño y en el desempeño de sus obligaciones o servicios o en actividades de todo tipo autorizadas por él, aunque tuvieran carácter personal del asalariado, debiendo de entenderse que si éste es empleado o dependiente del principal y con aquiescencia o asentimiento expreso del último, utiliza el vehículo de motor de la empresa, lo realiza en beneficio de la misma, sea tal utilidad de orden material o meramente espiritual o moral, pues ambas producen iguales efectos, presunción la indicada que se encuentra del orden natural y normal de las cosas y de las relaciones humanas prácticas y que resultaría preciso destruir con aseveraciones contrarias que demostraran su irrealidad.

Considerando: Que por la efectividad de la anterior doctrina, resulta imposible de acoger tampoco el segundo motivo del recurso, toda vez que el hecho probado asegura que el procesado era empleado del recurrente, y «que con el asenso de éste», su patrono, conducía el furgón en el momento de cometer la imprudencia temeraria, porque se le condena, estando bien decretada con esta base fáctica la responsabilidad civil subsidiaria, por aplicación del artículo 22



del C. P. por la sentencia de la Audiencia, pues se proclaman los requisitos precisos para ella: de presencia del empresario, también la del servidor o empleado del mismo, de condición laboral, y por fin, la actuación en cometido o servicio beneficioso para el primero, porque así ha de estimarse, salvo prueba en contrario no realizada, cuando, como ocurre en el supuesto de autos, se otorgó el asentimiento expreso para el uso del vehículo por el dependiente, que ha de estimarse en beneficio o provecho del autorizante, material o idealmente sin actuación extralimitativa alguna y bajo la intervención permisiva y controladora del empresario recurrente, que por ello aceptaba el riesgo creado y lo asumía en todas sus consecuencias, aun para el caso no demostrado de que el uso del carruaje fuera para servicio estrictamente particular del conductor, pues la autorización expresa revelaba la presencia de la aceptación de todo riesgo concurrente con la utilización del medio de la empresa puesto a su disposición incondicionadamente. (STS de 21 de octubre de 1976. Ar. 4.003.)

Considerando: Que el primer motivo del recurso interpuesto por la responsable civil subsidiaria, doña María del Carmen H. F., reputa infringido por aplicación indebida el artículo 22 del C. P. en relación con el 546 bis a) y el 107 del mismo Código, partiendo para ello de la consideración de que no pudiendo ser autor de receptación el procesado Luis L. B., encargado del estanco o expendedoría número 14 de C., mal puede ser declarada responsable civil subsidiaria la titular de dicho establecimiento y esposa de aquel procesado ahora recurrente; pero si ya se ha visto que Luis L. ha de reputarse autor del delito que le fue imputado en la instancia, si bien no en la extensión que le era atribuida, sino en la cantidad en que concretamente se lucró, con el correlativo perjuicio para la empresa «R. T. y Cía», es obvio que está bien declarada la responsabilidad civil subsidiaria de la titular del establecimiento, pues se dan todos los requisitos exigidos para exigir tal responsabilidad: a) *perjuicio para tercero dimanante del delito* cometido por la concertada actividad del autor del hurto y del autor de la recepción en la proporción imputable a la conducta de cada uno, perjuicio que evidentemente se infligió a «R. T. y Cía», representante en C. de «Tabacalera, S. A.», de la que recibía los efectos timbrados sustraídos y ante la que debe responder de su desaparición a virtud de aquella dualidad delictiva; b) *relación de dependencia* entre el autor del delito de recepción y la titular del estanco, relación tan cualificada como pueda serlo la que se deriva de la condición de encargado de dicho estanco que concurre en el receptor, y c) delito cometido evidentemente en el *desempeño de sus obligaciones o servicio* por dicho encargo: sin que el fundamento de la responsabilidad subsidiaria que se predica, extraído del principio *cuius commoda, eius damna*, implique contradicción alguna con el aprovechamiento *para sí* que entraña el delito de receptación, pues si el lucro se agotó en el receptor (tesis de la sentencia recurrida), la responsabilidad civil de segundo grado que se postula entre en juego por insolvencia de aquél; y si el lucro logrado por la actuación

del encargado del estanco se transfirió a su titular (tesis del recurrente de la que no hay constancia fáctica), se llegaría a igual conclusión preparadora por aplicación del artículo 108 del C. P., precepto que sanciona civilmente la participación lucrativa de un tercero en los efectos de un delito o falta sin ser encubridor o receptor del mismo, supuesto de tan significativo paralelismo con el artículo 22, que queda englobado en su tramitación procesal por el artículo 615 de la L. E. Crim. con los demás supuestos de responsabilidad civil de terceras personas; conjunto de razonamientos que abonan por la desestimación de este motivo.

Considerando: Que, por el contrario, el motivo segundo del recurso ahora en examen merece acogida por violación de lo dispuesto en el artículo 106 del Código penal (en relación con el artículo 22 del propio Código) y doctrina de esta Sala, que lo interpreta en relación con el delito de receptación y del encubrimiento-participación —sentencias de 13 de diciembre de 1957 (R. 3.258), 17 de junio de 1961 (R. 2.663), 30 de noviembre de 1965 (R. 5.283), 27 y 31 de mayo de 1975 (R. 2.337 y 2.163), 24 de febrero de 1976 (R. 824)—, a cuyo tenor no puede condenarse indiscriminadamente, es decir, «conjunta y solidariamente» al autor del delito (hurto en este caso) y al receptor o encubridor a la indemnización de los perjuicios sufridos por el sujeto pasivo de la infracción, en este caso y por lo dicho la empresa «R. T. y Cía», sino que debe señalarse la cuota de que debe responder cada uno de dichos inculpados; cuota que, por lo que al receptor (o encubridor) se refiere, debe estar representada por la cuantía del beneficio obtenido por él; por lo que habiéndose fijado anteriormente dicha cuantía en la suma total de 354.000 pesetas, a ella debe limitarse dicha cuota y, por ende, la de su responsable civil subsidiario, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 107 del C. P. en cuanto a la responsabilidad solidaria entre autores, cómplices y encubridores, pero cuya solidaridad debe quedar limitada siempre para el receptor por la cuantía de su lucro; en cuyo sentido debe ser casada la sentencia recurrida con acogimiento en la recisoria que se dicta seguidamente de dicha rectificación de la responsabilidad civil. (STS de 22 de noviembre de 1976. Ar. 4.870.)

Considerando: Que el motivo único del recurso interpuesto por el responsable civil subsidiario combate la aplicación del artículo 22 del C. P. con base en que el procesado, si bien era el conductor habitual del vehículo y estaba autorizado por su dueño para efectuar los traslados con el resto de los empleados a los lugares de trabajo, es lo cierto que en la noche de autos estaba haciendo un uso del vehículo totalmente privado sin guardar relación alguna con el desempeño de sus obligaciones, con lo que falta uno de los requisitos esenciales para desatar la responsabilidad civil subsidiaria conminada por dicho precepto del C. P., interpretado por reiterada jurisprudencia que exige tal ligamen del delito o falta perpetrados con el servicio prestado por el dependiente; alegato que mutila el relato fáctico en un importante extremo: aquél en que se

declara que el empresario a cuyo servicio trabajaba como capataz del encartado «había autorizado expresamente (al mismo) para que utilizare el automóvil al servicio propio y de los demás obreros», licencia que deja sin base la pretendida extralimitación laboral como ha declarado esta Sala —sentencia de 11 de junio de 1971 (R. 2.820)—, puesto que el empresario que ha consentido expresa o tácitamente ese quehacer extralaboral ya no puede decirse que es extraño al mismo, sino que lo acepta y se solidariza con los resultados que por consecuencia pueden sobrevenir; doctrina reiterada en otras muchas resoluciones —sentencias de 10 de julio de 1963 (R. 3.484), 16 de octubre de 1973 (R. 3.846) y 16 de abril de 1974 (R. 1.846) entre las recientes—; y que, por otra parte, está muy de acuerdo con la línea de progresión aperturista que al respecto se viene asentando en este tema —sentencias de 10 de febrero y 26 de junio de 1972 (R. 846 y 3.438), 28 de febrero de 1973 (R. 888) y otras—, y que en el caso *sub judice* se refuerza con la consideración de que la autorización del empresario venía a actuar como una especie de compensación laboral, dada la especialidad de los servicios prestados por el equipo de obreros mandado por el procesado y que el *iudicium* de la sentencia recurrida pone muy bien de relieve cuando explica que dichos serviarios habían de trabajar —por la índole de la empresa llevada a cabo— alejados de su domicilio y familia y en una comarca remota, de modo que su patrono entendía que era un incentivo para aliviar tal situación el disfrute del vehículo «Land-Rover» en beneficio de los obreros, cuya satisfacción redundaba a su vez en utilidad del empresario que así atendía a la mejor disposición laboral de sus empleados; con lo que no pudiéndose ya hablar de verdadera extralimitación profesional, dada la autorización interviniente y la finalidad perseguida por la misma, se está en definitiva dentro del principio *cuius commoda eius damna*, inspirador del precepto que se pretende infringido en alianza con el de creación del riesgo que postulan las modernas orientaciones sociales; razones sobradas para desestimar el motivo en que se apoya este segundo recurso. (STS de 4 de diciembre de 1976. Aranzadi 5.241.)

Considerando: Que resta por examinar el único motivo admitido de los formulados por el responsable civil subsidiario, asimismo amparado por el número 1.º del artículo 849, impugnando la aplicación indebida del artículo 22 del C. P., motivo que tampoco puede prosperar, la responsabilidad subsidiaria consistente en una relación preestablecida entre el responsable criminalmente y el pretendido responsable civil subsidiario, siendo intrascendente que la relación intersubjetiva sea gratuita o retribuida, no precisando tampoco que la actividad del culpable redunde en beneficio del responsable civil subsidiario —sentencia de 14 de enero de 1963 (R. 82)—, declarándose de *facto* que el día 4 de agosto de 1973 el recurrente aceptó la propuesta que le hizo el procesado de guardar su melonar, casi colindante con el suyo, pactó sus servicios aunque no se hablara de retribución de clase alguna, y como los hechos ocurrieron preci-

samente en la guardería del melonar del recurrente, viene obligado a la responsabilidad civil subsidiaria de la criminal en que incurrió el procesado. (STS de 10 de diciembre de 1976. Ar. 5.294.)

### SALA III

#### CUESTIONES TRIBUTARIAS

##### a) *Seguridad Social Agraria*

Considerando: Que admitida esta apelación no por razón de su cuantía, inferior a la establecida en el artículo 94, 1, a), de la ley Jurisdiccional (R. 1.956, 1.890 y N. Dicc. 18.435), sino al amparo del número 2.º del apartado b) del mismo artículo por plantearse en el recurso la impugnación de una disposición general; queda limitada su área al conocimiento y declaración de la legalidad o ilegalidad de la disposición impugnada a tenor de reiteradas declaraciones de esta Sala en sentencias, entre otras, de 29 de octubre y 26 de noviembre de 1975 (R. 4.214, 4.405) y 21 de mayo y 3 de julio de 1976 (R. 2.399 y 3.598).

Considerando: Que la disposición impugnada es el reglamento aprobado por decreto 3.762 de 23 de diciembre de 1972 (R. 1.973, 295 y N. Dicc. 27.451), sobre Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado en cumplimiento de la disposición final segunda del texto refundido de las leyes de 31 de mayo de 1966 (R. 1.042) y 22 de diciembre de 1970 (R. 2.193), que se aprobó por decreto de 23 de julio de 1971 (R. 1.731 y N. Dicc. 27.447), y que establece en su capítulo cuarto el régimen de cotización y recaudación de la Seguridad Social Agraria, todas cuyas normas no hacen sino desarrollar los preceptos de la ley dentro de una respetuosa subordinación de la norma reglamentaria a la de rango legal; lo que hace improcedente el presente recurso de apelación, según con más detalle se analiza en la sentencia de esta Sala que dictó, también en grado de apelación, en 21 de mayo del corriente año (R. 2.399), cuyos fundamentos se dan por reproducidos en la presente ante la igualdad fáctica entre uno y otro recurso; no apreciándose circunstancias especiales que aconsejen pronunciamiento especial en orden a las costas. (STS de 18 de octubre de 1976. Ar. 4.232.)

##### b) *Exenciones a Mutuas Patronales*

Considerando: Que en el presente recurso —y por lo que afecta a tema de la sujeción al impuesto de la Mutua Patronal de *litis*— es preciso tener en cuenta que si, como realmente sucede, el artículo 9, 1, c), del texto refundido

del Impuesto sobre Sociedades (R. 1.968, 540, 746 y N. Dicc. 16.133), declara «sujetas» a las Mutuas de Seguros, siguiendo en éste a la ley de 16 de diciembre de 1940 (R. 2.093 y N. Dicc. 16.081), cuyo artículo 4.º, párrafo 2.º, las hacía tributar por cuota mínima, cualquiera que fuera su beneficio y, por tanto, aunque su beneficio fuera nulo; claro es que por ello —y por cuanto las Mutuas Patronales cumplen al menos en el orden fiscal una función netamente aseguradora, sin perjuicio de que en una contemplación más amplia constituyan un valioso instrumento al sistema de socialización de riesgos— procede ante todo afirmar aquí que la Mutua Patronal que acciona se halla efectivamente sujeta al impuesto de Sociedades, correspondiendo ahora decidir si debe ser declarada «exenta» de la obligación de contribuir por el mencionado impuesto como concretamente se postula por la referida recurrente.

Considerando: Que en relación con dicha pretensión, la solución del problema que contiene en sentido afirmativo, es decir, favorable para la expresada sociedad, ya ha sido dada por esta Sala en sus sentencias de 15 y 16 de abril, 16 y 28 de mayo, 5 y 26 de junio, 5 de julio, 13, 22, 29 y 30 de octubre, 11 y 15 de diciembre de 1975 (R. 1.745, 2.000, 2.037, 2.209, 2.627, 3.144, 3.102, 3.471, 4.169, 4.215, 4.218, 4.988), 4, 6, y 28 de febrero, 30 de abril, 22 y 29 de mayo, y 2, 7, y 12 de junio de 1976 (R. 589, 366, 848, 1.942, 2.448, 2.488, 2.640, 2.663, 2.765), cuya doctrina debe darse por reproducida en el presente pleito; sin que a ello se oponga lo establecido en la sentencia de esta Sala de 15 de febrero de 1971 (R. 474), en la que el problema fundamental debatido —impugnación de un decreto legislativo en materia fiscal: el texto refundido de 23 de diciembre de 1967— consistió en determinar si la Administración se había excedido o no de los límites de la autorización o delegación correspondiente y que quedó resuelto a favor de la legalidad del decreto referido, aunque no mencionara «expresamente» a las Mutualidades Patronales de Accidentes del Trabajo. (STS de 6 de diciembre de 1976. Ar. 5.698.)

Considerando: Que las sentencias de esta Sala de 5 y 26 de junio, 5 de julio, 13 de octubre, 4 y 19 de noviembre y 5 de diciembre de 1975 (R. 2.627, 3.144, 3.102, 3.471, 3.991, 4.376, 4.752) y 4 y 25 de febrero y 7 de mayo del año en curso (R. 589, 1.038, 2.048), entre muchas, han declarado que las Mutuas de Seguros se hallan incluidas entre los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades como comprendidas en el artículo 9.º, 1, c), del texto refundido regulador del tributo de 23 de diciembre de 1967 (R. 1.968, 540, 746 y N. Diccionario 16.133) y que su sujeción al mismo se determina con independencia de que obtengan o no beneficio, pues en el artículo 52 del propio texto se dispone que los tipos que en él se establecen se aplicarán sobre las primas cualquiera que fuere su beneficio, y que como las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo cubren la responsabilidad que para los empresarios asociados pueda derivarse por los accidentes que sufran y las enfermedades profesionales que contraigan las personas de su empresa, es evidente que han de ser calificadas

como Mutuas de Seguros, con la natural consecuencia de su sujeción al impuesto de que se trata.

Considerando: Que las citadas sentencias de este Tribunal han declarado igualmente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 10, 1, *k*), del mismo texto refundido, están exentas de la obligación de contribuir las sociedades y demás entidades que tengan concedida exención en virtud de leyes especiales mientras permanezcan en vigor, y que tal es el caso de las Mutuas Patronales, ya que la exención correspondiente les fue reconocida, entre otras disposiciones, por el artículo 54 del decreto-ley de 8 de octubre de 1932 (R. 1.305) sobre Accidentes de Trabajo, reproducido por el artículo 46 del texto refundido de la ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 (R. 1.048, 1.294 y N. Dicc. 406), y posteriormente, y en los términos más absolutos, por el artículo 202, 5, del texto refundido de la ley general de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (R. 1.482 y N. Dicc. 27.361), sin que puedan entenderse derogados los preceptos que concedían la exención por la circunstancia de que nada se dijese en la ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 (R. 2.467) ni en el texto articulado de la misma de 21 de abril de 1966 (R. 734 y 997), en cuanto que, conforme a lo prevenido en el artículo 10, *b*), de la ley general Tributaria (R. 1.963, 2.490 y N. Dicc. 15.243) las exenciones fiscales se hallan sometidas en lo que concierne a su supresión al mismo régimen que su establecimiento —disposición mediante ley— y la exención aquí debatida nunca fue derogada legal y expresamente, por lo que con la mayor ortodoxia jurídica ha podido incorporarse al decreto legislativo de 30 de mayo de 1974 anteriormente aludido.

Considerando: Que haciendo aplicación al caso de autos de la anterior doctrina jurisprudencial se hace obligado concluir que la Mutua Patronal actora y apelante se halla exenta del Impuesto de Sociedades, lo que conduce a la revocación de la sentencia recurrida y, subsiguientemente, a la anulación de los acuerdos del T. Econ.-Adm. Central y del Provincial y de las liquidaciones provisionales giradas por el mencionado impuesto; no siendo necesario, en consecuencia, entrar en el estudio y resolución de la cuestión planteada por aquella entidad con carácter subsidiario relativa a la procedencia de deducir de la base imponible del tributo las partidas económicas que obligatoriamente se destinan a financiar los llamados servicios comunes de la Seguridad Social. (STS de 15 de diciembre de 1976. Ar. 5.798.)

Considerando: Que todas las cuestiones que la presente apelación plantea han sido resueltas reiteradamente por esta Sala, entre otras sentencias, en las de 15 y 16 de abril, 16 y 28 de mayo, 5 y 26 de junio, 5 de julio, 13 y 15 de noviembre y 5 y 30 de diciembre de 1975 (R. 1.745, 2.000, 2037, 2.209, 2.627, 3.144, 3.102, 4.054, 4.328, 4.752, 5.082) y 30 de abril de 1976 (R. 1.942), en el sentido de declarar a las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo sujetas al Impuesto de Sociedades en la modalidad de gravamen sobre las primas, con

independencia de que obtengan beneficio o no, pero a la vez exentas de la obligación de pagar el impuesto por virtud del artículo 10, 1, *k*) del texto refundido de 23 de diciembre de 1967 (R. 1.968, 540, 746 y N. Dicc. 16.133), que implícitamente se remite al artículo 46 de la ley de Accidentes de Trabajo, texto refundido de 22 de junio de 1956 (R. 1.048, 1.294 y N. Dicc. 406), precepto que tiene su antecedente en el artículo 54 del decreto-ley de 8 de octubre de 1932 (R. 1.305), y su continuación en el artículo 202, 5, del texto refundido de la ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (R. 1.482 y N. Dicc. 27.361); sin que pudiera interpretarse como derogación de la exención impositiva que las Mutuas Patronales tenían legalmente reconocida, el silencio guardado sobre el particular por la ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 (R. 2.467) y por el texto refundido de 21 de abril de 1966 (R. 734 y 997) al estar sometida la supresión de exenciones al mismo régimen que su establecimiento y al no haber sido totalmente asumida por las dos leyes últimamente citadas toda la normativa reguladora de los accidentes del trabajo.

Considerando: Que procede reiterar el criterio que esta Sala viene manteniendo, así en la sujeción como en la exención, por lo que debe revocarse la sentencia de la que se apela por la Mutua Patronal en cuanto no concedió la exención a que dicha Mutua tiene derecho por los años 1968 a 1970, y ello supone la estimación del recurso contencioso-administrativo en el segundo extremo de su petición principal, sin que haya lugar, por tanto, al examen de la petición articulada con carácter subsidiario. (STS de 28 de diciembre de 1976. Aranzadi 5.923.)

#### CUESTIONES PROCESALES: LEGITIMACIÓN

Considerando: Que por lo que respecta a la supuesta causa o motivo de inadmisibilidad, la misma ha de ser desestimada por el Tribunal, puesto que a tenor del artículo 28, 1, *b*), de la ley Jurisdiccional, se reconoce legitimación activa para la impugnación de disposiciones de carácter general a las entidades, corporaciones e instituciones de Derecho público y cuantas entidades ostenten directamente la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectase directamente a los mismos, no cabiendo duda que el sindicato recurrente está legitimado para impugnar el decreto de autos, habida cuenta que, por un lado, hay correlación absoluta entre el ámbito de la disposición impugnada de carácter nacional, y el carácter del sindicato recurrente, también extensible a todo el territorio patrio, ostentando el mismo el interés exigido por el artículo 28, *b*), de la ley de 27 de diciembre de 1956, pues al integrar la entidad recurrente a una serie de empresas, de las que tiene que ser su portador y defensor, es indudable que al afec-

tar el precitado decreto al funcionamiento de las empresas, en cuanto al mismo se refiere a su funcionamiento, producción de humos y vapores, modificación de sus instalaciones y demás particularidades plasmadas en el aludido decreto, el sindicato en cuestión, al ostentar la defensa de esos intereses corporativos o gremiales de las citadas empresas, puede impugnar el precalendado decreto, sobre todo cuando se manifiesta que el mismo fue adoptado no ya sin oír a esas empresas, *uti singuli* consideradas, sino al citado sindicato como ente integrador o *universitas* de aquellos intereses de las empresas afectadas por tal normativa y, a mayor abundamiento, no debe olvidarse que, aparte del hondo criterio espiritualista que rige en esta materia, que prohíbe se restrinja o minimice el concepto de interés a efectos de legitimación, debiendo interpretarse con un amplio criterio, tenemos que, al formularse el presente proceso por supuestas infracciones del procedimiento canalizador del mencionado decreto, entre ellas la de no haberse oído al mismo, la pretensión de inadmisibilidad vendría concatenada íntimamente con esa cuestión y, en consecuencia, sólo podría recogerse bajo el prisma de su estimación según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, que por su cantidad y reiteración huelga de toda exégesis y enumeración, y no se diga que el presente proceso no se interpone contra precepto concreto del tantas veces aludido decreto con la consiguiente carencia de su interés corporativo, sino por infracciones formales, al sostenerse no se cumplió el procedimiento exigido para su adopción, pues para la validez y eficacia de los actos administrativos no sólo se requiere la sincronía de los mismos con el Ordenamiento Jurídico vigente en la materia, sino también y de un modo esencial el que los mismos se hubiesen producido a través del correspondiente procedimiento, ya que sólo cumpliéndose éste es cuando se asegura la bondad del acto de que se trate y, en particular, la garantía del administrado o destinatario del mismo, de ahí que el sindicato que nos ocupa, al manifestar que no fue oído en la elaboración del decreto de referencia junto con otras infracciones de forma que denuncia, está legitimado precisamente en defensa de esos intereses generales o corporativos por interponer el recurso jurisdiccional que nos ocupa, por cuanto tanto se pueden conculcar esos intereses generales o corporativos por infracciones de fondo como de forma o procedimentales, infracciones que incluso pueden recogerse de oficio por las Salas de la Jurisdicción, puesto que éstos deben ser celosos custodios del procedimiento canalizador de la resolución o resoluciones administrativas de que se trate sin más requisitos de que la acción entablada esté viva, por todo lo cual debe desestimarse la necesitada causa de inadmisibilidad. (STS de 29 de noviembre de 1976. Ar. 5.467.)



SALA V

CLASES PASIVAS

La hoy actora, al fallecer su padre, funcionario del Estado, en 3 de octubre de 1915 tenía la naturaleza española, por lo que conforme al número 4 del artículo 83 del Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926, puesto que vivía su madre, el derecho que adquirió a pensión de orfandad estaba sujeto a la condición suspensiva de fallecimiento o segundas nupcias de la misma, mas el 7 de abril de 1970, en que se cumplió esta condición en su primera alternativa, había perdido la nacionalidad española por su matrimonio con un extranjero contraído en 22 de mayo de 1920, por lo que no podía cobrar la pensión de orfandad que en otro caso le hubiera correspondido, ya que el artículo 90 del Estatuto de Clases Pasivas dispone que «la condición de español es requisito indispensable para el cobro de todas las pensiones», y esa pérdida del derecho subsiste, aun cuando con posterioridad se recuperase la nacionalidad española, como ocurrió en el caso presente, en que la recurrente la recobró en 28 de diciembre de 1970..., pues el artículo 200 del Reglamento de Clases Pasivas de 21 de noviembre de 1927, si bien su primer párrafo dispone que «la condición de español para el cobro de pensiones habrá de ostentarse en el momento del fallecimiento del causante», momento en el que la recurrente era española, en su párrafo segundo establece que «el que adquiera o recobre la nacionalidad española con posterioridad a dicho momento no tendrá en ningún caso derecho a pensión», y este rigor con que el precepto enjuicia a estos efectos la pérdida de la condición de español se acentúa en un párrafo final al ordenar que «el pensionista que pierda la nacionalidad española perderá también definitivamente el derecho a la pensión», es decir, que aunque la recurrente a partir de la muerte del causante hubiera sido titular de un derecho a pensión y no de una mera expectativa o derecho condicionado, la pérdida de tal derecho por un matrimonio con un extranjero tenía carácter definitivo, y no le hubiera recobrado al adquirir nuevamente la condición española. (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1976. Ar. 4.090/76.)

El artículo 9.º, 1, del real decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, preceptúa que «los funcionarios repuestos en su condición de tales por virtud de la amnistía serán reincorporados al servicio y obtendrán destino conforme a las normas en vigor sin perjuicio de su derecho a pasar a otras situaciones», aclarando en el párrafo 2.º del propio artículo 9.º que «los funcionarios repuestos sólo tendrán derecho al percibo de haberes por el tiempo en que hubieren prestado servicio efectivo, si bien el tiempo en que estuvieron separados será computable a todos los efectos de antigüedad»; pero que si tales normas deben

tenerse en cuenta al aplicar a los recurrentes los beneficios de la amnistía, no es posible en el actual momento procesal y dado el carácter revisor de la Jurisdicción atribuirles influencia para anular las resoluciones recurridas que en el momento en el que fueron dictadas se acomodaban a Derecho, aunque posteriormente puedan revisarse, bien de oficio o a instancia del interesado, dejando sin efecto la condena y la separación del mismo y computándole el tiempo en que estuvo separado para el señalamiento de sus haberes pasivos. (STS de 27 de octubre de 1976. Aran. 4.437/76.)

Calificándose, pues, de excepcional la pensión concedida a los actores por la ley 48 de 1965, el problema propio del recurso, a tenor del planteamiento formulado por las partes en relación con lo que decidió el acto administrativo impugnado, es si procede ser actualizada la pensión aplicando el decreto 864 de 13 de abril de 1967, que se dictó para desarrollo del artículo 47 de la ley de 21 de abril de 1966, y si la conclusión se presenta fácil, pues el artículo 12, 1, 2.ª, del decreto excluye de su aplicación «las pensiones excepcionales concedidas por ley a personas determinadas», debe además consignarse que las razones de ser excluidas se encuentran en que la finalidad del decreto de la actualización por porcentajes medios para adecuar las pensiones antiguas a las cuantías de las modernas, como consecuencia de la modificación de las retribuciones de los funcionarios en activo establecida por el nuevo régimen de la ley de 4 de mayo de 1965, es guardar la máxima equidad entre los haberes pasivos de quienes, habiendo causado pensión en tiempos distintos, tengan las mismas categoría, sueldo y las otras circunstancias determinadoras del haber, cuyo fundamento no es aplicable a las pensiones fijadas otorgadas por ley especial a favor de personas determinadas y conforme a situaciones singulares de los beneficiarios, pues faltan los presupuestos dichos de finalidad y fundamento, sin que ello pueda suponer que estas pensiones, denominadas excepcionales desde la ley de 21 de abril de 1966, carecen de un sistema de aumento, y así, en la del presente pleito, al disponer su ley en el artículo 2.º que experimentará los incrementos establecidos para las demás pensiones de Clases Pasivas, habrá de acudir a las normas vigentes propias del supuesto, lo que no es tema del recurso. (STS de 13 de diciembre de 1976. Ar. 5.504/76.)

#### CUESTIONES DE COMPETENCIA

Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.º de la ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a ésta le corresponde el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo, circunstancia esta última que no concurre en el presente caso, pues, como el propio recurrente reconoce, la relación que le vincula con la Administración Militar es de índole laboral e in-

cluso fundamenta sus pretensiones en los contratos de trabajo que tienen concertados y en las Ordenanzas Laborales de la enseñanza no estatal (1.º considerando).

A lo expuesto en el anterior considerando no se opone que el artículo 75 de la Reglamentación del Trabajo del personal no funcionario al servicio de la Administración Militar, aprobado por decreto de 20 de octubre de 1967, excluya la intervención de la jurisdicción laboral ante la resolución del Ministerio del Aire, pues ello no supone una transferencia de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que ello vendría a suponer una modificación del citado artículo 1.º de la ley de la Jurisdicción, para lo cual la mencionada Reglamentación carece de la necesaria jerarquía normativa, doctrina acorde con la mantenida por esta Sala en las sentencias citadas en los vistos (sentencias de 15 de marzo, 3 y 6 de octubre de 1976 y 2 de junio de 1976) (2.º considerando). (STS de 27 de octubre de 1976. Ar. 4.404/76.)

Interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo por quienes alegan su condición de funcionarios del Movimiento Nacional y en relación con acto producido por silencio del ministro Secretario General del Movimiento, es de aplicar a la resolución de las pretensiones formuladas, la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 11 de noviembre de 1974 y 22 de diciembre de 1975, ratificada en otras del presente año, aceptando la alegación del abogado del Estado en su contestación a la demanda, de la inadmisión del recurso por aplicación del apartado a) del artículo 82 en relación con el 1 y 37 de la ley de esta Jurisdicción, al no tener el Movimiento Nacional el carácter de Administración pública; esta tesis ya sustentada por sentencias de este Tribunal Supremo de 24 de abril de 1957, 30 de mayo de 1959, 8 de julio de 1960 y 20 de marzo de 1965, entre otras, excluyendo de la revisión jurisdiccional las resoluciones emanadas del ministro Secretario General del Movimiento en materia de personal de su Departamento, no sufre alteración por la promulgación de las leyes citadas en los vistos, ya que el Movimiento es un organismo intermedio entre la sociedad y el Gobierno e independiente de la Administración general según la regulación actual; por tanto sus resoluciones no están sometidas a la revisión de esta jurisdicción, y ha de aceptarse la alegación de inadmisión, como se hizo, y por los propios fundamentos, en las sentencias mencionadas. (STS de 6 de octubre de 1976. Ar. 4.009/76.)

MUTUALIDAD NACIONAL DE PREVISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL  
(MUNPAL)

La resolución del Ministerio de la Gobernación, impugnada por la MUNPAL, al fijar enalzada interpuesta por determinado funcionario municipal la pensión de jubilación de éste en la cantidad de 66.138 pesetas anuales, lo hizo

apreciando los datos que aparecen en las certificaciones de la Corporación local a la que pertenece el interesado, de las que resulta que aquél venía percibiendo en activo dicha suma y que cotizó a la Mutualidad por ella, por lo menos en el mes de agosto de 1968, correspondiente a la fecha de cumplimiento de la edad reglamentaria de jubilación del funcionario en cuestión y no puede alegarse que la circunstancia de no haber cotizado el Ayuntamiento a la Mutualidad por el sueldo regulador indicado en fechas anteriores al citado mes y año, puede suponer que haya de modificarse el acto recurrido, ya que como ha declarado reiterada jurisprudencia de la Sala, y concretamente en un caso semejante la sentencia de 25 de noviembre de 1972, recogiendo un principio general de todo mutualismo administrativo o de otra clase, el incumplimiento por el Ayuntamiento de la obligación de cotizar legalmente a la MUNPAL, no puede perjudicar los derechos pasivos del funcionario mutualista, que nacen de la ley y no de la forma como cumpla sus deberes el organismo encargado de afiliarlo y abonar las cuotas de los interesados, por lo que en todo caso sería a cargo de la Corporación municipal, la consiguiente obligación de soportar las consecuencias que de ello pudiera derivarse, en sus relaciones internas con la Mutualidad, pero no el funcionario, que tiene derecho a percibir la pensión que le corresponde, y por ello el artículo 15 de la ley de 12 de mayo de 1960, y 78 de los Estatutos de la Mutualidad (de.....), reconocen a ésta la facultad de exigir del Ayuntamiento el pago de las diferencias de cuotas, según los artículos 311 y 711 de la ley de Régimen Local. (STS de 4 de octubre de 1976. Ar. 3.892/76.)

Lo que antecede no es desconocer unos derechos adquiridos, sino todo lo contrario, porque si el derecho se adquirió, lo fue en virtud de hechos acaecidos en época en la que estaba vigente otra legislación, y cuando esa legislación se sustituye, se respeta el derecho a la pensión en los propios términos que ésta fue concedida, sin disminuirlos, porque si hubiere disminución, sí habría desconocimiento del derecho que se adquirió, pero muy lejos de ello, todas las actualizaciones realizadas lo han sido aplicando estrictamente los preceptos posteriores, que conceden a quienes adquirieron un derecho la opción entre conservarlo o acogerse al nuevo sistema —siempre más beneficioso puesto que aumenta la cuantía de las pensiones— y en el nuevo sistema, lo que no puede hacerse es pretender continuar con lo que se benefició del antiguo derecho adquirido —como es el porcentaje— y con lo que más benefició del nuevo —como es el nuevo sueldo o el nuevo haber regulador—, sino que ha de aceptarse íntegramente uno u otro en su totalidad, porque las normas básicas de cada uno de ellos, no son comunicables entre sí, por tratarse de dos grupos de preceptos que regulan situaciones distintas. (STS 26 de noviembre de 1976. Ar. 5.108/76.)

Es doctrina de esta Sala, que el hecho determinante de la posibilidad de prestación —en este caso, la pensión de viudedad— es el fallecimiento del

funcionario causante de la pensión, por lo que la legislación aplicable a efectos de conceder o denegar la pensión, es la vigente en ese preciso momento ya que es ella la única que puede precisar los requisitos mínimos exigidos para causar la pensión; por ello, como el funcionario causante de la pensión, el caso que motiva este recurso, falleció en el año 1956, era de aplicación la Orden de 7 de junio de 1962, que solamente exigía para quienes fallecieran después del día 1 de julio de 1952 haber prestado un mínimo de 10 años de servicios; y como el esposo de la solicitante de la pensión había prestado un total de 15 años..., es evidente que sus familiares tenían derecho a la pensión solicitada denegada primeramente por la MUNPAL y luego concedida por el Ministerio de la Gobernación. (STS de 27 de noviembre de 1976. Ar. 5.110/76.)

De la pura literalidad del decreto 3.083/1970, de 15 de octubre, pudiera desprenderse la tesis mantenida en la demanda sobre la no actualización de la pensión de jubilación que por don J. Ll. B. se viene percibiendo, ya que es indudable se trata de una pensión de jubilación forzosa impuesta a los sesenta y dos años, edad inferior a los sesenta y cinco que resultaría la procedente por aplicación de los Estatutos de la MUNPAL y por consiguiente se encontraría incluida en el artículo 1.1 apartados 2 y 3 del decreto que excluyen de la actualización las pensiones que se hubieran concedido al amparo de condiciones más beneficiosas que las establecidas en las normas estatutarias de la Mutua, entendiéndose por condición más beneficiosa según el apartado 3 a) el señalamiento de edades que anticipen el nacimiento del derecho a la pensión, pero esta interpretación rigurosa ha de ceder en este caso por contrariar el espíritu y la finalidad perseguida por la actualización, pues no puede olvidarse que tal jubilación anticipada fue impuesta al funcionario, para quien no constituya una condición más beneficiosa, sino al contrario, cercenó su derecho a permanecer en activo y percibir por consiguiente la totalidad de sus emolumentos hasta edad más avanzada, y resultaría contrario a los más elementales principios de equidad que en razón a una norma que anticipó su jubilación cuya aplicación no fue solicitada sino impuesta, y que no constituyó para él beneficio, se le excluyera nuevamente de los que la actualización de su pensión pudiera ahora proporcionarle, razones todas que conducen a declarar que la resolución del Ministerio de la Gobernación hoy impugnada que declaró actualizable tal pensión de jubilación no infringe el ordenamiento jurídico. (STS de 30 de noviembre de 1976. Ar. 5143/76.)

JOSÉ ANTONIO UCELAY DE MONTERO

Y

JOSÉ ENRIQUE SERRANO MARTÍNEZ