

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXX

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN

Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA

Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO

Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL

Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ

Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LFDESMA

Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUNEZ LAGOS

Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ

Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIBA (†)
Profesor A. de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Nota necrológica

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *En Memoria* 825

Estudios monográficos

LUIS H. CLAVERÍA GOSÁLVEZ: *Teoría general de la reserva hereditaria* 827

MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos de daños a las personas causados por bandas o grupos armados (Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero)* ... 865

TERESA PUENTE MUÑOZ: *El derecho a la intimidad en la Constitución* 915

Bibliografía

Libros 929

Estudios de Derecho Tributario, por Pedro Elizalde Aymerich.—FERNANDEZ SHAW, FELIX: *La difusión internacional de los programas audiovisuales*, por José Bonet Correa.—MOISSET DE ESPANES, LUIS: *Estudios Parte general. Obligaciones y Derechos reales*, por José Bonet Correa.—MONTES, VICENTE L.: *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, por José Bonet Correa.—REVERTE NAVARRO, ANTONIO: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: *Estudios varios. Obligaciones, contratos, empresas y sociedades*, por José Bonet Correa.

Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco 939

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José M. Chico Ortiz 955

Jurisprudencia

II. Sentencias 977

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210 - 301X
DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli 6 y 8

MADRID

TOMO XXXIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMLXXX

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados.



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

En memoria

Juan Hernández Canut

Juan Hernández Canut ha muerto. Se ha marchado de pronto, inesperada y repentinamente, dejándonos la noticia de su muerte sin capacidad de reaccionar, sin saber siquiera cómo decirle adiós.

Es difícil, casi imposible, expresar lo que se experimenta cuando se quiere dar cuenta del fallecimiento de quien, como Juan Hernández Canut, ha sido amigo y colaborador de toda una vida. Por esta razón, y porque ello es lo que puede interesar a los lectores de este ANUARIO, y a la misma historia de dicha publicación, se ha procurado en esta apresurada nota recordatoria suprimir en lo posible lo que es sentir personal y limitarla a dejar constancia, objetiva y friamente, de unos datos y de unos hechos.

Juan Hernández Canut cursó brillantemente en Barcelona los estudios de la licenciatura de Derecho y vino para hacer el Doctorado a Madrid, cuya Universidad tenía entonces la condición de Universidad Central. En Madrid realizó los ejercicios de licenciatura, obteniendo Premio Extraordinario. Después, elaboró y presentó su tesis doctoral bajo el título: «La deuda de alimentos. Notas para su estudio en el Derecho español», la que fue calificada de sobresaliente «cum laude». Desgraciadamente no llegó a publicarse, en su afán de perfeccionarla primero y, después también, por un deseo de ponerla al día. Ya antes de que fuera Doctor, había sido designado profesor ayudante de la Facultad de Derecho, cargo que desempeñó durante varios años. Todavía sus alumnos gustan de recordar su devoción por las tareas docentes. Pronto, sin embargo, hubo de abandonar la Universidad, para consagrarse de lleno a la abogacía. Luchador y entregado a la defensa de sus clientes, logró muchos y resonantes éxitos. Fue abogado y asesor de numerosas e importantes empresas españolas y extranjeras; lo que no fue óbice para que, con la misma dedicación y brillantez, ayudara y defendiera a personas necesitadas o amigas, de las que no podría esperar más que una aleatoria gratitud.

No obstante lo ajetreado de su vivir (largas horas de despacho, actuaciones ante los Tribunales, viajes de trabajo en España y al extranjero) supo dedicar una buena parte de su vida al ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Este nació el año 1948. Ya antes de esta fecha, en su difícil gestación, erizada de dificultades, en su preparación

y lanzamiento, trabajó Juan Hernández Canut. Después, desde dicho momento hasta su muerte, ha sido secretario del ANUARIO. Excepto el primer año, siempre solo y sin ayuda de nadie. Tuvo que hacerlo todo, acuparse de la imprenta, de las colaboraciones para las distintas secciones, en toda su complejidad: de la corrección de pruebas, de llevar personalmente la correspondencia, de armonizar las quejas de la imprenta por cambios, añadidos y correcciones, con los deseos de los autores de rectificaciones de última hora, de urgir la puntualidad de las contribuciones, sobre jurisprudencia, notas bibliográficas, etc., etc.; amén de contestar a las reclamaciones de los suscriptores. Trabajo enojoso y agotador, que durante tantos años ha venido realizando sin compensación material alguna. Con la sola de servir los «propósitos» que se fijaran en el primer número del ANUARIO, las de que «en sus páginas se digan, con plena libertad e igual fuerza, las voces de los juristas de todas las escuelas», de ser fiel al lema «per arma justitiae a dextris et a sinistris».

Todavía, parece justo y debido recordar que, quienes íbamos a los seminarios de los miércoles del ANUARIO (el de los jóvenes y el de los mayores), teníamos la costumbre de adelantarnos a su comienzo e invadir el despachito de Juan Hernández Canut, y pasar allí unos buenos ratos en animadas tertulias. Con ello, le molestábamos, le interrumpíamos y le impedíamos continuara su trabajo. En lugar de expulsarnos con cajas destempladas, como desearía hacerlo en muchas ocasiones, siempre nos aguantaba resignadamente; entonces, parecía presidirnos con su generosa humanidad, siempre joven, con su cara casi infantil y alegre, con la que contrastaba su «humor negro», su descontento de la vida y su general pesimismo. Pesimismo que nunca le hizo perder su entusiasmo por el trabajo, el que le llevaba a veces a reprocharnos —en ocasiones hasta con dureza— tardanza en cumplimentar promesas al ANUARIO.

El ANUARIO está de luto. Estamos de luto todos los que hemos trabajado en él y para él. Hay que decir rotundamente y sin ambages, que lo que el ANUARIO ha sido, si ha obtenido prestigio y buena fama entre los profesionales del Derecho, dentro y fuera de España, se ha debido en su mayor parte a la labor callada y eficaz de Juan Hernández Canut. Su muerte ha sido un duro golpe para el ANUARIO, del que le será muy duro reponerse. Los amigos y colaboradores de este ANUARIO, habremos de recordarle siempre con gratitud y el mayor afecto.

FEDERICO DE CASTRO

Teoría general de la reserva hereditaria

El estudio que sigue ha sido concebido como lección magistral y, debidamente resumido, fue expuesto tal como se presenta aquí en las recientes oposiciones a Agregadurías de Derecho civil celebradas en Madrid, en mayo de 1980. Para no alterar el tono de la exposición, no introduzco novedad alguna respecto de su estructura originaria, añadiendo al final sólo una brevísima indicación bibliográfica.

LUIS H. CLAVERIA GOSALBEZ

Profesor Adjunto de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I) Ideas generales. II) Las dos concepciones sobre la estructura y el funcionamiento de la reserva. III) La concepción defendible en Derecho civil español común. IV) La estructura de la relación reservataria: descripción del funcionamiento de la reserva. Su contenido jurídico en sus distintas fases. V) Indicación bibliográfica.

I) IDEAS GENERALES

Trato en este estudio de explicar científicamente las reservas hereditarias en Derecho español común (es decir, no foral —el hecho de que use el término «común» no implica oposición alguna a que cada Derecho foral sea general en su territorio y, en cierto sentido, «otro Derecho», como recientemente se ha afirmado—). Sin perder de vista obviamente la finalidad de cada una de ellas, pretendo, en estas páginas, describir su estructura y su funcionamiento comunes, es decir, la técnica utilizada por nuestro Ordenamiento para subvenir a unos determinados problemas de la vida social: precisamente es dicha técnica, y no las finalidades aludidas, lo que principalmente me ha impelido a meditar sobre el tema, pues la singular complejidad de aquélla somete los con-

ceptos de pretendido valor general a una verdadera «prueba de fuego»: en pocas ocasiones será posible observar con tanta claridad como en ésta, la urgente necesidad de relativizar las construcciones dogmáticas y de escapar, con el fin de inquirir los efectos jurídicos, de perezosas tipificaciones y de encasillamientos que puedan falsear la realidad. Por otra parte, para no incurrir —en la necesaria labor de renovación del Derecho civil— en el vulgarismo jurídico, es obligado actualizar el Ordenamiento partiendo de nuestra tradición jurídica, como ha escrito recientemente De los Mozos: y tanto la técnica de la reserva misma como las figuras ínsitas en ella —patrimonios separados, delaciones especiales, subrogaciones reales o en valor, derechos subjetivos eventuales, titularidades interinas, etc.— pueden, sin duda, atender a múltiples finalidades en un hipotético Derecho privado renovado.

Objeto de mi estudio es exactamente la reserva hereditaria en Derecho español común, no en Derecho foral. Es patente el interés científico de la reserva en los Ordenamientos civiles de Cataluña, Navarra, Vizcaya y Alava y, en menor medida, Aragón: pero, entendiendo, de acuerdo con la doctrina hoy dominante, que se trata sencillamente de otros Derechos civiles diferentes entre sí y diferentes del común castellano, los preceptos que las Compilaciones respectivas dedican a la cuestión tendrán sólo el valor —con las debidas salvedades— del Derecho comparado; valor, sin embargo, grande, dado que, en mayor o menor medida, dichos preceptos encuentran sus raíces justamente donde las encuentran los textos del Código civil reguladores de la reserva viudal: no es, pues, indiferente, a la hora de interpretar e integrar lo que el mencionado Código deja en la bruma, el hecho de que el legislador navarro o el catalán se hayan pronunciado de un modo u otro sobre el punto no aclarado en 1889. La utilidad de la observación del Derecho foral se acrecienta ante nuestros ojos si advertimos que la reserva —al menos, con las características definitorias que hoy presenta en España— es figura desconocida en los Ordenamientos estatales de nuestra área cultural que se nos antojan más familiares.

II) LAS DOS CONCEPCIONES SOBRE LA ESTRUCTURA Y EL FUNCIONAMIENTO DE LA RESERVA

La literatura jurídica española acerca de las reservas hereditarias es copiosísima: lo fue la que precedió al Código civil; y la que se elaboró sobre lo dispuesto en éste aún excedió en abundancia y sutilezas a la inmediatamente anterior, tal vez en parte a causa de la problemática interpretación del artículo 811, texto que, como se dirá más adelante, se sirvió del esquema funcional de una figura antigua para alcanzar una finalidad nueva.

Tras examinar decenas de construcciones, creo que hoy, a la

altura de 1980, podemos afirmar que —prescindiendo de matices, algunos importantes— hay sólo dos posibles concepciones de la reserva, dos concepciones acerca de la estructura de lo que podríamos denominar «relación reservataria», acerca de su vida, de su funcionamiento y de sus fases; acerca, en suma, de las posiciones que ocupan los diversos elementos subjetivos de dicha relación y de los poderes jurídicos que cada uno de ellos tiene en cada etapa. Tales concepciones —casi opuestas entre sí— se hallan encarnadas fundamentalmente en dos ilustres civilistas contemporáneos: Vallet de Goytisolo y Lacruz Berdejo. Presupuesto ineludible de nuestra exposición será una rápida alusión al pensamiento de estos autores al respecto.

Vallet ha investigado primordialmente la reserva llamada «lineal» o «troncal» contemplada en el artículo 811 C. c.; no obstante, a efectos de la descripción de su concepción sobre la estructura y el funcionamiento de la reserva, lo que afirma sobre la reserva lineal es aplicable a la vidual u ordinaria (a la que dedica asimismo abundantes y espléndidas páginas), puesto que, según él, existe identidad funcional entre ambas: «Tratándose de una misma institución —escribe el prestigioso Notario de Madrid— ha de haber entre sus diversas modalidades no sólo la semejanza *forma!*, de estructura y funcionamiento..., sino verdadera identidad funcional. Las diferencias estriban en los supuestos de aplicación, elementos personales y reales. Es decir, *juegan entre personas diferentes y no se refieren a los mismos bienes, pero actúan igual*». ¿Y cómo construye Vallet la reserva? En un expresivo texto traza este ilustre jurista el esquema de la reserva: «Por todo ello, la explicación técnica, que llena totalmente el fin querido por la reserva y que se acomoda mejor al texto del Código civil, es aquella que considera: a) *La reserva*: como una sujeción que implica una limitación condicional de la facultad de disponer del reservista y, a la vez, como una obligación de éste de asegurar con hipoteca la devolución a la descendencia común, en su día y en su caso, del montante reservable. b) *Al reservista*: como propietario con su facultad de disponer de los bienes reservables limitada de modo condicional dentro del ámbito personal de los reservatarios. c) *A la transmisión de los bienes reservables*: como sucesión al reservista por los reservatarios; integrando, exclusivamente con respecto a éstos, la herencia de aquél. d) *A los reservatarios, en vida del reservista*: como titulares del derecho a exigir el aseguramiento hipotecario de que la reserva no se frustre; y, *muerto el reservista*: como herederos o legatarios suyos, con derecho —que legalmente les corresponde— a impugnar e invalidar toda disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, con referencia a los bienes reservables, que contradiga su legitimación pasiva como reservatarios. La reserva —y tampoco la legítima— no es un modo de suceder, ni una tercera forma de delación legal. Como ésta, aquélla es un freno, una serie de normas de protección —previas o ulteriores— o modo de asegurar

a los sujetos legalmente protegidos, que la sucesión en cierta cuota, bienes o importe, no se desviará a terceras personas. En uno y otro caso la ley no transmite, no llama, sino que reserva». En síntesis, parte Vallet de la convicción de que, indagada y respetada la finalidad de las reservas, su funcionamiento debe alterar lo menos posible las normas sucesorias generales, siendo la expuesta construcción la más acorde con tales pretensiones. Frente a concepciones clásicas innegablemente más complejas, sostiene este autor que, pendiente la reserva, el único propietario de los bienes reservables es el reservista, siendo necesario reducir los límites de su poder jurídico al mínimo: el contenido de su derecho de propiedad es el mismo que el de otro cualquiera, sin más recortes que los estrictamente impuestos por la finalidad de la reserva. Así como él sucedió al descendiente o al cónyuge premuerto, le sucederán luego los reservatarios, que, durante la vida del reservista, ningún derecho tienen *sobre los bienes* ni *a los bienes*: «Los reservatarios, viviendo el bñubio, no tienen derecho alguno *sobre los bienes*, ni puro, ni aplazado, ni condicional. A lo que sí tienen derecho —sigue diciendo Vallet— es a exigir las medidas de seguridad que el artículo 978 del Código civil y la Ley hipotecaria les otorguen». «Se trata —reitera este autor en otra parte— (sólo) "de una expectativa jurídica, jurídicamente protegida", no germinal, sino "puramente especulativa"; «no supone derecho actual alguno "sobre" los bienes», ni tampoco «... un crédito actual "a" los bienes, como reverso de la obligación de reservarlos, pues no sólo lo impide la futuridad del derecho sino también la incertidumbre, indeterminación e, incluso, posible inexistencia actual del sujeto que en su día podrá exigir su transmisión y entrega». Para Vallet, la posición de los reservatarios durante la pendencia de la reserva es extremadamente débil e incierta, limitándose taxativamente a la facultad de solicitar las medidas conservativas —inventario, tasación, hipoteca legal, inscripción o nota marginal en el Registro— que prevén el Código civil y la legislación hipotecaria; invoca, al respecto, Vallet las decisiones jurisprudenciales que excluyen la exigibilidad de otro tipo de medidas protectoras de los intereses de los reservatarios (p. e., depósito de valores, S. T. S. de 6 de julio de 1916), dado que dicha hipotética ampliación de facultades de los mencionados reservatarios podría ocultar la nitidez de la posición jurídica de éstos, al despertar la sospecha —infundada, según Vallet— de que, aún pendiente la reserva, fuesen ya sucesores o titulares de verdaderos derechos subjetivos: en rigor, antes de la muerte del reservista, los reservatarios nada tienen y, por ello, nada pueden transmitir y a nada pueden renunciar (la renuncia de la que habla el art. 970 C. c. «... no es sino la remisión de la sujeción del reservista, es decir, la renuncia a exigírsela o a reclamar a su muerte contra aquéllos los actos (*sic*) del mismo que la hubieren contravenido»). Piénsese que tales actos dispositivos se referirían a una sucesión futura. Para Vallet de Goytisolo, los bienes reserva-

bles se hallan comprendidos en la herencia del reservista: a éste es a quien suceden los reservatarios como herederos, legatarios o en virtud de un derecho de reversión lineal (cuando se trate de sucesión intestada y ellos no sean herederos *abintestato*); durante la pendencia de la reserva el reservista es el único dueño; al fallecer, él es el causante de la herencia en que van comprendidos dichos bienes, explicando ello satisfactoriamente sus facultades de mejora y desheredación (arts. 972 y 973 C. c.). En el cálculo de la legítima del reservista se hallan comprendidos, respecto de los legitimarios que sean reservatarios, los bienes reservables, si bien éstos no se comprenden al calcular dicha legítima respecto de los legitimarios que no sean reservatarios: «La proporción en que debe distribuirse el caudal relicto por el reservista, incluidos los bienes sujetos a la reserva —escribe Vallet— ha de ser la más aproximada posible a la dispuesta para la sucesión intestada del mismo. Con dos limitaciones: la expresada en la conclusión 2.^a (en ella Vallet se refiere a que ningún bien reservado puede corresponder a quien no reúna la condición de reservatario) y las derivadas de las legítimas tanto de quienes sean reservatarios como de los demás herederos del reservista que no reúnan dicha cualidad». Por ello, «... El cálculo de las legítimas —larga y corta— de estos últimos deberá hacerse sin computar los bienes reservados; el cálculo de las correspondientes a aquellos legitimarios del reservista que, además, sean reservatarios, deberá hacerse computando también los bienes reservados, y del tercio o los dos tercios del haber total deberán restarse, respectivamente, las legítimas corta y larga de quienes no sean reservatarios, a fin de aplicar el resto a los legitimarios que sean reservatarios, distribuyendo *per cápitas* (*sic*) entre éstos la parte asignada a sus legítimas cortas». En resumen, en la concepción de Vallet —concepción que ya goza de una cierta tradición— pendiente la reserva, el reservista es el dueño de los bienes reservables, padeciendo sólo una sujeción en interés de los reservatarios, que, por su parte, no tienen más poder jurídico que el de exigir la adopción de unas concretas medidas protectoras de su expectativa, puramente especulativa. Consumada la reserva por el fallecimiento del reservista, los reservatarios pueden, por distintos procedimientos, recibir los bienes reservados. Obsérvese que la tesis de Vallet es de una total coherencia interna: como se verá pronto, el hecho de que los reservatarios, pendiente la reserva, sean titulares de algo más que de una mera expectativa fáctica se halla estrechamente relacionado con el hecho de que sucedan al descendiente (o al cónyuge premuerto) y no al reservista: siendo, por el contrario, para Vallet, claro que es éste el sucedido, la posición de aquéllos durante la pendencia de la reserva debe caracterizarse por la inexistencia de todo poder jurídico que no haya venido taxativamente impuesto por el legislador para cumplir la finalidad de la figura.

La posición opuesta ha sido mantenida por prestigiosísimos

autores: por supuesto, no se trata, en rigor, de una sola construcción, sino de un conjunto de construcciones con matices que las diferencian entre sí pero que poseen rasgos comunes: en su formulación más radical la han mantenido recientemente juristas del prestigio de Hernández-Gil y de Roca-Sastre; pero tal vez la concepción más satisfactoria y atinada, por captar toda la institución en una verdadera síntesis dinámica, sea la propuesta por el profesor Lacruz, que adopta una postura similar a la de Hernández-Gil o Roca-Sastre, pero no idéntica. Los rasgos comunes de la concepción en cuestión son: el reservatario, que durante la pendencia de la reserva tiene ya un derecho o, al menos, un poder jurídico algo más consistente que una mera esperanza de hecho (se discute si *sobre* los bienes o *a* los bienes o *en relación* con los bienes), sucede al descendiente o al cónyuge premuerto, siendo el reservista sólo un titular interino y provisional de dichos bienes. Estos integran una masa diferenciada, una especie de patrimonio separado, produciéndose una verdadera delación especial distinta de la de la herencia del descendiente o cónyuge premuerto causante y, por supuesto, de la del reservista. Respecto de esta construcción, matiza Lacruz que «... Afirmar, sin más, que el reservatario recibe los bienes única y exclusivamente del descendiente o cónyuge causante de la reserva, podría ser, acaso, exagerado...», añadiendo, un poco más adelante, que «... en la realidad del C. c., la ley no parece haber dispuesto las cosas exactamente de ese modo, como lo demuestra la posibilidad de desheredar el reservista por causas producidas en relación a él, o disponer libremente de los bienes muebles». Cuando el ilustre civilista afronta de lleno el problema, escribe: «Yo veo... en la sucesión reservataria, un tipo específico de delación cuyo supuesto de hecho se perfecciona gradualmente, completándose al tiempo de la muerte del reservista, pero relacionando entonces la sucesión con acontecimientos anteriores que le dan el ser. Así, no sólo se llama al sucesor por referencia a otros causantes y a circunstancias antecedentes, sino que éste recibe el caudal reservable, en principio, como procedente del causante de la reserva, y por tanto con responsabilidad por sus deudas y no por las del reservista. Todo lo cual implica la presencia de un derecho eventual, en favor del reservatario, también anterior a la consumación de la reserva, dotado de una protección actual adecuada a su entidad y naturaleza: un derecho *in itinere*, que cuando se consolida, al abrirse la sucesión del reservista, operará por referencia a títulos, acontecimientos y objetos pretéritos». Seguidamente, tras unas referencias a la masa reservable como *patrimonio* relativamente *autónomo* y *destinado* a los reservatarios si éstos sobreviven, afirma el carácter *sui generis* del fenómeno operado, aludiendo a que el reservatario podría calificarse de «sucesor formal del reservista» pero «real del causante de la reserva»; aclara aún más que «... la sucesión en la masa reservable se realiza con separación de la sucesión genérica en el patrimonio personal del reservista». «Hay, en suma

—concluye—, una delación reservataria por disposición legal (con cierta posible intervención de la voluntad del reservista), sobre una masa aislada e independiente, y conforme a normas específicas».

Entiendo, a pesar de la singular maestría de los textos transcritos y de otros aludidos o resumidos aquí, que aún queda algo por decir sobre la reserva hereditaria: a mi juicio, si bien las dos concepciones anteriormente descritas han llegado a un grado de precisión insuperable, no considero, sin embargo, definitivamente zanjado el punto fundamental: cuál de las dos sea la más acorde con la ley, pues, por ejemplo, Lacruz, tras la deslumbrante exposición referida, se muestra muy parco a la hora de fundamentar su tesis: infiere dicho autor del texto del Código civil que el legislador no quiso hacer innovaciones respecto al Derecho de reservas precedente, siendo claro para Lacruz que éste contemplaba la figura tal como se ha descrito: «Para, al amparo del silencio del C. c. —escribe—, atribuir al instituto regulado en los artículos 968 y 811 una estructura distinta de la que tuvo antes, sería precisa una demostración rotunda e incontrovertible de la incompatibilidad de su organización y funcionamiento tradicionales con unas finalidades y *ratio* que también se demostrasen únicas y exclusivas del precepto (y adicionalmente, probar la validez de la nueva contrucción)». Precisamente hay que revisar dos cuestiones:

a) ¿Es exacto que el legislador no quiso innovar? ¿Acaso la facultad de distribución del reservista, o la de desheredación, o la de enajenar muebles, no podrían hacernos pensar en esa hipotética innovación técnica?

b) ¿Es tan seguro que el Derecho histórico construyó así la reserva viudal?

Estas cuestiones, creo, justifican cumplidamente —junto a otras razones mencionadas al principio— las presentes páginas. En ellas aludiremos asimismo a otros puntos fundamentales, como el relativo a si cabe hablar de una sola reserva o de varias diferentes o como el relativo a la descripción de la posición jurídica exacta del reservatario durante la pendencia de la reserva.

III) LA CONCEPCION DEFENDIBLE EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN

Se trata ya de saber cuál de las dos concepciones es la que verdaderamente acoge nuestro Derecho positivo. Estamos, sin duda, ante un problema de interpretación de éste. «Interpretar» es, en considerable medida, *decidir* un modo de resolver un hipotético conflicto social, pero contando con un texto legal, cuyo sentido, vinculante, debemos indagar; ello implica que, en parte, «interpretar» es hallar la *voluntas legis*, que entiendo, no como una pretendida «voluntad» objetivada, como un mero criterio de ordenación

ínsito en la norma, sino como voluntad de las personas y órganos que, en el momento histórico de que se trate —el actual, en nuestro caso— sostienen y formulan el Ordenamiento. Describir la citada *voluntas legis* significa explicar el contenido y el alcance de la norma y, por ello, su finalidad y su *ratio*, así como las técnicas de las que se sirve para subvenir a tal finalidad, técnicas que, siendo esencialmente instrumentales, implican o determinan gamas de efectos jurídicos que, junto a la finalidad pretendida, cualifican a la relación en cuestión. Para detectar la *voluntas legis* de las normas vigentes reguladoras de la reserva atenderemos preferentemente a algunos de los procedimientos interpretativos de los contemplados en el vigente artículo 3, 1, C. c. que creo pueden prestarnos más luz: me refiero al teleológico y al histórico. Una meditación acerca de la finalidad de la figura, conectada con una ojeada a su historia, nos será de gran utilidad para aclarar el punto controvertido y para profundizar en el tema de la estructura y de la «fisiología» de la relación reservataria.

¿Qué finalidad persigue la reserva hereditaria? Se trata de saber cuál es la finalidad de la reserva hoy. Pero es imprescindible plantearse con qué finalidad surgió: se trata de servirnos ahora de la Historia para llegar a la explicación de la finalidad solamente (no se trata de utilizar los precedentes históricos para hallar la *voluntas legis* completa: eso se hará luego).

La reserva de origen más antiguo es la llamada «reserva ordinaria» o «vidual», regulada hoy en los arts. 968 a 980 del Código civil vigente. Para conocer su finalidad es preciso remontarse a su antecedente más remoto, la *lex Feminae*, constitución promulgada en Constantinopla, en junio del año 382, por los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio; esta constitución contemplaba exactamente el supuesto de la mujer viuda y con hijos de su primer matrimonio, que había sido favorecida por algún acto gratuito de su marido premuerto (o por una herencia de un hijo), y que contraía nuevas nupcias. Era evidente el peligro de que la presión afectiva del nuevo marido (o cualquier otro tipo de influjo) desviase los bienes que fueron objeto de la liberalidad hacia la familia del segundo cónyuge, alejándolos de los hijos de la primera unión: propietaria la esposa de los bienes, éstos recibirían el destino que aquélla les diese, siendo altamente previsible que su voluntad fuera susceptible de presiones (afectos, autoridad marital no rectamente ejercida). Ante ello reacciona el legislador ordenando sustancialmente que todos esos bienes, que puede mantener en su poder la viuda, incluso tras su segundo matrimonio (no entremos ahora en la cuestión de en qué concepto los mantiene en su poder), pasen íntegramente a todos o a algunos de los hijos del primer matrimonio. Late en la disposición una innegable desconfianza hacia la binuba (es sabido que la moral social de la época no contempla con simpatía las segundas nupcias), pero, a primera vista, parece mover al legislador primordialmente la presunta vo-

luntad del cónyuge o hijo testador o donante, que, de haber conocido la posterior unión, no habrían hecho la liberalidad; claro me parece, sin embargo, al margen de consideraciones meramente juristicas, que no fue preferentemente el respeto a la voluntad del disponente lo que movió al legislador, sino la necesidad objetiva de proteger a los hijos del primer matrimonio: los bienes que se transmitieron a la mujer pasaron a su control cumpliendo una finalidad familiar, debilitando tal vez dicho acto de modo ostensible el patrimonio del marido donante en perjuicio de los hijos o provocando que éstos no percibieran *mortis causa* bienes que razonablemente esperaban recibir: parece que el Ordenamiento de la época considera dichos bienes como adscritos a un concreto ámbito familiar, siendo función irrenunciable de la ley conservar, con o sin la voluntad del autor de la liberalidad, tales bienes dentro de dicho ámbito: se nos presenta, pues, la reserva, en sus orígenes, como una «institución dotada de doble carácter sucesorio y familiar», como ha escrito recientemente Doral.

Siendo, pues, la finalidad de esta norma —y presumiblemente de las sucesivas sobre el tema— la protección de los hijos del primer matrimonio (afirmación que sólo adelantamos como probable y que *a posteriori* veremos confirmada), me parece claro que respecto de la construcción de la reserva, deberemos optar por aquella que más proteja a los hijos antes de la muerte del cónyuge bínubo. Entiendo que es la concepción de Lacruz la preferible, pues, sucediendo los reservatarios al autor de la liberalidad —verdadero *causante* de la reserva—, no cabe calificar de propietario *stricto sensu* al reservista, posibilitando todo ello una titularidad sobre o acerca de los bienes por parte de los reservatarios durante la pendencia de la reserva, titularidad que cabe flexibilizar y ampliar respecto de unos taxativos poderes jurídicos consistentes en la exigibilidad de garantías predeterminadas expresamente por la ley: en otros términos, si de lo que se trata es de robustecer la posición de los hijos y descendientes de la primera unión, debe optarse por la concepción que permita y facilite técnicamente tal robustecimiento: si aceptásemos, por el contrario, una construcción como la de Vallet de Goytisolo, reducido el reservatario a mero tenedor de una simple expectativa de hecho, no podría impedir, en vida del reservista, único dueño de los bienes, actos claramente lesivos contra su interés: destrucción de bienes reservables, ocultación, actos encaminados a producir o aparentar una insolvencia, etc. Para Lacruz, es probable que el reservatario, pendiente la reserva, pueda ya defender, como un auténtico titular eventual, el valor adeudado: «... La jurisprudencia parece contraria hasta ahora a esta última posibilidad —escribe—, pero porque no se ha planteado ningún supuesto en el que hayan sufrido daño grave la individualidad de los inmuebles o la solvencia del reservista. Si, por ejemplo, éste, insolvente, comenzase a destruir la casa reservable o cayera en concurso o quiebra, dudo de que se

impidiera a los hipotéticos beneficiarios de la reserva salvaguardar sus intereses». ¿Cómo compatibilizar lo determinado en este texto —perfectamente acorde con la finalidad de la figura (me refiero naturalmente a la reserva ordinaria, aunque Lacruz aluda a las dos)— con la concepción propuesta por Vallet? ¿Cómo admitir que el cónyuge bínubo, propietario, pueda ser afectado por actos de esa índole, obra de quien carece de derechos sobre los bienes? ¿Cómo explicar un ineludible derecho de separación por parte de los reservatarios en el supuesto de quiebra del reservista, si es éste el propietario? No se nos diga que incurrimos en una petición de principio (es precisamente el citado derecho de separación el que habría que demostrar), pues, creo, la finalidad protectora reclama una afección —oponible *erga omnes*— de los bienes a un destino concreto, afección que podría ser alterada o frustrada por el procedimiento concursal, culpable de cuya incoación puede ser fácilmente el reservista.

He de advertir que estos razonamientos son válidos únicamente como puntos de partida de mi investigación: es obvio que los redactores de la *lex Feminae* —y de las leyes romanas y medievales posteriores— no tuvieron en su mente una descripción tan compleja y sofisticada como las de Lacruz y Roca-Sastre, pero sí parece que quisieron colocar a los hijos del primer matrimonio en una posición jurídica más sólida de la que se infiere de la construcción de Vallet; por otra parte, hemos dado por cierto que desde el año 382 hasta hoy no ha cambiado la finalidad de la figura, tesis que creemos, en líneas generales, exacta y que comprobaremos más adelante, pero que hasta ahora no hemos demostrado. Recordemos sólo lo que, hasta el momento, podemos reputar probable: la finalidad de la reserva vidual, detectable preferentemente si observamos sus orígenes históricos, reclama, como solución más adecuada, la construcción técnica de la reserva que la concibe como sucesión especial del causante por el reservatario, dándose una situación interina especial desde el comienzo de la reserva hasta la muerte del reservista, durante la cual éste no es exactamente propietario de los bienes aunque los posea, administre y disfrute, gozando los reservatarios de un conjunto —elástico— de poderes jurídicos que implican algo más que una mera esperanza de hecho.

Pero dicha construcción no sólo viene aconsejada por la finalidad —probable— de la figura: la misma evolución histórica de ésta nos indica, creo, que, desde sus orígenes, viene concibiéndose la relación reservataria aproximadamente así. Dedicemos unas páginas a la cuestión.

La ya comentada *lex Feminae* —cuyo supuesto de hecho y cuya finalidad ya observábamos precedentemente— contiene en sus consecuencias jurídicas una técnica a través de la que explica y formula los efectos que impone. Es cierto que ordena a las bínubas que «transmitan» íntegro, así como lo hubieran recibido,

el conjunto de bienes reservables a los hijos protegidos, pudiendo, tal vez, inferirse de la expresión latina *transmittant* —contenida en el *proemio* de la ley— que nada existía de especial, pendiente la reserva, en la propiedad de la madre reservista, y que los reservatarios, antes de esa «transmisión», ningún poder jurídico tenían sobre aquéllos (como insinúa Vallet); pero, al describir el tipo de titularidad que, durante la pendencia de la reserva, tiene la reservista sobre los bienes, da a entender que no se trata del dominio, sino de algo más limitado, caracterizado sólo por las facultades de detentación y disfrute: «...*possidendi tantum ac fruendi diem vitae, non etiam alienandi, facultate concessa*». Texto que movió a los comentaristas a entender que la reservista era una usufructuaria, siendo propietarios nudos los hijos reservatarios; cierto es que la tesis clásica del usufructo es insostenible (no es éste el lugar para rebatirla, pues prestigiosos autores lo han hecho con fácil acierto) y que las palabras usadas por el legislador o por los comentaristas no tienen por qué vincularnos, pudiendo hacerlo sólo los efectos establecidos en las normas; por otra parte, el texto latino transcrito puede ser compatible con una propiedad (de la bínuba) limitada en sus facultades dispositivas. Pero también me parece cierto que no es absolutamente indiferente, en la tarea exegética, el hecho de que el legislador haya utilizado unos términos y no otros, unas expresiones y no otras: es decir, si bien es evidente que las palabras usadas por el legislador no nos vinculan —en la medida en que pretenda calificar o clasificar al margen de los efectos jurídicos que él mismo establece—, también me parece innegable que con frecuencia los efectos jurídicos vienen determinados en la ley precisamente a través de términos jurídicos, esto es de clasificaciones o calificaciones: ello no implica que dichas clasificaciones o calificaciones sean científicamente correctas —ni, mucho menos, vinculantes—, pero sí implica que no son irrelevantes: si la ley o algún comentarista postclásico nos hablan, a propósito de la relación reservataria, de «usufructo», obviamente no debemos admitir que ésa sea la técnica efectivamente utilizada y la naturaleza jurídica de la relación en cuestión; pero sí me parece claro que se pretende indicarnos que la propiedad pasa de cónyuge premuerto (o hijo de éste) a hijos reservatarios, sucediendo éstos a aquéllos y gozando, aun en vida de la reservista, de una posición relativamente sólida, por supuesto más consistente que la de hipotéticos beneficiarios de una herencia futura; la reservista ocuparía una posición no calificable de propiedad.

Esta construcción, que no es evidente en la *lex Feminae*, sí es, a mi juicio, clara en la *constitución* del año 439, que extiende al marido bínubo lo anteriormente establecido para la bínuba; dicha *constitución* es el siguiente peldaño de la historia de la reserva. Según esta ley, «...*Dominium autem rerum, quae liberis per huius legis vel praeteritarum constitutionum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus*», añadiéndose más adelante: «*Negotia*

vero liberorum patri utiliter administrare concedimus. Dividendi quoque res inter eos ipsos liberos parentibus pro suo arbitrio vel eligendi, quem voluerint, licentiam non negamus. El texto no puede ser más claro: concede, pendiente la reserva, el dominio de las cosas reservables a los hijos: dichas cosas son *conservadas* (*servantur*) por el padre, al que se le concede la facultad de administrar (*administrare negotia*), facultad compatible —esto es importantísimo— con la de dividir las cosas entre los hijos o elegir entre ellos a quien quisiera para suceder en aquéllas (*dividendi... res inter eos ipsos liberos... pro suo arbitrio vel eligendi quem voluerint*); repito que no creo que se tratase efectivamente de un dominio *stricto sensu*, ni tampoco creo que los poderes de los padres bínubos fuesen calificables de usufructo; pero sí infiero de este precepto que el legislador pretende configurar la relación reservataria del modo que comentamos, pues considero indiscutible que los hijos gozan de una posición jurídica muy sólida; el padre, por su parte, se nos presenta como una mezcla de usufructuario y gestor de perfiles relativamente definidos, pero desde luego no como un *dominus* con meras limitaciones dispositivas; tales efectos implican, sin duda, que la sucesión se produce de padre premuerto a hijo reservatario, no sucediendo éste —salvo, tal vez, en cierto sentido— al reservista, dotado (parece que el texto se refiere a él, y no al causante, pues ello sería obvio) de una facultad de distribución desigual de los bienes.

En el año 478 los emperadores León y Antemio dictan la constitución conocida con el nombre de ley *Hac edictali*, en la que expresamente se califica el derecho del bínubo de *usus fructus*, prohibiendo a éste, además, la enajenación de los inmuebles. El comentario que merece esta disposición es el mismo que el precedentemente hecho a las anteriores. Como también es el mismo que merecen los textos contenidos en las *Novelas II y XXII* de Justiniano: en la primera de ellas se establece que «... *proprietas antenuptialis donationis tota ad filiam veniet, usu apud matrem, donec ad vive servando*»; en la segunda, los redactores insisten en que al reservista queda el usufructo: «... *solum mater habeat usum et usumfructum*». Tradición que pasa al Derecho común, discutiendo los autores, con razón, si nos hallamos ante un verdadero usufructo o no, pero dando por supuesta la construcción aludida.

La reserva viudal es recibida en las fuentes castellanicas, pero los textos jurídicos que la establecen y regulan no son tan descriptivos como los romanos: según el *Fuero Juzgo* (libro IV, título V, ley II), « la mujer que ovo dos maridos, ó mas, é ovo fijos dellos, las arras que ovo del un marido non puede dexar á los fijos del otro; mas cada un fijo ó fija, ó nieto ó nieta deve aver las arras que dió su padre ó su avuelo á su madre depues de la muerte de su padre». Se trata de un precepto de contenido sustancial claro pero muy poco explícito en cuanto al problema que nos ocupa: parece, no obstante, insinuarse en él, contrariamente a lo que vengo man-

teniendo, que los reservatarios suceden a la reservista: ésta «ovo» las arras, se trata de las arras que «...dió su padre ó su abuelo á su madre», etc.: claro es que nuestra construcción no impide que la madre fuese —antes de surgir la reserva— verdadera dueña de las arras, y que, cuando el padre o el abuelo se las dieron, se las transmitieran efectivamente: es después, al contraer segundo matrimonio, cuando su posición se altera, entendiéndose que los bienes pasan, a través de la reservista, del causante a los reservatarios: es esto lo que parece consignarse en el *Fuero Real* (libro III, título II, ley I), según el cual, «... si la mujer hobiere hijos de dos maridos, ó de mas, cada uno de los hijos hereden las arras que dió su padre: de guisa, que los hijos de un padre no partan en las arras que dió el padre de los otros...»; al parecer, las arras pasan del causante a los hijos, pero no queda clara la función de la reservista en ese mecanismo sucesorio.

Las Partidas (Partida V, título XIII, ley XXVI) contienen una regulación más pormenorizada sobre la reserva viudal: «Marido de alguna mujer finando, si casasse ella despues con otro, las arras, e las donaciones, que el marido finado le ouiesse dado, en saluo fincan a sus fijos del primer marido; e deuenlas cobrar, e auer, después de la muerte de su madre: e para ser seguros desto los fijos, fincanles porende obligados, e empeñados calladamente, todos los bienes de la madre. E esso mismo dezimos que seria, si muriesse el marido de alguna mujer, de quien ouiesse fijos, e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes, se casasse otra vez: que fincan estonce todos los bienes de la madre obligados a sus fijos, e aun los de aquel con quien casa, fasta que ayan Guardador, e que les den cuenta, e recabdo, de lo suyo».

Pero donde vemos empleada, en nuestro idioma, por vez primera la expresión «reservar» es en las *Leyes de Toro*: «En todos los casos que las mujeres casando segunda vez son obligadas á reservar a los hijos del primero matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primero marido ó heredaren de los hijos del primero matrimonio, en los mismos casos el varón que casare segunda ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad dellos á los hijos del primero matrimonio; de manera que lo establecido cerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez aya lugar en los varones que pasaren a segundo o tercero matrimonio.» (Ley XV, luego reproducida en el libro X, título IV, ley VII, de la *Novísima Recopilación*). He de reconocer que, a pesar de que las *Partidas* y las *Leyes de Toro* regulan con mayor detenimiento la materia en cuestión, poco explícitas son respecto a la técnica utilizada y, en concreto, respecto al punto relativo a los poderes jurídicos de reservista y reservatarios antes de la muerte de aquél: no obstante, la expresión «reservar... la propiedad» parece dar a entender que quien reserva no es titular de lo reservado, lo que confirmaría la tesis que defiende; pero reconozco que este argumento carece de solidez, por ser estrictamente literalista.

Especial interés nos ofrece, como precedente inmediato que es del Código civil vigente, el Proyecto de Código civil de 1851: toda su regulación acerca de la reserva viudal, muy similar a la que años más tarde pasará a ser Derecho vigente, es muy interesante; pero sólo aludiré ahora a que el artículo 800 del mencionado Proyecto hablaba exactamente de reservar *la propiedad* de todos los bienes; y, sobre todo, a que su artículo 812 establecía lo siguiente: «No pudiendo dar hipoteca el viudo ó viuda, se observará lo dispuesto en el artículo 450». Dicho artículo 450 se refería a la protección del derecho del nudo propietario frente al usufructuario: «No dando el usufructuario —rezaba este precepto en su párrafo 1.º— la fianza de que trata el artículo anterior, el propietario podrá exigir que los inmuebles se arrienden y se pongan en administración: que los muebles se vendan y que los capitales ó sumas en metálico, y el precio de la enagenación de los bienes muebles, se impongan á interés con seguridad.» «El precio de los arrendamientos, los intereses de los capitales y los productos de los bienes dados en administración, pertenecen al usufructuario» —añadía el segundo párrafo.

Es decir, el Proyecto, de modo semejante al Código actual, establecía unas medidas, que ponía a disposición de los reservatarios, encaminadas a asegurar y proteger su expectativa (entiéndase, de momento, el término en sentido vulgar) (arts. 810 y 811: inventario, tasación e hipoteca); pero, pretendiendo atender a posibles casos: de reservistas menos dispuestos a prestar tales garantías, concedía a los reservatarios más poderes jurídicos para salvaguardar sus intereses, poderes que, si bien no deben movernos, guiados por la terminología de los autores del Proyecto, a identificar la posición del reservista con la del usufructuario, si nos impiden reputarlo dueño. Argumento que se ve muy reforzado con la tesis de García-Goyena acerca de la finalidad de la figura en cuestión: «El estrechado amor de las mugeres por sus segundos maridos, la autoridad y ascendiente natural de estos sobre aquellas, el no menos peligroso é irresistible, aunque mas encubierto, de los halagos de la madrastra, han dado por una triste y constante experiencia resultados muy amargos para los desdichados hijos de los primeros matrimonios». «... El legislador ha debido venir en socorro de los desamparados y postergados; y este es el fin de la reserva: ...». Recuérdese nuestra argumentación basada en la finalidad de la *lex Feminae*: si ésa es la finalidad, la técnica que defendemos es la apropiada, por ser la más protectora: desde luego, el reservatario tiene algo más que una mera esperanza de hecho: y lo que tiene, no lo recibió del reservista.

Hasta la promulgación del Código civil diversas sentencias del Tribunal Supremo, con el fin de excluir la enajenabilidad de los bienes reservados durante la pendencia de la reserva, identifican la posición del reservista con la del usufructuario y la de los reservatarios con la de nudos propietarios (SS. de 21 de mayo de 1861, 16 de junio de 1862, 26 de enero de 1874, 18 de junio de

1880), tesis, como sabemos, insostenible, pero claramente indicativa de que la concepción de la reserva que se defiende entonces viene a coincidir sustancialmente con la nuestra (en sentido un tanto divergente, Res. de la Dir. Gen. de los Registros, de 25 de diciembre de 1862).

Y llegamos al Código civil. Sabemos ya cómo se concibió la reserva en el Derecho anterior a 1888: sucesión especial del causante por los reservatarios, con titularidad interina del reservista, dotado —en la mayoría de las fuentes— de ciertas facultades positivas y de distribución, construcción que comprende —y hace más viable— una posición relativamente sólida de los reservatarios aun antes de la consumación de la reserva: por supuesto, se trata de una construcción que se presenta difusamente, tanto en doctrina como en jurisprudencia, acudiéndose con frecuencia a fórmulas inadecuadas para expresarla o sugerirla (v. g.: desdoblamiento de usufructo y nuda propiedad); pero creo que de los textos cabe inferir, con gran probabilidad, que, en la mente de todos, el esquema era, *muy aproximadamente*, el expuesto.

¿C cambió el Código este esquema? Como indica Lacruz (según expuse antes), si el legislador de 1888-89 hubiera pretendido alterar la construcción de la reserva, lo habría dicho claramente; y no lo hizo, según el mismo Lacruz, tesis que comparto. En favor de ella alego, sintéticamente, los argumentos siguientes:

1.º La base 18, *in fine*, de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 establece: «Respecto de las reservas... se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia». Parece claro, pues, que, en el ánimo de legisladores y redactores, no se hallaba intención de alteraciones sustanciales respecto del Derecho precedente.

2.º Del texto de los artículos 968-980 C. c. no cabe inferir cambio alguno respecto del esquema tradicional: es cierto que el reservista tiene, durante la pendencia de la reserva, facultades que exceden, en mucho, de las del simple usufructuario y que le acercan a un *dominus* con restricciones dispositivas: repárese en las facultades de mejora, desheredación (negada ésta, inexactamente a mi juicio, por Roca-Sastre y por Castán Tobeñas) y enajenación (de muebles): ello nada debe sorprendernos, pues usufructuario no es, y, por otra parte, algunas de las facultades mencionadas ya se concedían al reservista en textos antiguos, perfectamente compatibilizadas con la construcción propuesta: recuérdese la facultad de distribución, entre los hijos, de los bienes reservables conferida al reservista (padre o madre bínubos) por la constitución del año 439 (piénsese, además, que la mejora hecha por el bínubo es figura acogida hoy en algunas Compilaciones forales que inequívocamente adoptan la construcción que defendemos). Ciertamente es que la facultad de desheredación es difícilmente compatilizable con la afirmación de que el reservatario sucede sólo al cónyuge premuerto y no al reservista (de ahí el interés de Roca-Sastre en negar que

corresponda a éste); pero, como explicaré más adelante, las peculiaridades de la reserva permiten defender que no es totalmente inexacto que el reservatario suceda al reservista, pues algo de verdad hay en ello, dado que, *a ciertos efectos, es así*, como se verá. Tampoco obsta a la tesis que proponemos la facultad de enajenación de bienes muebles, si nos atenemos a la escasa importancia que les atribuye el Código, a la mayor dificultad de su identificación y a la compatibilidad, frecuente en nuestro Ordenamiento, de una titularidad distinta de la propiedad sobre un complejo de bienes con la facultad de disposición sobre algunos de éstos, preferentemente los de menor entidad económica.

3.º Tampoco pugna con la construcción propuesta la posibilidad de que la transmisión de los bienes del cónyuge premuerto o del hijo al reservista se haya producido a través de acto *inter vivos*: «Se ha aducido —escribe Lacruz al respecto—, negando la posibilidad de sucesión directa del causante de la reserva por el reservatario, el hecho de que en la reserva del binubo, cuando los bienes son donados por el cónyuge premuerto o su hijo, en ellos mal puede ser sucesor *mortis causa* el reservatario, puesto que tales bienes salieron del patrimonio de su titular antes de fallecer éste. En efecto, entonces, la consumación de la reserva no podría comunicar los bienes al reservatario por sucesión del donante de los mismos, pues él se había desprendido de tales bienes *inter vivos* en favor de quien luego deviene reservista: se habría de contemplar aquí una atribución gratuita e *inter vivos* por obra de la ley semejante a la reversión de donaciones por obra de la voluntad; como si, en el momento de donar los bienes al cónyuge, la ley atribuyera *in eventum* el ulterior derecho a los mismos a los descendientes comunes». Acepto la tesis de este ilustre autor: el reservatario, aun recibiendo los bienes tras la muerte del reservista, los recibe como procedentes de quien los transmitió *inter vivos* a éste: como en el supuesto del artículo 641 C. c., el único causante es el donante, siendo el donatario intermedio un titular dotado de importantes facultades pero interino, titular cuya presencia no impide —sino que canaliza— la sucesión del causante por el titular definitivo. Es decir, como en el caso del artículo 641 C. c., el segundo donatario (supongamos que hay una sola reversión) no sucede al primero, sino al donante.

4.º De una observación atenta y global del régimen de la reserva contenido en los artículos 968 y ss. del C. c. cabe inferir, con cierta claridad, la existencia de un patrimonio en cierto sentido separado, diferenciado, dotado de una cierta unidad interna, en alguna medida provisto de vida independiente respecto de otras masas patrimoniales (herencia del cónyuge premuerto y herencia del reservista) que guardan relación con las vicisitudes de cada reserva. La existencia de ese patrimonio, más o menos diferenciado, ha sido reconocida por importantes autores: Lacruz alude a un «patrimonio (relativamente) autónomo constituido con bienes de determinada

procedencia y en atención a ella... *destinado* a los reservatarios si sobreviven»; Roca-Sastre escribe que «... desde el momento en que surja la obligación de reservar, los bienes reservables forman un *grupo* aparte del patrimonio general del reservista, sobre los cuales carece de libertad dispositiva; Doral afirma que los bienes reservables no se confunden con el patrimonio del reservista, permaneciendo identificados (inventario) «... como una "masa de bienes segregada", a modo de *patrimonio separado concurrente con el patrimonio personal*, lo que permite relaciones entre ellos: relaciones entre masas, v. g., incrementos y gastos, garantía hipotecaria. Masa aislada e independiente sujeta a normas específicas, garantía de la obligación principal». Incluso Vallet de Goytisoló, opuesto a la concepción defendida tal vez mayoritariamente, reconoce, en un espléndido texto, que, si bien no cabe hablar estrictamente de «patrimonio separado» a propósito de la reserva, parece claro que los bienes reservables son «... en cierto modo *independientes* de las vicisitudes que pueda tener el patrimonio general (del reservista)». Desde luego, vemos, durante toda la vida de la reserva, un conjunto de bienes con características jurídicas definidas y diferenciadas: mantiene relaciones —permítaseme la expresión, jurídicamente inexacta, en aras de la claridad— con otras masas patrimoniales: p. e., reintegros; y actúa como un complejo patrimonial cuyo valor económico hay que proteger, sirviendo a tal fin las técnicas jurídicas de la *subrogación real* y de la llamada *subrogación en valor*: ya el artículo 810 del Proyecto de 1851 contempló estas figuras, consolidadas, en sede de reserva viudal, en el vigente artículo 978 C. c. Ciertos es que se prevé escasamente la verdadera subrogación real (tal como la ha configurado recientemente en nuestra doctrina —siguiendo la pauta de Lacruz— María Luisa Marín Padilla) (sólo en el núm. 3, principio, del citado artículo 978) y que lo que se contempla más frecuentemente es la llamada «subrogación en valor», que, según la citada autora, no es verdadera subrogación real, lo que mueve a Vallet a rechazar —además de por otras razones— la posibilidad de que la reserva sea un supuesto de patrimonio separado. Verdaderamente no nos importa demasiado que quepa calificar o no de «patrimonio separado» al conjunto de bienes reservables, pues ello depende de la idea que se tenga de esa figura de tan confusos perfiles; lo que sí parece claro —el mismo Vallet lo reconoce, como decíamos— es que dichos bienes integran un bloque diferenciado. Bloque diferenciado —debemos añadir— para cuya percepción se abre una delación especial, distinta de la de la herencia del causante y de la del reservista: «Tanto es así —escribe muy tajantemente Roca-Sastre—, que los legitimarios del reservista no podrán computar estos bienes para determinar el *quantum* legitimario, y que, al igual que en los fideicomisos, podría afirmarse que los reservatarios, al adquirir definitivamente los bienes reservados, son causahabientes, no del reservista, sino del que transmitió a éste». Subrogación real, subro-

gación en valor, reintegros, relaciones entre masas, etc., son indicios de que los bienes reservables, formando un cuerpo de bienes dotado de vida jurídica propia y diferenciada, pasan de causante a reservatario por mediación del reservista, dándose una compleja sucesión, «... un tipo específico de delación cuyo supuesto de hecho se perfecciona gradualmente, completándose al tiempo de la muerte del reservista, pero relacionando entonces la sucesión con acontecimientos anteriores que le dan el ser» (Lacruz).

Claras son, en fin, las palabras de un excepcional testigo de la opinión más autorizada en los primeros años de vigencia del Código: para Manresa, «...los hijos y descendientes, *con arreglo a los principios*, suceden propiamente y en realidad, ya en los bienes, ya en su valor, según los casos, al cónyuge premuerto o a la persona de quien proceden los bienes...»; «... los bienes reservables y los bienes hereditarios del cónyuge bínubo —añade más adelante—, forman dos grupos perfectamente separados por la ley», ya que «... Estos bienes no pertenecen al bínubo, no pueden, pues, formar parte de su herencia» (se refiere a los reservables). El obligado a reservar no es dueño absoluto: «El derecho del viudo mientras conserva los bienes, cuyo usufructo indiscutiblemente le pertenece, es un derecho condicional, que puede afirmarse, y puede aún más fácilmente desaparecer.»

Pero los redactores del Código civil acuden a la técnica de la reserva —acuñada, como sabemos, a lo largo de muchos siglos— para resolver un problema ajeno al del cónyuge bínubo y que, al parecer, se presenta a la consideración de los miembros de la Comisión General de Codificación muy poco antes de que el Código entrase en vigor. Según Alonso Martínez, inspirador del artículo 811 del Código civil, la finalidad de este precepto fue evitar «... el peligro de que bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente y a título gratuito a manos extrañas por el azar de los enlaces y muertes prematuras». Concretaba así, en un expresivo texto, Alonso Martínez, el «caso-tipo» al que el artículo 811 se hallaba destinado: «... Hay un caso, no del todo raro, que subleva el sentimiento de cuantos lo imaginan o lo ven: el hijo mayor de un magnate sucede a su padre en la mitad íntegra de pingües mayorazgos, tocando a sus hermanos un lote modestísimo en la división de la herencia paterna; aquel hijo se casa y fallece al poco tiempo, dejando un tierno vástago: la viuda, todavía joven, contrae segundas bodas y tiene la desdicha de perder al hijo del primer matrimonio, heredando toda su fortuna, con exclusión de la madre y los hermanos de su primer marido. No hay para qué decir que, si hay descendientes del segundo matrimonio, a ellos se transmite en su día la herencia. Por donde resulta el irritante espectáculo de que los vástagos directos del magnate viven en la estrechez y tal vez en la miseria, mientras gozan de su rico patrimonio personas extrañas a su familia y que, por un orden natural, le son profundamente antipáticas. Esta hipótesis se puede

realizar y se realiza, aunque por lo general en menor escala, entre propietarios, banqueros e industriales, labradores y comerciantes, sin necesidad de vinculaciones ni títulos nobiliarios.»

Obsérvese que la reserva ordinaria no podía operar, pues no quedaban hijos del primer matrimonio: por el azar de muertes imprevistas los bienes pasaban a extraños, necesitando probablemente de ellos personas pertenecientes a la línea de donde provenían y en la que se obtuvieron. Buscando técnicas para solucionar el problema, Alonso Martínez se acordó de la reserva: se trataba, en el «caso-tipo» propuesto, de convertir en reservista a la nuera del magnate y en potenciales reservatarios a todos los parientes de la línea de éste: «Este mal —escribía Alonso Martínez, aludiendo al supuesto transcrito— no tiene más que dos remedios radicales y uno parcial e incompleto: la asignación de la legítima en usufructo, la extensión de las reservas a los abuelos y a los tíos, ya que no a todos los colaterales, y la sucesión lineal». Como es sabido, se acudió, a instancias del mismo autor de estas líneas transcritas, a la reserva, *institución* que fue modificada «en sus accidentes..., para poder extenderla a otras personas y usos distintos de los señalados por las leyes vigentes».

Es necesario ahora deslindar cuestiones: el precepto del artículo 811 C. c. nació históricamente con una finalidad concretísima: evitar el cambio de línea de determinados bienes acaecido, a causa del azar, por efecto de muertes imprevistas, como consecuencia de la aplicación de las reglas generales del Derecho sucesorio: para subvenir a ello se redactó el artículo 811, dándosele un texto que, por cierto, como advierte acertadamente Lacruz (contra Vallet), no exige cambio de línea para operar, con lo que la *voluntas legis* se desconecta algo de la *finalidad originaria*, a la que cabe añadir, por ello, *otras finalidades*. El artículo 811 nace, repito, con una finalidad concreta, ya descrita. Y, para atenderla, los redactores acuden a una figura ya consolidada en la legislación y en la doctrina: para ser más exactos, acuden a la *técnica* ínsita en esa figura, a la *técnica de la reserva*. Con intención meramente expositiva considero conveniente distinguir, especialmente a propósito de las reservas hereditarias, entre *técnica* y *finalidad*: ésta explica, determina y configura a aquélla; la técnica se halla al servicio de la finalidad, es un instrumento conceptual y explicativo escogido por el legislador para dirimir conflictos sociales: para entenderla es ineludible la mirada a la finalidad siendo fundamental en la labor del jurista la llamada «interpretación teleológica» (art. 3, 1, C. c.). Es la finalidad lo que principalmente confiere a cada figura jurídica su esencia: lo que significa que la reserva lineal del artículo 811 y la ordinaria de los artículos 968 y ss. del C. c. son *figuras distintas* que actúan mediante *la misma técnica*, como, con otras palabras, ya se dijo antes. Al tratarse de figuras diferentes cabe hablar de *aplicación analógica* de las normas de la reserva viudal a los supuestos de reserva lineal (como hace

la doctrina unánime, aun sin advertir todo esto), pues, si se tratase de una sola figura, sólo hablaríamos, como sugiere, en su *Parte General*, De los Mozos, de *interpretación extensiva* de algunos preceptos dedicados a la reserva ordinaria. A pocos años de la promulgación del Código, Manresa habla, en efecto, invocando el comienzo de su artículo 968 («Además de la reserva impuesta en el artículo 811»), de la «íntima analogía de una y otra institución»: «... La analogía es evidente —escribe—; las omisiones del legislador respecto á la una, pueden salvarse aplicando los preceptos establecidos respecto á la otra, siempre que no contraríen el espíritu que *respectivamente* las informa, el fin que al crearlas se propuso la ley.» Opinión unánimemente admitida más tarde. Obsérvese, en apoyo de lo que describo, que se trata de dos figuras esencialmente *distintas*, por tener *diferente espíritu informador*, por haber sido creadas con *fin diferente* por la ley: pero que *poseen algo* —importante— *en común*: y ese algo precisamente es lo que constituye el objeto principal de este estudio.

¿Cómo entender, cómo interpretar, el artículo 811? ¿Tal vez sólo atendiendo a su estricta finalidad, tratando de buscar la mínima alteración del Derecho sucesorio, como hace, inteligentísimamente, Vallet? ¿Es sólo la finalidad el factor a tener en cuenta para hallar la *voluntas legis*? ¿Es indiferente, a efectos de una correcta interpretación del precepto contenido en el artículo 811 C. c., el hecho de que los redactores del Código hayan acudido a la técnica de la reserva y no a otra? ¿Determina el hecho de que en el artículo 811 haya una *reserva* unos específicos efectos jurídicos diferentes de los que se producirían si no la hubiera, aun siendo estos últimos también plenamente acordes con la finalidad perseguida? Me parece indudable que la elección de Alonso Martínez a favor de la técnica de la reserva afecta a la interpretación completa de la institución de la reserva lineal, pues dicha técnica configura esa institución (entendamos el término «institución» en un sentido amplio): en otros términos, *el legislador quiso evitar esa desviación de los bienes y quiso hacerlo mediante una reserva*. Y ya conocemos la concepción que el legislador tenía de la reserva: de lo que extraigo la conclusión de que los reservatarios contemplados en el artículo 811, protegidos por una posición jurídica más sólida y consistente de lo que Vallet mantiene, suceden materialmente al descendiente de que habla el precepto, siendo el ascendiente reservista algo diferente de un propietario común que sólo padece algunas sujeciones: el error de Vallet —si cabe hablar de «errores» en una materia tan discutible y ante una aportación científica tan extraordinaria como la del admirado civilista en cuestión— consiste en entender que bastaba, al interpretar el artículo 811, atender a su finalidad propia: ésta, por sí sola, sí es compatible con la construcción de Vallet; pero el legislador escogió precisamente *una reserva* (claro está, por otra parte, que el citado autor concebía la reserva viudal de modo diverso al mío). La relación reservataria-

comprende una compleja gama de derechos, deberes, titularidades interinas, limitaciones con trascendencia real, etc., en suma, un conjunto de efectos jurídicos (de los que hablaré en el siguiente apartado) que, junto a otros efectos derivados directamente de la finalidad originaria del artículo 811, *también fueron (y son) queridos por el legislador*, integrando *todos ellos* el contenido normativo de dicho artículo. Parte de la *voluntas legis* del artículo 811 es, pues, la protección —cualificada— de los reservatarios durante la pendencia de la reserva, protección que, en sí, no deriva de la conveniencia de evitar el cambio de línea, producido por azar, de determinados bienes (finalidad originaria del precepto), sino de que se trate precisamente de *reservatarios* (ya sabemos por qué el conceptualismo es sólo aparente).

Cabe preguntarse por qué se eligió la reserva para resolver ese problema. Tal vez sea porque se pretendió robustecer la posición de los parientes de cuya línea provenían los bienes: al morir el único hijo de la nuera del magnate, poco entusiasmo parecía sentir Alonso-Martínez en reputar a ésta verdadera propietaria. Manresa da por supuesto que los reservatarios suceden al descendiente, planteándose sólo si son herederos o legatarios suyos.

Pero no es el artículo 811 C. c. el único que acogió la técnica de la reserva para atender a un conflicto determinado: la Ley de 8 de septiembre de 1939, reformadora del régimen de la ausencia contenido en el Código civil, introdujo otra reserva, protectora de los intereses del ausente, en la nueva redacción que dio a los artículos 191 y 192. Creo, con Serrano y Serrano y con Ogáyar Ayllón, que nos hallamos, efectivamente, ante otra reserva: la misma técnica —debo repetir— para subvenir a una nueva finalidad: comparto con los autores citados la convicción de que, no obstante, algunas diferencias separan esta figura de las reservas viudal y lineal: frente a la finalidad netamente familiar de éstas, la que ahora nos ocupa se halla encaminada a la protección del ausente, único reservatario, siendo, por el contrario, posible —e incluso probable— que los reservistas sean varios. A pesar de que los textos de la Ley hipotecaria (arts. 158 y 168) no dejan demasiado margen, no veo tan indiscutible como Ogáyar cree que no quepa hablar de hipoteca legal en este caso. Por otra parte, repárese en que el reservatario recibe los bienes sin el requisito de la muerte de los reservistas.

Excluyo, por el contrario, del ámbito de mi investigación, por no ser reservas, figuras que, sin embargo, guardan cierta relación con la nuestra, por suponer o implicar, de algún modo, formas de titularidades interinas, o retorno de bienes o conjuntos de bienes a personas o grupos de personas de cuyos patrimonios —al menos formalmente— salieron: piénsese en los artículos 641, 812, 781 y ss., y 1.653 C. c., así como en los llamados «negocios fiduciarios».

Y volviendo al tema que constituye el objeto central de nuestra

atención, debemos recordar, en fin, que, desde la entrada en vigor del Código civil hasta nuestros días, la construcción de la reserva que propongo parece haberse consolidado de modo casi definitivo: es cierto que ha habido, como se ha expuesto repetidamente, autorizadas voces discordantes en la doctrina y que el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros se han mostrado indecisos: algunas sentencias (8 de marzo de 1913, 18 de abril y 8 de julio de 1942, 24 de mayo de 1945, 8 de junio de 1954, 30 de mayo de 1956) se muestran acordes con la tesis que defiendo, pero otras defienden la opuesta (p. e., 4 de enero de 1911, 6 de noviembre de 1912 y, con matices importantes, 7 de julio de 1978, así como la resolución de la D. G. de 14 de abril de 1969). Pero la legislación más reciente, más explícita que la del Código, presenta la relación reservataria como una relación compleja en la que los bienes pasan de causante a reservatarios, sucediendo éstos materialmente a aquél, aunque formalmente y sólo en cierto sentido sucedan al reservista: éste —pendiente la reserva— no es un verdadero propietario y aquéllos —claramente en Derecho catalán (arg. ex art. 271, párr. 2.º, de la Compilación, en relación con los números 4.º y 5.º del art. 181 de la misma)— gozan de una posición jurídica sólida y dotada de cierta elasticidad. La citada Compilación, por ejemplo, concibe expresamente a los reservatarios, en el párr. 2.º de su artículo 269, como «*sucesores del consorte premuerto*», comenzando el artículo 270 con una alusión a la «*delación* de los bienes reservables»; se infiere, por otra parte, *a sensu contrario*, del párrafo último de ese mismo artículo que, en principio, los bienes reservados no pertenecen a la herencia del reservista y que forman masa aparte. Todo lo cual no impide al reservista el ejercicio de su facultad de distribución desigual de los bienes reservables (arts. 270, párr. 2.º, y 272, *in fine*) (en rel. con la Disp. tr. 4.ª, inspirada en el Derecho Justiniano, precedentemente expuesto).

Parecidas conclusiones cabría extraer —si bien con menos claridad— de la atenta observación de las Compilaciones forales de Vizcaya y Alava (arts. 35 a 38) y de Navarra (leyes 274 a 278). Nada interesante —salvo en lo relativo al problema de las fuentes de la reserva— cabe extraer de la parca regulación contenida en el artículo 139 de la Compilación aragonesa vigente. Recuérdese lo dicho al comienzo de este estudio sobre el Derecho civil foral.

Por último, dos argumentos más a favor de nuestra tesis, extraídos, uno de la legislación hipotecaria, otro de la tributaria.

Según el artículo 187 de la vigente Ley hipotecaria, en su inciso inicial, «... Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin haberse dado cumplimiento por el reservista a lo establecido en los artículos anteriores (se refieren éstos a los deberes de inventario, tasación, constancia registral del carácter reservable de los bienes y constitución de hipoteca), los *derechos* reconocidos por éstos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes, cualquiera que sea su grado, *el alba-*

cea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal.» Con buen criterio entiende Vallet que dicho precepto debe ser interpretado en relación con el artículo 185 de la misma Ley, infiriéndose de ambos que el artículo 187 sólo contempla los casos de reservatarios inciertos o incapaces. Pero, prescindiendo de que la ley habla de «derechos a favor de los reservatarios» durante la pendencia de la reserva (el argumento sería puramente conceptualista), del artículo 187 sí cabe extraer un buen refuerzo de nuestra tesis, en cuanto que legitima, en algunos casos, al albacea del cónyuge premuerto, para exigir esas medidas a favor de los reservatarios. Si, según nuestro Ordenamiento (preferentemente, arts. 901 y 902 del C. c.), el albacea es ejecutor de la última voluntad del causante, persona que vigila y controla todo lo relativo a la sucesión de otra (Albaladejo, Puig-Ferriol), no cabe duda de que el citado artículo 187 LH reconoce implícitamente que el reservatario sucede (aunque sea de modo especial y diferido) al padre o madre premuertos, y no al reservista: si es éste el sucedido, ¿qué sentido tiene esa intervención del albacea mencionado? Por el contrario, la actuación del albacea en favor del interés de los reservatarios, inciertos o incapaces, viene a ser un acto de gestión más relativo a la correcta ejecución de la sucesión del cónyuge premuerto, auténtico *causante* material en la delación reservataria, en cuanto que asegura a sus sucesores la percepción definitiva, aún no acaecida y pendiente de un evento, de los bienes de que se trate: en otros términos, la reclamación, por el albacea del cónyuge premuerto, de las medidas aseguratorias en cuestión, precisamente al reservista, constituye vigilancia de la sucesión del cónyuge premuerto (*rectius*, de un sector diferenciado de su sucesión): para que los reservatarios puedan suceder efectivamente a su causante, el albacea de éste se ocupa de controlar la actuación del reservista, que ni es propietario *stricto sensu* de los bienes ni, por supuesto, causante material de la sucesión de los reservatarios.

También coadyuva a la defendibilidad de mi tesis el artículo 36 del vigente (*) Decreto de 6 de abril de 1967 regulador de los Impuestos sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: dicho texto legal, siguiendo la orientación ya adoptada en la precedente legislación del Impuesto de Derechos Reales, configura, a efectos tributarios, al reservatario como sucesor del cónyuge premuerto o del descendiente (según los casos), y no como sucesor del reservista: ello se infiere del tenor literal del núm. 1 del citado artículo —que alude a la semejanza del reservista del art. 811 del C. c. con el usufructuario— y, de modo implícito, del núm. 2, relativo a la reserva viudal. Pero, sobre todo, se puede observar nítidamente la concepción que el texto jurídico-tributario tiene de la reserva si atendemos al núm. 3

(*) Hoy ya sólo en parte (cf. Ley de 21 de julio de 1980, que no afecta al Impuesto de Sucesiones y, por tanto, al punto en cuestión).

del citado artículo 36: «En ambos casos —reza el precepto, aludiendo a las dos reservas preferentemente contempladas en el Código civil—, el reservatario satisfará el Impuesto teniendo en cuenta lo prevenido en el artículo 9 y *atendido el grado de parentesco entre aquél y la persona de quien procedan los bienes, prescindiendo del que le una con el reservista*, aunque éste haya hecho uso de la facultad de mejorar, reconocida en el artículo 972 del Código civil».

En síntesis, me parece probabilísimo:

1.º Que el Código civil contempla tres reservas diferentes, en cuanto que cada una de ellas persigue una finalidad específica; pero que las tres tienen de común *la técnica de la reserva*, elaborada doctrinalmente sobre la reserva vidual, siendo admisible, por ello, hablar de una *teoría general de la reserva*, al estilo de Lacruz: se trata de reservas diferentes pero que —utilizó la expresión de Vallet— *actúan igual*.

2.º Que el reservatario sucede materialmente al cónyuge premuerto o al descendiente (y no al reservista); pendiente la reserva, éste no es verdadero propietario y los reservatarios gozan de una protección jurídica mayor que la que se concretaría en una mera esperanza de hecho y en las medidas —taxativamente entendidas— consignadas en el C. c. y en la LH. Se trata de una compleja delación especial, distinta de la de la herencia del causante y de la del reservista. De la explicación pormenorizada de este esquema nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

IV) LA ESTRUCTURA DE LA RELACION RESERVATARIA: DESCRIPCION DEL FUNCIONAMIENTO DE LA RESERVA SU CONTENIDO JURIDICO EN SUS DISTINTAS FASES.

He afirmado que cabe hablar de una *delación reservataria*. Esta es, sencillamente, un efecto jurídico, efecto establecido, más o menos explícitamente, por el Ordenamiento. Dicho efecto, dicha *Rechtsfolge*, es el resultado de un supuesto de hecho complejo, de duración posiblemente larga, compuesto de varias fases. Termina de formarse el citado supuesto (en las dos reservas más tratadas) exactamente al fallecer el reservista, pero no es precisamente este último acontecimiento su factor determinante: son hechos cronológicamente anteriores los que, combinados entre sí de modo que puedan dar lugar a consecuencias no deseables por el legislador, ponen en movimiento este singular «mecanismo». Cuando el supuesto referido termina de formarse (momento de la muerte del reservista, excepto en la reserva de los arts. 191 y 192 del C. c.), la doctrina suele hablar de *reserva consumada*; antes de la consumación de la reserva se dice que ésta se halla *pendiente*, siendo esta fase de la vida de la relación reservataria la que describiré

luego detenidamente: realmente ésta es la primera fase de la vida de la reserva (antes no hay reserva), pero, a su vez, comienza a causa de eventos precedentes que van generando una situación sobre la que la ley decide incidir, pudiendo, por consiguiente, hablarse asimismo de una *etapa previa o preparatoria* de la reserva: A lega a su mujer B una finca; muerto A, B, madre de dos hijos de A, casa con C; al fallecer B, los hijos citados son llamados a recibir la finca: hasta la boda de B y C todo es fase preparatoria; dicha boda produce la situación (valga la expresión) de reserva (pendiente); dicha reserva se consuma al fallecer B, siendo llamados los hijos de ésta y A. Lo mismo sucede en la reserva del artículo 811: la primera transmisión (de ascendiente origen —o hermano— a descendiente causante) pertenece a la fase previa: aún no hay reserva, pero *sin ella no habría luego reserva*; la segunda transmisión (de descendiente a ascendiente) produce la reserva, que entra en situación de pendencia; la tercera transmisión, en fin, de ascendiente a parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, cierra la vida de la reserva: la muerte del ascendiente reservista, que abre el camino a esta última transmisión, constituye el comienzo de la fase de reserva consumada. Dato llamativo que debemos resaltar es que el hecho directamente desencadenante de la reserva altera cualitativamente la posición jurídica de quien *entonces* recibe o tiene los bienes, dado que su propiedad sobre ellos deja de ser tal propiedad: en efecto, al producirse el hecho desencadenante de la reserva (segundas nupcias, reconocimiento de hijo natural, sucesión del descendiente por el ascendiente), los bienes cambian de calificación y de régimen jurídicos, pasando a formar un bloque diferenciado del patrimonio de quien los administra y disfruta: empieza en ese instante una fase jurídicamente singular de la vida de ese bloque que, sin entrar en excesivas disquisiciones conceptuales, podríamos denominar «patrimonio»: se trata de una fase interina, con varios titulares concurrentes que ocupan posiciones diversas unos de otros, pudiendo uno de ellos, como se verá, incluso modificar una sucesión que no es materialmente la suya. La muerte del reservista (salvo en caso de reserva en interés del ausente) señala el momento de la consumación de la reserva, produciéndose entonces la delación o llamamiento a los reservatarios, delación que, en principio, se regirá por las normas generales sucesorias: no habrá inconveniente en aplicar el artículo 1.006 del C. c. y el régimen de la percepción de los bienes por el reservatario o los reservatarios preferentes dependerá de que sucedan (al causante de la reserva) a título singular o a título universal, como legatarios o como herederos, recibiendo en el primer caso bienes concretos o un patrimonio ya liquidado, *un saldo*, y, en el segundo, *una herencia*, con deudas del causante incluidas, herencia que debe aceptarse previamente (terminología que utilizaría, si atendemos a un estudio suyo reciente, Albaladejo).

Es característico de la técnica de la reserva el hecho de que, en su virtud, hechos que suelen o pueden coincidir en el tiempo (muerte del causante, vocación y, por otra parte, delación), se separan necesariamente en el tiempo: rigiendo en nuestro Derecho sucesorio el sistema denominado «de vocaciones eventuales», tras la muerte del causante (en las tres reservas) hay ya *vocación* para todos los (en cierto modo, potenciales) reservatarios, pero la *delación* no se produce hasta la muerte del reservista (o hasta la reaparición del ausente); durante la pendencia de la reserva existe ya un *iter* comenzado que implica y conlleva una posición de poder jurídico de los reservatarios, posición derivada de una sucesión ya abierta, no de una herencia futura, posición que cabría, en principio, transmitir, a no ser que determinadas peculiaridades de la reserva quizá lo impidiesen. Los reservatarios traen causa del descendiente o del cónyuge premuerto, pero, en el período comprendido entre la vocación y la delación, el reservista puede incidir en ésta, configurarla, alterar la composición de la masa de bienes (piénsese en la mejora, en la desheredación, en la enajenación de muebles, incluso en los contratos que puede celebrar con los reservatarios); por ello, no es inexacto decir, con Lacruz y con Doral (a diferencia de Manresa, Castán, Roca-Sastre o Hernández-Gil), que, *en cierto modo, el reservatario sucede formalmente al reservista*; precisaré más: me parece que el reservatario sucede sólo al (correctamente llamado) causante: pero el reservista puede alterar algo la trayectoria de parte de ese patrimonio: él crea un conducto por donde pasa el líquido, pero la fuente es el causante. Cabría preguntarse qué tipo de titularidad es esa que permite ese amplio margen de actuación, que debe ser compatibilizada con otras titularidades que, a su vez, pueden ser afectadas por aquélla, etc.: en síntesis, debo dedicar la última parte de este pequeño estudio a analizar, con un mediano detenimiento, *la posición de reservista (o reservistas) y reservatarios durante la pendencia de la reserva*.

No es, indudablemente, éste el momento adecuado para repetir las múltiples teorías que se han propuesto para explicar las posiciones de reservistas y reservatarios durante la pendencia de la reserva: recordemos, de pasada, la vieja concepción romana y medieval, que llegó hasta el Código civil, de la escisión entre nuda propiedad y usufructo, concepción evidentemente inadmisibles, pero que tan gran utilidad nos ha prestado; aludamos, asimismo de pasada, a la tesis de la comparación de la reserva hereditaria con la sustitución fideicomisaria condicional, figura que tiene gran semejanza con la nuestra, aunque las separen algunos matices importantes; y no olvidemos la importantísima concepción «restrictiva» de Vallet, que ha sido objeto de nuestra crítica a lo largo del presente estudio (para una exposición exhaustiva, consúltese Vallet, pref. ADC, ob. cit. al final de este trabajo). Dedicaré, sin embargo, las últimas páginas de éste a exponer mi opinión al respecto, opinión que sustancialmente viene a coincidir con la formu-

lada por otros autores: De Castro e Iglesias Cubría: la tesis de De Castro (año 1955) fue refutada, respecto de la reserva, por Vallet de Goytisolo (año 1958), y, posteriormente, ningún autor del que tengamos noticia ha rebatido directamente a Vallet (Iglesias Cubría no lo hizo en 1961). De ello y de explicitar aún más lo que De Castro e Iglesias han dejado sólo apuntado me ocuparé seguidamente. Advierto desde ahora que trataré de describir efectos jurídicos que extraigo de la finalidad de las figuras, del tenor literal y de la historia de los textos, pero que los nombres con los que designaré tales efectos deberán ser entendidos de modo relativista y aproximado: como se verá, los poderes jurídicos que describiré no encajan verdaderamente en ninguna categoría preestablecida doctrinal o legalmente: los esquemas de Iglesias y De Castro son valiosas fórmulas expresivas que ordenan racionalmente la exposición de la cuestión, pero que tal vez no la expliquen del todo, pues ésta sólo se explica descriptivamente. El fantasma del conceptualismo debe, pues, ser continuamente combatido.

La primera gran dificultad que encontramos a la hora de enfrentarnos con el problema de la descripción de la posición jurídica de cada reservatario durante la fase de pendencia de la reserva es la que se deriva del carácter inestable, transitorio, del poder jurídico de que goza dicho reservatario en esa fase: no tiene un derecho propiamente dicho, pero tampoco se halla totalmente privado de facultades: con expresividad describía este tipo de situaciones precisamente para tratar de la reserva, Azurza, afirmando que «... entre el no ser y el ser perfecto del fenómeno jurídico existen situaciones intermedias que disfrutan de protección legal, como entre el día y la noche hay momentos que, no obstante no ser días perfectos, ni noche absolutamente, tienen la individualización del crepúsculo». Pues bien, para explicar la posición jurídica de cada reservatario durante la pendencia de la reserva puede servirme el concepto de *expectativa* de derecho, como lo expuso el profesor Iglesias Cubría: para este prestigioso civilista, «...las expectativas merecen ser desempolvadas del museo de trastos viejos —en que en vano se intentó enclaustrarlas— y ser bruñidas y puestas de nuevo al día para que adquieran el lustre de las armas útiles y de cotidiano uso». Separa Iglesias las expectativas propiamente dichas de las meras esperanzas de hecho, por una parte, y de los derechos aplazados, que son ya derechos seguros, por otra: «En el campo del Derecho —escribe en tal sentido el autor en cuestión— las simples esperanzas no adquieren carta de naturaleza jurídica; es decir, son irrelevantes para el Derecho. Ahora bien, es preciso señalar que puede haber algo que califique esa esperanza jurídicamente para que pase a ser una *expectativa*, y ese algo no puede ser otra cosa que una circunstancia —hecho, acto o conducta— que para el Derecho resulta relevante en el sentido de significar sin más que de ella puede derivar con el solo correr del tiempo un determinado derecho subjetivo». Y añade:

dos páginas más adelante: «Las así llamadas *expectativas seguras*, por ejemplo, derechos a término, no son tales *expectativas*, sino que se trata de verdaderos derechos subjetivos «in potentia», ciertos y determinados, pero suspendidos en su eficacia o caducidad; y, a su vez, las que se llaman *expectativas de hecho*, no son más que *meras esperanzas*». Más tarde dirá el mismo Iglesias que «... la *expectativa* del lado activo del titular expectante es un *derecho eventual*», tesis que ya había defendido antes Lacal. Precisamente de *derechos eventuales* habla De Castro para aludir a la posición jurídica que comentamos, ya que rechaza la admisibilidad de la figura de la «*expectativa*»; para De Castro, cabe hablar, entre las llamadas «*situaciones jurídicas secundarias*», de «*situaciones jurídicas interinas*», siendo subtipos de éstas las titularidades temporalmente limitadas (derechos aplazados) y las *situaciones jurídicas de pendencia* (además de otras menos importantes para nuestra investigación); en opinión de este prestigioso civilista, «... La situación de pendencia es una "situación de protección jurídica interina, en favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo"... Se llaman *titularidades provisionales* las que corresponden a los posibles sujetos definitivos (preventiva) y a los titulares interinos encargados de defender la situación de pendencia (interina). Se habla también de derechos eventuales, al considerárseles desde el punto de vista de la posibilidad que sobre una de las titularidades (preventivas) se consolide la titularidad definitiva, al producirse el evento decisor».

No nos dejemos envolver por los nombres: ya le llamemos «*expectativa*», ya «*derecho eventual*», lo cierto es que se da en nuestro Ordenamiento —y en otros similares— una concreta situación de poder jurídico, caracterizada por su interinidad y por la incertidumbre de su desenlace, intermedia entre la mera esperanza fáctica de la adquisición hipotética y futura de un derecho y el derecho subjetivo de existencia segura, ya totalmente perfecto o bien aplazado. No estamos ante un verdadero derecho subjetivo porque ni existe aún un poder jurídico calificable de tal ni es seguro que llegue a existir; pero tampoco nos hallamos ante un *nilhil* jurídico, ante un supuesto de hecho parcialmente formado carente de significación jurídica, pues, como escribió Rubino, la mera esperanza se convierte en *expectativa* cuando llegan a individualizarse los efectos que, en el futuro, se producirán (debo advertir, no obstante, que el mencionado autor italiano se muestra luego contrario a la admisión de la *expectativa* como categoría jurídica porque, según él, la protección que el Ordenamiento confiere a la posición jurídica en que ella consiste se reconduce en definitiva simplemente a la protección específica de los llamados «*efectos preliminares*», lo que le hace afirmar que «... manca una apprezzabile ragione per gravare il bagaglio scientifico di una nuova nozione ed il mondo giuridico di una nuova entità giuridica individua»). En síntesis, existe un determinado tipo de posición jurídica, descrito

con relativa claridad por la doctrina, llamado de diversos modos, que, al parecer, es el que se da durante la fase de pendencia de la reserva: voy a denominarlo, sin afán dogmático o clasificatorio alguno, *expectativa*, en el sentido explicado por Iglesias Cubría, dado que considero que el término es útil y que alude, no sólo al concreto poder jurídico—eventual—de su titular, sino, más ampliamente, a toda una compleja situación que el mismo Iglesias describe en otro texto. Por supuesto, estamos lejos de la «expectativa puramente especulativa» que, según Vallet, tienen los reservatarios pendiente la reserva. El siguiente texto de Iglesias Cubría, situado claramente en la línea trazada por De Castro, puede sernos extraordinariamente revelador:

«Se puede distinguir en toda situación jurídica de pendencia...: a) El *titular expectante*, que es la persona a la que vendrán atribuidas las utilidades o ventajas, si el evento pendiente se resuelve favorablemente. Interinamente es, a su vez, *titular de la expectativa*. b) El *pretitular*, que durante la pendencia, es aún titular presente, como persona a la que hacen referencia las utilidades, intereses o ventajas que van a ser transmitidas al *expectante* si el evento se resuelve para éste, o se consolidarán sobre el *pretitular* si aquél (evento) falla.

Ambas titularidades, la *expectante* y la *pretitular*, han sido calificadas, desde el punto de vista del mecanismo de la situación de pendencia, como *titularidades preventivas*, o en previsión y prevención del resultado eventual, como representativas de los intereses de los beneficiarios eventuales.

c) *Constituyente*, que es ya un sujeto, vivo o muerto, pero cuya voluntad manifestada fue tomada en consideración por el ordenamiento como capaz de generar la situación de pendencia, derecho o vinculación patrimonial eventual. El constituyente es el autor de la voluntad operante. Mas a veces tal voluntad es una voluntad presunta, que la ley suple, y entonces aparece como constituyente la ley misma, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 811, 968, 969, del C. c., en que la ley suple—con presunción *iuris et de iure*, salvo los supuestos de cesación a que se refieren los artículos 970 y 971 C. c.— una voluntad constituyente que hubiera sido actuada por el descendiente o cónyuge premuerto, según los casos.

d) *Titular interino* o más bien *sujeto administrador* que es la persona a la que el ordenamiento permite que se atribuyan durante la situación de pendencia, las facultades de ejercicio, administración y defensa del derecho o intereses *in pendenti*.

Este sujeto no tiene *facultades de disposición*, salvo especial mandato o delegación, en circunstancias excepcionales. Puede haber, en fin, circunstancias en las que pueda llegar a concurrir un interés propio de este titular interino con los intereses que gestiona y defiende, dando lugar a unas relaciones de concurrencia y de contradicción de intereses, semejantes a las surgidas en la

autocontratación, que el ordenamiento debe mirar con recelo, y obviar en cuanto no sean predeterminadas por la misma voluntad constituyente del supuesto.

Estas titularidades y estos sujetos no son, de suyo, incompatibles; de suerte que puede suceder que en la misma persona coincida la *pretitularidad* y la *titularidad interina*, así como el ejercicio de ambas, y entonces aparece hacia el exterior como *dominus*, hasta el punto que, sin una detallada noticia de sus circunstancias, los terceros pueden confundirle con el *verus dominus*, cual sucede, por ejemplo, con el padre bínubo respecto a los bienes objeto de la reserva ordinaria».

El texto transcrito es de una gran claridad a la hora de iluminarnos en nuestra observación de la fase de la pendencia de la reserva: el reservatario es un titular expectante; y, en el reservista, coinciden la pretitularidad y la titularidad interina. En cuanto pretitular que es, el reservista es, coetáneamente con los reservatarios, titular preventivo, como también afirma De Castro, según dijimos. La doble titularidad en el reservista ha hecho que parte de la doctrina lo asimile al *dominus* (como advierten De Castro e Iglesias Cubría), pero es necesario distinguirlo de un auténtico propietario: a dicha confusión tal vez haya contribuido también la existencia—reconocida por el mismo De Castro—de facultades *iure proprio* del reservista: por ejemplo, su derecho a los frutos de los bienes reservables; existencia que, en modo alguno, impide la admisibilidad de la tesis enunciada.

No obstante, a dicha tesis se ha opuesto abiertamente Vallet de Goytisolo: reconoce este autor que la construcción de De Castro puede explicar fenómenos tales como el contemplado en los artículos 801 a 804 C. c. (institución de heredero bajo condición suspensiva): «... En estos preceptos—escribe Vallet en nota—sí que se dibuja claramente en el administrador, a la vez, una titularidad interina (regulada en el art. 804) y una titularidad preventiva propia, que coexiste con otras titularidades preventivas ajenas. Ninguno es titular actual *iure proprio* de la herencia. Todos se hallan pendientes de su evento; el llamado bajo condición suspensiva del cumplimiento de ésta; el coheredero con derecho de acrecer, del incumplimiento de la misma; y los herederos presuntos (si el heredero condicional no tuviere coherederos con derecho de acrecer), también de su incumplimiento. Es decir, hay varios posibles herederos pendientes de una condición (positiva para unos y negativa para otros), que es suspensiva para todos ellos; pero ningún heredero actual. El posible heredero que administra la herencia carece de titularidad actual *iure proprio* sobre los bienes que la integran, sólo tiene una titularidad gestoria, además de su titularidad preventiva. La suma de ambas no produce el efecto óptico de una titularidad actual propia. Pero lo contrario ocurre—advierte Vallet, respecto del punto que nos ocupa—con la titularidad del reservista, que se nos presenta visualmente

(como creemos que es realmente) como una titularidad actual *iure proprio*, aunque tenga limitadas condicionalmente algunas de sus facultades dispositivas». Para Vallet, «... no puede decirse que el reservista desempeñe una titularidad preventiva en sentido gestorio», puesto que actúa «... en nombre propio, en interés propio, por y para sí». En su opinión, «...Mientras en la institución de heredero bajo condición suspensiva hay una incertidumbre respecto al sujeto actual, en la reserva pendiente la incertidumbre se refiere al futuro sujeto. En la reserva la gestión va unida a la titularidad actual; en la institución bajo condición suspensiva, al faltar el derecho actual propio, la gestión debe ir unida a una titularidad provisional (de tipo gestorio) que se encomienda a uno de los titulares preventivos o eventuales. La diferencia nos parece clara, tanto visual como jurídicamente».

Yo creo que debemos optar por la tesis del profesor De Castro (y por la de Iglesias Cubría, publicada después de la aparición del presente estudio de Vallet, a quien refuto): hay dos titularidades —interina y preventiva— en el reservista durante la pendencia de la reserva: éste no posee *iure proprio* ni es un propietario en sentido estricto: su titularidad interina no presenta oscuridades; lo peculiar de su posición (en las reservas viudal y lineal) es que la conversión de su titularidad preventiva en definitiva y plena (si llega a producirse, por falta de reservatarios) no acaecerá (salvo en caso de renuncia de todos los reservatarios durante la pendencia, ex artículo 970 del C. c. o de muerte de todos ellos sin posibilidad de que haya más) en su persona, sino en la de sus herederos: el hecho de que, en estas dos reservas, sea necesaria la muerte del reservista para que se alcance la situación definitiva, el hecho de que el derecho del reservatario sea exactamente «eventual» y no «condicional» —como distingue Iglesias Cubría— provoca que no se capte nítidamente la faceta de la posición del reservista consistente en su titularidad preventiva: éste conserva la expectativa no para él, sino para sus herederos; la concurrencia de esa titularidad preventiva, de esa «pre-titularidad» —diría exactamente Iglesias Cubría, para calificar esa faceta de la posición del reservista— con la titularidad interina de éste, unidas ambas a las antes aludidas facultades *iure proprio*, provoca la apariencia —engañosa— de una titularidad dominical común sometida, si acaso, a alguna limitación externa. Acierta, pues, Vallet cuando escribe que «... mientras en la institución de heredero bajo condición suspensiva hay una incertidumbre respecto al sujeto actual, en la reserva pendiente la incertidumbre, se refiere al futuro sujeto», pues será en éste, el heredero del reservista, en quien ordinariamente se producirá —si no se consuma la reserva— la fusión de las dos titularidades en una sola. Pero no acierta cuando añade que en la reserva la gestión va unida a la titularidad actual, sencillamente porque no existe esa titularidad actual entonces.

Tampoco acierta, a mi juicio, Vallet, al calificar de «mera sujeción» la posición del reservista; me parece más indicativo de la realidad jurídica hablar, a propósito de dicha posición, de *vinculación patrimonial eventual*, como hace Iglesias Cubría: el reservista, según este autor, padece algo más que una «sujeción», pues la sujeción no constriñe a actuar de un modo determinado, sino que sólo hace nulos e ineficaces los actos jurídicos realizados en contravención de la sujeción, lo que no sucede en el supuesto de la reserva, donde el reservista se halla obligado a inscribir, tasar, hipotecar, etc. Esto no impide, sin embargo, la existencia en él de una extensa gama de facultades, muy similares a las del *dominus*, hasta el punto de que, en cierto modo, es un *dominus*: «... en los casos de *vinculaciones patrimoniales eventuales*—escribe Iglesias Cubría— el titular interino concentra sobre sí, y está legitimado para ejercitar, todos los poderes jurídicos que eventualmente habrían de corresponder al titular definitivo, si éste estuviera presente; por lo que su *poder jurídico* será de *naturaleza real* u *obligacional* según la clase del bien sobre el que recaiga...».

En síntesis, pendiente la reserva, cada uno de los reservatarios es titular de una compleja posición jurídica referida a los bienes que integran la masa reservable. No se trata de un verdadero derecho subjetivo perfecto, sino de algo que, aproximadamente, podríamos llamar *expectativa* o incluso *derecho eventual en relación con los bienes*: creo que carece de sentido plantear si estamos entonces ante un derecho a los bienes o *en* los bienes, pues, al tratarse de una delación hereditaria, habrá que atender al dato de si los reservatarios, en el supuesto concreto que se proponga, suceden al causante a título singular o a título universal: es decir, si el reservista ha recibido ya el patrimonio liquidado (esto es, ha recibido bienes concretos sin deudas que los graven, o bien, *saldo*—recuérdense las formulaciones de Albaladejo, antes mencionadas—), los reservatarios, pendiente la reserva, son *dueños eventuales* (arg. ex art. 882 del C. c.); si, por el contrario, el patrimonio se halla sin liquidar, los reservatarios, que todavía no pueden aceptar ni repudiar y, por ello, no pueden adquirir, son sólo titulares (eventuales) de un derecho *en relación* a los bienes. Repárese además en que la eventualidad no sólo afecta a la entidad colectiva *reservatarios*, sino, aún más intensamente, a cada uno de ellos en particular, que puede perder, al menos en parte, los bienes, incluso sobreviviendo al reservista, si éste hace uso, en su perjuicio, de las facultades que le confiere el artículo 972 del C. c. El reservatario goza, además, de unos poderes jurídicos *instrumentales* encaminados a proteger la virtualidad real de su expectativa. poderes jurídicos cuya existencia provoca que el reservista padezca una vinculación patrimonial eventual: dichos poderes jurídicos no son, en modo alguno, eventuales, y consisten en la facultad de exigir constancia registral

del carácter reservable de los bienes, de exigir hipoteca, tasación, inventario, etc. (arts. 977 y 978 del C. c., 168, 2.º, y 184 y ss. de la LH, y 259 y ss. del RH). De la finalidad eminentemente protectora de la reserva y de la posibilidad de que el reservista pudiese de hecho perjudicar los intereses de los reservatarios a pesar de las medidas protectoras explícitamente acogidas en el C. c. y en la LH, deduzco, como ya antes dije inspirándome en un texto de Lacruz, que dichas medidas no deben ser entendidas taxativamente (como ha defendido, a veces, el Tribunal Supremo en SS. de 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912 y de 6 de julio de 1916, inspiradoras de la tesis de Vallet), sino de modo indicativo, como manifestaciones de una posición elástica del reservatario que, por ejemplo, en vida del reservista, podrá oponerse a la destrucción o al deterioro de los bienes reservables (el art. 978, 2.º, C. c. puede no ser suficiente) o a las enajenaciones irreflexivas o semifraudulentas de los bienes (también puede no ser suficiente el artículo 978, 3.º, C. c.). En apoyo de esta afirmación, además de la invocabilidad del argumento finalista aludido, cabe alegar los siguientes:

a) Si los bienes reservables son bienes muebles, el reservatario puede exigir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del reservista; constituida dicha hipoteca, el reservatario tiene asegurado el *valor reservado*, al disponer, entre otros poderes jurídicos, de la acción de devastación del artículo 117 LH (art. 161 LH). Si, por el contrario, los bienes reservables son inmuebles, la protección que establece expresamente la ley consiste en la constancia registral del carácter reservable de aquéllos, sin que ésta implique poder jurídico alguno similar al del artículo 117 LH: en tal caso, el reservista podría destruir o deteriorar el inmueble reservable sin posibilidad de defensa por parte de los reservatarios, dado que de ésta no habla el Código ni la Ley Hipotecaria. Todo lo cual es algo carente de sentido.

b) Un buen indicio de esa elasticidad en la posición de los reservatarios durante la pendencia de la reserva puede hallarse en el Derecho foral catalán: el párrafo 2.º del artículo 271 de la Compilación establece: «Será de aplicación a los bienes muebles reservables lo establecido para los sujetos a restitución fideicomisaria en los apartados 4.º y 5.º del artículo 181». Según el ap. 4.º, el fiduciario está obligado «... a invertir el dinero relicto sobrante, o que se obtenga después, en préstamos con interés y garantía real o en bienes prudencialmente seguros; según el ap. 5.º dicho fiduciario se hallará asimismo obligado «... a depositar sin demora, en la Caja General de Depósitos, Banco de España u otros Establecimientos bancarios o de ahorro, los valores mobiliarios, haciéndose constar en el correspondiente resguardo su condición de fideicomitidos».

Esta sólida posición de los reservatarios es plenamente cohe-

rente con su carácter de herederos o legatarios (eventuales) respecto de una herencia ya deferida, no futura.

El reservista tiene unos poderes jurídicos *iure proprio* de *disfrute* y otros *iure alieno*, como *administrador* o *gestor*; además, es titular de un *derecho eventual* (sobre los bienes), derecho que puede devenir definitivo en él mismo o en la persona de sus herederos, derecho que, susceptible de ser calificado de *titularidad preventiva* o de *pretitularidad*, se corresponde en cierto sentido con el de los reservatarios: al unirse en su persona todas estas posiciones jurídicas, *se nos aparece como «dominus»*; pero, *si bien no se puede negar tajantemente que lo sea*, tampoco es admisible eludir la referencia a la singularidad de su posición; pues, *en cuanto «dominus», padece una eventualidad similar a la del reservatario, que, en algún sentido—si sucede a título singular en determinados bienes—también lo es*. No creo que quepa hablar, a propósito de la situación del reservista, de «titularidad fiduciaria», ni aun en el sentido amplio propuesto por Puig Brutau, siguiendo a Assfalg, dado que el reservista no administra la masa reservable sólo en interés ajeno, sino también en su propio interés (al margen de que no haya otorgamiento de confianza como acto de autonomía privada): por esto me manifiesto en desacuerdo con Doral cuando insiste en la *fides* como idea clave para explicar la posición del reservista; si ello es verdad, lo es sólo hasta cierto punto y, desde luego, la *fides* no desempeña esa función crucial que Doral le atribuye: la actuación del reservista es una actuación libre, pero controlada: puede mejorar, pero no desheredar sin motivo, y no puede privar a los reservatarios, como bloque, del *valor reservable*: la protección de éstos, necesaria como hemos demostrado, resulta poco compatible con una relevancia de la *fides* tan grande como Doral pretende. Verdaderamente, la posición de reservista es una posición no encasillable en ningún esquema preestablecido, es una posición *sui generis*, como recientemente ha declarado el Tribunal Supremo en S. de 7 de julio de 1978: precisamente esta sentencia, con pleno acierto, afirma, en su 13.º Considerando, que, en el caso de que sean bienes reservables las acciones de una Sociedad Anónima, el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones corresponde, durante la pendencia de la reserva, al reservista, en cuanto socio que es (véanse, al respecto, los arts. 39, 2, y 92 de la Ley de Sociedades Anónimas), sin ser admisible la tesis de entender aplicables el artículo 41 LSA y la Ley 258 de la Compilación de Navarra, tesis que, volviendo a la concepción del desdoblamiento entre usufructo y nuda propiedad, reputaba titulares de ésta a los reservatarios (en la sentencia, sin embargo, el argumento en cuestión no influye directamente en el fallo, pues en el caso no procede la petición de los bienes en calidad de reservables, ex artículo 968 del C. c. y Ley 274 de la Comp. navarra, porque no se probó que dichos bienes procediesen del cónyuge

premuerto). Pero el hecho de que el reservista pueda disfrutar de las facultades que le confieren los artículos 39 y 92 de la I.S.A como «propietario» de la acción no debe hacernos olvidar las peculiaridades y la eventualidad de dicha titularidad.

Por último, me parece interesante apuntar la posibilidad —ya sugerida hábilmente por el profesor Doral— de que un contrato entre reservista y reservatarios modifique este complejo de derechos y deberes que acabamos de describir, regulando de modo diverso del expuesto las relaciones entre ellos. Doral habla, en concreto, de «acuerdos de cumplimiento», pero, al amparo de la facultad de renuncia concedida a los reservatarios en el artículo 970 del C. c., entiendo que cabría un acuerdo más amplio, eximiendo, por ejemplo, al reservista de la hipoteca legal o cambiándola por un depósito de los valores reservables o convirtiendo la reserva de bienes en reserva de valor, etc.; o bien, agravando la posición del reservista... Lo que sí es indudable es que, en ausencia de un negocio jurídico de este tipo, el régimen es el expuesto; y que, por otra parte, si el negocio de que se trate desnaturalizase la reserva, ya no habría tal, sino renuncia a ella, acto, por otra parte, válido y admitido por la ley. Problema interesante y, en algún modo, relacionado con éste, es la de la reserva, no regulada por la autonomía privada, sino establecida por ella: piénsese en el artículo 139 de la Compilación aragonesa: obsérvese que el texto se halla redactado de modo muy restrictivo: *reserva... impuesta... dentro de los límites legales*: ¿En qué medida podría el constituyente regular esta relación reservataria en ese testamento o documento público? Cuestiones éstas que exceden de las pretensiones del presente estudio.

Con estas reflexiones doy fin a la investigación, encaminada, como se ha visto, más a fundamentar y a explicitar, que a descubrir e innovar: más que a hacer un edificio, me he dedicado a apuntalarlo; pero, en dicha tarea, he hallado varias piedras de interés, que pueden servirnos de valiosa ayuda en el futuro para acometer nuevas edificaciones.

V) INDICACION BIBLIOGRAFICA

La bibliografía sobre las reservas en Derecho español es abundantísima y gran parte de ella es de imprescindible utilización incluso si se trata de una investigación no exhaustiva como la presente. La complejidad aumenta si advertimos que el tema de las reservas se halla en estrecha relación con algunos conceptos jurídicos de pretendido valor general (derechos eventuales, expectativas, subrogación real o en valor, patrimonios separados, etc.), lo que obliga a la consulta de multitud de obras relativas a ellos. Refiero aquí sólo los estudios que considero básicos y que han constituido los pilares sobre los que he apoyado preferentemente

esta lección, omitiendo la cita de otros que también se mencionan en mi texto o que, incluso, habiendo sido utilizados, no aparecen en él.

Como fácilmente se infiere de mi lección, ésta adopta como puntos de referencia dos aportaciones: la de VALLET DE GOYTISOLO y la de LACRUZ BERDEJO. La aportación de VALLET a la investigación sobre las reservas es verdaderamente excepcional, lo que no impide que yo disienta sustancialmente de sus tesis. Se compone de varios estudios que menciono seguidamente: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, ADC, 1957, II, págs. 327 y ss.; III, págs. 693 y ss.; y IV, págs. 1057 y ss.; 1958, III, págs. 649 y ss.; 1959, III, págs. 753 y ss.; y 1960, III, págs. 679 y ss.; *Interpretación, localización sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código civil*, RDPr., 1959, págs. 275 y ss. y 375 y ss.; *Hipótesis y tesis del artículo 811 del Código civil*, RDPr., 1961, págs. 891 y ss., y 1020 y ss.; y 1962, págs. 95 y ss.; *Notas a la Sentencia de 5 de diciembre de 1958*, ADC, 1959, páginas 351 y ss. Resume recientemente VALLET sus tesis en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo XI, Madrid, 1978, págs. 77 y ss. LACRUZ ha escrito, sin embargo, a mi juicio, las páginas más acertadas que conozco sobre la materia, en LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, II, Barcelona, 1973, págs. 267 y ss.

Entre los numerosos estudios acerca de las reservas, podemos citar: AZURZA, *Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición de reservatario. Aportación a la teoría de las expectativas*, RGLJ, 1946, págs. 49 y ss.; CALLEJAS, *Notas para un estudio sobre reserva tradicional*, RGLJ, 1944, págs. 146 y ss.; DORAL, *La reserva hereditaria común*, ADC, 1977, págs. 497 y ss.; MARÍN MONROY, *La reserva llamada tradicional u ordinaria: su evolución*, RCDI, 1930, págs. 603 y ss.; 687 y ss.; 760 y ss.; 817 y ss.; y 897 y ss.; 1931, págs. 1 y ss.; *Más sobre la institución de la reserva*, RCDI, 1934, págs. 756 y ss.; ROCA-SASTRE, *Situación jurídica de los reservatarios en las reservas ordinarias y en la especial del artículo 811* (y otros estudios sobre reservas), en *Estudios de Derecho Privado*, II, Sucesiones, Madrid, 1948, cap. IX, págs. 303 y ss.; LOZANO SICILIA, *Interpretación del artículo 811 del Código civil y reserva del ascendiente y del cónyuge viudo*, Córdoba, 1898; LACAL, *Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil*, RCDI, 1932, págs. 577 y ss.; LA CUEVA, *La verdad sobre el 811: Contrastación de opiniones; jurisprudencia civil e hipotecaria*, Sevilla, 1934; HERNÁNDEZ-GIL, *Los grandes problemas del Derecho sucesorio: La prelación de órdenes o grados en la reserva lineal española*, «Rev. de Der. Español y Americano», mayo-junio, 1956, págs. 3 y ss.

He utilizado también, como texto de indudable interés, dada la fecha de su aparición —cercanísima a la de la promulgación del Código—, la clásica obra de MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, Madrid, 1906, págs. 239 y ss. (comentario al

art. 811), y tomo VII, Madrid, 1907, págs. 185 y ss. (comentario general a las reservas, arts. 968 y ss.).

Sobre la reserva del ausente, remito a SERRANO Y SERRANO, *La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil*, RDPr., 1943, págs. 37 y ss.; y a OGÁYAR AYLLÓN, *Comentario a los arts. 181 y ss. del C. c.*, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, tomo IV, Madrid, 1978, págs. 88 y ss.

Sobre el tema de las expectativas y derechos eventuales, además de la fundamental obra de DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955, págs. 676 y ss., y de otros estudios, ya mencionados, relativos a las reservas y que aluden a dicha construcción (preferentemente AZURZA, LACAL o VALLET), he tenido en cuenta primordialmente, como se infiere del texto, a IGLESIAS CUBRÍA, *Los derechos patrimoniales eventuales (Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*, I, Oviedo, 1961; y a RUBINO, *la fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1939. Merece también citarse LACAL, *Las expectativas de derechos y los derechos expectantes*, RCDI, 1931, págs. 826 y ss.

Sobre subrogación real debe consultarse el documentado estudio de María Luisa MARÍN PADILLA, *La formación del concepto de subrogación real*, RCDI, 1975, págs. 1111 y ss., en el que, sobre todo al final (págs. 1190 y ss.), se dan valiosas indicaciones que pueden orientarnos en nuestra tarea en sede de reserva (p. e., en materia de «subrogación en valor» —págs. 1205 y ss.—).

Remito en general a los estudios de VALLET DE GOYTISOLO —sobre todo en el ADC— e IGLESIAS CUBRÍA, en los que se contiene una bibliografía exhaustiva acerca de los puntos preferentemente tratados en esta lección.

La obligación de indemnizar por parte del Estado en los supuestos de daños a las personas causados por bandas o grupos armados (Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero).

MARIANO FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO
Abogado Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO: I) *Generalidades en orden al tema y sus circunstancias.*—II) *Precedentes legislativos españoles y extranjeros.*—III) *Ambito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, desde el punto de vista jurídico-conceptual.*—IV) *Tema a desarrollar: examen del artículo 7.º.*—V) *Naturaleza jurídica de la obligación indemnizatoria del Estado.*—VI) *Alcance y contenido de la obligación legal de indemnizar impuesta al Estado: 1.º Sujetos de la “deuda indemnizatoria”; 2.º Ambito de aplicación del artículo 7.º: a) Conductas productoras de eventos dañosos susceptibles de indemnización por el Estado; b) Determinación del resultado indemnizable: 1. Análisis de la frase “daños y perjuicios”; 2. Clases o categorías de “daños y perjuicios” indemnizables por el Estado: I) En cuanto a la indemnización de los llamados “daños morales”; II) En orden a la indemnización de los daños y perjuicios que afectan a los llamados derechos de la personalidad; III) Indemnización de los gastos médico-hospitalarios. 3. Determinación del “quantum”. 4. Aspectos procesales: a) Proceso penal; b) Proceso civil.*

I) GENERALIDADES EN ORDEN AL TEMA Y SUS CIRCUNSTANCIAS

Si partimos con Heráclito de que el *Cosmos* es un constante devenir y la *realidad* constituye un devenir polémico (1) y situamos en

(1) En el mismo o parecido sentido, TOYNBEE en su ob. *El Cristianismo entre las religiones del mundo*, Edit. EMECE, Buenos Aires, 1960, pág. 49, donde apunta con claridad esta idea al decirnos: “Ante nuestra vida y en el curso de nuestra vida estamos contemplando cómo un mundo antiguo se disuelve y cómo nace uno nuevo”. También ORTEGA Y GASSET cuando en su *Historia como sistema*, Edit. Austral, Madrid 1971, pági-

ese proceso al ser humano, no considerado en el sentido propio y originario que nos señala Ortega (2), sino en el de estar y encontrarse inserto en el ámbito y circunstancias de los demás, esto es, de vivir en sociedad, podemos observar cómo cada etapa de la evolución humana viene determinada por un conjunto de circunstancias, formas de conducta, usos, etc., representativos de un modo de ser y pensar que nos presionan de tal modo que llegan a conformar y constituir el hecho social propio y característico de ese momento histórico, llegando incluso a ser causa —y valga la palabra— de su bautismo histórico, cultural, política o religiosamente, y así hablamos hoy del Renacimiento, época marcada por unas determinadas y peculiares constantes, especialmente artísticas y culturales que determinaron la denominación; y de la Reforma, cuyo nombre obedece a cuestiones religiosas fundamentalmente; o del Iluminismo racionalista, fuertemente matizado de consideraciones filosófico-políticas; y el Individualismo, que tipificó el siglo XVIII e incluso algo del XIX, o del Colectivismo para unos y Socialismo —en el sentido de socialización y de imperio de las masas— para otros, peculiar de los tiempos actuales (3).

Y ya situados en el actual momento histórico, si queremos ser consecuentes con el sistema hasta ahora seguido diremos que en nuestro modo de pensar sus circunstancias socio-vivenciales son fundamentalmente dos: la *socialización* o *masificación* y la *violencia* (4).

na 13 nos dice: "Si comparamos el estado de creencias en que el hombre europeo se halla hoy con el reinante hace no más de treinta años, nos encontramos con que ha variado profundamente...", etc.

(2) *El hombre y la gente*, Colec. Austral, Madrid 1972, pág. 54., 1.º, donde nos dice de la vida humana: "1.º. Que vida humana, en sentido propio y originario, es la de cada cual vista desde ella misma; por tanto que es siempre la mía —es personal".

(3) Cuando hablamos de etapas de la evolución humana, nos estamos refiriendo única y exclusivamente a la que hoy viene denominándose civilización occidental o si se prefiere europea, frente o ante las demás, por cuanto si bien todas son semejantes desde el punto de vista de la más pura abstracción, es lo cierto que difieren en cuanto a sus específicas y concretas circunstancias, así como en orden al factor humano.

Por otra parte, hemos también de indicar, que cuando aludimos a ese conjunto de formas de conductas, usos, circunstancias, etc., que conforman el modo de actuar y sentir del hombre, masa en cada momento histórico, nos estamos refiriendo a la *teleoclinia*.

Muy interesantes en relación con este tema son las obras de ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, *El hombre y la gente* y la *Historia como sistema*, sin olvidar a los filósofos presocráticos y dentro de ellos, muy especialmente, a Heráclito, Parménides y Demócrito.

(4) Con ello seguimos, en cierta medida al menos, la tesis ofrecida por ORTEGA Y GASSET tanto en *La rebelión de las masas* como en *El hombre y la gente*.

Por cierto, que hemos de llamar la atención sobre un aspecto no por menos conocido sí en cierto modo silenciado de este gran filósofo español; nos referimos a su referencia a la violencia como característica del mundo actual, contenida en *La rebelión de las masas*, publicada por vez primera en el año 1930, tema al que por otra parte JULIÁN MARÍAS se refiere en la "Introducción" a dicha ob., pág. 96 de la edic. por nosotros consultada.

Una y otra han producido un gran, a la vez que esencial cambio en la estructura, desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad y consiguientemente de su elemento fundamental, el ser humano o persona. Y si bien no puede por ello decirse, como indicaba Ortega y Gasset, «... que, una vez más, el hombre se ha perdido», puesto que en nuestra opinión todo proceso evolutivo supone por regla general una superación, sí puede afirmarse que o se supera el actual período de violencia o la evolución de la Humanidad hacia el «más» experimentará el lógico retraso (5).

Tenemos pues al ser humano inserto en una sociedad claramente influenciada por la violencia. Y más concretamente aún, mediatizada por esa forma específica de violencia que es el «terrorismo».

Y surge, claro es, la pregunta lógica: ¿qué es el «terrorismo»? Para Beirlaen «La noción de terrorismo, como *fenómeno criminal*, es muy difícil de definir en cuanto a su contenido» (6).

No se trata aquí de discutir si esta afirmación del citado autor, en orden a las dificultades de contenido que el mismo indica, es o no

En cuanto a la violencia, y dentro de ella su más bárbara e insociable manifestación (si es que dentro de la misma cupieran matices), el terrorismo, la preocupación se pone de relieve a nivel mundial y desde hace años como acredita, por ejemplo, la Convención de Ginebra de 1937 sobre prevención y represión del terrorismo, sin olvidar los muchos trabajos que sobre el tema se han publicado y siguen publicándose, tal acontece con el de BEIRLAEN (A), *Considerations sur la prevention et la repression du terrorisme international*, en "Revue S.C.D.P.C.", núm. 4/1978, págs. 825 y ss.; PONSAERS (P), *Modèle pour analyser le phenomène du 'terrorisme' (Illustration: l'affaire 'Baader Meinhof')*, en "Deviance et Societe", vol. II, núm. 1/1978, págs. 1 y ss., sin olvidar aquéllas que van dirigidas a defenderlo, tal acontece con *El moderno Estado capitalista y la estrategia de la lucha armada*, del grupo Baader-Meinhoff, fracción del Ejército Rojo, Edit. Icaria, Barcelona, 1977.

Igualmente interesante en la lucha contra el terrorismo es la Declaración que sobre el mismo adoptaron los ministros del Consejo de Europa en su 63 sesión, que se celebró en Strasburgo el 23 de noviembre de 1978.

(5) En efecto, no puede olvidarse que el ser humano vive socialmente y que esa existencia societaria supone un constante actuar, a la manera del actor en el teatro. De ahí precisamente el nombre de "persona" para designar al constante "actor" de ese papel que se representa en el "drama" según unos, "tragedia" para otros y "comedia" en opinión de los menos, del *teatro* de la vida.

Pues bien, de la misma forma que en el "actor" teatral influyen quiéralo o no las circunstancias ambientales —situación de ánimo, número y actitud de los espectadores, etc.—; en la "persona" lo hacen, y aún con mayor fuerza, los fenómenos sociales, ya que al fin y al cabo la "vida personal", al desarrollarse en el medio social, necesaria e inevitablemente ha de verse influida por él, e incluso en mayor medida si en ese medio impera la violencia y la inseguridad.

Y es evidente que esta situación, asentada sobre una realidad social en la que nos hallamos inmersos, ha de influir en nuestra conducta y a través de ella en el no normal desenvolvimiento de nuestras relaciones con los demás, esto es, en la vida social, que evidentemente se resentirá de esa tensión, de esa inseguridad, de ese *stress* que al alterar nuestro "ego" ha de trascender más o menos pronto a la "sociedad".

(6) Ob. cit., pág. 286, 6.

cierta, máxime si como parece deducirse de la frase transcrita viene referida al ámbito de lo penal.

Mas sí hemos de indicar que en nuestra opinión, y a los efectos del presente trabajo, el concepto de terrorismo es bastante claro. Y decimos esto por cuanto, aunque juristas, para nosotros es en principio suficiente con acudir al Diccionario de la Real Academia para definir dicha actividad y fijar la naturaleza del término que estamos estudiando. En consecuencia, «*Terrorismo*» supone tanto como «*Dominación*» —o intento de dominación— *por el terror*; tanto como «*Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror*», y todo ello al margen de consideraciones políticas, económicas, raciales, etc., que a lo único que pueden contribuir es a oscurecer lo que aparece con diaphanidad innegable, máxime si como suele acontecer casi siempre dicho concepto y sus definiciones son generalmente manejados con y por intereses más o menos bastardos y con finalidades demasiado politizadas.

Mas decíamos que en su segunda acepción, el «terrorismo» supone «sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir *terror*», lo que requiere a su vez examinar el significado de este último término.

Pues bien, el mismo Diccionario nos dice: «*Terror*. 1. Miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que se teme».

Es suficiente por tanto con acudir a la esfera «gramático-conceptual» para fijar con toda exactitud el concepto de «terrorismo» y el del efecto que el mismo produce, el «terror».

Y con ello, volviendo a lo que indicábamos hace breves momentos, insistir en la influencia de este «fenómeno social» en el proceso evolutivo hacia un «plus» de la Humanidad, toda vez que si el *terrorismo* implica un infundir «terror» y esto a su vez lleva consigo producir «miedo, espanto y pavor de un mal», es lógico estimar que ese constante actor del teatro de la vida que es la «persona», al encontrarse en un ambiente que impide por razón del miedo y el espanto desarrollar normalmente sus esencias, no solamente se pierda dentro de sí misma, sino que además pueda acaso no intentar buscarse fuera de su propia intimidad en un medio ambiente que la atemoriza y la es contrario, con lo cual es natural pensar en una paralización más o menos plena del «iter» social y consiguientemente de su evolución hacia la perfección.

II) PRECEDENTES LEGISLATIVOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

En verdad son muy escasos y su precedencia muy próxima (7).

Así y por lo que al Derecho español se refiere, el único precedente que conocemos es el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, cuyo artículo 21 ofrece una redacción muy semejante a la del 7.º-I que vamos a estudiar.

(7) Al menos nosotros no hemos logrado localizar otros en nuestra labor investigadora.

En cuanto al Derecho comparado, lo único que logramos localizar en nuestras investigaciones han sido la Ley argentina 20.007/1972, cuyo contenido no hemos podido examinar al no lograr localizarla en ninguna de las revistas de dicho país que hemos manejado (8) y la francesa núm. 77-5, de 3 de enero, que garantiza la indemnización de los daños corporales causados por una infracción (9).

III) AMBITO DE APLICACION DEL REAL DECRETO - LEY 3/1979, DE 26 DE ENERO, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO-CONCEPTUAL

La razón de ser de este epígrafe radica en las observaciones generales que hemos hecho en el anterior y más concretamente en las continuas referencias al «terror» y al «terrorismo».

En efecto, la disposición legal que vamos a estudiar en el presente trabajo ¿viene en realidad referida a dicha enfermedad social?

Lo primero que podemos observar si la contemplamos con un normal detenimiento, es que en ninguno de sus artículos se emplea una sola vez el citado término, y únicamente en su Preámbulo o Exposición de Motivos se hace referencia en dos ocasiones al mismo; una en el párrafo primero, en el que se hace alusión a «... una adecuada respuesta al fenómeno del *terrorismo*...»; otra en el párrafo segundo, cuando se nos dice que las normas en el Real Decreto-ley contenidas «... llevan a cabo la tipificación penal de ciertas conductas de apología o preparación de *actos terroristas*...».

Nos encontramos, pues, con que las referencias nominales a dicho fenómeno delictivo aparecen únicamente en esa declaración de principios básicos que es su Preámbulo o Exposición de Motivos, más no en su texto legal, y por otra parte puede también observarse que en su Disposición derogatoria se abroga el Decreto-Ley 10/1975, de 25

(8) La referencia de dicha Ley está tomada de la obra de CARRANZA, *Una nueva causa de daño resarcible. El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas*, en A.D.C., t. XXXI, fasc. II, 1978, págs. 314 y ss. Concretamente la referencia a dicha Ley viene en pág. 331.

(9) Esta Ley implica una modificación del Código penal francés y prevé por parte del Estado la obligación de indemnizar los daños corporales resultantes de una infracción.

No se precisa en la misma cuál sean las conductas delictivas productoras de dichos daños, lo que parece implicar que en principio sean todas. Por otra parte, los daños indemnizables son solamente los corporales, o mejor dicho, los causados a las personas, lo que lógicamente permitirá también comprender a los «morales».

Son ya varios los trabajos publicados sobre dicha normativa, entre los que podemos citar por vía de ejemplo el de BROUSSEAU (S), *La loi núm. 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant les victimes de certains dommages corporels et ses decretés d'application*, en J.C.P., 1977, I, 2854; y el de MAESTRE (Jean-Claude), *Un nouveau cas de responsabilité publique: l'indemnisation de certains victimes de dommages corporels résultant d'une infraction (loi 77-5 du 3 janvier 1977)*, en D.S., 1977, Chron. 145.

Por otra parte y como complemento de dicha Ley, se han promulgado los Decretos números 193 a 196/1977, de 3 de marzo.

de agosto, que contenía concretas referencias en su articulado al «terrorismo», disposición ésta que autoriza a formular dos posiciones completamente divergentes: la de que el hecho de haberse derogado la legislación anterior que contenía una expresa alusión al «terrorismo» implica querer romper por completo con la idea que la presidió; y la de que al sustituirla, tanto la idea que servía de base a aquélla como sus tipos, siempre que no sean contrarios a la legislación vigente, se entienden subsumidos en la misma.

Pues bien, estimamos importante hacer constar a los efectos que estamos contemplando:

a) Que en este Real Decreto-ley, y concretamente en su artículo 3.º, en el que se describen los delitos sujetos al régimen procesal que en el mismo se establece, se alude en su número 5 a los comprendidos «... en el 496 bis del Código penal», y a su vez en el número 6 a «Los previstos en el artículo 481 bis del mismo Cuerpo legal».

b) Que ambos preceptos fueron introducidos en el Código penal vigente por la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, cuyo epígrafe dice así: «Modificación del Código penal en materia de *terrorismo*».

c) Que sin embargo no todas las conductas que se describen en esos dos preceptos, y más concretamente las del artículo 481 bis, se perpetran siempre con fines «terroristas».

d) Que por otra parte, entre los tipos delictivos que en este Real Decreto-Ley se sancionan se encuentran algunos como pueden ser, por ejemplo, los descritos en los números 4 y 5, que, en principio al menos, no vienen insertos en el ámbito del «terrorismo».

En consecuencia, y a la vista de lo que acabamos de exponer, nos inclinamos a considerar que el Real Decreto-Ley 3/1979 no sólo viene referido a esa manifestación delictiva que es el «terrorismo», sino que comprende también aquéllas que en su Preámbulo se denominan «*formas de delincuencia que por su frecuencia alteren la seguridad ciudadana*», comprendiéndose dentro del primer grupo las conductas que se describen en los artículos 1.º 2.º y 3.º, números 1 y 2, y a su vez en el segundo las tipificadas en los números 3 a 6 del artículo 3.º, todo ello sin olvidar que cuando cualquiera de estas últimas conductas se realizaren por algún grupo o banda organizados de los que se habla en el artículo 3.º, 1, se entenderán comprendidas bajo el término «terrorismo».

Por otra parte hemos de indicar que tal y como se encuentra redactado el artículo 3.º 1, el ámbito del «terrorismo» no queda limitado a lo que actualmente ha dado en denominarse «terrorismo político», sino que comprende dicho sustantivo sin calificativo alguno. Consiguientemente, inciden en el ámbito del citado precepto, cualesquiera grupos o bandas que estando organizados se dediquen a realizar actividades de carácter delictivo, cualesquiera que fuere el tipo en que se encontraren insertas (10).

(10) Fijémonos a tales efectos en que el art. 3.º, 1, viene referido a «Todos los cometidos —se refiere a delitos— por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados o sus conexos».

Nos encontramos por tanto con que la esfera de aplicación de este Real Decreto-Ley es mucho más amplia que la de la legislación derogada, por cuanto no solamente comprende el «terrorismo» que pudiéramos denominar político, sino todo, cualesquiera que sean sus fines, y además porque a la delincuencia «terrorista» agrega otras conductas muy diversas y no siempre matizadas de violencia o intimidación ciudadana, como pueden ser los robos con fuerza en las cosas, que deben entenderse aquí comprendidos por razón de la genérica alusión al artículo 500 del Código penal, o a los hurtos y robos de uso no violentos por la misma razón.

Sin embargo y esto es muy interesante a los efectos del presente trabajo, hemos de indicar que aun cuando los tipos delictivos se hayan ampliado en este Real Decreto-Ley respecto de la legislación anterior, la esfera de aplicación del «deber legal de indemnizar» por parte del Estado que contempla el artículo 7.º-I del mismo, queda limitada a las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.º, esto es a lo que pudiéramos denominar «terrorismo» en general para comprender dentro de dicho término tanto al «político» como al «apolítico».

IV) TEMA A DESARROLLAR

El contenido del presente trabajo viene limitado, como su título indica, al examen del artículo 7.º del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, para la Protección de la Seguridad Ciudadana (10 bis).

Y para dejar lo más claramente posible fijado el alcance del mismo, hemos de indicar que todo cuanto aquí digamos adolece de «provisionalidad», por cuanto es ese propio Real Decreto-Ley el que se en-

Es por tanto evidente que basta el estar constituido en bandas o grupos, que éstos se encuentren organizados y que además estén armados, para que entre en juego el mecanismo del Real Decreto-Ley que comentamos, con todas sus consecuencias y cualesquiera que sea la finalidad perseguida por los delincuentes.

(10 bis) El tema no es otro que el de la «obligación legal de indemnizar» que al Estado se impone, materia ésta sobre la cual y pese a nuestros esfuerzos por localizar bibliografía, el único trabajo que logramos fichar es el ya citado de JORGE A. CARRANZA, bien que incluso éste dedique la mayor parte al estudio del aspecto penal.

Puede decirse por tanto que la literatura civilística no debe ser abundante, pues nos hemos cuidado de consultar diversas revistas italianas, francesas y alemanas sin encontrar referencias sobre dicho aspecto.

No acontece lo mismo, sin embargo, con otras facetas y muy especialmente con la penal e incluso con el Derecho político, e igualmente son abundantísimas las publicaciones literarias, especialmente las que pudieran calificarse de demagógicas por cuanto van dirigidas a la defensa a ultranza de esa tragedia actual que es el «terrorismo».

Por nuestra parte, nos dedicaremos aquí a estudiar el tema bajo el punto de vista del Derecho civil, bien que sin olvidar las necesarias alusiones y referencias al proceso penal cuando ello sea necesario para conectarlo con las reclamaciones por vía civil.

cuentra íntegramente inmerso en el ámbito de la *transitoriedad* o *interinidad*, según resulta de su propio contenido y concretamente de su:

Preámbulo, donde nos dice, entre otras cosas: «Con todo ello se evita la posible indefensión de la sociedad frente a la delincuencia hasta el desarrollo de la Constitución, de los nuevos textos del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Artículo 7.º-II: «El Gobierno determinará el alcance y condiciones de dicha indemnización».

Es muy posible por tanto y mejor aún, es seguro, que dentro de un período de tiempo que ignoramos si será o no muy dilatado, todo cuanto aquí hayamos dicho sea un mero recuerdo histórico.

Mas como mientras dure la transitoriedad que es característica esencial de esta Disposición legal son de aplicación sus normas, entre las que se encuentra el artículo 7.º que aquí vamos a comentar, y como además estimamos a dicho precepto de gran interés para considerables sectores del pueblo español por cuanto afecta a los daños y perjuicios producidos por las actividades que se describen en el artículo 3.º, 1 de dicho Real Decreto-ley, es por lo que vamos a intentar el estudio de dicho precepto no obstante las dificultades que ello puede plantear, a las que aludiremos a lo largo de este trabajo.

Examen del artículo 7.º

Este precepto dice así:

«Serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.º de este Real Decreto/Ley».

«El Gobierno determinará el alcance y condiciones de dicha indemnización».

La primera dificultad que presenta el estudio del artículo que acabamos de transcribir, deriva precisamente de lo que hemos indicado, esto es, del incumplimiento por parte del Gobierno de lo dispuesto en su párrafo segundo, ya que ello obliga a desarrollar el presente trabajo combinando una técnica desconocida en el ámbito de la investigación jurídica y que bien pudiéramos denominar de la «adivinación» o de la «conjetura», con la de la aplicación analógica.

Y decimos esto porque aun cuando entrado en vigor dicho Real Decreto-Ley el mismo día de su publicación en el «B. O. E.», o sea, el 5 de febrero de 1979, el Gobierno aún no ha determinado ni el alcance ni las condiciones de la indemnización, lo que obliga a acudir a los Cuerpos legales en vigor para intentar suplir en la medida que ello sea posible esta muy criticable inacción legislativa, a la vez que a proponer en ocasiones soluciones que bien puede decirse entran en el terreno de la mera conjetura.

Y dicho esto pasemos a estudiar lo relativo a la naturaleza jurídica de esta figura:

V) NATURALEZA JURIDICA

Constituye éste uno de los aspectos interesantes del «deber indemnizatorio» que al Estado impone el artículo 7.º del Real Decreto-ley 3/1979, por las implicaciones y facetas que el mismo ofrece y que de él pueden derivarse.

Así, la primera cuestión que el tema de la naturaleza jurídica de esta figura ofrece, es la relativa a determinar si nos hallamos a presencia de una «responsabilidad civil» culposa o culpable y en su caso «extracontractual» o «contractual», o ante esa figura que la generalidad de la doctrina científica civilista denomina «responsabilidad objetiva» y para nosotros constituye una auténtica «obligación legal de indemnizar» (11), y ello tanto si la indemnización que el artículo 7.º establece a cargo del Estado se impone al mismo en un proceso civil como penal.

Los partidarios de la tesis culpabilista cuentan en su favor con una serie de factores muy interesantes, dado que si es el Estado quien ha de garantizar la paz y tranquilidad ciudadana, disponiendo a tales efectos de cuantos medios le ofrece el país, si no lo consigue será por incapacidad organizativa, por lasitud o negligencia en el empleo de medios y formas de lucha contra la delincuencia en general y el terrorismo en particular, sin olvidar para los más radicales la posibilidad de ententes o acuerdos con los diversos grupos que irradian el terror por el ámbito de la nación. En todo caso y para quienes esto estiman, habrá responsabilidad bien culposa, bien dolosa.

Mas en nuestro modo de ver no puede olvidarse en primer lugar lo que indicábamos al comienzo del presente trabajo, esto es, el conjunto de circunstancias que determinan la teleoclinia de los tiempos actuales. Y por otra parte supondría amnesia no tener en cuenta que aun cuando corresponde al Estado mantener la seguridad ciudadana y cuente o deba contar para conseguirla con los adecuados medios, el hecho de no lograrlo en su más completa absolutividad es lógica consecuencia de dos factores: la *imperfectabilidad humana*, que afecta incluso al propio Estado por cuanto sus gobernantes y funcionarios son personas; y la *aparición de un nuevo elemento* absolutamente antisocial a la vez que asocietario, dirigido a la distorsión y más bien a la quiebra del orden social actualmente vigente en los llamados países civilizados, el empleo del «terror» general e indiscriminado (12).

(11) Vid. sobre ello nuestra ob. *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Edit. Aranzadi, Pamplona 1972, especialmente en págs. 113 y ss.

(12) Esto constituye una realidad a la vez que innegable universal, por cuanto en la actualidad afecta a numerosos países, incluidos los que se encuentran a la cabeza de eso que hoy damos en llamar civilización; así acontece en Inglaterra con su IRA, y en Italia con sus "Brigadas Negras" y "Rojas"; o en Alemania y el grupo "Baader-Meinhoff", sin olvidar esos otros grupos que como los OLP actúan indiscriminadamente en el aspecto geográfico, causando víctimas sin distinción de razas, edades ni ideas políticas o sociales.

Consecuencia de ello es que en esas organizaciones corporativas que son los Estados actuales, por mucha diligencia, medios y formas de combatir el delito en general y en particular ese azote del siglo actual que es el «terrorismo», no se alcance de momento los resultados por todos apetecidos, sin que ello pueda siempre atribuirse ni a falta de diligencia, ni tampoco a carencia de medios, empleo inadecuado de los mismos, etc.

Estimamos por tanto que ante una situación como la que acabamos de exponer, la obligación impuesta al Estado de indemnizar a los perjudicados por los actos terroristas en el artículo 7.º de la norma que estamos estudiando, es de una amplitud tal que permite recoger desde los casos en que los órganos encargados del mantenimiento del orden y seguridad públicos hayan incidido en negligencia e incluso en dolo, hasta aquéllos en que se ha actuado con la más exquisita diligencia y cuidado.

Y así centrada la cuestión, somos de la opinión que la única figura en que se puede comprender la obligación de indemnizar los daños causados por las conductas que se recogen en el artículo 3.º, 1 del Real Decreto-ley que estudiamos, tanto si los órganos del Estado encargados de la tutela del orden público han actuado adecuadamente como si lo hicieran en forma negligente o dolosa, es la de la *obligación legal de indemnizar*, o si se prefiere *responsabilidad objetiva*.

Por otra parte, nos encontramos con que en este concreto supuesto, y al igual que acontece en los del Texto refundido de la Ley 122/1962, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo; en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960; en la de Energía Nuclear de 22 de abril de 1964, o en la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, el deber u obligación de indemnizar se impone por la propia Ley, ya al propietario del vehículo causante del daño, ya a la compañía aérea, ya al explotador del buque o aeronave, explotador-transportista e incluso al propio Estado, etc., en los casos de daños producidos por la energía nuclear (13), lo que nos sitúa ante el «*Las obligaciones nacen de la Ley...*» que recoge el artículo 1.089 del Código civil, fijando con ello una de las fuentes de originación de las mismas.

Pero es que, además, en este concreto supuesto del artículo 7.º que estamos estudiando, la «obligación legal de indemnizar» viene abstractamente impuesta al Estado desde un punto de vista positivo como lógica consecuencia del deber que «*Corresponde a los poderes públicos...*» de *garantizar* entre otras cosas «*... la seguridad jurídica...*» de los ciudadanos (artículo 9.º de la Constitución).

Quedamos pues que para nosotros, la indemnización de que habla el citado artículo se configura como una «obligación legal de indemnizar» que se impone al Estado cuando se produzcan los daños y los perjuicios a que dicho precepto se refiere.

(13) Puede verse sobre esto nuestra cit. ob. *Los daños...*, así como SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 2.ª edic., Madrid 1977; MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6.ª edit., etcétera.

Mas con esto no queda plenamente contemplado lo relativo al tema de la naturaleza jurídica de dicha figura, ya que falta aún por precisar el carácter, o mejor aún, la clase de dicha obligación.

Hemos dicho hasta ahora que se trata de una «obligación legal», por cuanto viene especial y directamente impuesta por la Ley al Estado, exista o no culpa por parte de los órganos del mismo encargados de mantener la seguridad ciudadana. Más ello supuesto se hace preciso determinar cuál sea la posición deudora del Estado en este especial caso.

En efecto, la obligación estatal de cumplir la prestación indemnizatoria a que nos estamos refiriendo ¿es directa, solidaria o subsidiaria?

La solución no es tan fácil como pueda a primera vista parecer, ya que el artículo 7.º no es demasiado explícito, y por otra parte el resto del articulado del Real Decreto-Ley 3/1979 y la circunstancia de no haberse dado cumplimiento al segundo párrafo del citado precepto, hacen más difícil resolver la cuestión.

Decimos que el artículo 7.º no se caracteriza precisamente por su expresividad, por cuanto en realidad se limita a establecer que «*Serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.º de este Real Decreto-Ley*».

Parece, pues, que el «deber de indemnizar» impuesto al Estado en dicho precepto tiene una clara y específica limitación, por cuanto queda circunscrita a unos concretos daños y perjuicios; los que se causen —a las personas— «... *con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.º de este Real Decreto-Ley*».

Es por tanto evidente que los daños y los perjuicios que el Estado viene obligado a indemnizar en este concreto supuesto han de *tener un origen delictivo*, lo que implica que cuando se produzcan hayan de instruirse las correspondientes diligencias preparatorias o sumariales en averiguación de los hechos, y en su día si se descubriere a quienes en las mismas intervinieron a título de autores, cómplices o encubridores, se procederá a la calificación de los hechos y, en su caso, la apertura y celebración del correspondiente juicio oral, así como la condena o absolución de los inculpados, con la imposición en el primero de estos casos de las penas pertinentes y la fijación de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que la conducta sancionada hubiere causado.

Nos encontramos por tanto con que el supuesto que contempla el artículo 7.º, en cuanto viene limitado a la «indemnización» de esos daños y perjuicios por parte de quien ninguna intervención directa ha tenido en los hechos delictivos enjuiciados, el Estado, parece quedar erradicado del ámbito procesal penal y limitado única y exclusivamente al civil, lo que supone el ejercicio de la pertinente acción ante los Tribunales de este orden (14).

(14) Volvemos a decir que la tremenda parquedad del precepto y el no haberse desarrollado su párrafo segundo, lo único que autoriza es a hacer suposiciones y formular posibilidades, todo ello con el lógico ries-

Sin embargo, el problema no es tan fácil como pueda parecer de lo que acabamos de indicar. Y decimos esto, porque cabe oponer a lo que se deja dicho que también podría incluirse al Estado en los casos en que se instruye el oportuno proceso penal a título de responsable civil.

Ello supuesto y centrándonos en el contenido de este epígrafe que viene referido a la determinación del carácter o clase de esa «obligación indemnizatoria» que se impone al Estado en el artículo que estamos estudiando, procederemos a examinar los dos supuestos que en nuestra opinión pueden distinguirse según se instruyan diligencias penales o se ejercite una acción civil, bien entendido que en nuestra opinión esta última posibilidad tiene carácter subordinado en cuanto está supeditada a lo que previene el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al menos en cierta medida, como tendremos ocasión de contemplar (15).

A) SUPUESTO DE QUE SE INSTRUYAN DILIGENCIAS PREPARATORIAS O SUMARIALES

Constituye este más que un caso general el único que en realidad puede presentarse en los supuestos a que se refiere el artículo 7.º, desde el momento en que como venimos diciendo dicho precepto alude exclusivamente a «actividades delictivas».

Sin perjuicio de volver a examinar con más detalle todo lo relativo al aspecto procesal, con objeto de resolver el problema a que hemos aludido haremos aquí unas breves y específicas referencias a este proceso penal, distinguiendo a su vez dos posibilidades, según que el mismo termine con sentencia firme y condenatoria o por sobreseimiento y subsiguiente archivo de las actuaciones.

a) *Supuesto de que se siga proceso penal con inculpados y éste concluya con sentencia condenatoria*

Se trata, aun cuando pueda no parecerlo, de una hipótesis plena de dudas e incertidumbres, consecuencia lógica del silencio legal en orden a la materia.

go de equivocarse al desconocer las pretensiones y pensamientos del legislador.

(15) En relación, claro es, con el art. 111 del mismo Cuerpo legal. A este aspecto nos referiremos más adelante cuando procedamos al estudio de los supuestos procesales.

Hemos sin embargo de indicar que cuando decimos que la posibilidad de ejercitar la acción civil está supeditada a la penal, de conformidad con lo que previene el art. 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no implica, como tendremos ocasión de exponer, que consideremos imposible dicho ejercicio en tanto permanezca archivada la causa penal. Somos en principio contrarios a la suspensión por estimar constituye un retraso que puede causar muy graves daños a los perjudicados, lo que procuraremos justificar en su momento.

En efecto, ante el supuesto que ofrecemos, lo primero que cabe inquirir es si efectivamente puede o no darse el mismo. Y decimos esto, que en principio parece descabellado, porque si ante una de las conductas delictivas que contempla el artículo 3.º, 1 del Real Decreto-Ley 3/1979, se instruyen diligencias preparatorias o sumariales, se procesa o inculpa a los presuntos intervinientes y posteriormente se les condena a las penas e indemnizaciones procedentes, cabe preguntar cuál será el papel del Estado en el supuesto de que todos sean solventes e incluso si se le podrá imponer la obligación de indemnizar los daños y perjuicios en el supuesto de que sean insolventes al amparo del tantas veces citado artículo 7.º, solución que en gran parte dependerá de cómo sea entendida la obligación impuesta al Estado.

Porque lo cierto es que el indicado precepto sólo especifica que las conductas por el Estado indemnizables *son las penalmente tipificadas* en el número 1 del artículo 3.º, pero no cuándo ni cómo entrará en juego el mecanismo procesal de la indemnización.

Mas precisamente por este silencio legal y teniendo en cuenta que el Real Decreto-Ley que estamos estudiando, como su propio título indica, va dirigido a la Protección de la Seguridad Ciudadana, protección que en nuestro modo de ver tiene como principales manifestaciones la preventiva, la sancionadora y en su caso la indemnizatoria, nos parece lógico pensar que al no indicar nada en contra el legislador es perfectamente posible y entra además en el telos del Real Decreto-Ley, que el Estado, dado que en los concretos supuestos de producción de los daños y perjuicios provocados por las actividades delictivas que en el mismo se indican no ha podido cumplir su propósito de garantizar plenamente la protección ciudadana, debe al menos procurar disminuir las consecuencias del daño o del perjuicio asegurando a los perjudicados la percepción de las correspondientes indemnizaciones.

Este deber de indemnizar, como ya hemos indicado precedentemente y puesto que se impone al margen de la conducta diligente, culposa o dolosa del Estado y de sus agentes, entra de lleno en el ámbito de lo que nosotros denominamos «obligación legal de indemnizar» y en términos generales «responsabilidad objetiva».

Pero estamos aquí tratando de precisar cuál pueda ser la clase o categoría de esa «obligación» y más concretamente, como hemos ya dicho, si en orden a ese deber de resarcir los daños y perjuicios el Estado tiene la consideración de deudor «principal», «directo», «solidario», etc.

Comencemos por decir que en nuestra opinión y para intentar resolver esta concreta cuestión, debemos acudir principalmente al artículo 7.º del Real Decreto-Ley que estamos comentando, así como al Código civil y no al penal, no obstante tratarse de indemnizaciones o resarcimientos derivados de conductas delictivas, opinión que apoya-mos en las siguientes consideraciones:

1.ª Como se ha dejado fijado con reiteración, nos hallamos aquí a presencia de una «obligación legal de indemnizar» impuesta al Estado por el artículo 7.º del Real Decreto-Ley 3/1979.

2.^a Como dice el artículo 1.090 del Código civil refiriéndose a las «obligaciones legales», «Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales (16), y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones de este Código» (17).

3.^a El artículo 1.092 del mismo Cuerpo legal establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal, mas en el presente supuesto nos encontramos con que para que pueda surgir la responsabilidad civil tanto directa —arts. 19 y 20 C. p.— como subsidiaria —arts. 21 y 22 C. p.—, se hace preciso *o ser responsable criminalmente* de un delito o falta —responsabilidad directa— o encontrarse el autor, cómplice o encubridor del delito unido por vínculos laborales, docentes, funcionariales, etc., con quien responde subsidiariamente.

Pues bien, en el presente supuesto nos encontramos:

a) Con que el deber de indemnizar no surge como consecuencia de una conducta delictiva realizada por persona, agente o funcionario que dependa del Estado, sino por «grupos o bandas organizados y armados o sus conexos».

b) Consiguientemente, la obligación impuesta en estos casos al Estado se encuentra «participativamente» marginada de la «actividad delictiva» productora del daño.

Y decimos esto, porque en nuestro modo de ver la deuda indemnizatoria no nace de modo directo e inmediato de aquélla «actividad», sino que aparece como consecuencia de haberse roto el «margen» o «círculo de protección ciudadana» que el Estado viene constitucionalmente obligado a constituir y mantener, ruptura que se opera por las «conductas delictivas» que señala el número 1 del artículo 3.º del Real Decreto-Ley 3/1979.

De lo expuesto se deduce que como el Código penal no ha previsto en su articulado la responsabilidad civil directa de quienes no hayan tenido intervención en el hecho delictivo, habrá de acudir a la norma reguladora del caso concreto, si es que existe, y caso de que en ella no se resuelva el problema al Código civil.

Así centrado el tema y contemplado el artículo 7.º en relación con el 1.903 del Código civil, nos inclinamos a considerar que la «obligación de indemnizar» establecida en aquel precepto *es de carácter directo respecto del Estado*, lo que da lugar a que la víctima/s o el perjudicado/s, incluso existiendo acusados en el proceso penal instruido por dichas «actividades», pueda/n exigir directamente de aquél en dicho proceso el pago de la «deuda indemnizatoria» que establece dicho artículo 7.º.

Cierto que esta afirmación puede parecer un tanto anómala si se tiene en cuenta que como indicábamos hace breves momentos, el Código penal en su artículo 19 admite únicamente una responsabilidad

(16) Que es precisamente lo que acontece en este concreto supuesto.

(17) Como venimos indicando reiteradamente, el art. 7.º nada establece en este orden de cosas.

civil directa, la de los autores, cómplices o encubridores del evento delictivo.

Mas no estamos ahora en presencia del Código penal, sino del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, cuyo artículo 7.º admite, al menos en nuestra opinión, dicha «responsabilidad directa» por cuanto no la rechaza (18).

En efecto, fijémonos dentro del párrafo primero de dicho precepto en el «Serán *especialmente* indemnizables...», que pone ya de relieve el carácter excepcional de dicha obligación. Y fijémonos también que no obstante establecer en sus artículos 4.º a 6.º las normas procesales a seguir para el enjuiciamiento de las conductas delictivas que se describen en sus artículos 1.º a 3.º y las especificaciones también procedimentales que se contienen en los 8.º a 11, nada se dice de cómo ni de en qué casos será exigible dicha indemnización.

En consecuencia, teniendo en cuenta la regla o aforismo jurídico de que toda interpretación debe ser restringida en lo que sea odioso, al contrario de lo que acontece con la de las leyes que sean favorables (19), supuesto que el hecho de aparecer en estos casos como sujeto garantizador de las indemnizaciones producidas el Estado es beneficioso para la Comunidad en general y el ciudadano en particular, nada hay que impida mantener la posición que hemos apuntado de considerar al Estado como «deudor directo» del resarcimiento, sin perjuicio, claro es, de que posteriormente pueda él dirigirse contra el «grupo o banda organizado y armado» causante del daño o del perjuicio resarcido, ejercitando la correspondiente acción por vía de «repetición» (20).

Ahora bien, se podría alegar para combatir esta tesis que el artículo 19 del Código penal establece como principio general que «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente», sin más excepciones que las señaladas en el artículo 20 para la responsabilidad directa, claro es.

Cierto. Mas el Real Decreto-Ley que estamos comentando es a estos efectos y respecto del Código penal una «Ley especial», razón por la cual su aplicación es preferente. Y si bien podría esto combatirse por virtud del principio de prelación de fuentes, estimando que el Código penal es un Cuerpo legal aprobado por Ley y por tanto tiene prefe-

(18) Constituye una regla o máxima jurídica aceptada por la doctrina jurisprudencial, la de que donde la Ley no distingue no se debe distinguir, regla que estimamos perfectamente aplicable al presente supuesto. (Entre otras, ver SS. Sala 1.ª T. S. 30-XI-1971 y 21-X-1976).

(19) A su vez, es otra máxima jurídica la de que así como las normas favorables deben interpretarse en un sentido amplio, las restrictivas —odiosas dice la máxima— han de serlo en forma restrictiva.

La consagración jurisprudencial de esta máxima la tenemos, entre otras muchas, en las SS. Sala 1.ª del T. S. de 31 mayo 1897; 12 junio 1902; 20 diciembre 1916; 13 febrero y 21 julio 1920 y 23 febrero 1926.

(20) Un supuesto en cierto modo parecido al que apuntamos es el del llamado Fondo Nacional de Garantía en el sector del automóvil y el de las compañías aseguradoras del Seg. Oblig. automovilístico a que se refieren los arts. 6 y 7 del Dec. 632/1968, de 1 de marzo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor.

rencia sobre la normativa que examinamos, aprobada por Decreto-Ley, no podemos aceptar tal posibilidad porque como tiene declarado con reiteración la doctrina de las Salas Tercera a Quinta del Tribunal Supremo sobre el tema de la prelación de fuentes, los Decretos-leyes son normas «... de rango superior, no en vano llamada ley formal por la jurisprudencia...», deduciéndose la alta calidad de su rango del hecho de que es siempre Decreto-Ley el que ha de regular por razones de urgencia la materia propia de las Cortes, previa sanción del Jefe del Estado a propuesta del Gobierno, según preceptúa la Ley Constitutiva de las Cortes en su artículo 13» (21).

Es por tanto evidente que nos hallamos ante una disposición con rango de Ley y, además, de «Ley especial», razón por la cual hemos de insistir en que es de aplicación preferente al Código penal en lo que al tema de las indemnizaciones contempladas en el artículo 7.º se refiere.

Con esto y para cerrar lo relativo a la determinación de la clase o categoría del débito indemnizatorio que al Estado impone dicho precepto, diremos que sobre la base de que se trata de una «obligación legal» insistimos en que para nosotros aparece en ella el Estado como «deudor coprincipal» a la vez que «codirecto», pudiendo en consecuencia las víctimas exigir única y exclusivamente del mismo el total íntegro de los daños y perjuicios que les fueren causados, sin perjuicio de que el Estado pueda a su vez repetir contra los responsables criminalmente (22).

VI) ALCANCE Y CONTENIDO DE LA OBLIGACION LEGAL DE INDEMNIZAR IMPUESTA AL ESTADO

Examinando lo relativo a la naturaleza jurídica de esa figura, así como al carácter deudor del Estado en la misma, procederemos a adentrarnos en su contenido distinguiendo a tales efectos los siguientes aspectos:

(21) Lo entrecomillado en el texto está tomado de la S. Sala 5.ª del T. S. de 9 de febrero 1977. A su vez, la Sala 4.ª, en su S. de 14 febrero 1976, pone de relieve cómo no existe otra norma de eficacia superior a la de un Decreto-Ley que la de las leyes fundamentales. En el mismo sentido cabe citar también, entre otras, las SS. de la Sala 5.ª de 7 de abril y 7 de junio de 1978.

Por otra parte, hemos a su vez de indicar que la doctrina contenida en la sentencia que en el texto transcribimos cuenta con el apoyo del artículo 86 de la Constitución española.

Es por tanto evidente que lo único discutible de este Real Decreto-ley, de conformidad con lo prevenido en dicho precepto constitucional, sería su constitucionalidad, pero no su rango que, repetimos, es igual al de la Ley.

(22) Lo cual no impide que si los perjudicados lo prefirieren puedan dirigirse conjuntamente contra los responsables criminalmente y contra el Estado, o solamente contra aquéllos.

- 1.º Sujetos de la relación jurídica indemnizatoria.
- 2.º Ambito de aplicación de su contenido.
- 3.º Daños y perjuicios indemnizables.
- 4.º Examen del «quantum» indemnizatorio.
- 5.º Aspectos procesales.

1.º SUJETOS DE LA «DEUDA INDEMNIZATORIA»

Cabe distinguir en lo que a este aspecto se refiere las dos figuras clásicas de toda relación jurídica obligacional, esto es, la activa o del acreedor y la pasiva o del deudor.

A) *Sujeto activo o acreedor*

Dada la redacción del artículo 7.º, vienen legitimados para ejercitar las acciones dirigidas a la obtención de las indemnizaciones a que el mismo se refiere, tanto la víctima del daño o perjuicio como sus causahabientes.

En efecto, la redacción de dicho precepto es amplísima por cuanto habla de «... los daños y perjuicios que se causen a las personas...», párrafo éste que autoriza a comprender como sujeto activo o acreedor y por lo tanto legitimado para reclamar la indemnización, no sólo a quien haya sufrido directa e inmediatamente el daño o el perjuicio sino también a sus herederos (23).

Sin embargo, somos de la opinión que se encuentran fuera de dicho ámbito indemnizatorio, no sólo los miembros del «grupo o banda organizado» causante del daño, sino también la persona o personas integrantes de esos «grupos o bandas conexos» de que habla el artículo 3.º, 1 (24).

Pueden presentarse, sin embargo, en relación con este aspecto, ciertos problemas, cual acontece, por ejemplo, con el de quienes hayan prestado a la víctima o víctimas asistencia médico-sanitaria. ¿Tendrán estas personas o entidades derecho a exigir del Estado las indemnizaciones de que habla el artículo 7.º-I?

La situación, en nuestro modo de ver, se presenta así:

1.º Estas personas o entidades no tienen la condición de víctimas de las actividades delictivas a que se refiere aquel precepto, ni tampoco de causahabientes de las mismas.

(23) Hablamos de “sujeto activo” o “acreedor” respecto del ejercicio de la acción para exigir la indemnización de daños y perjuicios, ya que resulta evidente que contemplada la cuestión bajo el prisma del daño el perjudicado es el “sujeto pasivo”.

(24) De no ser así se llegaría a la absurda consecuencia de que quien con su acción originó el daño tendría a su vez derecho a ser indemnizado, sin olvidar tampoco la paradoja jurídica que implicaría el premiar por vías de indemnización al autor de un delito por las consecuencias —daños o perjuicios— del mismo.

2.º Sin embargo, lo cierto es que este artículo no alude en ningún momento a «víctimas» y sí únicamente «... a las personas...» a quienes con dichas actividades se causaren daños o perjuicios.

3.º Tanto los individuos que hayan prestado asistencia médica, sanatorial o farmacéutica a las «víctimas» propiamente dichas de esas actividades, como las «entidades» sanatoriales que hicieren esas prestaciones, tienen a los efectos jurídicos la condición de «personas».

4.º Y asimismo la de «perjudicados», puesto que han realizado unas prestaciones que deben serles satisfechas.

5.º Por otra parte, los indicados servicios son consecuencia directa e inmediata de las «actividades delictivas» a que se refiere el artículo 7.º-I en relación con el 3.º, 1, desde el momento en que se prestan a las víctimas de aquéllas.

6.º En ninguno de los preceptos del Real Decreto-Ley que comentamos vienen excluidas estas personas o entidades y concretamente el artículo 7.º-I no autoriza tampoco por su redacción a prescindir de ellas.

7.º A su vez, el Texto Refundido de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (25), en su artículo 97, 3-II y III, establece lo siguiente:

«Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de Previsión, las Mutualidades Laborales y, en su caso, las Mutuas Patronales, *tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente ley*».

«Para ejercitar el derecho de resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, las Entidades Gestoras que en el mismo se señalan y, en su caso, las Mutuas Patronales o empresarios, *tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados, al efecto del artículo 104 del Código penal*» (26).

De todo cuanto acabamos de indicar y fundamentalmente de lo que se dispone en los párrafos que hemos transcrito del Texto Refundido de la Seguridad Social, resulta en nuestra opinión claramente justificada la facultad que tienen las *entidades* en los mismos indicadas para *exigir de modo directo* al Estado las indemnizaciones derivadas del coste de las prestaciones sanitarias que hayan realizado en pro de las

(25) Promulgado por Dec. núm. 2.065 de dicha fecha.

(26) En relación con esta disposición puede tenerse en cuenta como complementaria el Real Dec. 1.509/1976, de 21 de mayo, que contiene el Rgto. General sobre colaboración de las Mutualidades Patronales de Accidentes del Trabajo en la Seguridad Social.

víctimas de las «actividades delictivas» de que habla el artículo 7.º-I, y a título de «actores civiles» de conformidad con lo prevenido en los artículos 320, 651 y 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sigue sin embargo en pie, al menos desde el punto de vista del Derecho positivo, el problema de las personas individuales e incluso el de las propias entidades sanatorias no incluidas en los párrafos transcritos (27). ¿Tendrán derecho a ejercitar dicha acción

Desde luego, el artículo 93, 3-II y III del citado Texto Refundido no las comprende, como hemos dicho. Mas, ¿constituye esta omisión motivo suficiente para excluirlas del beneficio de la garantía indemnizatoria que al Estado impone el artículo que estamos estudiando? En nuestra opinión no. Y ello por todas las consideraciones que hacíamos al examinar el tema, con exclusión, claro es, de la número 7, que se apoyaba en el citado artículo 93 del Texto Refundido de la Seguridad Social (28).

Sin embargo, la lógica jurídica apoyada en el silencio legal y en el incumplimiento por parte del Gobierno del párrafo segundo del artículo 7.º, permite plantear algún problema respecto de la persona del «acreedor» en este tipo de «obligaciones legales», entre los que por vía de ejemplo cabe indicar los siguientes:

1. *Muerte o lesiones producidas por los CSN con motivo de la captura de miembros de los «grupos o bandas organizados» de que habla el artículo 3.º, 1*

Como es evidente, no nos referimos aquí al supuesto de que sorprendidos dichos miembros por los CSN cuando estaban cometiendo algún hecho delictivo, como consecuencia de su enfrentamiento con las fuerzas del orden se cruzaran disparos y muriese o fuere herido algún transeúnte, ya que la obligación de indemnizar por parte del Estado en tal supuesto es indiscutible.

El problema que aquí planteamos es el de que alertados los CSN, y conociendo el lugar en que iban a reunirse los miembros del grupo o banda para discutir y preparar sus actividades delictivas, se dirigieran a él con objeto de detenerlos y al resistirse se crucen disparos resultando muerta alguna persona ajena a los hechos.

Entendemos que también en estos casos el Estado deviene en sujeto deudor de la indemnización, habida cuenta el «... *con ocasión* de las actividades delictivas...» que se emplea en el artículo 7.º-I en relación

(27) Tal acontece, por ejemplo, con los médicos particulares, farmacéuticos, Sanatorios no comprendidos en los párrafos II y III del art. 97, 3 del Texto Refundido de la Seguridad Social, etc.

(28) Sin olvidar tampoco las que damos en nuestra cit. ob. *Los daños...*, págs. 356 y ss., para defender el derecho de los perjudicados en general", así como de los que lo sean por razón de gastos médico-hospitalarios en los supuestos de aplicación del Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, razonamientos aplicables al menos por analogía al no existir regulación específica y concreta en el Real Decreto-Ley que estamos estudiando.

con el 3.º, 1 del Real Decreto-Ley que estamos comentando y los artículos 3-II y 4 del Código penal.

En efecto, la reunión en este caso concreto no es en realidad otra cosa que un acto preparatorio de las futuras actividades delictivas de estos grupos o bandas y consiguientemente los resultados de «daño» o «perjuicio» para las personas a que se refiere el citado artículo 7.º-I, se encuentran en nuestra opinión dentro de la garantía indemnizatoria estatal que dicho precepto establece.

2. *Muerte o lesiones de algún miembro de grupo o banda terrorista, producidos con motivo de su enfrentamiento con CSN o con miembros de otro grupo o banda armada de significación terrorista distinta.*

Aun cuando en el mundo actual la violencia terrorista suele tener un significado marcadamente político, o al menos ese es el sentido que le quieren dar sus miembros para intentar justificar sus desaforadas y virulentas ferocidades, es lo cierto que en estos tiempos de furia y pasión desatada, al lado de las bandas que esgrimen o pregonan la «política del terror» existen otras que tienen como única finalidad el lucro, incluso a costa de la vida ajena.

Estos grupos o bandas armadas de malhechores, con finalidad exclusiva de lucro patrimonial, montada sobre la base del «terror», se encuentran también comprendidas como indicamos en su oportuno lugar en el ámbito del artículo 3.º, 1 y consiguientemente sus víctimas lo están en el de la garantía indemnizatoria que al Estado impone el 7.º-I.

El problema que aquí planteamos surge cuando como consecuencia del enfrentamiento armado entre los miembros de cualquiera de dichos grupos y los CSN, o entre los pertenecientes a dos o más bandas armadas de distinta significación política o apolítica, resulte muerto/s o lesionado/s algunos de los individuos integrantes de otro grupo que ninguna intervención hubiere tenido en dicho evento (29).

En nuestra opinión dicho individuo o sus causahabiente, tendrán derecho a que el Estado les indemnice el daño o perjuicio sufrido, desde el momento en que en el concreto supuesto aquí contemplado no existe diferencia alguna entre él y cualquiera otro ciudadano que en el momento de acontecer los hechos discurriera por el lugar en que el enfrentamiento se produjo (30).

(29) Por ejemplo, por pasar accidentalmente y como un normal viandante por el lugar donde se produce el enfrentamiento con las CSN o los miembros de dos grupos terroristas a ninguno de los cuales pertenece.

(30) Sin olvidar tampoco que como no se ha cumplido el contenido del art. 7.º-II, no existe expresa prohibición legal y el párrafo I de dicho precepto considera indemnizables por el Estado "... los daños y perjuicios que se causaren a las personas...", carácter este último que tiene el muerto o lesionado a que estamos aludiendo.

3. *Muerte de uno o varios miembros de una organización terrorista en enfrentamiento con otra de la misma naturaleza o con CSN*

En este concreto supuesto parece, en principio al menos, que el deber de indemnizar por parte del Estado no existe.

Mas fijémonos en que aludimos solamente a «muerte» y no a lesiones, mutilaciones, etc., lo que implica que no es el «terrorista» quien efectúa la reclamación. Consiguientemente el tema a discutir aquí es el de si tendrán o no sus causahabientes la posibilidad de reclamar las oportunas indemnizaciones.

La cuestión no resulta fácil de resolver, por cuanto a la vista del artículo 7.º-I nos encontramos con que en el presente supuesto:

a) Ha existido un daño a las personas, la muerte de uno o varios miembros de bandas o grupos terroristas.

b) Existe un evidente perjuicio, el que deriva de esas muertes para los miembros de sus familias —padres e hijos fundamentalmente— (31).

c) El daño —muerte en este caso— es consecuencia de «actividades delictivas», bien se produzca como enfrentamiento con bandas o grupos también ilegales, bien con miembros de los CSN.

d) Dichas actividades son las comprendidas en el artículo 3.º, 1.º del Real Decreto-Ley que estamos estudiando.

En principio, por tanto, se dan todos los requisitos que previene el artículo 7.º-I de dicho Cuerpo legal para constituir al Estado en sujeto deudor de la indemnización a que dicho precepto se refiere.

Cabe sin embargo oponer que en el supuesto que estamos examinando el «daño» a la persona recae sobre uno o varios miembros de esas organizaciones terroristas que están al margen de la Ley, razón por la cual la garantía indemnizatoria del Estado no puede surgir toda vez que esto supone dar a una misma persona la doble condición de «causa productora del daño indemnizable» y «sujeto receptor de la indemnización estatal».

Mas aun cuando ello pueda resultar efectivamente discutible, lo cierto es que el problema por nosotros planteado no es el de la indemnización del «daño» muerte y sí el del «perjuicio» que dicho resultado ocasiona a quienes nada tienen que ver con el grupo o banda armada a que pertenecía el difunto, ya que su única vinculación con el mismo es la derivada de los lazos familiares. Concretamente puede por tanto hablarse aquí del llamado «daño» y aún mejor «perjuicio moral». Por ello insistimos en la pregunta: ¿tendrán dichos familiares derecho a reclamar del Estado la indemnización de que nos habla el artículo 7.º-I?

(31) Supongamos que en este supuesto el muerto o muertos fueren el único sostén económico de sus padres, o de su mujer e hijos, bien que los ingresos aportados a la familia procedieran de su cualidad de «liberados» o del pago de sus actividades delictivas.

Tal como en la actualidad se encuentra redactado el citado precepto y no desarrollado aún el mismo por el Gobierno, estimamos que nada hay que prohíba a dichos familiares dirigirse contra el Estado como sujeto deudor de la «obligación legal indemnizatoria» (32).

Y decimos esto porque el caso entra en nuestra opinión dentro de los supuestos que ofrece el citado artículo 7.º-I según se deduce de lo que hace breves momentos hemos indicado, y por otra parte ni en dicho precepto ni en ningún otro del Real Decreto-Ley 3/1979 se contiene expresa ni tácita prohibición o limitación personal en orden a la percepción de las indemnizaciones de que aquel artículo habla.

Por otra parte, el hecho de ser familiar de algún miembro de los grupos o bandas armadas de que habla el artículo 3.º, 1, no puede excluir de la protección de los derechos fundamentales de la persona que otorga la Constitución, ni tampoco, en nuestra opinión, de la posibilidad de experimentar el mismo «dolor de ánimo» que el resto de las familias por la muerte de alguno de sus miembros, «dolor» éste que constituye precisamente la fuente originadora del llamado «pecunia doloris» en que se traduce la indemnización de los «daños morales» (33).

Excluimos, sin embargo, un supuesto. El de que el cónyuge o hijo del terrorista muerto en estos enfrentamientos pertenezca a cualquiera de esos grupos o bandas armadas. Y lo excluimos por estimar que en estos casos, perteneciendo el posible «perjudicado» a un grupo ilegal que favorece y desarrolla el «terror» a escala nacional y procura con sus actividades la producción de esos resultados punibles, no puede jugar en su caso el llamado «dolor moral» ni, consiguientemente, percibir el «pecunia doloris», porque como decíamos hace breves momentos ello equivaldría a convertir al receptor de la indemnización en «sujeto causante o cocausante del daño» y «sujeto receptor de la indemnización» de aquél derivada.

Además, siendo sujeto activo y participante de las conductas delictivas que originan las indemnizaciones, de sus actividades «contra legem» no pueden derivar beneficios económicos a título indemnizatorio por daños y perjuicios (34).

(32) En cuanto a la forma procesal de realizar dicha reclamación, es un aspecto que examinaremos más adelante ya que ahora estamos contemplando únicamente los aspectos sustantivos de esta «obligación legal de indemnizar».

(33) Llamamos a estos efectos la atención sobre una interesante sentencia del T. S., Sala 1.ª: la de 17 de febrero 1956, relativa a la indemnización de daños a los familiares de las víctimas, sin olvidar tampoco las de 20 diciembre 1930, 8 enero 1946 y la de 25 noviembre 1969 que otorga la indemnización por este concepto a quien bien pudiera tener en dicho momento la condición de concubina de la víctima.

(34) Ello produciría una consecuencia jurídicamente paradójica; convertir en sujeto activo o acreedor de una obligación legal y por lo tanto plenamente lícita, a quien con sus actividades ilícitas genera dicha «obligatio».

4. Muerte o lesiones de algún miembro de los CSN como consecuencia del enfrentamiento armado con grupo o banda armada de los descritos en el artículo 3.º, 1, o con alguno de sus componentes.

Procederemos a examinar separadamente las dos posibilidades que aquí comprendemos, esto es, la de lesiones y la de muerte de cualquier miembro de los CSN.

a) *Supuesto de lesiones.*—Comprendemos aquí todos los ataques a la integridad corporal que puedan producirse, desde las que originan mutilación, incapacidad física o psíquica, etc., hasta las lesiones de carácter más leve.

El problema radica en determinar si en estos casos el lesionado, miembro de cualquiera de los CSN que admite la legislación vigente estará o no legitimado para reclamar del Estado la indemnización a que se refiere el artículo 7.º-I que estamos contemplando.

En contra de esta posibilidad cabría alegar su condición de elemento integrante de uno de los Cuerpos que el Estado dedica a «... defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana» (35), lo que evidentemente implica un riesgo para su integridad física e incluso la propia vida, peligro que forma parte integrante de su función y cometido.

No obstante, lo cierto es que si como consecuencia del ejercicio de las funciones que a los miembros de los CSN les están atribuidas se cometiera contra los mismos algún delito, es la propia Ley de Policía la que establece la normativa procesal aplicable (36), lo que ya de por sí lleva implícito que pueden ser sujeto pasivo de delito.

Ello supuesto, y tomando como punto de partida que según establece el artículo 19 del Código penal «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta *lo es también civilmente*»; que el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece a su vez que además de la acción penal de todo delito o falta *puede nacer también acción civil*; que salvo renuncia expresa de dicha acción ésta se entiende ejercitada con la penal y que el tantas veces citado artículo 7.º-I del Real Decreto-Ley 3/1979 no contiene ninguna prohibición expresa ni tácita en orden a que los funcionarios de los CSN puedan beneficiarse de la garantía estatal que en dicho precepto se establece, así como que tampoco se han desarrollado en ningún sentido los medios, formas, etc., de ejercitar la acción encaminada a exigir del Estado

(35) Art. 2.º, 1 de la Ley 55/1978, de 4 de diciembre, llamada Ley de Policía.

Han de tenerse también en cuenta en orden a sus misiones los apartados a) y b) del número 2 de dicho precepto.

(36) En su artículo 5.º, donde somete a la Jurisdicción ordinaria los delitos perpetrados contra los miembros del Cuerpo Superior de Policía y la Policía Nacional, así como la propia Guardia Civil, aunque ésta tenga fuero militar, siempre, respecto de esta última, que se trate de delitos cometidos contra sus miembros en el ejercicio de las funciones señaladas en esta Ley.

el «deber de indemnizar» que tal artículo le impone, nos inclinamos a considerar que cualquier miembro de los CSN que resultaren heridos en choques contra los grupos o bandas de que se habla en el artículo 3.º, 1 del indicado Real Decreto-Ley estarán legitimados para ejercitar contra el Estado la pertinente acción civil.

b) *Supuesto de muerte*.—En este concreto supuesto serán los herederos del fallecido quienes están legitimados para solicitar del Estado el cumplimiento de su deber indemnizatorio.

Las razones en que nos apoyamos para mantener esta posición son las mismas que indicábamos para defender el derecho de los causahabientes de los miembros de esos «grupos o bandas armadas» que resultaren muertos, en los supuestos que hemos examinado en los números 2 y 3.

B) *Sujeto pasivo o deudor*

Se encuentra legitimado pasivamente en estos concretos supuestos *única y exclusivamente el Estado*, a título de «deudor» de las indemnizaciones que puedan surgir por los daños y perjuicios de que nos habla el artículo 7.º-I en relación con el 3.º, 1.

Y hasta tal punto consideramos única esta *legitimatío*, que estimamos puede llegar incluso a eliminar, en principio al menos, de la esfera pasiva del débito a la persona o personas causantes del evento dañoso o perjudicial, las cuales podrán quedar convertidas en «deudores indirectos o mediatos».

Fundamentamos nuestra posición en orden a este extremo en las siguientes consideraciones:

a) *La naturaleza jurídica de la figura*.—Se trata, como indicamos en su momento, de una «obligación legal de indemnizar» y por tanto de una «prestación» que surge como consecuencia de un «riesgo» o «peligro» que es preciso afrontar (37), al margen por completo de la culpa, dolo o plena diligencia del Gobierno y de sus agentes.

El Estado asume el deber de garantizar la paz y tranquilidad ciudadana. Consiguientemente, toda quiebra de dicha seguridad o paz lleva consigo la ineludible obligación de garantizar el percibo de las indemnizaciones que puedan surgir de los atentados a la misma (38).

(37) No es que nosotros vinculemos la figura de la «obligación legal de indemnizar» ni tampoco, claro es, lo que otros denominan «responsabilidad objetiva» a la pura idea del «riesgo», sino únicamente que estimamos muy gráfica la idea sin olvidar que tampoco rechazamos dicha concepción.

A estos efectos nos remitimos plenamente a lo que indicamos en nuestra cit. ob., principalmente y por lo que a este extremo se refiere en páginas 113 y ss.

(38) La construcción en estos casos de «responsabilidad objetiva» u «obligación legal de indemnizar» de la figura del «sujeto pasivo» es siempre la misma.

Resulta interesante contemplar a tales efectos la regulación legal contenida en el Texto Refundido de la Ley 122/1962, publicado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, así como la de la propia Ley de Caza que establece un régimen muy semejante.

b) El término «especialmente» que emplea el legislador en dicho precepto y que en nuestro modo de ver no puede tener otra significación aceptable que la de poner de relieve cómo cuando sobrevengan los daños o los perjuicios a que el artículo se refiere, el Estado viene *obligado por ministerio de la Ley* a indemnizar los mismos de modo «singular y en oposición a lo general y ordinario» (39), que es precisamente que aquéllos se indemnicen por quien los causa o produce.

Y volvemos a decir que todo ello sin perjuicio de que por su parte el Estado, una vez satisfechas las pertinentes indemnizaciones, pueda ejercitar el derecho de repetición contra los causantes del daño o perjuicio.

2.º AMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7.º

Dos son los aspectos que vamos a examinar dentro de este epígrafe; el relativo a las conductas productoras de la «prestación indemnizatoria» que se impone al Estado en el mismo, y el correspondiente a la clase o categoría de los resultados indemnizables.

a) *Conductas productoras de eventos dañosos susceptibles de indemnización por el Estado*

El artículo que estamos estudiando parece claro cuando dice que «Serán ... indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren ... con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.º de este Real Decreto-ley».

Y decimos que parece claro, por cuanto de acuerdo con lo transcrito el Estado devendrá deudor únicamente cuando la causa originadora del daño o del perjuicio producidos derive de alguna de las conductas a que se refiere el número del artículo en este precepto citado, esto es, las perpetradas «... por persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas y armados y sus conexos».

Es evidente, por tanto que, en principio al menos, los daños y perjuicios que puedan derivar de cualesquiera otra de las conductas que

En estos supuestos de “responsabilidad objetiva” y con objeto de garantizar a la “víctima” la percepción de unas indemnizaciones mínimas que vienen legalmente fijadas, se crea la figura que nosotros llamamos del “deudor directo o inmediato”, que no es nunca el autor del daño o del perjuicio y sí, por regla general, una entidad aseguradora o estatal (por ejemplo, el llamado Fondo Nacional de Garantía en materia automovilística).

Pues bien, esto es lo que acontece en el presente supuesto. El Estado, por virtud de su obligación de mantener la tranquilidad ciudadana y defender el orden público, que le imponen la Constitución y el Derecho vigente, no sólo ha de emplear las fuerzas de los CSN, sino que si éstos fallan, con o sin culpa, ha de garantizar la percepción de las indemnizaciones que deriven de los daños y perjuicios causados a las personas por las actividades que atenten contra ese orden público o esa tranquilidad.

(39) Concepto de “lo especial”, según el “Diccionario Ideológico de Casares”.

se recogen en los números 2 a 6, ambos inclusive, del artículo 3.º del citado Real Decreto-ley, no parecen estar garantizados por el Estado en lo que a su resarcimiento se refiere.

Sin embargo, y no obstante su aparente sencillez, el párrafo que estamos contemplando puede presentar interesantes problemas en orden a las conductas punibles susceptibles de convertir al Estado en sujeto deudor, sin olvidar otros aspectos no menos interesantes a la vez que de difícil solución dada la imprecisión del texto legal.

En efecto, fijémonos, por ejemplo, en que el párrafo que estamos comentando establece en orden al deber de indemnizar del Estado un límite que ofrece a su vez dos facetas: a) La que pudiéramos llamar *funcional*; y b) La *subjetiva*.

En cuanto a la primera y como dice el párrafo que estamos contemplando, la obligación de resarcir del Estado queda limitada a los daños y perjuicios originados por «actividades delictivas».

Resulta por tanto evidente que cualquier otro género de «actos», incluso realizados por las personas o grupos a que se refiere el artículo 3.º, 1 del Real Decreto-ley, quedan fuera del ámbito garantizador del Estado.

Y aunque parezca lógico pensar que esas «actividades» solamente puedan ser delictivas lo cierto es que también puede acontecer que en algún concreto y específico supuesto puedan no serlo. En tales casos y siguiendo el texto legal, nos inclinamos a considerar que la obligación legal de indemnizar que en el artículo 7.º-I se impone al Estado, no surgiría (40) o quedaría extinguida, según los casos, al faltar uno de los requisitos fundamentales para que la misma surja y pueda tener viabilidad, cual es el supuesto originador del débito indemnizatorio, esto es, la *conducta o actividad delictiva* (41).

(40) Tal acontecería, por ejemplo, si producido cualquier resultado dañoso por consecuencia de dichas «actividades» se instruyeran diligencias sumariales o previas que desembocaran en preparatoria o en sumario propiamente dicho. Seguida la causa por sus trámites procesales y llegado el momento de la apertura del juicio oral o el de calificación y apertura del juicio oral —si se trata de procedimiento de urgencia—, el ministerio fiscal interesa el sobreseimiento libre y el juez o la sala absuelven por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito.

Incluso calificados los hechos por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras, si las hubiere, y celebrado el juicio oral, si la Sala absuelve por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito alguno.

De acuerdo con lo indicado en el texto en estos dos supuestos y cualesquiera otro análogo, estimamos que «la obligación legal de indemnizar» del Estado queda automáticamente extinguida.

(41) A tales efectos hemos también de indicar que, en nuestra opinión, el término *actividades delictivas* debe entenderse en un sentido amplio y por tanto comprensivo lo mismo de las conductas constitutivas de «delito» propiamente dicho que de «falta».

Se nos puede oponer a esto que, como nos hallamos a presencia de actos tipificados en el Código penal, la interpretación extensa no está permitida a menos que favorezca al reo. No creemos que sea precisamente esto lo que aquí hacemos, ya que nuestra exégesis afecta a las consecuencias civiles de conductas punibles, pero no a éstas propiamente.

Por otra parte, podemos ver cómo en el tantas veces citado artículo 7.º-I parece centrarse el carácter delictivo de las conductas que dan lugar a la aparición de la «deuda legal indemnizatoria» impuesta al Estado en las que recoge el artículo 3.º, 1, lo que en principio permite suponer que su ámbito es bastante limitado.

Sin embargo, estimamos que la esfera delictual, de cuyas consecuencias ha de responder el Estado a título de «deudor garante», es en realidad muy amplia.

Y decimos esto, porque en nuestra opinión el único límite que en realidad impone dicho artículo 7.º-I es de carácter *subjetivo* y viene determinado por la circunstancia de que los resultados dañosos o perjudiciales se produzcan como consecuencia de actividades *delictivas* desarrolladas por «*persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas*».

Pues bien, en nuestra opinión, dicha persona o personas, ya actúen aislada o conjuntamente y siempre que pertenezcan a algún grupo o banda armadas pueden, evidentemente, perpetrar cualquier clase o tipo de delitos e incluso de faltas, actividades éstas que por virtud de lo indicado en el artículo 7.º-I en relación con el 3.º, 1, quedarían bajo la salvaguarda económico-reparadora del Estado, siempre que produzcan daños o perjuicios a las personas y a los derechos de la personalidad (42).

Únicamente, por tanto, quedarán al margen de la garantía indemnizatoria estatal los resultados estrictamente patrimoniales de las actividades delictivas desarrolladas por esos grupos o bandas.

Mayor dificultad plantea en nuestro modo de ver la frase «... y *sus conexos*», que se emplea también en el número 1 del artículo 3.º toda vez que nada en la Ley permite dar a la misma un determinado o concreto significado.

Mas como el citado artículo 3.º viene referido al aspecto procedimental a que debe sujetarse el enjuiciamiento de las conductas delictivas en el mismo integradas y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el único Cuerpo legal que contiene referencias a la «conexidad», a ella acudiremos para intentar delimitar el alcance de este, para nosotros, infeliz y criticable término del Real Decreto-ley que comentamos (43).

Por ello hemos de insistir en entender al Estado como garantizador de las indemnizaciones derivadas de las «faltas» perpetradas en la forma que previene el artículo 7.º-I en relación con el 3.º, 1 del Real Decreto-ley que examinamos.

(42) Esto es, siempre que implique ataque a la vida, integridad corporal, salud, libertad, honor, etc., derechos todos ellos fundamentales de la persona y a los cuales aludiremos más adelante con ocasión de estudiar lo relativo a los resultados susceptibles de indemnización por el Estado.

(43) Decimos «infeliz y criticable» por entender que no era necesario haberle utilizado para que la «conexidad» produjera los efectos que el legislador pudo aquí pretender que originara.

Y decimos que no era necesario emplearlo, por cuanto el propio artículo 3.º, en su primer párrafo, contiene una directa remisión a las normas del procedimiento de urgencia de la Ley de Enjuiciamiento Cri-

Para ello ha de acudir necesariamente al artículo 17 de la citada Ley Rituaria, en el que se fijan las normas de la «conexidad», con lo cual comienzan una vez más los problemas.

Y decimos esto, porque así como los números 1.º, 2.º y 5.º de dicho precepto no alteran, al menos en principio y en nuestra opinión, cuanto hemos venido diciendo en orden a las «actividades delictivas» que por producir daños y perjuicios a las personas imponen al Estado la «obligación legal de resarcir», los números 3.º y 4.º pueden introducir alguna variación en el círculo de ese deber indemnizatorio haciéndolo más amplio.

En efecto, el número 3.º del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal considera delitos conexos «*Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución*», y a su vez el número 4.º alude a «*Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos*».

Con ello se da aquí entrada a las actividades delictivas que se recogen en los artículos 1.º y 2.º del Real Decreto-ley que estamos estudiando y, consiguientemente, si como consecuencia de las mismas o de los delitos a que se encontraren conexas resultaren daños a las personas o a los derechos de la personalidad protegidos por las leyes, entrará en juego el mecanismo de la «deuda legal resarcitoria» que se impone al Estado. Y lo mismo acontecerá con los delitos que se describen en los números 3 a 6 del citado artículo 3.º, siempre que sean «conexos» de los recogidos en su número 1.

b) *Determinación del resultado indemnizable*

Con relación a este extremo el artículo 7.º habla de «*daños y perjuicios* que se causen a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1 del artículo 3.º de este Real Decreto-ley», aspecto este cuyo estudio plantea una serie de interesantes problemas que procuraremos estudiar en la medida de lo posible.

1.º *Análisis de la frase «daños y perjuicios»*.—Es éste, para nosotros, el primero de los «dubios» que el párrafo transcrito ofrece, al plantear el problema de conocer si existe o no diferencia entre ambos conceptos y caso de haberla cuál pueda ser la misma.

Ambas interrogantes tienen una evidente razón de ser, toda vez que desde el punto de vista de la redacción gramatical del párrafo que estamos estudiando, ambos términos parecen emplearse como sinónimos, y a su vez en la generalidad de los textos legales, en alguna obra jurídica e incluso en sentencias de nuestros Tribunales, vie-

minal, de las que se dice que «... serán de aplicación en todo caso...» a estos supuestos.

Pues bien, como a su vez al procedimiento de urgencia es de aplicación lo dispuesto en la Ley de Ritos penal en todo cuanto no esté en él reglamentado, supuesto en el que se encuentra precisamente la «conexidad», estimamos que no era necesario acudir a ella, máxime si se tiene en cuenta que por haber empleado dicho término pueden surgir en torno al mismo cuestiones y problemas, consecuencia lógica de las diferentes posiciones que respecto del mismo pueden surgir.

nen en ocasiones utilizados estos conceptos de modo indiferenciado (44).

(44) Comencemos por la esfera del Poder Legislativo. En ella son claras muestras de este criterio indiferenciador y de equivalencia conceptual el Real Decreto-Ley que estamos estudiando; el Dec. 632/1968, de 21 de marzo, que contiene el Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, cuyo capítulo primero lleva como subepígrafe "Daños y Perjuicios", y lo mismo acontece en el art. 3.º donde se habla de "... los daños y perjuicios producidos al asegurado..."; con el propio C. c. en sus arts. 232, 236-II, 258 párr. último, 280, 360, 379-II, 511, 562, 690, 705, 712, 715, 1.031, 1.101, 1.150, etc., donde se hace uso indiscriminado, en nuestra opinión, de ambos conceptos.

Es cierto, sin embargo, que el C. c. en el art. 1.106 parece establecer la distinción a efectos legales entre ambos términos al decirnos que "La indemnización de *daños* y *perjuicios* comprende, no sólo el *valor de la pérdida que hayan sufrido*, sino también el de la *ganancia que hayan dejado de obtener...*", lo que circunscribe el "daño" al denominado "damnum emergens" y el "perjuicio" al "lucrum cessam". Y algo parecido acontece en los arts. 383-III y 564-II que separan claramente los dos conceptos; o con los 422, 576, 1.124, 1.147-II, etc., en los que se emplea el concepto "daño" solamente o con los 379-I y 564-III que aluden únicamente a los "perjuicios".

Mas por otra parte, cuanto queda indicado y muy especialmente la clara diferenciación establecida por el art. 1.106 del C. c., resulta un tanto empañada con el art. 312 del mismo Cuerpo legal en cuyo texto parecen confundirse ambos términos al emplear en el primer párrafo el término "daños" y en el segundo el de "perjuicios" *referidos a la misma cosa*.

Y algo parecido acontece con la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus arts. 928, 1.169, 1.332, 1.418-III, etc., y con el Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado promulgada por Dec. de 26 de julio de 1957, art. 41; etc. En todos estos preceptos parece partirse de una equiparación al menos gramatical entre "daño" y "perjuicio", o cuando menos de suponer *siempre* que el "daño" y el "perjuicio" se producen en todo momento conjuntamente.

Existen, sin embargo, excepciones a este generalizado criterio como son, además de la ya indicada del art. 1.106 del C. c., la del C. p. vigente, en cuyos arts. 101 y ss., al tratar de la responsabilidad civil y las costas procesales se alude separadamente a: "2.º La reparación del *daño* causado; y 3.º La indemnización de *perjuicios*".

Y algo parecido acontece con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su art. 108 nos habla de "*reparación* o *indemnización*"; en el 109 de "*reparación del daño* e *indemnización del perjuicio* causado por el hecho punible", etc.

Vemos, pues, cómo en los textos legales españoles se emplea con excesiva frecuencia la frase "daños y perjuicios" ligando ambos términos con la conjunción copulativa "y". que tiene por objeto unir en sentido afirmativo palabras o cláusulas. En consecuencia, ese "y" puede perfectamente entenderse tanto en el sentido de que en los artículos en que se emplea han de exigirse unos y otros, como en el de que son términos sinónimos en los casos en los que los preceptos los contienen, como en el de que pueden exigirse unos u otros según se produzcan o no ambos, e incluso, en el de que pueden ser considerados como una misma cosa, especialmente cuando en la que bien pudiéramos llamar "Parte General del Código civil", esto es, su "Título Preliminar", no se contiene una delimitación conceptual de uno y otro que como hemos indicado aparece exclusivamente en un precepto sistemáticamente integrado en el Libro IV que regula las obligaciones y contratos.

Procederemos al examen por separado de ambos términos y de las cuestiones que dentro de los mismos pueden presentarse.

Estimamos por tanto que en el art. 7.º del Real Decreto-ley que estamos comentando, o bien debió sustituirse la conjunción copulativa “y” por la disyuntiva “o”, o darle una redacción semejante a la del art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto si bien la disyuntiva “e” viene en él empleada para evitar el hiato en lugar de la “y”, sin embargo se distingue perfectamente entre *reparación del daño* y la *indemnización del perjuicio*.

Y si del terreno legislativo pasamos al de la doctrina científica, nada mejor que acudir a MAZEAUD et TUNC, quienes en su *Traité théorique e pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, 6.ª edit., París 1965, t. I, núm. 261, nota (1), nos dice: “En el lenguaje jurídico moderno se emplean como sinónimas las expresiones *perjuicio* y *daño*. En su origen ambas no tenían el mismo sentido...”.

Posteriormente, en el mismo T., págs., 262 y ss., al examinar el criterio jurisprudencial francés, ponen de relieve cómo lo esencial a los efectos de declarar la responsabilidad civil es la existencia del daño, término éste que como claramente se observa es empleado por los Tribunales franceses como sinónimo de “perjuicios”.

Y lo mismo podemos ver en cualquier otro Tratado de Derecho civil sobre el tema de la “responsabilidad civil”, tal acontece, por ej., con el de TOULEMON (A), et MOORE (J), *Le prejudice corporel et moral en droit commun*, 3.ª edic., París 1968; o en CARBONE (V), *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli 1969; o en CUPIS (A), *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1946, t. I.

Sin embargo, CASTÁN TOBEÑAS, en su *Derecho...*, t. III, 10.ª edic., 1967, en pág. 190, nos dice que “En realidad se habla de *daño*, en el uso actual en un doble sentido, pues unas veces se toma en *sentido amplio*, comprendiendo toda clase de *detrimentos* o *lesiones* y otras en *sentido estricto*, como *daño positivo*”, con lo que parece distinguir las dos especies de daños a que alude el art. 1.106 del C. c.

En cuanto a la posición de nuestros tribunales, la tónica general es idéntica a la de la doctrina científica, empleándose indiferenciadamente ambos términos salvo cuando se refieren al citado art. 1.106 del C. c.; tal acontece con la S. T. S., Sala 1.ª, de 6 junio 1968, que versa sobre un supuesto en que entraba en juego dicho precepto y siguiendo por tanto la letra del mismo establece la distinción sobre la base de lo en él prevenido. E igual acontece con las SS. de la misma Sala de 20 diciembre 1960; 30 noviembre 1961; 13 abril 1962 y 6 junio 1968. Mas esto, insistimos, constituye una excepción que en el concreto supuesto a que vienen referidas las SS. indicadas se encuentra determinado por la norma aplicable (el art. 1.106 del C. c.), toda vez que la realidad es que siempre o casi siempre se hace por los tribunales uso, al menos gramaticalmente, indiscriminado al igual que acontece con los tratadistas y estudiosos del Derecho civil, de la frase “daños y perjuicios”, y así podemos verlo, por ej., en la Sala 2.ª T. S. de 14 junio 1935 que equipara “daño material” y “perjuicio patrimonial”, lo mismo que las de 14 octubre 1967 y 9 junio 1969, o las de la misma Sala de 14 y 28 noviembre 1934, 7 marzo 1960 y 15 junio 1964, que emplean como sinónimos los conceptos de “daño no patrimonial” y “perjuicio moral”, et-étera.

Por último, una breve referencia a la esfera gramático-conceptual. Nuestro Diccionario de la Lengua nos dice que “Daño” es “Acción y efecto de dañar” y a su vez “Dañar” es “Causar detrimento, *perjuicio*, *menoscabo*, dolor o molestia”. A su vez, “perjuicio” dice que es “Acción y efecto de perjudicar”, término este último que significa a su vez tanto como “Ocasionar daño o menoscabo material o moral”. Creemos que con esto queda suficientemente explicada la sinonimia gramatical de ambos conceptos y la razón de su general indiferenciación en el ámbito jurídico.

DAÑOS.—El término «daño», considerado en su más pura y simple representación conceptual, lleva en sí una idea de «alteración de una determinada y preexistente condición del modo de ser de una cosa, persona, situación, etc.». Consiguientemente, para nosotros y en principio, el tipo «daño» en su estricto significado supone la «inutilización, destrucción, deterioro, menoscabo, etc.», de algo o de alguien, incluyendo aquí tanto a las personas como a las cosas, circunstancias, situaciones, etc. (45).

En relación con esto, la doctrina jurisprudencial tiene dicho que los «daños» consisten en «... los realmente ocasionados, de modo positivo (*damnum emergens*)...» (46); que «son distintos los conceptos de daños y perjuicios, cuyo concepto fija este artículo (47), consagrando el principio de nuestro Derecho histórico de daño como empeoramiento, menoscabo o destrucción que se sufre en la cosa...» (48); que «... el concepto jurídico de daño, de ser toda disminución del patrimonio del acreedor, ya sea el llamado daño emergente, propiamente daño...» (49); que son equivalente al «... valor de la cosa perdida...» (50).

PERJUICIO.—Es este un término que los romanos desconocieron (51) y que posiblemente no aparezca en España hasta el siglo.

(45) Por ejemplo y con relación a las personas, el «daño» comprenderá desde la privación de la vida hasta el deterioro de la personalidad psíquica, pasando por toda clase de ataques a la integridad personal.

Respecto de las cosas podría comprenderse bajo el concepto «daño», la rotura, fractura, etc., de muebles, alteración de lindes de inmuebles, destrucción de edificios, etc.

A su vez y en orden a las «situaciones» y «circunstancias», cabría comprender las maquinaciones para alterar el precio de los artículos de primera necesidad; o el acuerdo para provocar la quiebra o suspensión de pagos de determinada sociedad; o incluso la publicación de especies injuriosas o calumniosas contra determinada persona, maniobras todas las indicadas que a la vez que alteran la circunstancia o la situación en que se desenvuelve la vida de determinada persona física o jurídica o incluso ciertas agrupaciones o entidades más o menos privadas comunidades de vecinos, asociaciones, etc.—provocan o pueden al menos producir el deterioro o menoscabo de su personalidad, crédito, honor, etc.

(46) En este sentido se manifiesta la S. Sala 1.^a T. S. ya citada de 6 junio 1968.

(47) Se está refiriendo al tantas veces citado art. 1.106 del C. c.

(48) Así la también citada S. de la misma Sala y Tribunal de 13 abril 1962.

(49) S. T. S., Sala 1.^a, de 13 abril 1962.

(50) Así la S. misma Sala de 21 enero 1928. Como puede observarse, se señala aquí la existencia de un concepto genérico de *daño*, representado por aquél que lleva aparejada una disminución (y en nuestra opinión también destrucción e incluso deterioro o menoscabo) del patrimonio, dentro del que a su vez se subdistinguen dos variedades: el que pudiéramos llamar «daño stricto sensu» que es el «*damnum emergens*» y el «perjuicio propiamente dicho» o «*lucrum cessans*».

(51) Puede observarse cómo en ninguno de los textos romanos que suelen manejarse por los estudiosos del Derecho —Ley de las XII Tablas, Digesto, Instituciones Justinianas, etc.— aparece el término «perjuicio», que sin embargo es utilizado con harta frecuencia en las traducciones españolas de los mismos (GAYO, *Instituciones*, texto latino con una tra-

xv (52), al menos en el mismo o muy parecido sentido al que se emplea actualmente, toda vez que la significación jurídico conceptual que en dichas épocas tuvo su equivalente «praejudicium» fue exclusivamente procesal.

Así, cuando en los textos romanos se hablaba de «damno» o de «damnum», dentro de dicho concepto comprendían una serie de consecuencias y de efectos muy diversos, alguno de los cuales era semejante a lo que hoy denominamos «perjuicio», más lo cierto es que este término nunca se empleó en aquellos textos (53).

Y buena prueba de lo que estamos indicando la tenemos en la delimitación conceptual que del «daño» hizo Paulo, para quien «*Damnatum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt*» (54).

ducción de ALVARO D'ORS PÉREZ-PEIX, Madrid 1943, por ej., en pág. 162. núm. del texto 212; o del mismo autor la traducción del *Digesto* y concretamente la de D.9,1,2).

Lo mismo acontece con la traducción que del *Digesto* hacen KRIEGLER, HERMANN y OSENBRÜGGEN, en *Cuerpo del Derecho civil romano*, Primera Parte, Barcelona 1889, concretamente en la de D.9,1. ULPIANO; etc.

(52) Lamentamos que por falta de tiempo no hayamos podido dedicar al estudio del interesante tema que estamos contemplando todo el tiempo que necesita, pues en verdad lo merece. Pero investigar cuándo puede aparecer el término "perjuicio" y cuál puedan ser las relaciones y diferencias entre el mismo y el de "daño" en sentido estricto requieren mucho tiempo y dedicación, lo que retrasaría mucho la publicación de este trabajo para el que, por otra parte, tampoco resulta fundamental un más detenido estudio de dichas diferencias.

Por ello nos limitamos a apuntar el tema por si alguien deseara tratarlo con mayor profundidad, limitándonos consiguientemente aquí a unas breves indicaciones de nuestras escasas investigaciones.

Y concretándonos a lo que viene referida la presente nota, diremos que en el *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana* de KOMINAS (J), 2.^a edic., Madrid 1967, voz "Juez", *Derivaciones*: aparece lo siguiente: "Prejuicio, 1884 (y ya alguna vez s. xv), lat. *praejudicium* 'juicio previo', 'decisión prematura', 'perjuicio que causa ésta al interesado, 2.º cuarta s. xv; *perjudicial*, *perjudicar*, 1.438..."

(53) Por ej., D.9,1,2, referido a la Ley Aquilia. Su texto latino dice así: "Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cuius interest, competit, veluti ei, cui commodata est, etim fulloni, quia eo, quod tenetur damnum videtur pati".

D'ORS, en su cit. ob., lo traduce así: "Esta acción compete, no sólo al propietario, sino también a quien tiene interés en ello, por ejemplo, a aquél que tenga la cosa en préstamo comodato y también al arrendador batanero, porque por el hecho de estar obligados a indemnizar para que *sufren perjuicios*".

GARCÍA DEL CORRAL por su parte hace una traducción distinta del texto que estamos contemplando, eliminando en ella el término "perjuicios". Así, para este autor, el citado texto tiene el siguiente significado: "Esta acción compete no solamente al dueño, sino también a aquél a quien le interesa, por ejemplo a aquél a quien se prestó la cosa, y también al batanero, porque por lo mismo que están obligados, se considera *sufren el daño*".

Y esto que estamos viendo en el D.9,1, está sucediendo también constantemente en el 9,2, igualmente referido a la Ley Aquilia.

(54) PAULO 380. D.39,2,3. También aquí varían un tanto las traducciones. Así, para D'ORS es la siguiente: "*Damnatum* o 'daño' y *condem-*

En la actualidad la idea del «perjuicio» en el aspecto estrictamente jurídico va generalmente unida a la de «disvalor» o «minusvalor» que experimenta la cosa o el patrimonio, así como al llamado «sufrimiento moral», que se traduce en el denominado «pecunia doloris», que más bien que un *daño* en el estricto sentido de la palabra constituye un evidente «perjuicio»; de ahí que para la doctrina tanto científica

natio o '*condena*' significan una disminución, por disminuirse el patrimonio".

A su vez, para GARCÍA DEL CORRAL "*Daño y condenación* se llamaron así de adeptio (*privación*) y como *disminución* del patrimonio".

Vemos sin embargo cómo en ambas traducciones se pone de relieve que en Roma el término "*daño*" estaba equiparado, al menos en cierto modo, a la "*Damnatio*" o "*Condena*" y consiguientemente que "*daño*" "*stricto sensu*" y "*condena*" eran para los juristas romanos términos en cierto modo sinónimos en cuanto llevaban en sí una idea de "*privación*" o de "*disminución*" del patrimonio del dañado o condenado.

Mas con ello volvemos a encontrarnos en la misma situación que apuntábamos al examinar en el texto el concepto "*daño*", esto es, que dentro del mismo se debe comprender únicamente el valor de lo "*disminuido*", "*destruido*", "*privado*", etc., mas no el "*interés*", o si se prefiere el "*perjuicio*", que es cosa distinta.

Sin embargo, esta indemnización del "*quod interes*" y del "*lucrum cessans*" no estaba eliminada en Roma, bien que no se la diera el nombre de "*perjuicio*" al ser una consecuencia del "*damnum*".

Y así podemos verlo, por ejemplo, en D.9,2,7, § 1: "*Dice que con tal acción el padre podrá conseguir lo que deje de conseguir de los trabajos del hijo a causa del ojo mutilado y los gastos que hubiere hecho hasta su curación*". (versión D'ORS).

También en D.2,21,2, se dice: "*Pero ¿valoramos solamente el cuerpo en el valor que tuvo cuando fue muerto o más bien en la cuantía de nuestro interés en que no hubiese sido muerto? Y seguimos la regla del interés*" (Ulp. 18. ed.).

Para ninguno de los dos textos se emplea en el texto latino el término "*perjuicio*" o su equivalente.

Como puede verse, en los dos textos que acabamos de transcribir se pone de relieve la distinción entre "*daño*" "*stricto sensu*" y "*perjuicio*" sobre la base de lo que venimos apuntando en el texto y se acepta en la actualidad por las doctrinas científicas y jurisprudencial. Y siempre, sin que en los textos latinos —y aquí ni en los españoles— se emplee el término "*perjuicio*".

También puede observarse en orden a la distinción entre "*daño*" y "*perjuicio*" el texto de GAYO, en las *Instituciones*, que dice así:

Texto español: "*En la acción de esta Ley (se está refiriendo a la Aquilia) no se estima exclusivamente el valor del cuerpo, sino que si el perjuicio que sufre el dueño con la muerte del esclavo es superior al precio del mismo, aquel valor entra en consideración...*". (Trad. D'ORS).

Texto latino: *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur; sed sane si seruo occiso plus domino capiat damni, quam pretio serui sit, in quoque destimatur, uelet si seruus meus ab aliquo heres instituto...*

Como podemos observar, se distingue aquí entre el "*valor del cuerpo*" (*daño* en sentido estricto para nosotros) y la diferencia entre dicho valor y el rendimiento del esclavo, o lo que de su venta se podría obtener al ocurrir su muerte, etc., que es lo que constituye la esencia del "*perjuicio*" (nos remitimos a estos efectos a lo que indicábamos en nota 44 cuando nos referíamos al art. 1.106 de nuestro C. c., uno de los pocos preceptos de nuestro Derecho positivo que distinguen específicamente entre "*daño*" y "*perjuicio*").

como jurisprudencial el concepto «perjuicio» sea sinónimo de *lucrum cessans*, frente al *damnum emergens* que caracteriza al «daño stricto sensu».

Y buen ejemplo de ello lo tenemos en la doctrina jurisprudencial cuando nos dice que la indemnización, además de la pérdida sufrida, comprende también el valor «... de la ganancia que haya dejado de obtener...» (55).

Y para concluir el estudio de este epígrafe referente a la determinación del resultado indemnizable, que como queda dicho son tanto los «daños» en el estricto sentido de la palabra como los «perjuicios», vamos a pasar a examinar otro interesante aspecto del tema, el de conocer que clase de «daños» y de «perjuicios» deberá indemnizar el Estado en los casos que contempla el artículo que estamos estudiando.

2.—*Clases o categorías de «daños y perjuicios» indemnizables por el Estado.*—Según dicho precepto deben indemnizarse «... los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número 1.º del artículo 3.º de este Real Decreto-ley».

A la vista de los transcrito cabe distinguir las siguientes clases o categorías de «daños» y «perjuicios» estatalmente indemnizables:

a) *Por razón de la naturaleza del objeto dañado*, se comprenden única y exclusivamente los «daños» y los «perjuicios» causados a las personas. Quedan por tanto excluidos los llamados patrimoniales.

b) *Por razón de la causa productora del «daño» o del «perjuicio»*, la obligación de indemnizar viene referida a los producidos por las «actividades delictivas» y dentro de ellas sólo las que se describen en el número 1.º del artículo 3.º del Real Decreto-ley 3/1979, esto es, las desarrolladas por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos.

Procederemos al estudio de las cuestiones que puede plantear cada uno de estos grupos.

a) *Por razón del objeto que experimenta los daños y perjuicios.* El artículo 7.º, al declarar indemnizables los «... daños y perjuicios que se causaren a las personas...», parece limitar el objeto de éstos al ser humano y excluir radicalmente los «daños» y los «perjuicios» patrimoniales.

(55) SS. T. S., Sala 1.ª, de 12 febrero 1896; 31 enero 1916; 6 marzo y 13 octubre 1928; 4 enero 1927, que le identifica o equipara al «lucro cesante», lo mismo que las de 21 enero 1928 y 27 marzo 1972.

La S. de la misma Sala de 19 noviembre 1928, referida únicamente a perjuicios, nos dice que la «... diferencia entre importe total de sueldos que debió percibir el demandante y lo que pudiera haber lucrado en otra ocupación después de su cese es lo que constituye el perjuicio».

A su vez, la S. de dicha Sala de 28 abril 1955 nos dice que «La indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado...».

Consiguientemente, el deber de indemnizar que este precepto impone al Estado, viene limitado a los ataques a la vida, integridad corporal, salud, etc.

Mas, ¿qué es lo que cabe comprender bajo ese «etc.» que acabamos de emplear? Y más concretamente, ¿serán indemnizables los «daños» y los «perjuicios» morales?; ¿y los ataques al honor, libertad física, inviolabilidad del domicilio y secreto de comunicaciones, etc.?

El tema ofrece indudable interés habida cuenta la no demasiado explícita redacción del texto que estamos comentando, que bien pudiéramos calificar en lo que a este extremo se refiere de «quasi espartana».

Y decimos que el texto del precepto que comentamos no peca precisamente de amplitud, por cuanto lo único que parece autorizar su redacción es la eliminación —como acabamos de indicar— de los daños patrimoniales. Vamos por tanto a estudiar cada uno de estos interesantes aspectos:

1) *En cuanto a la indemnización de los llamados «daños morales»*, nos mostramos decididamente partidarios de su inclusión dentro del ámbito indemnizatorio a que se refiere el precepto que estudiamos.

Para mantener tal posición nos apoyamos fundamentalmente en las siguientes consideraciones:

1) La circunstancia de que en esta clase de «daños» la directa e inmediatamente perjudicada es la «persona» a la que se refiere precisamente el párrafo primero del artículo 7.º, toda vez que es ella y solamente ella quien puede *sufrir* (56).

2) El citado precepto nos habla de *indemnización* tanto de los «daños estricto sensu» como de los «perjuicios» propiamente dichos.

3) A su vez, dentro de los conceptos de «daños» y «perjuicios», cabe distinguir entre los que vienen denominándose «materiales o patrimoniales» «extrapatrimoniales o inmateriales», o como dicen otros entre «daños no morales» y «morales».

4) Ello supone que son indemnizables no sólo los daños y perjuicios consistentes en muerte, mutilación, lesiones, etc., sino también las *pérdidas sufridas por el ofendido* (57), así como lo que se denomina «pecunia doloris» o «dolor moral» (58).

5) Dicho resarcimiento surge como consecuencia directa e inmediata del «daño físico o corporal» sufrido por la víctima, habida cuenta que independientemente o además del «daño corporal» que se la pueda originar y del «perjuicio» que ello la cause, ambos conceptos de clara significación y proyección patrimonial son perfectamente com-

(56) De ahí la denominación de «pecunia doloris» por el que también son conocidos en los círculos jurídicos.

(57) Por ejemplo, días que no pudo trabajar, negocio o negocios que le fue imposible realizar si ello pudiera acreditarse debidamente, gastos de curación, tanto de carácter hospitalario —o sanatorial— como farmacéutico, etc.

(58) Admitido desde 1912, sin reservas, por nuestros Tribunales y recogido en el art. 104 del C. p.

patibles con el *sufrimiento espiritual* o de *ánimo* que aun cuando de carácter extrapatrimonial es o puede ser generador de una obligación indemnizatoria.

6) A su vez debe también tenerse en cuenta que el legislador no prohíbe expresamente —y en nuestra opinión tampoco implícitamente— la indemnización de esta categoría de daños, lo que por virtud del principio jurídico «*ubi lex non distinguit...*», estimamos debe traducirse en un deber indemnizatorio.

Por último, estimamos de interés indicar a estos efectos, que aun cuando pudiera pretenderse que las indemnizaciones a que se refiere este artículo son únicamente las derivadas de «daños corporales», a ello podría oponerse, como dice Bonet Correa, que «... un daño moral casi siempre tiene una base física o referencia corporal», y que «... tanto el concepto de 'daño' como el de 'perjuicio' comprende ambos (corporal y moral)» (59).

II) *En orden a la indemnización de los daños y perjuicios que afectan a los llamados derechos de la personalidad.* Tomamos como punto de partida para delimitar esta categoría de bienes la fórmula conceptual de De Castro, para quien son aquellos derechos «que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades (60), que es a su vez recogida y admitida por Castán Tobeñas (60).

Característica fundamental de esta clase de bienes es, como dice De Castro, *ser esenciales a la persona*, por cuanto atañen a su existencia tanto física como jurídica (61), incluyéndose dentro de los mismos, además de los llamados propiamente *esenciales*, cual son la vida, integridad corporal y libertad, otros «... que, aun cuando separables del propio ser de la personalidad, le atañen muy directamente, tanto que sin ellos se ha podido pensar que es preferible la muerte» (62).

La importancia de estos derechos es tal, que no ya solamente el

(59) *La responsabilidad en la Ley de Navegación Aérea*, A. D. C., t. XVI, fasc. 1, 1963, pág. 70, y *La responsabilidad en el derecho aéreo*, C.S.I.C., Madrid 1963, págs. 146/147.

(60) Es referencia que hace el prof. CASTÁN TOBEÑAS en su ob. *Derecho...*, t. I, vol. II, 9.^a edic., 1955, pág. 735. En la misma se dice así: "J. L., Apuntes de Derecho civil".

Nos ha sido imposible encontrar en ninguno de los trabajos del profesor DE CASTRO dicha fórmula.

(60) Ob., t., vol. y pág. cit. en nota anterior.

(61) "Los bienes de la personalidad", en *Temas de Derecho civil*, Madrid 1972, pág. 10.

(62) Mismo autor y obra de nota anterior, págs. 11 y ss. y más concretamente pág. 17, donde aparece lo que hemos transcrito y entrecorrido en el texto.

La determinación y número de los "derechos de la personalidad" es muy variable, no estando la doctrina civilista conforme en ello. Incluso discrepan respecto de la distinción que apunta el prof. DE CASTRO entre derechos esenciales y otros derechos, por cuanto en opinión de bastantes autores, todo son derechos de la personalidad.

Derecho civil (63), sinó el penal (64) y el político se han ocupado de ellos.

Así, en nuestro Derecho positivo actual, la protección de este tipo o categoría de derechos, además de en las diversas ramas o disciplinas jurídicas y sus Cuerpos positivos (65), viene declarada en la Constitución de 1978, artículos 14 y ss., preceptos éstos en los que entre estos bienes y además de los ya indicados se comprende el honor, la intimidad de las personas, la propia imagen, etc. (65 bis).

Entendemos por tanto que, en principio, el ataque verificado por cualquiera de las personas, bandas o grupos que se determinan en el artículo 3.º, número 1.º, del Real Decreto-ley que estamos comentando a los llamados derechos de la personalidad, puede dar lugar a que surja la obligación legal de indemnizar que al Estado impone su artículo 7.º (66).

Claro es que podrá oponerse a este punto de vista el hecho de que el citado artículo 7.º se refiere única y exclusivamente «... a los daños y perjuicios que se causaren a las personas...», lo que parece limitar la obligación de resarcir a los exclusivamente «corporales», excluyendo en consecuencia aquéllos que deriven de la lesión de «derechos inmateriales».

No podemos por menos que rechazar esta posibilidad si es que se mantuviere. Y la rechazamos entre otras por las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, por las mismas que hacíamos al defender la legalidad del resarcimiento de los «daños morales», igualmente de carácter extrapatrimonial e inmaterial.

(63) Que por cierto ha sido acaso la disciplina o rama jurídica que más ha tardado en ocuparse de ellos.

(64) Posiblemente haya sido el Derecho penal el primero en dar a esta clase de derechos relevancia y protección jurídica, castigando el homicidio, las lesiones, etc.

(65) El Código civil, como muy bien dice DE CASTRO en su cit. ob. *Los bienes...*, págs. 8 y ss., no contiene una precisa y concreta referencia a dicha protección, mas la jurisprudencia con base en su articulado la ha dado acogida.

Por el contrario, aparece claramente en el C. p. y en el Texto Refundido de la Ley del Automóvil de 24 diciembre 1962, promulgado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que impone el deber legal de indemnizar los daños causados a la vida e integridad corporal de las personas por vehículos de motor, estableciendo a tales efectos el llamado Seguro Obligatorio. Y lo mismo acontece con la vigente Ley de Caza de 4 abril 1970, que establece un seguro de la misma clase, etc.

(65 bis) Así la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

(66) Es evidente que la lesión de alguno de tales derechos resulta punto menos que imposible por dichos grupos o bandas. Pero la realidad es siempre más rica que la imaginación y las actividades terroristas alcanzan cada vez más altas y variadísimas cotas y manifestaciones.

Por ello, teniendo en cuenta que todos los que hemos indicado en el texto son "derechos de la personalidad" más o menos esenciales, y la Ley, por otra parte, no impone límite alguno a estos efectos, incluimos en principio en la esfera de "la deuda indemnizatoria estatal" la lesión, destrucción, menoscabo, etc., de cualquiera de ellos.

b) Porque si el hombre considerado en su dimensión humana es, como decía Ortega, *no sólo él, sino también sus circunstancias*, la persona física contemplada bajo el punto de vista socio-jurídico es *ella y su personalidad*, término éste bajo el cual se comprende en Derecho su aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas y, consiguientemente, para ser titular de derechos y venir sometido a deberes u obligaciones (67).

c) Porque entre los derechos de que la persona física es titular, ocupan principal y destacado lugar los llamados «de la personalidad», «personales», «personalísimos», etc. (68), entre los que se encuentran la vida, la integridad corporal y la libertad como *esenciales* al ser humano y además el derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad personal, etc. (69).

d) Porque conduciría al absurdo mantener que son indemnizables el derecho a la vida y a la integridad corporal y no los restantes derecho personalísimos, máxime si se tiene en cuenta que incluso el derecho a la libertad es reconocido como *esencial* al igual que los dos indicados.

e) Porque estos derechos, que son innatos y confieren a la persona el poder necesario para mantener y conservar el conjunto de facultades, aptitudes y cualidades que la constituyen e integran humana, social y jurídicamente hablando, han de estar amparadas por el ordenamiento jurídico caso de ser atacadas, vulneradas e incluso desconocidas, y más aún en un llamado «Estado de Derecho» como es el nuestro.

III) *En cuanto a la indemnización de los gastos médico-hospitalarios*, somos de la opinión que los mismos deben entenderse comprendidos bajo el ámbito conceptual de los «perjuicios», razón por la cual nos inclinamos a considerar que habrán de incluirse dentro de la órbita conceptual de los garantizados por el Estado.

En cuanto al sujeto activo y por lo tanto legitimado para hacer la reclamación, nos remitimos a lo indicado al estudiar este aspecto.

Y dicho esto concluimos el presente epígrafe diciendo que en nuestra opinión, dentro del ámbito de la prestación indemnizatoria impuesta por el artículo 7.º-I al Estado se encuentran en principio comprendidos los «daños y perjuicios» que se produzcan como consecuencia del ataque a todos los «derechos de la persona» o «de la personalidad», por las actividades delictivas a que dicho precepto se refiere.

(67) Así, el art. 29 del C. c. dice que “El nacimiento determina la personalidad...”, y el 32, que: “La personalidad se extingue por la muerte de las personas”.

Por otra parte, “personalidad” es clásicamente equivalente a “capacidad jurídica” y consiguientemente a “aptitud abstracta y general para ser sujeto de derechos y obligaciones”.

(68) Vid. por todos CASTÁN TOBEÑAS, ob., t. y vol. cit. págs. 739/740.

(69) Para DE CASTRO, “Al lado de los bienes llamados ‘esenciales’, se advierte la existencia de un cierto número de bienes de la personalidad que, aunque separables del propio ser de la personalidad, le atañen directamente, tanto que, sin ellos, se ha podido pensar que es preferible la muerte” (*Temas...*, cit., pág. 17).

Consiguientemente serán indemnizables por el Estado, los «daños y perjuicios» que deriven del ataque a la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el honor, la fama, etc., tanto de los españoles como de los extranjeros (70) y sean producidos por la persona o personas integradas en los grupos o bandas de que habla el artículo 3.º.

3.º DETERMINACIÓN DEL «QUANTUM»

En lo que a este punto se refiere el silencio legal es peor que absoluto, por cuanto que el párrafo segundo del artículo 7.º se limita a expresar lo que constituye un mero augurio o predicción al decirnos que «El Gobierno *determinará el alcance ... de...*» la indemnización, con lo cual futuriza la fijación de su cuantía convirtiendo dicho extremo, fundamental cuando se trata de una «obligatio» en que la prestación consiste precisamente en el abono de una indemnización, en una simple expectativa y además afectada de un término o plazo «sine die» al depender precisamente del Gobierno, que es el *obligado*, la determinación de su alcance y demás condicionamientos.

Pero el Derecho está para algo; concretamente para ser cumplido. Y como es lógico no puede admitir ni tolerar situaciones de pura expectativa ni de futuridad, máxime si las mismas dependen de la voluntad de una de las partes. Si hay daños, perjuicios o ambas cosas y se da la situación que contempla el tantas veces citado artículo 7.º-I, es preciso repararlos y que el Estado cumpla su papel de *deudor* satisfaciendo la «deuda legal indemnizatoria» que en el mismo se le impone, lo cual exige a su vez fijar su «quantum».

Para ello y en ausencia de un expreso pronunciamiento legal, los Tribunales habrán de acudir a la aplicación de aquellas disposiciones que regulen supuestos semejantes y con identidad de razón al que aquí contemplamos (71), normas que en nuestra opinión no pueden ser actualmente otras que el Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, promulgado por Dec. 632/1968, de 21 de marzo; el Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles de 19 de noviembre de 1964 (72) y el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros de 6 de marzo de 1969, únicas disposiciones legales que contienen normas específicas en orden a la determinación de la cuantía indemnizatoria en los supuestos de daños a las personas (73). Y todo ello

(70) Incluimos a los extranjeros a la vista de lo dispuesto en la Constitución, art. 13. 1.

(71) Esto es, hemos de acudir a la *analogía* tal como nos la determina el art. 4.º, 1 del C. c. después de la reforma de su Título Preliminar por Decreto de 31 mayo 1974.

(72) Concretamente y por lo que al Reglamento se refiere, su artículo 23, apartados c) y d).

(73) El Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles fija unas cuantías que actualmente se encuentran completamente desfasadas, pues son de 300.000 ptas. para los casos de muerte o gran invalidez y de 200.000 ptas. en los de incapacidad permanente.

Por su parte, el Seguro Obligatorio de Viajeros tiene establecidas unas cuantías más elevadas, si bien siguen sin estar acordes con la

conjuntado con la apreciación de los hechos y sus circunstancias que hagan los Tribunales, que son al fin y al cabo, y más cuando como en estos supuestos no existe disposición legal expresa, quienes han de fijar el «quantum» indemnizatorio (74).

Creemos por tanto, para concluir este tema, que debe darse urgente cumplimiento al contenido del párrafo segundo de este artículo en cuanto a la fijación de los límites de la indemnización que el Estado debe satisfacer en los supuestos contemplados por el artículo 7.º en relación con el 3.º, 1 del Real Decreto-ley que estamos estudiando, todo ello sin perjuicio, claro está, de que en tanto esto acontezca se aplique al menos y por analogía las normas que hemos indicado.

4.º ASPECTOS PROCESALES

Examinada la temática de la «prestación legal indemnizatoria» que corresponde al Estado en los supuestos de daños y perjuicios causados a las personas por las actividades delictivas que se contemplan en el citado artículo 3.º, 1, vamos a contemplar aquí los aspectos procesales de la misma, o sea, la forma de exigir el cumplimiento de dicha *deuda*.

Aunque en el citado Texto legal se establecen solamente unas normas de carácter procesal penal, estimamos, como ya hemos venido apuntando a lo largo del presente trabajo, que es perfectamente posible el ejercicio de acciones civiles para reclamar al Estado la correspondiente indemnización.

En consecuencia, y considerada la cuestión desde el punto de vista procesal, creemos que la «deuda indemnizatoria» del artículo 7.º-I podrá ser exigida:

actual situación económica. Así, en su art. 16 y para el caso de muerte, se establecen unas cifras que van desde las 224.000 ptas. si el fallecido fuere menor de tres años, al millón de ptas. cuando superare los catorce.

A su vez, en el art. 17 se señalan unas indemnizaciones que oscilan entre las 150.000 ptas. para las incapacidades permanentes y el millón trescientas mil pesetas para las incapacidades de primera categoría.

Ya en vías de corrección del presente trabajo, se ha promulgado el Real Decreto de 4 julio 1980, núm. 1.653/80, que modifica, entre otros, el art. 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles, elevando a 750.000 ptas. las indemnizaciones en los casos de muerte, suma ésta aún insuficiente.

(74) En relación con esto, la S. de la Sala 1.ª del T. S. de 19 mayo 1934 nos dice que "Cuando de la vida y del honor se trata, la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala que en estos casos *corresponde al Tribunal sentenciador fijar de modo prudencial el importe de aquélla. atendiendo a las circunstancias de la persona ofendida, su edad, su posición social, etc...*".

Y la de 23 octubre 1978, relativa a un supuesto en que se discutía el «quantum» de unos daños morales dice que no puede prosperar el motivo "... porque al quedar firmes en casación los hechos declarados probados sobre la *cuantía de los daños morales* ocasionados a los actores, el Tribunal 'a quo', lejos de dar a la doctrina jurisprudencial una orientación peligrosa, aun cuando se trata de reparar daños morales *de nada fácil apreciación cualitativa y cuantitativamente, ha hecho prudente arbitrio de sus facultades...*".

a) En un proceso penal.

b) En un proceso civil.

a) *Proceso penal.*—Lo primero que hemos de indicar es que en nuestra opinión y a la vista del Real Decreto-ley 3/79, el proceso penal constituye la regla general para imponer al Estado la obligación de indemnizar que establece su artículo 7.º.

Considerando a su vez a este Real Decreto-ley bajo el prisma procesal penal (75), constituye lo que bien pudiéramos llamar una «normatividad en blanco» por cuanto se remite fundamentalmente al procedimiento de urgencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (78) y en orden a competencia al Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, que creó la Audiencia Nacional (79), con unas escasísimas referencias procesales específicas cual son las contenidas en sus artículos 5.º y 6.º.

Por cierto, que la especialidad procesal más destacada de este Real Decreto-ley es la de que fuere cualesquiera la penalidad exigible por las actividades delictivas descritas en su artículo 3.º, no entrará nunca en juego el procedimiento penal ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y ciñéndonos al tema de la indemnización civil diremos que, en nuestro modo de ver, en este proceso penal, siempre que se trate de las actividades delictivas comprendidas en el número 1.º del artículo 3.º, el Estado podrá figurar siempre como «responsable civil directo», siendo por tanto de aplicación lo dispuesto en los artículos 784-quinta y sexta y 785-octava, b) en relación con los 615 y ss., 651, 652 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El problema que aquí puede presentarse es el de que iniciándose diligencias preparatorias o sumariales por hechos de esta naturaleza, en los que hubiere víctimas, ni éstas ni, en su caso, los causahabientes se personasen. ¿Podrá en tales supuestos el Ministerio Fiscal ejercitar la acción civil contra el Estado?

Creemos que sí dada la rotunda declaración del artículo 108 de la Ley Rituaria Penal en relación con los 100, 107 y 112 del mismo Cuerpo legal.

A su vez, y como ya habíamos apuntado anteriormente, hemos de inquirir, si para que el mecanismo indemnizatorio entre en juego plenamente, esto es, para que pueda imponerse al Estado la obligación de resarcir los daños y perjuicios, será preciso que el proceso penal concluya por sentencia condenatoria en la que, además de la pena, se declare el deber de indemnizar, lo que implicaría la celebración del oportuno juicio oral y esto a su vez que exista/n persona/s inculpada/s.

Ello nos plantea a su vez unas interesantes cuestiones: inquirir lo que podrá hacerse:

a) Cuando no se ha descubierto a los autores del evento dañoso indemnizable (81).

(75) Y también en nuestra opinión desde el penal sustantivo.

(79) Así, el art. 3.º-I.

(80) Art. 4.º.

(81) O/y a sus cómplices o/y encubridores.

b) Cuando conociéndose no hayan sido detenidos, o siéndolo se hubieren fugado habiendo sido declarados en rebeldía.

c) Cuando celebrado el oportuno juicio oral hubieren sido absueltos por estimarse que aun cuando los hechos imputados son debidos a alguna de las actividades delictivas recogidas en el artículo 3.º, 1, no son ellos quienes intervinieron en su realización.

d) Cuando celebrado el juicio oral, los acusados sean absueltos por considerar que los hechos a ellos imputados no constituyen delito.

De estos cuatro supuestos el más claro a los efectos indemnizatorios es el último, por cuanto en él, evidentemente, no entra en juego el mecanismo indemnizatorio que establece el artículo 7.º-I, dado que la obligación legal de indemnizar en el mismo establecida, solamente se impone al Estado cuando se trate de «actividades delictivas». Consiguientemente, como la absolución se funda en que la conducta de los acusados no es constitutiva de delito, al no existir la «actividad» que el artículo 7.º-I establece como presupuesto fáctico a la vez que básico para que surja el «deber legal de indemnizar», el Estado no puede convertirse en deudor.

En cuanto a las otras posibilidades, encierran todas ellas problemas tanto de carácter práctico como de técnica jurídico-procesal.

a) *Supuesto de autores desconocidos.*—Nos referimos aquí a aquellos casos en que existiendo en principio una actividad delictiva de las indicadas en el artículo 7.º-I en relación con el 3.º, 1, no se conozca a los autores, lo que de acuerdo con lo prevenido en los artículos 790-Segunda-I, 791-Segunda y Tercera y 795 I y II en relación con el 641, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conduce al sobreseimiento provisional de las diligencias preparatorias o del sumario.

A su vez, el sobreseimiento produce el archivo de las actuaciones, las cuales quedan en situación de «yacencia», paralizándose por tanto hasta que se descubra a los actores de la actividad delictiva.

Por su parte, el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos dice que «... *mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la acción civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme...*».

La situación en estos casos es por tanto la siguiente: el desconocimiento de quienes puedan ser los autores del «factum» delictivo produce el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Ello provoca el archivo de las mismas y consiguientemente que la acción penal quede *pendiente*. A su vez esta *pendencia* paraliza la acción civil, dado que la misma *no podrá ejercitarse hasta tanto que la penal sea resuelta por sentencia firme*.

Y para concluir; el perjudicado o perjudicados por las «actividades delictivas» descritas en el artículo 3.º, 1 y sus causahabientes, se verán obligados a esperar la localización y en su caso detención de dichos autores, así como la celebración del juicio oral para poder reclamar en él del Estado la pertinente indemnización.

Ante tal situación cabe preguntar: ¿podrán los perjudicados ejercitar la acción civil encontrándose el proceso penal en esta situación de «yacencia» o «pendencia»?

Con la Ley en la mano resulta en principio imposible, habida cuenta la letra del artículo 112 en relación con el 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y decimos esto, por cuanto si bien se autoriza al perjudicado —u ofendido— a «reservarse» el ejercicio de las acciones civiles en un procedimiento de esta naturaleza, no puede olvidarse que tanto el artículo 111 como el 112 exigen para que las mismas puedan ejercitarse por vía procesal civil que la acción penal «... *haya sido resuelta por sentencia firme...*» y que dicha «reserva» es única y exclusivamente «... *para ejercitarla después de terminado el juicio criminal...*», juicio que sólo puede concluir por sentencia condenatoria o absoluta (82).

En consecuencia, y en los supuestos que estamos contemplando, la «reserva» de la acción civil no produce ningún efecto beneficioso para el perjudicado, quien habrá de esperar «sine día» si aplicamos estrictamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la localización, detención, celebración del juicio oral y en su caso condena de quien perpetró el daño que según el artículo 3.º, 1 del Real Decreto-ley que estamos estudiando autoriza a reclamar del Estado la deuda indemnizatoria.

Y es aquí donde nos vemos en la necesidad de recordar algo que venimos manifestando con reiteración en nuestros trabajos jurídicos, especialmente en aquéllos en que examinamos las nuevas formas y relaciones humanas que la vida societaria crea continuamente y que el legislador no puede reglamentar con idéntica rapidez, lo que exige una constante labor de adecuación por parte de los juristas y de los tribunales (83). Es ello que si el Derecho tiene por finalidad confor-

(82) Podría también acontecer que una vez descubiertos los autores y antes de la apertura del juicio oral, se decretase el sobreseimiento libre de las actuaciones por aplicación de lo dispuesto en el art. 637, 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al estimar que el autor o autores eran menores de edad penal, o padecían alguna enfermedad mental que alteraba plenamente sus facultades mentales, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 8.º del C. p.

La doctrina en general está conforme en otorgar a los Autos de sobreseimiento libre los mismos efectos que a la sentencia. Por ello somos de la opinión que si se sobreseyere libremente el sumario o las diligencias preparatorias al amparo del indicado núm. 3.º del art. 637 de la Ley Rituaria Criminal, nos hallaríamos ante la misma situación que describen los párrafos que hemos subrayado en el texto y consiguientemente que quedaría abierto el camino al ofendido o a sus causahabientes para ejercitar por vía civil la pertinente acción contra el Estado.

Igualmente estimamos pueden comprenderse aquí aquellas causas excluyentes de la responsabilidad penal que no motivan sobreseimiento libre, tal acontece, por ejemplo, con la muerte del inculcado o inculpados —art. 112 del C. p.—, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dejan el camino abierto al ejercicio de la acción civil.

(83) Por ejemplo, la actuación a la vez que gran desarrollo de la «responsabilidad objetiva», «deuda legal indemnizatoria» u «obligación legal de indemnizar»; la creación de las «servidumbres de la P. H.»; la ampliación jurisprudencial de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 21 del C. p.; la declaración de la «responsabilidad directa» del Esta-

mar normativamente la vida social para que la misma se acomode a unos cauces lo más justos posible, es evidente que no cumplirá tal fin si ante situaciones nuevas no puede, agotando incluso sus reservas interpretativas, solucionar adecuada, a la vez que justa y realmente, los problemas socio-individuales que se vayan presentando.

Si no cumple dicho fin, nos encontraremos, querámoslo o no, con que el Derecho o no es forma de vida social o lo que es peor, carece de validez. Estimamos por ello que el Derecho no puede ser un mero «recuerdo histórico» y sí un constante devenir que le permita actuar a los acordes o sonos que la vida real le marque. Y si queremos que el Derecho sea eso, debe comenzar por resolver situaciones como la presente.

Mas dejémonos de lucubraciones más o menos filosóficas y entremos de lleno en el estudio del problema planteado.

Para ello reiteramos nuevamente la pregunta: ¿será posible alguna solución rápida para resolver estas situaciones?

Creemos que sí bien que forzando un tanto la interpretación de ciertos preceptos procesales, y sobre todo teniendo en cuenta el Real Decreto-ley que estudiamos y su *telos*, extremo este último fundamental, ya que en nuestro modo de pensar uno de los aspectos más interesantes, bien que no el único, para la interpretación de las normas jurídicas es el relativo a la investigación del fin por ellas perseguido (84), que en este concreto supuesto que examinamos parece ser doble:

a) Proporcionar al Gobierno y a la sociedad actual más y mejores medios para luchar contra el terrorismo, tanto político como social así como contra todo género de violencia; y

b) Procurar que el ciudadano se sienta amparado y protegido, no sólo en orden a su seguridad física sino también económica, familiar, etcétera (85).

La solución que proponemos es la siguiente: Requisito fundamental para que entre en juego el «deber legal» del Estado de indemnizar a los perjudicados, es que el daño o el perjuicio causado a las personas

do en los supuestos del art. 1.903 del C. c. también impuesta por las doctrinas tanto científica como jurisprudencial; o la ampliación de la responsabilidad civil de las compañías de seguros que contratan el Seguro Voluntario en los supuestos de accidentes automovilísticos, abriendo así una interesante brecha en el clásico concepto del contrato de seguro de daños como una relación exclusiva entre asegurado y asegurador; etc.

(84) Decimos con toda intención que la “finalidad” es uno de los aspectos más interesantes de la interpretación de la norma, dando con ello claramente a entender que no lo consideramos único, ya que si así lo hiciéramos al proyectarla sobre un solo aspecto o punto interpretativo estimamos no podría llegarse a una adecuada exégesis de la norma por falta de suficientes perfiles o aspectos.

(85) En nuestra opinión, esta última protección constituiría una pura ficción si iniciadas las diligencias previas, preparatorias o sumariales y desconocidos los autores, cómplices o encubridores, se sobreseyeran aquéllas provisionalmente.

derive de una de las «actividades delictivas» que se describen en el artículo 3.º, 1.

Es evidente por tanto que mientras las diligencias previas, preparatorias o sumariales se encuentren en situación de «archivo», que es lo que acontece cuando se decreta el sobreseimiento provisional o la rebeldía, no pueda procesalmente decirse si la actividad que motivó las citadas diligencias es o no delictiva, toda vez que esto exige un pronunciamiento condenatorio expreso.

Mas también resulta evidente que, en principio al menos, las actividades motivadoras de estas diligencias previas, preparatorias o sumariales suponen la realización y consiguiente descubrimiento de unas conductas que llevan en sí cuando menos el germen de una ulterior delictividad.

Ahora bien, para que esa prognosis de criminalidad pueda surtir algún efecto es preciso que se la dé o adquiera una constancia procesal. Y a tales efectos estimamos que bien podrían valer, en principio al menos, otras declaraciones jurisdiccionales distintas de la Sentencia; tal acontece, por ejemplo, con el Auto de sobreseimiento provisional del número 2.º del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (86).

Y decimos que este tipo de resoluciones pudiera valer en principio al menos para lograr el fin por nosotros pretendido, por entender que con ellas los perjudicados podrían acudir a los Tribunales civiles reclamando por dicha vía las indemnizaciones procedentes.

Sabemos los problemas procesales que ello plantea, pues conocemos perfectamente:

1) Que según los artículos 111 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se pueden ejercitar las acciones civiles derivadas de conductas delictivas mientras la causa (87) se encuentre archivada provisionalmente y en tanto no haya terminado el juicio criminal por sentencia definitiva y firme.

2) Que la *reserva* de acciones a que se refiere el citado artículo 112, viene sujeta a las mismas reglas.

3) Que el sobreseimiento del artículo 641 de la también citada Ley Rituaria Criminal se declara mediante Auto, resolución ésta que no tiene el carácter de definitiva, por cuanto en cualquier momento puede procederse a la reapertura de las diligencias archivadas.

Resulta claro por tanto que entre la situación del proceso penal concluido por sentencia firme y definitiva y aquél que «yace» archivado por virtud de auto de sobreseimiento provisional, existe una clara y patente diferencia.

(86) A estos efectos y para que pudiera surtir los efectos que pretendemos, estimamos conveniente hacer constar en el Resultando la conducta o conductas perseguidas y si fuera posible el grupo o banda que en principio se estimare productora de aquélla o que se hubiere atribuido su comisión, así como la entidad de los daños y perjuicios originados, lo que no siempre ofrece demasiadas dificultades.

(87) Diligencias preparatorias, sumariales o causa propiamente dicha.

No obstante, y a los efectos que nosotros pretendemos, creemos debe tenerse en cuenta un interesante extremo.

Se trata del artículo 7.º-I del Real Decreto-ley 3/1979. Concretamente de la situación en que dicho precepto coloca al Estado respecto de las personas afectadas por los «daños y perjuicios» que puedan derivar de las actividades delictivas a que el precepto se refiere.

No existe en nuestro Derecho positivo una situación semejante. Ni siquiera la que contempla el artículo 1.903-V del Código civil, entre otras cosas porque la de dicho precepto viene referida al supuesto de que el Estado actúe por medio de un agente especial, porque dicha responsabilidad no entra en juego cuando el daño lo produce el funcionario a quien corresponda la gestión originadora del daño; y porque en el ámbito del citado artículo 1.903 juega solamente el principio de la culpa, mientras que en el 7.º que estamos estudiando se trata de la mal llamada «responsabilidad objetiva».

Pero aun cuando la situación sea distinta los resultados son en principio muy semejantes, por cuanto lo mismo en el artículo 1.903 del Código civil que en el 7.º del Real Decreto-ley 3/1979, la obligación de indemnizar del Estado *es directa* y no mediata ni indirecta, de ahí precisamente el problema que en nuestra opinión plantea el artículo que estamos examinando en orden a la solución que vamos a proponer.

Es ella, que habida cuenta la especialísima posición del Estado en la esfera de la «deuda indemnizatoria» que establece el artículo 7.º, estimamos convendría examinar la posibilidad de incluir cualesquiera de estas declaraciones en los autos de sobreseimiento:

1.º Poner en conocimiento de los perjudicados su derecho a ejercitar las pertinentes acciones civiles, desde el momento en que se les notifique referido auto (88).

Por otra parte, esta posibilidad ofrece alguna similitud con la que regula el artículo 10 del Texto Refundido de 1968, de la Ley de Vehículos de Motor 122/1962, de 24 de diciembre, que autoriza el ejercicio de la acción ejecutiva civil estando sobreseída provisional o definitivamente las actuaciones o habiendo sido declarado rebelde el presunto autor.

En el caso que contempla dicho precepto, el asunto penal se encuentra «sub iudice» y sin embargo es posible el ejercicio de la acción civil dado que la *obligación* impuesta por el Seguro Obligatorio del

(88) Esta puesta en conocimiento no constituye una novedad, ya que podemos verla entre otros en los arts. 2.009 y 2.111 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Incluso en la práctica judicial puede también observarse en los Autos que se dictan en los «expedientes de dominio» en que haya surgido oposición sobre la propiedad de los inmuebles objeto del mismo. En ellos, los jueces, «sobreseando» las actuaciones, ponen en conocimiento de los solicitantes su derecho a ejercitar la pertinente acción declaratoria civil.

Y lo mismo acontece en los Autos que se dictan en el especialísimo procedimiento que regulan los arts. 214 y ss. del C. c. para la declaración de incapacidad, al amparo de lo dispuesto en el art. 219 de dicho Cuerpo legal.

Automóvil, al ser «objetiva», impone al asegurador el deber de indemnizar salvo en los casos de «fuerza mayor o de culpa exclusiva de la víctima» (89).

Pues bien, en el supuesto que estamos estudiando la «obligatio» estatal es también «objetiva». Surge siempre que el daño o el perjuicio a las personas se hayan producido como consecuencia de una «actividad delictiva» de las recogidas en el artículo 3.º, 1. Consiguientemente, si nos hallamos ante situaciones jurídicamente semejantes, nada más lógico que al no existir una concreta y específica reglamentación para una de ellas deban aplicarse por analogía —y por equidad— las mismas normas que se contienen para resolver la otra, al menos en la medida que ello sea posible.

2.º Sobre la base de que el auto de sobreseimiento contuviese una declaración de las actividades objeto de las diligencias preparatorias o sumariales, declaración en la que «provisionalmente» se indicase su carácter delictivo y se fijase que el grupo o banda armados que las realizó tenían el carácter que señala el artículo 3.º del Real Decreto-ley 3/1979, y supuesto que el Estado es siempre *sujeto deudor* de las indemnizaciones derivadas de dichas actividades, si su importe estuviere determinado o pudiere precisarse en o a través de las diligencias practicadas, *declarar su responsabilidad civil en el mismo auto hasta la cantidad que de las citadas actuaciones resultare* y en favor de los que en ellas aparecieren como posibles perjudicados.

Esta solución es evidentemente, y en nuestra opinión, la más práctica, rápida y económica. Mas merece también críticas, entre las que pueden señalarse la imprecisión en orden a la determinación del «quantum» al no estar definitivamente curadas las lesiones, o no conocerse todavía con la suficiente exactitud el alcance de los daños y perjuicios; el que en una resolución de carácter provisional como lo es un auto de sobreseimiento del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se resuelva casi definitivamente el tema de la responsabilidad civil; el que en la fase sumarial —o de diligencias preparatorias— no juega el principio de contradicción, con lo cual le es impuesta al Estado la obligación indemnizatoria sin ser oído; etc.

Mas si nos fijamos con un poco más de detenimiento en la cuestión, la solución no es tan criticable como acaso a primera vista pueda parecer. Y no lo es, porque sin olvidar lo que acabamos de indicar de que en este tipo de procesos lo que se trata de conseguir es que los perjudicados obtengan el resarcimiento con la mayor rapidez y economía posibles, ha de insistirse también en que en ellos el Estado *es siempre sujeto deudor*, razón por la cual su posición es aquí muy similar a la del Fondo Nacional de Garantía del Seguro Obligatorio del Automóvil, o al de la Ley de Caza, debiendo indemnizar *siempre* que por virtud de alguna de las actividades delictivas del artículo 3.º, 1 resulten daños o perjuicios de los descritos en el artículo 7.º-I.

(89) Por esas limitaciones precisamente, se habla en dicha Ley y en su Texto Refundido de una «responsabilidad objetiva atenuada».

Por otra parte, es muy importante tener en cuenta que la posibilidad de declarar e imponer responsabilidades civiles como consecuencia de conductas inicial e indiciariamente punibles, pero que no han sido aún declaradas delictivas por los tribunales en sentencia definitiva y firme, es hoy frecuente por el juego del citado artículo 10 del Texto Refundido de la Ley del Automóvil.

Vemos, pues, cómo no se precisa que los Tribunales hayan declarado delictiva una conducta para que surja o pueda surgir el deber de indemnizar sus consecuencias civiles. Y si bien es cierto que aquí la obligación indemnizatoria se impone al Estado como consecuencia de los daños y perjuicios causados por las actividades delictivas que se han indicado, somos de la opinión que a los efectos de la responsabilidad civil, sería suficiente con la declaración de presunta delictividad contenida en el auto de sobreseimiento provisional para que el perjudicado pudiese dirigirse contra el Estado reclamando por vía civil y mediante el ejercicio de la oportuna acción las indemnizaciones pertinentes.

Y sobre todo, en nuestro modo de ver y para concluir esta cuestión, hemos de indicar que lo que no debe ni puede el Poder Legislativo es tener a todo un país desde el 1 de febrero de 1979, fecha en la que se publicó en el «B. O. E.» el Real Decreto-ley que estamos estudiando hasta hoy, pendiente de que se fije el «alcance y condiciones» de esas indemnizaciones. No es serio.

b) *Supuesto de autores declarados en rebeldía*

Es una situación procesalmente muy semejante a la anterior, por cuanto a tenor de los artículos 840 y 841 en relación con el 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarada la rebeldía del presuntivo autor o del procesado se procederá al archivo del sumario o de la causa hasta tanto sea/n habido/s, lo que lleva consigo la paralización del proceso y consiguientemente que, en principio al menos, no pueda seguirse la vía civil.

Damos por reproducido en consecuencia lo que hemos indicado al tratar del supuesto anterior.

c) *Absolución de los acusados por estimarse que los mismos no han tenido intervención alguna en los hechos que les son imputados.*

Se parte, pues, de que las conductas atribuidas a los acusados son delictivas y se encuentran comprendidas en el tantas veces citado artículo 3.º, 1, siendo lo único discutible su participación en ellas.

La absolución se produce, en consecuencia, por estimar el Tribunal que los procesados son totalmente ajenos a dichas actividades y *no porque no sean delictivas*.

Vemos, pues, cómo aquí se da el que pudiéramos llamar *presupuesto básico* para que surja la «obligación legal de indemnizar» por

parte del Estado, esto es, la «actividad delictiva» desarrollada por las bandas o grupos a que se refiere el número. 1 del artículo 3.º.

Se trata por tanto de determinar si en estos supuestos los perjudicados —o sus causahabientes— podrán ejercitar en vía civil las acciones procedentes contra el Estado al objeto de obtener del mismo la correspondiente indemnización.

En nuestra opinión nos hallamos aquí ante un supuesto análogo al examinado en los apartados a) y b), por cuanto al producirse la absolución de los procesados como consecuencia de no haber tenido participación en los hechos enjuiciados y no por no ser constitutivos de delito, lo cierto es que la razón motivadora de las diligencias preparatorias o de las sumariales continúa en pie, debiendo en consecuencia archivarse las actuaciones en tanto los verdaderos culpables sean habidos.

La situación es por lo tanto, insistimos, análoga a la del archivo provisional o a la declaración de rebeldía, dando en consecuencia por reproducido cuanto hemos dicho al tratar de ambos aspectos.

PROCESO CIVIL

Hemos dicho ya al estudiar el proceso penal que éste constituya la regla general en orden al sistema formal para exigir del Estado la «deuda legal indemnizatoria» que regula el artículo 7.º-I del Real Decreto-ley 3/1979, lo que implica evidentemente que si ello es así el proceso civil constituirá la excepción.

Esa, al menos, es nuestra opinión, que apoyamos en la circunstancia tantas veces indicada a lo largo del presente trabajo de que siendo el soporte de la «obligación legal» que al Estado se impone una «actividad delictiva», ello exige una declaración de competencia exclusiva de los tribunales de lo penal y hecha en un proceso de dicha naturaleza.

Mas puede acontecer, como también hemos venido apuntando, o que los perjudicados se reserven el ejercicio de las acciones civiles —artículo 112 en relación con el 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, o que concurra alguna de las situaciones que examinamos al estudiar el «Proceso penal» (90), supuestos ambos en los que la posibilidad de obtener la «indemnización» sólo podrá lograrse ejercitando la acción pertinente en un proceso civil.

El Real Decreto-ley que estamos contemplando nada dice en orden a la vía procesal adecuada para el ejercicio de las acciones a que en su artículo 7.º-I se refiere. En consecuencia, somos de la opinión que habrá de acudirse al proceso declarativo ordinario que corresponda según la cuantía de las indemnizaciones solicitadas, esto es, a los juicios ordinarios de mayor o menor cuantía, de cognición o incluso verbales.

(90) Incluidas las indicadas en nota 82.

El derecho a la intimidad en la Constitución

TERESA PUENTE MUÑOZ
Profesor Adjunto de Derecho Civil

Una de las novedades en el contenido de la Constitución española es la del reconocimiento específico del derecho «a la intimidad personal y familiar». El artículo 18, en su núm. 1.º, dice que «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». En el núm. 3.º «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Y en su núm. 4, «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Junto a la novedad del reconocimiento al derecho a la intimidad personal, que realmente se hacía necesario dentro de nuestro ordenamiento jurídico, aparece también reconocido el derecho a la propia imagen. Y aparecen diferenciados del derecho al honor.

Así pues, una polémica doctrinal, y todavía minoritaria, pero que ha llegado ya a los medios de comunicación social, termina con este reconocimiento. Reconocimiento que viene impuesto por las nuevas circunstancias sociales que exigen la protección de la intimidad personal, y como dice la Constitución, familiar. Yo creo que es muy importante el que se proteja también la intimidad familiar por lo que luego diré.

Pocos antecedentes tiene este reconocimiento del derecho a la intimidad en las Constituciones modernas. Recuerdo que una de las pocas que recogen el derecho a la intimidad es la Constitución portuguesa de 1976. Esta Constitución en su artículo 33, cuyo título es «Derecho a la identidad, a la buena fama y a la intimidad», reconoce también la protección de este derecho, estableciendo el derecho a la reserva de la intimidad del hombre en la vida privada y familiar, en su punto 1.º. Pero además diferenciándola del buen nombre y la reputación. En su punto 2.º, dice que «la ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias».

Pero además en el artículo 35, cuyo título es «Utilización de la informática» establece que «todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros

mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización.»

En el punto 2.º de este artículo que «no se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos.»

El legislador se ha visto obligado a proteger la intimidad de la persona y de la familia. Ahora nos podemos cuestionar como juristas si el derecho a la intimidad es uno más de los derechos de la personalidad. Cuestión, que aunque sea con brevedad, es preciso contemplar antes de hacer referencia concreta a este nuevo derecho.

Entre nuestros juristas no es uno de los temas más tratados este de los derechos de la personalidad. Un trabajo clásico sobre el mismo es aquel que publicara Castán en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» en 1925. Muy posteriormente el profesor Beltrán de Heredia aporta su estudio «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad» al tema. También Federico De Castro trató de «Los derechos de la personalidad» en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL en 1959. Pero lo cierto es que entre nosotros no es demasiada la preocupación en torno al tema, aunque los tratados y manuales de Derecho civil van recogiendo cada vez con una mayor amplitud.

Qué sean los derechos de la personalidad es todavía un problema polémico. Hasta el punto de que algunos niegan su existencia en cuanto que es difícil de aceptar que una persona tenga derechos cuyo objeto sea la propia persona. Espín Cánovas entiende que para evitar esta dificultad se estima que estos derechos no recaen directamente sobre la persona misma, sino sobre ciertas manifestaciones o proyecciones del ser humano. Castán habla de que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales, del hombre, individualizados o del ordenamiento jurídico (2).

(1) ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*. Madrid, 1977, tomo I, pág. 355.

(2) CASTÁN, *Los derechos de la personalidad*, en «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», 1928, julio-agosto, pág. 5 y ss. Además véase la misma postura de CASTÁN en su *Derecho civil español, común y foral*, t. I, v. II. Madrid, 1978. En donde además recoge la definición dada por GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I., *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, pág. 702.

Por su parte, Federico DE CASTRO conceptúa a los derechos de la personalidad, como derechos «que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades», en *Los llamados derechos de la personalidad*, Separata del ANUARIO DE DERECHO CIVIL. Madrid, 1959.

CASTÁN estima «muy expresiva la denominación de derechos de la personalidad, que es la que va prevaleciendo hoy y se basa en que tales derechos están ligados indisolublemente a la personalidad del hombre». *Derecho civil...*, cit., pág. 341.

Al hablar de los derechos de la personalidad se pretende proteger ciertos aspectos de la persona física tanto en su consideración moral como ética, protección que se traduce en una tutela jurídica específica que da lugar a que la persona que se ve lesionada en esos aspectos morales o éticos obtenga la adecuada reparación. Se habla así de que son verdaderos derechos subjetivos. Por ejemplo, Messineo y Castán parecen inclinarse por esta postura (3).

No obstante, se cuestiona que sean derechos subjetivos. Díez-Picazo y Gullón ponen de relieve a este respecto que dogmáticamente resulta difícil de explicar que sean derechos subjetivos porque, si el derecho subjetivo es ante todo un poder conferido por el ordenamiento jurídico, es decir, tipificado, si la norma jurídica no tipifica previamente, o en la medida en que no lo haga, los derechos de la personalidad, faltaría la base que proclama la existencia de tales derechos subjetivos, quedando fuera de su ámbito una serie importantes de prerrogativas de la persona sin protección.

Pero, además, insisten en que, incluso cuando el ordenamiento jurídico tipifica algunos de los llamados derechos de la personalidad, por ejemplo la integridad corporal, la imagen, la intimidad privada, cabe dudar si técnicamente se consagra un auténtico derecho subjetivo. Porque no está claro cuál pueda ser su objeto, ya que se confunde inevitablemente con el propio sujeto. Ponen de relieve que ni la intimidad privada, ni la imagen, ni la integridad corporal, ni la libertad, ni la vida, son objetos distintos y separables de la propia persona, titular de un presunto derecho subjetivo. Para estos autores lo que hace realmente el ordenamiento jurídico es reconocer el respeto a atributos y bienes que estén en la misma persona y que emanan de su propia naturaleza de ser racional libre con fines que cumplir (4).

(3) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Padova, 1943, v. I, parágrafo 49, pág. 293.

Por su parte, CASTÁN acepta como doctrina más segura la de que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, idea ésta que significaría una confusión entre los derechos absolutos y relativos, sino en los bienes constituidos en determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico. Op. cit., pág. 243.

(4) LUIS DíEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, v. I, Madrid 1975, págs. 314 y ss.

CASTÁN, en su Manual, tantas veces citado, esquematizada las posiciones de los autores en el Derecho comparado en torno al tema de si los derechos de la personalidad son verdaderos derechos subjetivos, o son meros efectos reflejos del derecho objetivo.

UNGER, JELLINEK, ENNECCERUS, OERTMANN y otros autores germánicos, basándose, en especial, en el Código civil alemán niegan la existencia de verdaderos derechos subjetivos de la personalidad. Igualmente encontramos autores italianos opuestos a la misma, pero como acabamos de decir en páginas anteriores, la tesis mayoritaria es favorable, y así en Italia lo son FADDA y BENZA, FERRARA, COVIELLO, DEGNI, MESSINNEO, DE CUPIS, etc.

No es menos interesante el señalar que la protección de estos derechos no aparece sino cuando son violados, momento en el que sí que se concreta en un auténtico derecho subjetivo, el de exigir la reparación de aquel daño que tiene lugar cuando se quebranta ese deber de respeto que obliga a todos.

A todos corresponde un deber general de respeto en la esfera de la personalidad. Y la persona tiene un poder frente a todos para exigir que termine esa perturbación. Gullón y Díez-Picazo señalan que el contenido del poder variará en función de la distinta naturaleza del bien o atributo, pero que en sustancia consistirá generalmente en el goce del mismo (5).

De todo lo que acabamos de decir resulta incuestionable la necesidad de reconocimiento de estos derechos, cuya protección unas veces corresponde a la legislación penal y otras veces a la civil.

La lesión del daño puede ser material y moral. La reparación del daño moral en nuestros tiempos no tiene otra compensación que la pecuniaria. Naturalmente junto a esta compensación aparecen otras medidas como por ejemplo, el que se retire de la circulación o se destruya la publicación ofensiva para la persona. Es decir, la facultad de hacer cesar, como decía el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de febrero de 1962, de hacer suprimir el medio con el que el acto injurioso haya sido realizado y pueda ser divulgado.

Toda la dogmática jurídica de estos derechos es susceptible de diversas apreciaciones. Pero en ningún caso, como estamos insistiendo, pueden desconocerse los derechos de la personalidad.

Entre nosotros se habla de derechos de la personalidad con la dificultad que encierra el hecho de que no estaban regulados en nuestro Código civil. Se dice que son derechos de la personalidad los que protegen a la integridad física de la persona, entre los que se comprenden los atentados a la vida por obra de otros, los atentados a su integridad por obra de otro, los actos dispositivos sobre el propio cuerpo que excedan de los límites permisibles no peligrosos, los actos dispositivos sobre el propio cadáver fuera de las situaciones en que esté permitido.

Derechos que protegen la integridad moral, el derecho contra las ofensas al honor, el derecho de réplica en los medios informativos, el derecho moral de autor.

Derechos que protegen la esfera reservada de la vida, y entre ellos suelen recogerse sólo el derecho contra la difusión de la imagen y el derecho contra la violación del secreto a la correspondencia.

Entre nosotros son favorables a admitir los derechos subjetivos de la personalidad, PUIG PEÑA, BONET, ALBALADEJO, DÍEZ DÍAZ.

En alguna medida es contrario Federico DE CASTRO, y como vemos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN.

(5) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 315.

Derechos a la individualidad a través del nombre.

Derechos a la libertad personal (6).

Otros autores, adoptan una postura más nueva, cuando recogen como uno más de los derechos de la personalidad el derecho a la intimidad personal, aunque como vamos a ver después, no parecen muy seguros en la sistematización y elaboración de este concepto.

Díez-Picazo y Gullón en su «Sistema de Derecho civil» hablan de la intimidad personal como la esfera secreta de la propia persona que debe ser protegida contra las intromisiones e indagaciones ajenas. Se hacen eco de lo que dice Pugliese de cómo el derecho a la intimidad es el derecho de tener lejos de esa esfera ojos y oídos indiscretos, y de impedir la divulgación de nuestras palabras, escritos, o en general de actos y vicisitudes que entran en ella.

Se refieren a que hoy es el bien más amenazado y desprovisto de una enérgica tutela en todas sus facetas. Recuerdan los problemas de la interceptación de las conversaciones, del revelar datos personales que constan en determinados Registros, los «Bancos de datos», consecuencia de la informática, para unos fines; el captar imágenes con aparatos apropiados sin que se aperciba de ello la persona fotografiada.

Pero luego, curiosamente, estos autores recogen como manifestaciones más importantes de la protección de la intimidad el secreto de la correspondencia, los secretos profesionales y el derecho a la propia imagen, volviendo así a la postura tradicional de nuestra doctrina (7).

Como podemos ver entre nosotros no hay una sistemática, ni siquiera se llega a recoger en toda su amplitud la problemática

(6) ESPÍN, D., *op. cit.*, pág. 355.

(7) «Se admite por la doctrina la existencia de una llamada esfera secreta de la propia persona, que debe de ser protegida contra las intromisiones e indagaciones ajenas. Como dice Pugliese, el derecho a la intimidad es el derecho de tener lejos de esa esfera ojos y oídos indiscretos, y de impedir la divulgación de nuestras palabras, escritos o, en general, de actos y vicisitudes que entran en ella.

Es evidente que hoy es el bien más amenazado y desprovisto de enérgica tutela en todas sus facetas. El interceptar conversaciones, el revelar datos personales que constan en determinados registros, los llamados bancos de datos de la informática, para unos fines, el captar imágenes con aparatos apropiados sin que se aperciba de ello la persona fotografiada, etc., es noticia usual». DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Op. cit.*, pág. 321.

CASTÁN, en su obra *Derecho civil español...*, citada, se refiere al derecho a la intimidad como el derecho a la reserva de la vida privada, derecho que protege la inviolabilidad de la vida privada contra las intromisiones y las indiscreciones ajenas. El Derecho angloamericano habla del derecho a lo privado o derecho a la intimidad, RIGHT OF PRIVACY; los alemanes, de derecho a la esfera secreta de la propia persona; los italianos de derecho a la reserva, RISERVATEZZA.

Y CASTÁN mantiene que este derecho, tiene como manifestaciones más destacadas el derecho al secreto de la correspondencia y el llamado derecho a la imagen, pág. 374, *op. cit.* Además recoge como cita una obra de TRULLOL Y VILLANUEVA, *Derecho a la intimidad e informática*, que aparece publicada en «Información Jurídica», 1973, págs. 103 y ss.

Como vemos, nuestra doctrina civilista, repito, no ha llegado ni a delimitar ni el derecho a la intimidad ni tampoco a sistematizarlo.

ante el derecho a la intimidad, que ni se delimita, ni se llega a concretar en otros supuestos que no sean los clásicos.

En nuestro Derecho positivo no nos encontramos recogido el derecho a la intimidad de la persona tal como hoy aparece en la Constitución.

Se venía diciendo que la intimidad quedaba protegida por la ley de Prensa e Imprenta y por el Código penal.

La primera limitaba la libertad de expresión y el derecho a la difusión, para «la salvaguarda de la intimidad personal y familiar» (art. 2). Este es el antecedente más inmediato del artículo 18, núm. 1.º y núm. 4.º de la Constitución, el cual establece que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Y que en su protección «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

En el Código penal, el artículo 566-2.º sanciona a los que «por medio de la imprenta, litografía u otro medio de comunicación, divulgaren maliciosamente hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, pudieran producir perjuicio o graves disgustos a la familia a que la noticia se refiera».

Estos son los antecedentes, como digo, del tema del derecho a la intimidad, a su salvaguarda, entre nosotros.

Uno de los problemas de nuestro tiempo es incuestionablemente el de la necesidad de proteger la esfera de la intimidad del hombre que, por medios muy diversos, técnicos, de divulgación, o de invasión de esta esfera, la lesionan.

El derecho a la intimidad que era un derecho desconocido hasta hace muy poco tiempo, cobra así singular relieve.

Lo que sí que es difícil es decidir cuál es esa esfera privada del hombre, qué límites tiene, en qué supuesto más frecuente se concreta, qué regulación exige. Donde se carece de regulación jurídica, cómo se defenderá este derecho. Por ello creo que en principio, cuando menos dentro de nuestro Derecho, es interesante recoger el derecho a la intimidad como un derecho de la personalidad. Pero es no menos importante destacar también, como hace la Constitución, la necesidad de defender el derecho a la intimidad de la esfera familiar, lo que permite la defensa de la familia frente a la intromisión en el hogar de aquellos medios de comunicación que pueden lesionar sus más íntimos sentimientos o principios.

No pretendo con este breve estudio llegar ni a una concepción del derecho a la intimidad ni a una sistematización de los múltiples aspectos en que se traduce.

Solamente quisiera destacar algunos de los aspectos del derecho a la intimidad que exigen una especial consideración

Es verdad que algunos de los llamados derechos de la personalidad entran dentro de este concepto de la intimidad. Por ejemplo, el clásico del secreto de la correspondencia. O el más nuevo

del derecho a la imagen. Pero modernamente en nuestros días nos encontramos muchos otros supuestos de lesión de la esfera privada del hombre. Violación tan constante que se tiene como natural, de tal manera que los que la padecen no reclaman su protección.

En ocasiones han habido ejemplos de violación de la esfera de la intimidad que han dado lugar a verdaderos escándalos sociales, como el caso del «Watergate» o el «Canard Enchaîné» francés. Uno de estos escándalos ocasionados como consecuencia de la lesión de la vida privada del hombre, puede arruinar su vida profesional o política.

Con frecuencia se violan los secretos industriales, secretos de negocios, aunque éstos tienen su propia protección, su regulación específica.

En la prensa, constantemente, aparecen noticias comprometedoras del prestigio social de aquellas personas que tienen una cierta relevancia artística, política, económica.

Pero creo que otro de los aspectos más importantes de este derecho de la intimidad es su traducción en un derecho de la colectividad, el de proteger a los hombres en sus creencias, en sus principios éticos, muy especialmente cuando, a través de los medios de comunicación, se invade la esfera de la familia. El tema de la protección del derecho a la intimidad es especialmente relevante en este aspecto de protección contra los medios de comunicación que dentro de los hogares, esfera privada de la persona, violan estos principios.

Es verdad que en estos tiempos la introducción en la esfera privada puede, en ocasiones, tener una justificación. Pero nunca quedará justificado el que a través de medios técnicos, como por ejemplo, de la informática, puedan revelarse aspectos del hombre que desnuden su personalidad más íntima.

Lo difícil es decidir qué es la intimidad. El derecho a la intimidad se ha dicho que es esencialmente la salvaguarda de «toda la zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente, de la familia». Así dice nuestro diccionario de la Real Academia Española.

Es algo diferente al derecho al honor o al secreto (8).

(8) Respecto al derecho al honor, recordemos que su delimitación tampoco es fácil, pese a ser, como ha dicho CASTÁN, uno de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana, pudiendo considerarse como el primero y más importante de aquel grupo de derechos que protegen los matices personales de esa personalidad.

Para CASTÁN, en sentido objetivo, el honor es, la reputación, el buen nombre o fama de que goza ante los demás, determinada persona. En sentido subjetivo, el sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral. Pág. 369 de la obra citada.

Pero además CASTÁN distingue entre el derecho a la reserva de la vida privada, como parece calificar al derecho a la intimidad, del derecho al honor, aunque los encuentra estrechamente relacionados, pág. 374, op. cit.

Entre nosotros, Iglesias Cubria define lo íntimo como «lo reservado de cada persona, que no es lícito invadir a los demás, ni siquiera con una toma de conocimiento». Y de la interioridad se ha dicho que es aquello que diferencia al hombre del animal. El hombre tiene una vida privada, íntima, y una vida social. Aquélla la elige, ésta muchas veces le viene impuesta. En aquélla desarrolla sus más íntimos sentimientos, acciones, actitudes (9).

José María Desantes es uno de los pocos autores que entre nosotros, junto a Iglesias Cubria y García Morente, se han ocupado de la intimidad. Para Desantes la intimidad es aquella zona espiritual del hombre que él considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independientemente de lo que sea (10).

Personalmente entiendo que la intimidad es aquella zona de la individualidad específica del hombre simplemente. Aquélla que está dentro de su propia interioridad, en la que desarrolla sus propios valores, sus propios principios, en absoluta libertad, para sentirse él mismo.

Si hay alguna libertad que proteger yo diría que ésta es una de las más importantes.

En la intimidad del hombre se forja su personalidad, se desarrolla su humanidad, como consecuencia y como fruto de la libertad para elegir sus normas de conducta, sus creencias, sus ideologías. Se hace preciso proteger incluso su sensibilidad, que es una de las características que diferencia a unos hombres de otros.

La interioridad del hombre es, además, lo que le diferencia de

Todavía queremos recoger la concepción que del derecho al honor tiene DE CUPIS, el cual, recogiendo el aspecto objetivo y subjetivo del mismo, concibe al honor en la esfera jurídica, como la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma. DE CUPIS, *Il diritti della personalita*, pág. 93.

Como puede verse, esto abona mi postura de que derecho a la intimidad y derecho al honor no pueden confundirse, aunque la violación del derecho a la intimidad pueda llevar consigo frecuentemente la del derecho al honor.

(9) IGLESIAS CUBRIA, en su *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, 1970, págs. 21-22, se plantea el tema de qué es lo íntimo, partiendo de la idea de la contrapartida de la intimidad al derecho de comunicación. «Forma parte de mi intimidad todo lo que puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas. Por consiguiente, no forma parte de mi intimidad la imagen de mi rostro, aunque sí la imagen de mi desnudo. Nada más íntimo que mi propio pensamiento, en cuanto que no es cognoscible por los demás —hoy por hoy— si yo no lo revelo. Intimidad son mis deseos, mis apetencias, y, en parte, pueden serlo mis necesidades, y hasta la manera de satisfacerlas. La forma exacta de traducción jurídica de la intimidad, es por los efectos de la protección contra los demás: los demás no tienen derecho a conocer ni violar mi intimidad».

(10) DESANTES, J. M., *Intimidad e información, derechos excluyentes*, publicado en «Nuestro tiempo», núm. 213, Pamplona 1972: «Si cada hombre es capaz en mayor o menor profundidad de construir su propia intimidad; si tiene un sentido cuasi patrimonial de ella, o al menos la considera peculiar en la doble significación personal y patrimonial del vocablo; si finalmente, al propio hombre le repugna la invasión no consentida de su propia intimidad, es porque el hombre considera que es capaz de hacerse a sí propio como distinto a los demás», pág. 30.

los demás individuos de la colectividad. Y en estos momentos en que la individualidad está amenazada por la masificación, se hace especialmente importante protegerla, salvaguardarla de la absorción por la masa.

Pero esta concepción de la intimidad es sólo un aspecto de la misma.

Es un aspecto que se traduce por ejemplo, en el derecho a que no se divulguen nuestras conversaciones privadas, en el derecho a que no se divulgue nuestra imagen tomada en aquellos momentos en que queremos estar solos, es el derecho a que no se divulguen nuestros sentimientos más entrañables o nuestras actitudes ante otras personas o ante ciertos principios.

Una ley, por ejemplo, francesa de 6 de enero de 1978, contempla las hipótesis más nuevas, mecánicas, ópticas y electrónicas, mediante las que puede quebrantarse la intimidad personal. El desarrollo de la Constitución hará necesaria una ley semejante entre nosotros.

Quizá sea interesante dedicar un poco de atención a esta Ley francesa relativa a la informática, ficheros y libertades, ya que es una de las primeras que tienen en cuenta este aspecto de la intimidad de la persona. En su capítulo 1.º, artículo 1.º, se declara que la informática debe de estar al servicio de cada ciudadano. No debe de atender ni a la identidad humana, ni a los derechos del hombre, ni a la vida privada, ni a las libertades individuales o públicas. En el artículo 2.º, el legislador declara que ninguna decisión de justicia que implique apreciación sobre un comportamiento humano puede tener como fundamento un tratamiento automatizado de informaciones que den una definición de las características o de la personalidad del interesado.

En el 3.º, que toda persona tiene el derecho de conocer y de impugnar las informaciones y razonamientos utilizados en los tratamientos automatizados cuyos resultados le sean adversos.

También nos importa destacar el artículo 4.º, en el cual se define cuándo son las informaciones nominativas, diciendo que se considerarán así, en el sentido de la presente ley, las informaciones que permitan en la forma que sea, directamente o no, la identificación de las personas físicas a las que se apliquen, ya sea efectuado el tratamiento por una persona física o jurídica.

Finalmente, en el artículo 5.º se dice que se denomina tratamiento automatizado de informaciones nominativas en el sentido de la presente ley, todo el conjunto de las operaciones realizadas por medios automáticos, relativos a la recogida, registro, elaboración, modificación, conservación y destrucción de informaciones nominativas, así como todo el conjunto de operaciones de la misma naturaleza relativas al manejo de ficheros o bancos de datos y sobre todo las interconexiones, comparaciones, consultas o comunicaciones.

Todavía destacaremos de la ley, sin ánimo de analizarla exhaus-

tivamente, la prohibición que se recoge en el artículo 25 de la toma de datos realizada por cualquier medio fraudulento, desleal o ilícito.

El que cualquier persona física tiene derecho a oponerse por razones justificadas a que las informaciones nominativas que le conciernen sean objeto de proceso de datos. Artículo 26.

Es decir, en el Capítulo IV de la Ley se concretan una serie de disposiciones que tratan de proteger a la persona sus libertades de las consecuencias de la informática y de los ficheros a que da lugar.

El artículo 31 de este capítulo establece que se prohíbe poner o conservar en memoria automatizada, salvo acuerdo expreso del interesado, datos nominativos que directa o indirectamente hagan aparecer los orígenes raciales, o las opiniones políticas, filosóficas o religiosas o la filiación sindical de las personas.

La sola lectura de esta ley justifica las precauciones que el legislador tiene ante los efectos de la informática y que ha llevado a que en las nuevas Constituciones se recoja expresamente la protección de la intimidad.

La informática, sabemos todos que es aquella ciencia y aquella técnica que traduce a la información en un tratamiento racional por medios automáticos. Su expansión ha sido grande en los países industrializados.

La informática da lugar a un verdadero poder en manos de quien la controla hasta el punto de que, como acabamos de decir, puede afectar a las libertades públicas o privadas. Se ha destacado que puede convertir a los hombres en simples administrados. Puede traducirse en un gran fichero en el que, en cada Estado, el poder público posea un conjunto de informaciones de cada ciudadano que desborde el mero interés público. O que apoye a determinadas instancias del poder público.

Por eso supone, como estoy insistiendo en poner de relieve, un verdadero riesgo para las libertades del hombre.

En Francia, un denominado «Informe Tricot», obra de la Comisión de Informática y de las Libertades, señaló los cinco grandes riesgos a que conduce el desarrollo desorbitado de la informática. Creo que es importante traer aquí estas conclusiones.

El primero de los riesgos es la fama de infalibilidad del ordenador que a juicio de este informe es inquietante, pues puede tener errores en los datos, razonamientos falsos, deducciones inexactas, moral o jurídicamente criticables ante las que la máquina no tiene ninguna capacidad de extrañarse.

El segundo hace referencia a que la informática, fundada en la lógica y las matemáticas, refuerza la tendencia a la categorización de las situaciones y de los individuos.

El tercero que la informática permite conservar los datos y los resultados de los tratamientos de manera más segura y masiva que antes. Tiende así a petrificar las situaciones poniendo etiquetas a los individuos.

El cuarto, que al reforzar los medios del Estado para seguir, analizar y confrontar las diversas actividades de la persona, la familia y la empresa, la informática actúa en el seno de la eficacia técnica, pero no en el de la libertad.

Finalmente, que el intercambio y la circulación de informaciones tratadas en ordenador, permiten desbloquear los diferentes servicios de la Administración; pero existen barreras necesarias que contribuyen a la protección y a la tranquilidad de los ciudadanos.

También se señala que hoy la informática está más a disposición de los poderosos que de los débiles.

Alguien ha dicho que el derecho al secreto es esencial a la libertad. Y que si no está protegida la vida privada de cada uno, la libertad no es más que una libertad vigilada. El ordenador rompe con todas las antiguas protecciones, puesto que todo está registrado y nada se pierde.

La informática sólo debe ser aceptada en la medida que sirve al hombre, y no en la medida en que es instrumento para esclavizarle con una nueva manera de hacerlo. A tiempo todavía creemos que es necesaria y precisa el establecimiento de un régimen jurídico que proteja a los ciudadanos de los excesos que pueden resultar de la utilización de esta técnica.

La vida siempre va más deprisa que el Derecho, como lo prueba el que las leyes sean posteriores a la aparición de las necesidades que las urgen. Entre nosotros la Constitución acaba de apuntar la necesidad de llegar al desarrollo de una serie de normas que protejan la intimidad de la persona. Y no sólo en este aspecto que acabamos de estudiar, sino en todos aquéllos que de alguna manera hemos apuntado.

Es necesario llegar a un concepto, como hemos dicho, de qué es la intimidad del hombre, la familia, para poder desarrollar aquellas normas que le dejen a cubierto de cualquier posibilidad de ofensa a la esfera más privada de su vida y de la de su familia (11).

Es preciso, a través de esta protección, llegar a la de la dignidad del hombre. Dignidad que es un valor intrínseco de la persona. Yo iría más lejos y hablaría del derecho a la protección del pudor del hombre, aunque pueda parecer extraño hablar de pudor en estos tiempos. Pero lo cierto es que la violación del pudor humano puede significar una grave lesión de su personalidad.

Pero éste es sólo un aspecto de la concepción del derecho a la intimidad.

Hemos señalado la necesidad de proteger la intimidad de la esfera familiar, en la que el hombre vive sus principios, sus creen-

(11) Puede verse una traducción de la Ley núm. 78-17, del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, ficheros y libertades francesa, en «Documentación Jurídica», abril-junio 1978, Madrid, págs. 555 y ss. En ellas se encuentran también algunos de los comentarios sobre el tema contenido de la ley que yo recojo.

cias religiosas, morales y sociales. Proteger el derecho a la intimidad de la familia puede ser el arma de defensa frente a la invasión de la pornografía en los hogares através, por ejemplo, de los medios de comunicación. El tema me parece especialmente relevante en un momento en el que se predica y reconoce una libertad que lleva al quebrantamiento de los principios éticos de tantas personas.

Es el arma para proteger los principios religiosos y éticos de las personas, y de la colectividad.

Es la defensa de la dignidad del grupo familiar frente a los ataques de la comunidad a través de cualesquiera medio técnico.

Todavía, insisto, podría llegarse más lejos hablando de una necesidad de proteger la intimidad de grupos colectivos. Aunque esto desbordaría los cauces de la concepción de la intimidad a los que parece referirse, cuando menos en términos genéricos, este precepto de la Constitución vigente.

Como acabo de decir, será necesario que una Ley desarrolle el régimen jurídico de la protección del derecho a la intimidad, diferenciándolo de una vez de los otros derechos a la personalidad, e intentando, de alguna manera, recoger estos tres aspectos a los que me he referido: derecho a la intimidad de la persona, protección de la intimidad de la familia, donde aquélla también se proyecta. Y, finalmente, será necesario la protección de los principios éticos, en los que se traduce tantas veces el derecho a la intimidad, de la colectividad.

Nuestra Constitución, como hemos dicho, en su artículo 18-1.º habla de que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad familiar y personal y a la propia imagen. De este principio parece claramente separarse dos derechos de la personalidad, el derecho al honor y el derecho a la intimidad. Y también se distinguen éstos del derecho a la propia imagen. Pese a todo, para un jurista resulta muchas veces difícil deslindar los campos de estos conceptos. En algún momento hemos mantenido que honor e intimidad están estrechamente relacionados. Pero es evidente que son conceptos diferentes.

Pero además el artículo 18 habla de que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos del pleno ejercicio de sus derechos».

Queda muy claro que la Constitución está pensando sólo en este precepto en la posibilidad de que la intimidad de la persona se quebrante por uno de los medios más peligrosos y cada vez más frecuentes de la técnica moderna, la informática. Está pensando que a través de la misma no sólo se puede quebrantar la intimidad de la persona y de la familia, sino incluso su honor. Recoge la Constitución la distinción entre la intimidad de la persona y la intimidad de la familia. Para mí, sin embargo, ya no queda tan claro el párrafo último del núm. 4.º del artículo 18 «y el pleno ejercicio de sus derechos». No queda claro porque la conexión entre la informática y el ejercicio de sus derechos, pienso que

quedaría fuera de la protección del derecho a la intimidad. Más bien parece aquí quererse decir que la informática podrá afectar a la libertad del hombre. Pero esto es un aspecto, repito, que de alguna manera queda fuera de la esfera del derecho a la intimidad.

Una ley habrá de desarrollar, repito, el artículo 18 en lo relativo al derecho a la intimidad personal y familiar. Pero yo pienso que no habrá de quedar sólo en la regulación de ese régimen jurídico protector contra los efectos de la mecanización de los datos que se traducen en el aparato de la informática. Creo que la protección del derecho a la intimidad debe de pensarse en términos más amplios. En definitiva debe de intentarse la sistematización de los derechos de la personalidad, concibiéndolos o no como derechos subjetivos, porque por encima de todas las cosas son bienes del hombre, bienes ligados a su propio ser y existir.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ESTUDIOS DE DERECHO TRIBUTARIO. Dos volúmenes, XLVII, 1755 páginas, Instituto de Estudios Fiscales. Colección «Estudios Jurídicos». Madrid, 1979.

La presente obra reúne 37 trabajos realizados por miembros del Cuerpo de Abogados del Estado, continuando la tarea doctrinal que, a nivel corporativo, ha impulsado la Dirección General de lo Contencioso del Estado, en colaboración con el Instituto de Estudios Fiscales. De este modo, los «Estudios» a que nos referimos son fruto del mismo criterio de elaboración que produjo la obra «Impuestos sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», publicada en 1977.

A pesar de tratarse de una obra colectiva, los vicios de que adolecen la mayor parte de las de este tipo han sido felizmente salvados, merced a la concurrencia de dos circunstancias:

1.^a La pertenencia de todos sus autores a un Cuerpo funcional como el de Abogados del Estado, que asegura el necesario nivel técnico y doctrinal de cada trabajo.

2.^a El establecimiento, de forma clara y precisa, del objeto y contenido de cada uno de los temas, que permite evitar innecesarias repeticiones; sin dejar lagunas en el contenido de la obra.

La Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, que contiene los «principios básicos y normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico del sistema tributario español» (art. 1), es la base sobre la que operan todos los trabajos que, globalmente, cubren totalmente su articulado. Se ha pretendido, aprovechando el XV aniversario de la entrada en vigor de dicha Ley, colmar un vacío de la doctrina jurídico-tributaria, que hasta el momento no había abordado su completo y exhaustivo estudio, en la medida alcanzada por esta obra.

Es evidente que en una escueta reseña resulta imposible hacer una crítica de cada uno de los 37 estudios publicados; sin embargo, interesa destacar, sobre todo en este ANUARIO, la coincidencia en aplicar técnicas y conceptos del Derecho privado, para el estudio de los problemas tributarios. Este proceder, consecuencia de la naturaleza de la Parte General del Derecho civil y del Derecho de obligaciones, lleva a situaciones peculiares. Por una parte, las instituciones jurídico-privadas son objeto de examen y crítica, que no deben ser olvidados por el privatista en su labor. Además, dichas instituciones son modeladas para adecuarlas a las necesidades del fenómeno tributario, introduciéndose criterios que, en ocasiones, son generalizables para ajustarlas a la realidad social.

Prácticamente la totalidad de la Parte General del Derecho Tributario se encuentra distribuida en los trabajos que comentamos. El poder tribu-

tario y las fuentes normativas son estudiados por S. Marín Marín, J. Tomás Villarroya, L. Cazorla Prieto, J. Ruiz-Beato, F. Fernández de Trocóniz, E. Recoder de Casso y F. Díez Moreno. Las exenciones tributarias y la aplicación de las normas fiscales, en todos sus aspectos, por J. A. Piqueras, A. de las Alas-Pumariño, A. Sáinz de Vicuña, M. Arias Cañete y L. Pastor Ridruejo. Dos materias conflictivas, como la Seguridad Social y las contribuciones especiales estatales examinan F. Rodríguez Boti y M. Román Román. Los elementos de la relación jurídica tributaria son objeto de completo tratamiento por J. Basanta de la Peña, A. Botella, J. García Torres y A. Martínez Lafuente; realizándose el estudio de las vicisitudes y caracteres de los créditos tributarios por M. Martín Timón, P. L. Serrera, J. M. Pabón de Acuña y R. Arozarena. El procedimiento de gestión tributaria, con las posibles actuaciones sancionadoras, así como el recaudatorio, son abordados por J. I. Olivares, J. Serna Masia, L. Argüello, Carlos Martínez González, J. Aquilué, R. Echenique, J. Mexia, A. García-Bragado, J. R. Calero, P. Pemán Medina y J. Solchaga. También los medios de revisión y la especial figura que es la repercusión tributaria examinan J. Dufol Abad, M. Vizcaíno, A. Sánchez González y A. Sánchez-Bella. Sirve de prólogo un agudo estudio del profesor Sáinz de Bujanda sobre la función de los Abogados del Estado en la Administración Financiera, en especial su actividad de asesoramiento, necesitada de una decidida potenciación.

Como colofón, la obra incorpora una «Bibliografía de Derecho Tributario (Parte General)», debida a los cuidados de A. Martínez Lafuente, cuya utilidad está fuera de toda duda.

Sólo resta hacer votos para que, obras como la presente, permitan alcanzar el fin básico del Derecho Tributario, a saber, someter a Derecho y, por tanto, hacer justas las relaciones entre la Hacienda Pública y los ciudadanos.

PEDRO ELIZALDE AYMERICH

FERNANDEZ-SHAW, Félix: «La difusión internacional de los programas audiovisuales». Madrid, 1980. Editorial Tecnos. Un volumen de 348 págs.

El interés del civilista por esta obra sería suficiente por lo que respecta a sus capítulos séptimo y octavo, donde se aborda el derecho de autor en la cinematografía, en los fotogramas y en los videogramas, así como en la radiodifusión. Además, por lo novedoso que resulta para contrastar con un esquema clásico, el nuevo contenido y exigencias que presentan la regulación de los derechos conexos de los artistas, intérpretes y ejecutantes de este nuevo mundo de la cultura audiovisual que recibimos diariamente. Si su importancia en el ámbito nacional es grande y significativa, al proyectarse al ámbito internacional esta comunicación de la cultura audiovisual plantea cuestiones importantes sobre el empleo de los medios o instrumentos jurídicos más idóneos para que pueda desarrollarse y tener efectividad. Con objeto de evidenciar estos fines y estudiarlos, esta interesante y bien trabajada obra del doctor Fernández-Shaw nos presenta el aspecto

concreto de la difusión internacional de los programas audiovisuales. Iniciada como tesis doctoral es ahora desarrollada como obra didáctica para los alumnos de la Escuela Oficial de Radiodifusión y Televisión de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense.

La obra contiene doce capítulos, donde el primero trata de concretar los conceptos fundamentales respecto a los programas audiovisuales, su internacionalidad y su difusión. En el segundo se aborda la política internacional de los Estados en cuanto a los programas audiovisuales, su normativa general (Declaraciones de principios, convenios y tratados) y la regional (americana, europea, asiática, africana, etc.) y sus instrumentos jurídicos internacionales de carácter específico.

El tercer capítulo se dedica a los programas audiovisuales en la política internacional española, los instrumentos jurídicos que utiliza internacionalmente para el material audiovisual, el cinematográfico, la radiodifusión y los fotogramas, así como la proyección internacional de estos medios.

Los capítulos cuarto y quinto presentan los obstáculos a la difusión internacional en las fases de creación y de producción del programa (extensión de programas, utilización de la lengua, problemas técnicos), así como los obstáculos y la difusión en las fases de distribución y de exhibición del programa (problemas económicos, comercialización, aduanas y exhibición).

En cuanto a los derechos de autor de la obra audiovisual en su regulación internacional (su problemática, sus instrumentos jurídicos y organización internacional), así como el derecho de autor en España, se dedica el capítulo sexto, añadiéndose un séptimo para concretar el derecho de autor en la cinematografía en los fotogramas y en los videogramas. Para el examen del derecho de autor en la radiodifusión se dedica un capítulo aparte, que es el octavo, y para los derechos conexos al derecho de autor, el capítulo noveno aborda las cuestiones específicas que se suscitan, así como los instrumentos internacionales tipo que los regulan. El capítulo diez expone los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonograma, en concreto, las excepciones a la protección, la no retroactividad y las relaciones con otros derechos y acuerdos especiales. El capítulo once destaca los derechos de los organismos de radiodifusión, su titularidad, duración, relaciones con otros ordenamientos y la situación de España, para concluir en el capítulo doce sobre las relaciones para la difusión internacional de programas, sean estos informativos, culturales o de entretenimiento.

Un índice onomástico y otro de materias completan esta elaborada y básica obra sobre la difusión de los programas audiovisuales que abre una nueva brecha en el ámbito jurídico como resultado de la más avanzada técnica del hombre en su cultura y en sus relaciones internacionales.

JOSÉ BONET CORREA

MOISSET DE ESPANES, Luis: «Estudios. Parte general. Obligaciones y Derechos reales». Córdoba (Argentina). Comercio y Justicia Editores. Un volumen de 78 págs.

En esta publicación se reúnen una serie de artículos que el ilustre civilista argentino tenía inéditos, así como otros ya publicados en diversos diarios o revistas, presentándolos en un solo volumen para facilitar al lector su manejo. Con objeto de indicar y clasificar su temática, el autor acude al sistema pandectista de la civilística, por lo que sus capítulos van a incluirse en una «parte general», en la correspondiente a las «obligaciones» y en otra de los «derechos reales». De este modo, los tres capítulos de la obra recogen la labor cotidiana y más espontánea de divulgación realizada por este autor, en torno a la legislación y jurisprudencia argentina sobre aquellos temas que son más novedosos o que cuentan con escasa bibliografía en el país.

En el primer capítulo, se han reunido aquellos escritos de contenido histórico o que hacen referencia a la «Parte general» de las relaciones de Derecho civil. Así, es el estudio sobre «El nacimiento de Don Dalmacio Vélez Sársfield» y el que trata de las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad del Código de Vélez Sársfield; hay que añadir los que se ocupan de «La igualdad jurídica de los sexos y el apellido», la «Lesión. Elementos y naturaleza jurídica» e «Indemnización de equidad o caridad».

El segundo capítulo, dedicado a las «obligaciones», reúne los escritos sobre puntos concretos de las mismas, como «La revisión judicial de las cláusulas penales, «Acreedores, deudores e indexación» (en colaboración con Ramón Daniel Pizarro), «Imprevisión e inflación», «Resolución por imprevisión e inflación: que debe restituirse», «Actualización de alquileres e imprevisión», «Interpretación del derecho e interpretación de hechos. Reflexiones a raíz del valorismo judicial», «Actualización monetaria. Su determinación en ejecución de sentencia», «De nuevo sobre las sentencias que conceden actualización monetaria», «Límites al valor o al monto de la expropiación», «Notas sobre la obligación de escriturar» (en colaboración con Carlos Gustavo Vallespinos), «la mora automática y la colaboración de las partes» y «Notas sobre el enriquecimiento sin causa».

El capítulo tercero contiene aquellos estudios que se refieren a diversos aspectos de los derechos reales, tales como, «Abandono de la posesión y cosas abandonadas», «Publicidad inmobiliaria: qué documentos deben inscribirse?», «Función calificadora del Registrador: sus límites», «Propiedad de automotores y responsabilidad», «La responsabilidad del titular registral del dominio» y «Notas sobre el justo título y la prescripción adquisitiva decenal».

En todos estos breves estudios, el distinguido autor pone su nota penetrante, destaca el relieve idóneo del conflicto de intereses y su norma aplicable, así como el progresivo desarrollo jurisprudencial de los tribunales argentinos.

MONTES, Vicente L.: «La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo». Madrid, 1980. Editorial Civitas. Un volumen de 308 págs

El estudio, concreción y alcance del derecho de propiedad en el ordenamiento contemporáneo supone emprender una tarea ardua y compleja, donde se ha de verter una gran dosis de prudencia ante las influencias de las pasiones ideológicas, las intransigencias políticas y el predominio de los intereses de una burocracia pública, así como de tantas otras procedentes de grupos de presión social, industriales y financieros, culturales, éticos, religiosos y consuetudinarios, y también de los extranjeros o comparados. El jurista, no cabe duda, por su labor interpretativa, fundamentalmente, es el más preparado para llevar a cabo este análisis objetivado que ha de expresar ese punto de vista sobre la justicia que implica cada institución. Tal es el caso que se produce con esta pulcra monografía en torno a la propiedad privada, del profesor Montés, quien, por su calidad de jurisprudente y por su ecuanimidad de civilista, logra una contribución muy valiosa al estudio del derecho de propiedad privada en el ordenamiento actual. Esta obra toma como punto de partida las normas fundamentales establecidas en los artículos 348 y 349 del Código civil español y los nuevos textos constitucionales, para pasar al análisis de tales preceptos desde la perspectiva histórica inmediata que desarrolla la concepción liberal del dominio y cómo se plasma la idea de la propiedad privada con sentido exclusivista hasta llegar con su evolución a un nuevo concepto de propiedad con función social.

En ocho capítulos se distribuye el análisis y periplo de esta monografía sobre el derecho de propiedad privada. Después de un primer capítulo de precedentes y exposición de las concordancias de lo contenido en los artículos 348 y 349 del Código civil, en su dimensión interna y comparada, el capítulo segundo delimita y concreta la idea de propiedad privada recogida en el Código civil, partiendo desde las Cortes de Cádiz de 1812 hasta que se plasma en el Código civil de 1889.

El capítulo tercero establece las líneas generales del proceso de cambio en la concepción del dominio una vez que hace crisis su concepto liberal, destacando el cambio dogmático de la titularidad al de ejercicio, los rasgos de la nueva propiedad, los diversos estatutos dominicales en la legislación española en los que aparece la propiedad como una situación jurídica compleja (Ley del Régimen del Suelo y de Ordenación Urbana, Ley de Reforma y de Desarrollo Agrario, Ley de Minas y Ley de Expropiación Forzosa).

En el capítulo cuarto se aborda la disciplina constitucional del dominio y de sus principios rectores, para lo cual se parte de un examen del sistema anterior y de sus Leyes Fundamentales hasta llegar al nuevo artículo 33 de la Constitución española de 1978.

El capítulo quinto está dedicado a la cuestión fundamental que se plantea en la propiedad privada, cuál es la de su «contenido apriorístico» y el del «contenido esencial» del dominio hasta llegar a delimitar sus derechos y su función social. Se examinan las posiciones doctrinales sobre la función social de la propiedad privada, las posiciones negativas, la idea de función social como regla moral, la función social de la institución y el concepto.

de función social o más bien de «funcionalización» social de la propiedad, según este autor. Destaca cómo la idea de «actividad» es el punto central de la disciplina, puesto que no se trata de una propiedad como en el Código civil desde la perspectiva de la «titularidad», sino desde una idea de la «actividad»; las leyes del régimen del suelo, de expropiación forzosa y de reforma agraria, el *agere licere* del propietario aparece no sólo disminuido en extensión, sino también alterado en su esencia, porque sólo si actúa en el sentido indicado se verá libre de expropiación. La razón de esta impulsión a la actividad se encuentra en una exigencia del interés público y el propietario es respetado porque la actividad que desarrolla es uniforme con los objetivos propuestos por la Administración en razón del «interés público»; la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

El capítulo sexto entra en el examen de la propiedad privada, según el Derecho contemporáneo, donde se perfila la idea de propiedad privada y la identificación del derecho de propiedad, la revisión de los caracteres del dominio y el contenido de la propiedad, sus facultades de goce y disposición, sus límites, así como la disciplina de la propiedad y la disciplina del bien en propiedad. Las referencias a la doctrina europea son muy completas, sobre todo en cuanto a los autores italianos y franceses, si bien se advierten ciertas omisiones de contribuciones alemanas y suizas (1) y se prescinde de las anglosajonas. Por último, en el capítulo séptimo se aborda el contenido del dominio y las acciones que lo protegen, destacándose en primer lugar la acción reivindicatoria y sus diferencias con la acción declarativa de dominio, la acción y procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el expediente de dominio y las acciones de deslinde y amojonamiento; además se puntualizan los requisitos de eficacia de la acción reivindicatoria (en cuanto al reivindicante, la legitimación pasiva, el objeto de la acción reivindicatoria, los efectos y los límites, así como la prescripción de dicha acción). En segundo lugar se estudia la acción declarativa de dominio para concluirse con la acción negatoria.

En definitiva, con esta penetrante monografía sobre la propiedad privada se contribuye en nuestra civilística a poner al día una de las instituciones básicas de las relaciones jurídicas patrimoniales y de la organización social.

JOSÉ BONET CORREA

(1) RUDOLPH, *Die Bindungen des Eigentums*. Tübingen, 1960, importante por su examen comparado con el ordenamiento anglosajón; *Eigentum und Eigentumsverteilung als theologische, rechtsphilosophische und ökonomische Problem* (Ponencias al Congreso de Juristas Evangélicos). München, 1961; KRÖNER, *Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*. Berlin, 1961; NEGRO, *Das Eigentum. Geschichte und Zukunft. Versuch eines Überblicks*. München, 1963; WIEDEMANN, *Das sozialistische Eigentum in Mitteleuropa*. Köln, 1964; DÄUBLER, SIEGLING-WENDELING, WELKOBORSKY, *Eigentum und Recht*. Neuwied, 1976; MEIER-HAYOZ, *Grundeigentum*, II (Bern, 1973); SCHEIWILER, *Das Interesse des Grundeigentümers am Untergrund. Gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB*. Bern, 1974; EISSEL, *Eigentum*. Baden-Baden, 1978; WERDER, *Eigentum und Verfassungswandel*. Diesenhofen, 1978.

REVERTE NAVARRO, Antonio, «Intervención Judicial en las Situaciones Familiares (Notas al Código civil)». Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1980, 286 págs.

1. Quiero llamar la atención sobre este libro escrito por Antonio Reverte Navarro, Profesor Agregado de Derecho civil, cuya personalidad científica, por conocida, no es preciso poner aquí de relieve. No se trata de un libro más relativo al Derecho de familia, que tanto ha ocupado y preocupado al mundo jurídico en los veinte últimos años, sino de una obra de interés por múltiples conceptos. Ante todo, resalta el hecho de ser un libro sobre el Derecho hoy vigente que aparece a las vísperas de dos importantes reformas legislativas, las cuales, unidas a las introducidas en 1975, están enderezadas a remodelar completamente la fisonomía tradicional de nuestro Derecho de familia. Es, pues, un libro que está a caballo del «*ius vetus*» y del «*ius novum*»; de aquí, precisamente, su importancia porque no se deja arrastrar por la novedad de las reformas, sino que, como una verdadera obra epigonal, recoge el desarrollo científico de una larga tradición dogmática construida a base de los datos del Derecho constituido. En este sentido, la obra es excelente y el autor se muestra como un buen conocedor de la materia que estudia, y de las conexiones sistemáticas que ella implica. Esta es, por otra parte, una segunda nota que destaca. Sobre el Derecho de familia son frecuentes las obras sistemáticas generales y los estudios monográficos referidos a un instituto en particular; pero no los trabajos que, como éste, combinan los dos criterios. El libro comprende, en efecto, todas las instituciones propias del Derecho de familia —emancipación, ausencia y tutela incluidas—, pero no las examina *in abstracto*, sino desde la perspectiva concreta de las posibilidades de intervención judicial que la disciplina de cada una de ellas prevé, al propio tiempo que agota, prácticamente, los supuestos típicos que, en el ámbito seleccionado, contemplan una intervención de esta naturaleza. Hay aquí, como vemos, un punto de vista interesante por cuanto pone de relieve la abundancia de estos supuestos y la intensidad que, en ciertos casos, presenta la discrecionalidad judicial, óptica desde la que se constata que el juez no es ajeno a casi ninguna situación familiar, según nuestro Derecho positivo en vigor. No debemos extrañarnos, por consiguiente, si las reformas proyectadas aumentan la virtualidad de la intervención judicial en los asuntos familiares cuando multiplican los supuestos de intervención, potencian las atribuciones del juez y amplían, en algún caso, quizá, en exceso, el área de discrecionalidad; en rigor, estas reformas no hacen más que recoger tendencias que están hoy *in fieri* y fortalecerlas en cantidad y en calidad, como en el libro que comentamos se hace notar (p. 31).

2. El libro se desdobra en dos partes, una sobre la intervención judicial en el Derecho de familia en general (pp. 11-38) y otra relativa a la disciplina de tal intervención en las situaciones familiares concretas (pp. 41-257); en esta última parte el autor se ocupa, con una extensión diversa, del arbitrio judicial en tema de promesa de matrimonio, autorización para contraerlo, domicilio de la familia, separación personal, nulidad del matrimonio, dispensa e impedimentos, alimentos, patria potestad, emancipación,

adopción, ausencia, tutela, habilitación de edad y régimen económico del matrimonio, y por este mismo orden, que es el orden de aparición de estos institutos en el Código civil. Completan la obra un índice bibliográfico bastante exhaustivo, que abarca casi toda la literatura nacional y extranjera existente sobre estos temas, y un índice muy útil concerniente a las decisiones de la jurisprudencia judicial y registral consultadas, con una referencia a la página en que aparecen citadas (pp. 261-274 y 277-280). Es de señalar que a lo largo del libro hay, en efecto, un uso bastante intenso de estas fuentes y referencias oportunas al Derecho comparado, en especial al Derecho francés y a la doctrina extranjera, principalmente italiana.

Una idea de la calidad del trabajo nos la da el contenido de la primera parte, que bien podría titularse teoría general de la actuación judicial en el Derecho de familia. El punto de partida está en una concepción normativista del Derecho que, lejos de abstraerse en un formalismo estéril, subraya la siempre necesaria resolución jurisdiccional en orden a concretar el mandato hipotético de la norma en su aplicación a la vida real. Destacan en esta parte observaciones de interés sobre la lógica de la aplicación judicial del Derecho, como es, por ejemplo, la distinción de discrecionalidad judicial y apreciación libre de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Asimismo, algunas peculiaridades que presenta la intervención del juez en el campo familiar. Entre otras, una es que, mientras la actuación del Estado se dirige a la tutela del grupo familiar a través del Derecho de familia, que es un *posterius* frente al hecho de la familia, la intervención judicial aparece enderezada, fundamentalmente, a la protección del bienestar individual en el seno del mismo. Otra particularidad de la actuación del juez en el Derecho de familia es que, por contraste con otros sectores del ordenamiento, aparece de una forma muy palpable, lo que se debe a que la disciplina de las situaciones familiares no puede evitar acudir a conceptos de carácter elástico y flexible, verdaderos «órganos respiratorios del sistema positivo», como los llama POLACCO con acierto, según recuerda el propio autor (p. 16, nota 10). En fin, otra especialidad es que la actuación del juez no es libre y arbitraria, sino que el ordenamiento le confía un ámbito de discrecionalidad tasada *secundum legem*; de acuerdo con la tipología de BETTI, a la que el autor alude, se trata de una intervención judicial que no es absoluta, pura o basada en datos técnicos, sino fundamentalmente del tipo orientado a concretar conceptos legales indeterminados. En otro orden de cosas, se puede señalar que la intervención judicial en el campo familiar se ha incrementado en el Derecho moderno cuantitativa y cualitativamente y que la discrecionalidad judicial discurre en nuestra legislación actual a través de cauces diversos; señaladamente, cuando la ley acude a fórmulas, tales como el criterio de proporcionalidad, a la justa causa, a la conveniencia y oportunidad o al interés de la familia. Acaso pueda avanzarse la hipótesis de que esta discrecionalidad es más amplia cuando no hay una familia y más restringida cuando existe; de aquí que el autor subdistinga una forma de intervención subsidiaria, en este último caso, mientras que en el supuesto contrario, en cambio, la mediación del juez, dice, «no puede tener carácter subsidiario, sino preferente y principal» (p. 37). Con todo, creemos que la intervención judicial.

ha de ser siempre un remedio extremo, y así lo entiende el propio autor cuando afirma, siguiendo a OPPO, que «el recurso al juez, en las situaciones familiares, puede dar al traste con la vida matrimonial y familiar y acentúa la crisis de la familia» (p. 28).

3. No queremos terminar sin una alusión breve a la metodología que el autor emplea. El libro es un buen ejemplo del método dogmático en la versión que podemos considerar clásica, en la que los pandectistas fueron unos maestros consumados. En él se estudia un aspecto particular que es común a una serie de institutos y se enlazan los datos que provienen de su disciplina positiva concreta; sobre esta base se configuran, luego, las líneas maestras de una teoría general que concierne al mismo y se ponen de relieve sus ramificaciones sistemáticas. De acuerdo con este esquema, poco a poco se enriquece el sistema, se refinan los conceptos y se perfecciona la técnica de aplicación del Derecho. Y esto es, precisamente, lo que aporta a nuestra doctrina científica el libro a que nos hemos venido refiriendo, por lo que respecta a la intervención judicial en el ámbito familiar; una obra definitiva, pues, de cara al Derecho vigente.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «Estudios varios. Obligaciones, contratos, empresas y sociedades». Madrid, 1980. Editorial Montecorvo. Un volumen de 685 págs.

Es de agradecer a un gran jurista, como Vallet de Goytisoló, que reúna sus diversos estudios, notas y comentarios a la jurisprudencia, en unos volúmenes donde pueda consultarse su obra y al mismo tiempo pueda seguirse en su línea de pensamiento, tan sereno como matizado y profundo. Ahora, en este volumen de estudios varios, reúne aquellos trabajos y artículos de diversos aspectos sobre las relaciones obligatorias patrimoniales que presentaron un interés más cuestionable y crítico en el momento en que fueron publicados.

Efectivamente, este volumen se inicia con una interrogante muy fundamental: ¿Qué son las obligaciones? La respuesta nos la da con el estudio que titula «En torno a los conceptos de crédito y obligación», donde concluye su resultado unitario como un derecho *contra* el deudor y exigible ante los tribunales. No podía faltar, en su formación de gran humanista y de jurisconsulto, su preocupación por la que es la unidad de medida del mundo patrimonial, la moneda, en cuanto a sus aspectos de medio de pago de las prestaciones obligatorias y de las consecuencias jurídicas de su depreciación, por lo que recoge su estudio, ya clásico, sobre «La antítesis inflación-justicia», que tanta repercusión ha tenido en nuestra doctrina y jurisprudencia, llevándole a concretar aspectos más particularizados en su otra contribución sobre las «Repercusiones de la inflación en lo rústico y en lo urbano en lo industrial y en lo agrario».

De su competente labor asesora resulta el «Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble

adquirido por mujer casada, con dinero que confesó era parafernalia». De su labor exegética y crítica son las «Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones».

La segunda parte de este volumen, bajo el título «contratos», recoge aquellos estudios de aspectos más concretos, como los correspondientes al ámbito de los contratos a favor de tercero, cual es el «Contrato de compraventa a favor de persona por determinar» y, en el sector de los contratos agrarios, al abordar «Los establecimientos enfitéuticos en la colonización agraria y para la adecuación y conservación de sus estructuras en la panorámica de la historia de Cataluña». En cuanto a los contratos sobre bienes con ocasión de matrimonio, se refiere concretamente a «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación». En cuanto a los contratos con cláusulas de eficacia «post mortem» a favor de terceros o recíprocas entre los adquirentes hace unas «Apostillas acerca de las compraventas con pacto de sobrevivencia» y trata el caso de «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia, su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el Derecho foral catalán»; además aborda «El pacto de sobrevivencia en compras por cónyuges en común y proindiviso, en relación con la Ley «hac edictali» y con edificación del solar común por uno solo de los cónyuges»; también, sobre «Teleología y dogmática de la compraventa con pacto de sobrevivencia» y «Las compras con pacto de sobrevivencia en el Derecho catalán». Dos estudios más son dedicados a «Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y de un tercero a la muerte de aquél, o de los vendedores con acrecimiento al superviviente» y a «Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero, y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores».

Dentro del ámbito mercantil, los estudios que Vallet recoge son el que trata de «El aval en documento separado en el Código de Comercio español, según la Sentencia de 9 de junio de 1958» y para la materia de la empresa y las sociedades, el «De la propiedad al capitalismo anónimo y a la propuesta de reforma de la empresa»; además añade su nota sobre la «Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles, de Ralf Serick, y sus comentarios de Derecho español por José Puich Brutau, como lección práctica de metodología», para pasar al aspecto concreto de estudio acerca de la sociedad de responsabilidad limitada, antes de la Ley, sobre «La responsabilidad personal de los socios en las compañías de responsabilidad limitada, frente a la sociedad y frente a terceros», para concluir con «Un problema en el funcionamiento de las sociedades anónimas».

El volumen resulta muy cuidado al haberse elaborado un índice de autores, otro de conceptos, además del general, para el hallazgo inmediato de ciertas cuestiones y aspectos concretos.

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de JOSE RAMON ANTON RIESCO

RODRIGUEZ LOPEZ, Félix: "Algunas cuestiones sobre el acrecimiento en las comunidades.—La comunidad de usufructuarios y el usufructo de cónyuges". R.C.D.I., núm. 535, noviembre-diciembre 1979, pág. 1269.

Se parte en este trabajo de que la tesis básica en nuestro derecho en torno al derecho de acrecer se encuentra marcada por un imprescindible presupuesto para su actuación: el hecho comunitario, y este hecho puede estar marcado por dos situaciones: en trámite de formación, cuando la comunidad está en vías de constitución y desarrollado, cuando la comunidad está plenamente constituida.

La vocación a la comunidad puede provenir de un acto mortis causa o de un acto inter vivos, bien lucrativo, bien oneroso. La referida vocación puede además producirse como acto conjunto o con designación de parte específica, como así se infiere de los artículos 637, 982 y 1.398 del Código civil.

La situación de comunidad constituida se producirá una vez que la adquisición del derecho sobre el que aquélla haya de recaer sea concreta y definitiva. Dentro de ésta concierne especialmente y conviene de modo importante distinguir los dos fundamentales tipos de comunidad que se pueden ofrecer: la romana o por cuotas y la comunidad germánica.

Después de sentar estas bases se va descendiendo al examen de casos concretos, típicos y peculiares como el del artículo 521 del Código civil y la comunidad del usufructo entre cónyuges. ?

Por lo que respecta al primero se estudian las siguientes fases: comunidad de usufructuarios en formación y modalidades señaladas anteriormente, entre las que adquieren especial importancia la vocación por acto mortis causa, deteniéndose especialmente en investigar las posturas de algunos autores como García Bernardo, Beltrán de Heredia y Roca Sastre. Más adelante se estudia la vocación por acto inter vivos y gratuito a la comunidad de usufructo. Y en esta materia se concluye con el examen de la comunidad de usufructuarios ya constituida.

En la comunidad de usufructo entre cónyuges se distingue entre el usufructo por cuotas indivisas y el denominado usufructo ganancial. El nacimiento de esta figura se estudia y examina en consonancia con el artículo 95 regla 1.^a del Reglamento Hipotecario.

No obstante hay algunas cuestiones que son objeto de un más detallado examen, como la cuestión acerca de si en las enajenaciones de nuda propiedad sin reserva explícita del derecho de usufructo ha de entenderse constituido tal derecho, otra, dentro del usufructo simultáneo y conjunto entre cónyuges, si es posible su adquisición por negocio simultáneo oneroso o por reserva en la enajenación de la nuda propiedad de unos bienes gananciales o bien por reserva en la enajenación de la nuda propiedad de bienes privativos.

DE LA RICA, Ramón: "El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción". R.C.D.I., núm. 534, septiembre-octubre 1979, pág. 1037.

Es uno de los problemas que a juicio de La Rica se plantean en Derecho inmobiliario sin que tenga una solución concreta y precisa. Debe su origen principalmente al contorno ambivalente o impreciso de este mismo derecho, intermedio entre los de naturaleza personal y real, sino también a la diferente y a veces contradictoria doctrina que sostuvieron los hipotecaristas clásicos en los albores del sistema. El autor da una idea civilista del tema antes de entrar en el concepto propiamente registral de la materia.

Afirma siguiendo a Gierke que el tanteo, al igual que el retracto, es uno de los derechos que se pueden encuadrar dentro de los llamados derechos de adquisición y que se puede constituir de forma legal o meramente convencional.

Mantiene la tesis de que es inoperante la crisis de identidad que sufren los derechos reales de adquisición en el ámbito civil.

Señala la diferencia de tratamiento que debe llevar a que los derechos de tanteo legal no es necesario que se inscriban en los Registros de la Propiedad, mientras que es necesario que los convencionales lo sean para que puedan afectar a terceros, dentro de la teoría del *numerus apertus* que pregona el artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Al examinar la jurisprudencia registral se detiene muy especialmente en la Resolución de 20 de septiembre de 1966 y hace una exposición completa de la misma en todos sus términos. Termina el examen de esta jurisprudencia con el detenido estudio de la Resolución de 19 de septiembre de 1974.

Más adelante se estudian los requisitos de los títulos inscribibles y las condiciones que deben tener los mismos para que puedan gozar de la protección registral en todos sus aspectos. Los modos de constitución y las formas de la misma son examinadas detenidamente, así como las circunstancias de la inscripción, con especial referencia a los datos y requisitos exigidos por la norma del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

En las circunstancias de la inscripción del derecho de tanteo convencional se menciona las modalidades de la misma, deteniéndose y haciendo especial mención de si es necesario un plazo de duración no vinculante, las modalidades del plazo y del aviso de la enajenación vinculante, y si se constituye como un derecho a favor de una persona, personalísimo o como derecho transmisible o a favor de quien en cada momento sea titular de un inmueble determinado.

CASTAN, José María: "La enajenación de bienes de menores sometidos a la patria potestad". Septiembre-Octubre, núm. 534, R.C.D.I., año LV, pág. 1019.

Uno de los temas que ofrece mayor interés práctico entre los muchos que se plantean dentro del ámbito patrimonial de la patria potes-

dad es, sin duda, el de la enajenación de bienes de menores. La necesidad de limitar las facultades del ejerciente de la patria potestad en orden a la enajenación de bienes de los hijos fue advertida en el Derecho medieval español y asoma a textos del Fuero Juzgo y de las Partidas.

Respecto al artículo 164 existen dos limitaciones: para vender y gravar, y por otro lado, para transigir.

Para vender y gravar se deben tener en cuenta las siguientes condiciones:

- a) Los bienes a que afecta la limitación.
- b) Los actos a que se extiende la limitación.
- c) El procedimiento para obtener la autorización judicial.
- d) La naturaleza de la autorización.

Dentro de la enajenación de bienes de menores en el Código civil se distinguen las siguientes sanciones:

- a) Por anulabilidad de la enajenación realizada sin autorización.
- b) Por impugnabilidad de la enajenación realizada con autorización.
- c) Por anulabilidad de la transacción acordada sin autorización.

Para finalizar, en el último capítulo José M.^a Castán expone el tema de la enajenación de bienes de menores en el proyecto de ley sobre reforma del Código civil en materia de patria potestad visto desde el plano del derecho futuro.

Esta recensión está realizada en tres capítulos principales, resumiendo a su vez el segundo en dos apartados que contienen cada uno cuatro y tres capítulos, respectivamente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros ha ido interpretando el artículo 164 en numerosos casos concretos. A través de ellos se ha declarado que es necesaria la autorización judicial: en la venta de bienes inmuebles; en la cesión de créditos hipotecarios; en la posposición de hipoteca que afecte a los menores; en las adjudicaciones de bienes de pago para deudas; en la cancelación de hipotecas; en la revocación y por cumplimiento de condición resolutoria, de donaciones inmuebles hechas a favor de los hijos.

EGEA IBAÑEZ, Ricardo: "El contrato de financiación de bienes inmuebles". R.C.D.I., núm. 535, noviembre-diciembre 1979, pág. 1229.

Diversos son los conceptos que recoge el autor en torno a la definición o contenido de esta figura. De un lado, siguiendo a Fragali, se afirma que puede ser un contrato de financiación en el que se completan además los avales y las fianzas, o bien que se trata de un capital transferido para invertirlo en un destino o finalidad señalada en el contrato. El Código civil siguiendo el concepto del Derecho romano ha calificado el contrato como un contrato real en su artículo 1.740. Se trata igualmente de un contrato unilateral, en cuanto sólo produce una obligación, la de devolver la cosa prestada.

El contrato de crédito, por el contrario, es un contrato consensual, así lo define el artículo 1.842 del Código civil italiano. Es en suma un contrato definitivo, que se caracteriza por la facultad de disponer de

una suma de dinero a favor de aquella persona a la que se ha concedido el crédito.

En el Derecho español, por el contrario, como dice Garrigues, falta una base legal para dar una definición del contrato de crédito.

El contrato de mutuo es examinado a través de la óptica de contrato real, sin que falten autores que traten de incorporarlo a la masa de los contratos personales, tales como Roca, González Palomino y otros.

El autor se dedica, con una gran visión práctica y doctrinal, a ir comentando algunos contratos de la vida real, especialmente cláusulas incluso de estilo de escrituras de préstamos de Cajas de Ahorro. La entrega de dinero se corresponde a veces simultáneamente con el ingreso en la cuenta de depósito de la entidad prestamista.

Otras veces la entrega de dinero ha sido sustituida por un reconocimiento de haber recibido la cantidad y que queda ingresada también en cuenta especial. A veces, por el contrario, aparece el contrato consensual de préstamo con ejecución posterior diferida. Son notas típicas de este estudio las causas de resolución, tales como el vencimiento de la obligación principal, o bien la falta de pago de los plazos de la amortización, o la falta de pago de los intereses; otras veces se aplica la normativa del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Finalmente, se examina la resolución del mutuo por incumplimiento por parte del mutuario del destino inversión de las sumas pactadas.

De todo ello, el autor llega a la conclusión de que el contrato de préstamo como contrato real es inoperante respecto de la realidad económica actual y cómo una serie de cláusulas que se han ido añadiendo con el tiempo al préstamo tipificado en el Código civil han dado como resultado este tipo de contrato que se puede llamar contrato de financiación de bienes inmuebles.

CANO TELLO, Celestino A.: "El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada". R.C.D.I., núm. 533, julio-agosto, pág. 787.

Se trata de demostrar que el Derecho civil es el derecho del individuo, para lo que el autor, partiendo de autores como Savigny, Ferri y otros, afirma que la fuerza espontánea de la iniciativa personal y el sentido de la responsabilidad, así como la consecuencia de dar una especial confianza al individuo es provechosa para toda la comunidad. El reconocimiento de un poder jurídico a la persona supone la participación activa de la misma en la organización jurídica, aportando así un nuevo elemento de fuerza y de seguridad social.

La autonomía de la voluntad en los derechos de la personalidad se diversifica en dos aspectos fundamentales: de un lado, la esfera personal y de otro, la patrimonial, si bien la primera tiene a su vez dos vertientes más, a saber, los bienes corporales y los bienes espirituales. Siguiendo a Díez Picazo, se manifiesta partidario de hablar del poder de la persona de disponer de su propio cuerpo, si bien a través de atribuir a otros la utilización de su propio cuerpo y el poder de consentir la

separación de partes del mismo. Toda esta primera parte del trabajo se dedica a estudiar si ello será un derecho subjetivo o no, e incluso si existe la posibilidad de disposición del propio cuerpo.

Concluye este apartado con el examen del derecho sobre la imagen, el secreto de la correspondencia, el derecho al honor y la fama, concluyendo que unas veces se trata de un derecho subjetivo y otras de un deber de respeto de los demás hacia estos derechos.

La autonomía privada en el examen especial de los derechos de obligación es el paso siguiente del trabajo y en esta parte se siguen los estudios con el mismo criterio. Para ello se llega desde el principio casi pragmático del artículo 1.255 del Código civil a sacar las conclusiones pertinentes a través de la aplicación de otros preceptos como el 1.258, 1.254 y 1.102.

En las leyes modernas laten dos distintos sentidos de la palabra pacto, como contrato o como las particulares reglas o disposiciones contractuales. Lo mismo puede decirse de la palabra estipulación.

La autonomía de la voluntad en relación con los derechos reales se concreta en el examen del problema del *numerus apertus* y *numerus clausus*, pasando examen a la legislación comparada.

La autonomía de la voluntad en el derecho de familia se concreta en el carácter de las normas que excluyen generalmente la representación, hay gran predominio de las formas solemnes y de la intervención de la autoridad, y en general no se admiten términos ni condiciones, así como el criterio de que los vicios de voluntad son menos tenidos en cuenta.

Por último, la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio, se concreta especialmente en el ámbito de la sucesión testada, si bien limitado en todo su espectro por las normas de las legítimas.

GIMENO Y GOMEZ LAFUENTE, Juan Luis: "La publicidad de las capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado". R.C.D.I., núm. 533, julio-agosto 1979, pág. 769.

El planteamiento de la cuestión es el siguiente: ¿Si el matrimonio extranjero con régimen pactado en capítulos matrimoniales podrá ampararse en la publicidad registral de su ordenamiento nacional frente al tercero español que actúa de buena fe?

La cuestión se plantea únicamente en el ámbito del derecho internacional privado, ya que en derecho interregional al ser el registro civil único, queda excluida la posibilidad del conflicto que se ha planteado.

El autor ofrece un abanico de soluciones que abarcan desde la aplicación del artículo 9-3.º del Código civil hasta la solución jurisprudencial, consistente en que "al extranjero deben de serle aplicadas las normas de las leyes personales de su país, cuando esto no se oponga a los principios de orden público y los intereses de la nación en que formule sus reclamaciones.

Ligado con lo anterior, el autor manifiesta seguidamente su inclinación a tratar del tema relativo a las sentencias conexas extranjeras de separación y divorcio de extranjeros y las canónicas de nulidad. A su juicio, es preciso reconocer que constituye un supuesto que ha generado

ya sus consecuencias jurídicas respecto de los sujetos fuera de nuestras fronteras y cuya eficacia y efectos no pueden ignorarse en otros estados. Tal es el sentido de la moderna jurisprudencia sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado recientemente.

La parte siguiente de este estudio se dedica a examinar los registros españoles de bienes y los regímenes económico-matrimoniales extranjeros, distinguiendo entre bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios registrados, los bienes muebles y los derechos reales sobre los mismos, como igualmente la publicidad mercantil de los capítulos extranjeros.

Como no podía ser menos, se enumeran a continuación los efectos de la publicidad de las capitulaciones otorgadas por los españoles en el extranjero, examinando detenidamente la Resolución de 10 de enero de 1973 con todas sus posibles consecuencias en los momentos actuales, estudiando igualmente los problemas de derecho interregional.

Se enumeran como de lege ferenda los casos señalados por el artículo 16 de la ley introductoria del BGB y se hace una somera referencia a la Convención de La Haya de 1976.

Como final de todo el estudio, el autor sienta las conclusiones personales que estima pertinentes, como que nuestro sistema de publicidad es en casos determinados endeble, máxime teniendo en cuenta la peculiaridad interregional y debe ser por ello reformado.

TORRES LANA, José Antonio: "Reflexiones en torno al concepto de corraliza". R.C.D.I., núm. 533, julio-agosto 1979, pág. 835.

Manifiesta en la introducción, el autor de este estudio, que pretende contribuir al esclarecimiento de una figura que siempre se ha caracterizado por unos perfiles muy ambiguos. Afirma en su trabajo que las corralizas nacen, en un principio, sobre inmuebles pertenecientes a los Ayuntamientos. El origen de estas propiedades municipales hay que buscarlo en las concesiones de terrenos otorgados a los municipios de la ribera navarra por Alfonso I el Batallador. Tales terrenos eran yermos para la agricultura, pero se utilizaban para ganadería mediante el aprovechamiento de las hierbas. Ello originó una sucesiva profesionalización de la actividad ganadera.

Es de mencionar igualmente las Cortes de Olite, de 1621, que dieron origen a la Ley VII que trató de poner punto final a determinadas discusiones y problemas de orientación.

Pero la cuestión principal que se plantea por el autor radica en lo siguiente: ¿puede el único aprovechamiento posible sobre una finca en un momento histórico constituirse en objeto independizado de derechos engendrando una figura real atípica.

El apartado segundo de este estudio se dedica a la consideración de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1974. En ella se planteaba por primera vez, desde la promulgación de la Compilación, el tema objeto de este estudio. El motivo de la explicación del caso, da al autor ocasión para recoger las interpretaciones de autores como Arin, Lacarra, Iribarren y Aizpún, entre otros.

Más adelante se centra el autor en la jurisprudencia anterior a la Compilación, haciendo una interpretación de lo que se debe entender por corraliza a todos los efectos y matizando la extensión de la misma en cuanto a su contenido y derechos que comprende.

Pasa a continuación al estudio de los antecedentes inmediatos a la Compilación de Navarra, deteniéndose especialmente en una enmienda de Sancho Rebullida para el cual la corraliza es sinónimo de contenido equivalente a la servidumbre de pastos.

Analiza igualmente el contenido de las leyes 379 y 380 de la Compilación en cuanto a la extensión e interpretación de la figura objeto del presente examen. Distingue igualmente la diferencia existente entre corralizas y helechales, como igualmente la diferencia entre los mismos, debido no sólo a la extensión de la figura en cada caso, sino también en cuanto a su ámbito de aplicación y el objeto de su contenido.

Así, pues, nos encontramos en presencia de una institución típica del Derecho navarro, modalizada por la idea de finca en principio, para después seguir siendo origen de distinción a través del aprovechamiento que en sí misma contiene; o derecho de aprovechamiento parcial o comunidad indivisible.

GONZALEZ LAGUNA, Miguel, "La hipoteca cambiaria". R.C.D.I., número 533, julio-agosto 1979, pág. 869.

La hipoteca cambiaria se está convirtiendo en estos momentos de crisis económica en una de las figuras de más importancia en el derecho actual, debido a que los acreedores buscan, como es natural y lógico, la mayor protección posible ante la falta de eficacia de figuras que hasta los tiempos actuales la tuvieron. En efecto, la hipoteca cambiaria viene a ser considerada en los momentos actuales como una de las panaceas más claras y de ahí su uso y hasta su abuso en determinadas situaciones. Todo ello vinculado a la hipoteca unilateral del artículo 141 de la Ley Hipotecaria.

Se citan en primer lugar las opiniones tradicionales en la materia, desde la de Roca Sastre hasta la de Sapena Tomás, pasando por la de Sanahuja, como igualmente la orden del Ministerio de Hacienda de 14 de octubre de 1969, que la configura como una superposición de garantía real, evitando de esta forma toda cuestión doctrinal acerca de su configuración. Se recoge igualmente la tesis sostenida por la Dirección General a estos efectos y especialmente la tesis consagrada en las resoluciones de 1936 y 1973. El enfoque del trabajo es eminentemente práctico y ello es especialmente digno de agradecimiento al autor.

El apartado segundo, dedicado a la reseña histórica y a resumir posturas doctrinales, en nada modifican lo anteriormente dicho por nosotros, ya que se recogen estos problemas con una gran claridad que en nada modifican lo anterior, antes al contrario, lo reafirman porque se pasa por ellos como por una especie de calleja que conduce a la gran avenida. Si bien es de hacer constar que señala como aumento de las teorías anteriores las tesis contenidas en la Resolución de 31 de octubre de 1978.

Después de revisar las posturas modernas en torno a la figura, se centra el tema en la constitución de la misma, poniendo de relieve toda la problemática en torno a la necesidad de los elementos personales bien definidos, como la precisión de quien sea el tenedor de la letra en el momento de la efectividad y si es posible la hipoteca de propietario ante esta figura. Los principales problemas que puede plantear el tema no es la finca sobre la que recae la hipoteca, sino el crédito que trata de garantizarse. Se trata de una hipoteca en garantía de diversas obligaciones y no de tantas hipotecas como letras haya, lo cual debe quedar bien claro en la escritura de constitución.

Se estudian igualmente la renovación, la cesión y en general cuanto afecta a la vida de la hipoteca y derivada de la especialidad de la misma, especialmente la renovación del crédito cambiario y la cancelación de la propia hipoteca, en cuanto a sus formas y sus modalidades; son igualmente objeto de examen las figuras del embargo, la subhipoteca y la posposición.

CRISTOBAL MONTES, Angel: "El derecho de transmisión en la sucesión paccionada aragonesa". R.C.D.I., núm. 531, marzo-abril 1980, pág. 335.

Con cuatro grandes apartados se trata de dar una solución bastante adecuada al problema de cierta frecuencia en el derecho aragonés de que el patrimonio familiar permanezca en la casa, previéndose el supuesto de premoriencia del favorecido, tanto en el caso de que éste fallezca sin hijos o con descendencia que muera antes de poder testar o sin hacerlo y se exponen las fórmulas notariales más típicas al uso, en lo que al problema concierne.

Se comenta igualmente el supuesto previsto en la Compilación aragonesa en su artículo 105, recogiendo las posturas de autores como Roca Sastre, Palá Mediano y Solano, como igualmente Batalla, para el que la institución de heredero debe quedar sin efecto cuando sobreviva el instituyente al instituido, si éste muere sin descendencia y recoge igualmente la postura de Sapena, incluso con sus mismas palabras. El autor cita en apoyo de su postura incluso el artículo 79 de la Compilación catalana, como igualmente la Ley 180 de la Compilación navarra, donde se sigue, salvo pacto en contrario, la tesis de que si el instituido premuere al instituyente, dejando descendencia, transmite a ésta su derecho.

Analiza seguidamente el derecho de transmisión en la institución de heredero de presente.

Analiza igualmente tanto la transmisión del pleno dominio como el supuesto de que solamente se transmita la nuda propiedad reservándose el instituyente la nuda propiedad, en cuyo caso este derecho, actual y perfecto, se transmite a los herederos de su titular si otra cosa no se hubiere dispuesto en el contrato sucesorio.

El apartado tercero se dedica al examen del supuesto de que no haya uno solo heredero del instituido, sino que tenga varios, hipótesis

frecuente, en cuyo caso se impone la oportuna reversión y previsión legal en un régimen sucesorio como el aragonés centrado en el principio de heredero único.

Esta cuestión se resuelve o bien si el heredero hubiese nombrado y designado a su vez sucesor, o bien acudiendo al artículo 105 de la Compilación, donde se contempla el caso de que "podrá el instituyente designar a uno de ellos como heredero o encomendar la designación a fiduciarios".

Por último, se examina el caso de que el heredero instituido fallezca sin descendientes legítimos, en cuyo caso el autor se inclina por la ineficacia de la institución de heredero, citando en apoyo de su tesis el artículo 79 de la Compilación catalana.

AMENGUAL PONS, Pedro J.: "El derecho de superficie en la ley del suelo y en la legislación hipotecaria". R.C.D.I., núm. 532, mayo-junio 1979, pág. 621.

Conferencia dada por el autor en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Cataluña, en el que a modo de símil o gráfico plantea el caso de este derecho, que adquiere su mayor relieve e importancia en el Derecho romano, para continuar su utilidad y conveniencia dentro de la época feudal, hundirse en la época liberal y renacer en el actual Derecho español a través de los edificios de las dos leyes del suelo de 12 de mayo de 1956 y 9 de abril de 1976.

Comienza después de esta introducción con el examen histórico de la figura desde el Derecho romano, pasando brevemente por el Derecho germánico, deteniéndose en el estudio del llamado interdicto de superficie y la actio in rem, para desembocar en el derecho intermedio señalando incluso que en el Derecho eclesiástico se dan algunos casos de derecho de superficie, conocidos con el nombre de derecho de gazagá, e incluso cita a Coviello en la figura del ius intra naturae o derecho especial de los comerciantes de Florencia que no podían ser deshauciados después de llevar varios años en un local arrendado.

Recoge en el apartado dedicado al derecho moderno las figuras básicas de los códigos actuales y los más próximos precedentes, siendo efectivamente muy amplia la recopilación de los códigos extranjeros, y a continuación se detiene a investigar en el sentido y la naturaleza jurídica del derecho de superficie, distinguiendo una línea cuatripartita desde el derecho real de cosa ajena, propiedad absoluta sobre edificaciones, propiedad definitiva o desmembrada y el derecho de superficie, derecho real sobre el suelo y propiedad superficiaria separada y temporal. El examen del Derecho español es harto prolijo y profundo, acaso exhaustivo diríamos nosotros, pero sobre todo con una eficacia práctica que se hacía de menos en nuestro derecho. Se centra en primer término en las fuentes legales, donde cita con especial mención el artículo 16 del Reglamento Hipotecario después de su reforma legislativa de 1959.

La constitución de este derecho es objeto de examen a continuación, señalando los requisitos personales reales y formales con relación a la Ley del Suelo, especialmente artículo 171.

El contenido del derecho de superficie a través de los derechos del propietario del suelo y la contraprestación del superficiario, que puede ser variadísima en todos sus aspectos, desde suma alzada, canon periódico, viviendas o locales en construcción, arrendamientos o varias de estas modalidades a la vez; los derechos del superficiario se concentran en la construcción, enajenación y tanteos y retractos, para concluir con el estudio de la extinción de este derecho y de sus diversas causas, entre ellas plazo y renuncia, confusión, los efectos de la extinción, los beneficios legales y el juicio crítico y las posibilidades, los tipos de derecho de superficie y el volumen edificable son otros temas del trabajo.

MERINO HERNANDEZ, José Luis: "Mayoría de edad por vida independiente en el Derecho aragonés". R.C.D.I., núm. 532, mayo-junio 1979, pág. 587.

Una breve introducción hace decir al autor que el Derecho aragonés, uno de los más importantes que en la actualidad tiene el Derecho español, mantiene aún parcelas que se encuentran vírgenes e inexploradas.

En este orden de cosas, el tema de la edad, y con él todas cuantas situaciones jurídicas y sociales giran en torno a ella, es una de esas parcelas que conlleva mayor cantidad de autóctonas matizaciones y de especiales singularidades en relación con los demás sistemas de derecho españoles.

En el Derecho aragonés histórico no se encuentra ninguna especial referencia a esta especial situación que da origen al título del presente trabajo.

Desde el punto de vista legislativo, es el apéndice de 1925 el primer texto de derecho positivo aragonés que regula la materia. A modo de resumen señala que el tema del aragonés de vida independiente ha sido regulado con anterioridad, pasando por las siguientes etapas: en un primer estadio, no presentaba ninguna diferenciación jurídica especial; publicado el Código civil, algunos autores cayeron en la tentación del criterio centralista y unificador, los mismos autores debieron influir en la redacción del Apéndice de 1925, y en la última se advierten dos tendencias: la del criterio típicamente aragonés y la de los proyectos de la Comisión de Codificación que elude todo tipo especial llamándoles simplemente mayores de catorce años.

Por lo que atañe a la vida independiente, plantea los problemas relativos a qué se entiende o debe ser entendido con dicha frase, bastan o no los domicilios separados, para ello hace un recorrido de textos legales no sólo modernos sino también antiguos, como las Partidas, Proyecto de 1851, Ley de Matrimonio Civil de 1870, etc., antes de dar su propia opinión. Los requisitos legales son señalados a través de mencionar la exigencia expresa de los catorce años en todo caso, la no diferencia entre los sexos, así como el beneplácito de los padres o, en todo caso, que exista justa causa.

Los efectos de la vida independiente se contraen a varios temas, tales como la administración de los bienes, en los que tiene su total y libre administración, la no necesidad de la asistencia por parte de sus pa-

dres para los actos de administración y hay algunos autores que no la exigen siquiera para los actos de disposición, tales como Martín Ballesteros, en contra de la opinión de Sancho Rebullida. La autoridad familiar, que en cierto sentido y según el autor es sinónima de la patria potestad en castellano. Con ello y a lo largo de lo hasta aquí señalado, el autor llega a la conclusión de que el aragonés de vida independiente es un mayor de edad, a todos los efectos.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador". R.C.D.I., núm. 530, enero-febrero 1979, pág. 75.

El presente y documentadísimo trabajo es un dictamen que a solicitud del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, acomete el autor con una serie tal de argumentos y datos, conocimientos y razonamientos, acumulación de saberes, y sobre todo saberes jurídicos, que se hace sobre dos puntos fundamentales: uno, si la función registral es y debe ser independiente, tanto de la Jurisdicción como de la Administración; dos, si, caso afirmativo, el concepto de funcionario administrativo no es aplicable a la figura del Registrador.

El estudio o dictamen se divide en cuatro partes fundamentales: los poderes del Estado, los poderes del Estado y el Registro, la función registral entre la Administración y la Jurisdicción y la figura del Registrador.

En la primera parte, tomando como base la teoría de la división de poderes, se nos informa sobre una serie de cuestiones tales como la potestad jurisdiccional, la Administración, y las diferencias típicas entre jurisdicción y Administración, la jurisdicción voluntaria y la Administración pública del Derecho privado, señalando cuáles son los actos típicos de la jurisdicción voluntaria.

La segunda parte del estudio tiene por objeto el examen de las doctrinas que aproximan la función registral a la jurisdicción, desde la naturaleza administrativa a la posible asimilación de la función registral a la jurisdicción voluntaria o a una función análoga distinta de la jurisdicción y la Administración.

La tercera parte, que se dedica a estudiar la función registral propiamente dicha, tiene por objeto la publicidad registral, la inscripción en el Registro de la Propiedad la autonomía administrativa y el procedimiento, en cuanto a los caracteres específicos de la solicitud de inscripción, las notas típicas de la calificación registral, la independencia del Registrador y los caracteres específicos de los recursos, especialmente el recurso contra la calificación del Registrador.

Finalmente, la figura se estudia a través de no pocas notas típicas de la figura del Registrador; así, por ejemplo y a título informador: la retribución, la fianza, la instalación del local y el mobiliario, la contratación del personal y la responsabilidad del Registrador por el hecho propio y de sus subordinados, la necesidad de que constituyan obligatoriamente un colegio nacional de Registradores, con todas las consecuencias que estas modalidades implican en todos sus aspectos y la

insustituibilidad de la figura del Registrador. Todo ello hace que el autor sienta las conclusiones de que la función registral es independiente tanto de la jurisprudencia como de la Administración, así como que el concepto de funcionario público administrativo no es aplicable al Registrador.

ROCA TRIAS, Encarna: "Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad". R.C.D.I., núm. 530, enero-febrero 1980, pág. 9.

Dos grandes apartados se dedican a la investigación de esta materia. Uno que se refiere especialmente a la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y otro que tiene por principal objeto la usucapión y el Registro de la Propiedad.

No obstante, con una breve introducción, la autora trata de llevarnos a comprender el porqué de que la posesión no sea objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, partiendo de la definición de lo que sea un hecho jurídico, dada por Albaladejo, como "aquéllos a los que el derecho positivo liga unas determinadas consecuencias".

Prescindiendo de esta situación, un tanto especial, que presenta la posesión en nuestro derecho, se estudian especialmente los efectos de la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a través de tres apartados elementales, como son el concepto, la impugnación de la presunción posesoria y los efectos de la institución. Por lo que atañe al primero se examina la evolución histórica de la misma, sosteniendo que la presunción posesoria del artículo 38 es el último paso en todo un proceso que culmina con la ley actual y que empieza con la Ley de 1861. Se examinan las teorías de los diferentes autores sobre el tema; desde autores clásicos como Sanz Fernández, Martínez Corbalán, Azpiazu, y Roca Sastre, revisando la postura sostenida por Lacruz Berdejo. Los efectos de la presunción posesoria se contienen en una triple vertiente, como son la presunción de buena fe del artículo 434 del Código civil, la presunción de justo título y los efectos procesales propiamente dichos.

Estos, que son acaso los más importantes desde el punto de vista práctico, se ven agrupados en el ejercicio de la acción reivindicatoria, los interdictos posesorios, el ejercicio de la acción de desahucio por precario y la posibilidad de ejercitar la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto al tema que constituye la segunda parte de este trabajo, se divide en tres partes fundamentales: la primera relativa a la usucapión secundum tabulas, la segunda que hace referencia a la usucapión contra tabulas y, finalmente, la usucapio libertatis. En la primera se enumeran los principales problemas de la materia, como son: el justo título, los caracteres de la posesión necesarios para usucapir, los requisitos y los efectos de la institución.

En la usucapión contra tabulas se estudian los temas relativos a la usucapión frente al titular inscrito, y la que se produce frente al tercer adquirente del titular inscrito que reúna las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Concluye el trabajo con el examen y la investigación de la figura siempre confusa de la usucapio libertatis, con la triple forma del examen clásico que ya realizara Roca Sastre al examinar la figura en su obra de Derecho Hipotecario.

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo: "La hipoteca cambiaria de constitución unilateral". R.C.D.I., núm. 531, marzo-abril 1979, pág. 347.

En la parte preliminar de este trabajo se expone con un criterio clarísimo lo que el autor desea, que no es otra cosa que responder a las preguntas del momento de la constitución de la garantía, la efectividad de la garantía por el solo hecho de la posesión de la letra, las posibles ventajas fiscales, la viabilidad del endoso y precauciones a adoptar en caso de efectuarlo y, finalmente, los problemas que presenta la ejecución de la garantía.

La segunda parte del temario se dedica a examinar la hipoteca constituida por acto unilateral, estudiando la figura, los antecedentes históricos, con mención expresa de la Sentencia del T. S. de 4 de octubre de 1915, con el examen expreso del caso de esta sentencia. Más adelante, estudia la evolución histórica de la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como asimismo las posturas de los diversos autores que han estudiado el tema, desde los hipotecaristas más típicos hasta civilistas como Cossío, Pérez y Alguer, hasta llegar a la reforma hipotecaria de los años 1944-46 con la visión actual del problema, deteniéndose especialmente en la postura de Albaladejo, que disiente de la opinión común en el tema.

Los efectos de la hipoteca así constituida son examinados a la luz del aspecto sucesorio o de garantía de la hipoteca, el aspecto activo y el aspecto registral, distinguiendo dentro de éste la prioridad, la legitimación y la fe pública registral.

Con el tratamiento tributario, especialmente a la luz de la tesis de Puig Salellas, termina este apartado, que se refiere en líneas generales al tipo básico de la figura. Pero ya más adelante se dedica a la hipoteca cambiaria desde el punto de vista de la constitución unilateral.

En esta parte se va desde la definición, al considerarla como la establecida en garantía de la efectividad de letras de cambio, hasta la regulación del régimen de la misma en el derecho positivo, recogiendo las opiniones de autores favorables a su implantación, como Roca, Guimerá y Sapena. En cuanto a su constitución, el autor señala que acaso en la práctica sea una de las fórmulas más aconsejables. Señala las circunstancias que debe de contener la escritura, así como que la hipoteca queda constituida a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones.

La doctrina de la Dirección General, recogida en las Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973, es examinada igualmente, pero de una forma muy asequible y clarísimamente expuesta.

Los demás problemas de esta figura se estudian igualmente para llegar a sentar las conclusiones personales del autor, que da cima a un estudio francamente brillante.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
AD = Anuario de Derecho (Panamá).
AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
CLJ = The Cambridge Law Journal.
CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
DM = Derecho (Medellín, Colombia).
ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
F = El Foro (Méjico).
EG = Foro Gallego (La Coruña).
FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
IJ = Información Jurídica (Madrid).
IM = Ius (Milán).
IR = Iustitia (Roma).
JF = Journal do Foro (Lisboa).
L = La Ley (Buenos Aires).
LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
LRN = La Revue du Notariat (Québec).
MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).
MLR = The Modern Law Review (Londres).
NC = The North Carolina Law Review.

- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
NR = Nuestra Revista (Madrid).
NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali Delle Obbligazioni (Milán).
RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Compravado (Barcelona).

- RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und Interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZRV = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

Cuando se justifique el carácter privativo del precio, tal circunstancia habrá de hacerse constar por nota marginal, rectificándose así el asiento inexacto para ponerlo en concordancia con la realidad extrarregistral. (Resolución de 7 de abril de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 26 de abril.)

Hechos.—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 13 de marzo de 1969, don José Santa Ylla, en representación de la «Compañía Ibérica de Construcciones» (CICUSA), de una parte, y don José Delgado López, de otra, elevaron a escritura pública el documento privado suscrito por ambos en Madrid el 21 de febrero de 1966, en virtud del cual aquélla vendió a éste el piso undécimo de la casa 22 de la calle de José Luis de Arrese, de Madrid, siendo inscrita en el Registro de la Propiedad número 8 de la capital; que cuando fue otorgada la escritura de elevación a público del documento privado de compraventa, don José Delgado López se hallaba casado con doña Julia Manzano Carrasco, y así se hizo constar en la comparecencia de la escritura, omitiéndose en su exposición la referencia a que cuando había sido otorgado el documento privado que se eleva a público se hallaba soltero; que no obstante la falta de este dato, la compraventa fue inscrita a favor de ambos cónyuges para su sociedad conyugal; que en la escritura de subsanación de omisión, autorizada por el mismo Notario el 14 de octubre de 1977, los mismos citados señores don José Santa Ylla y don José Delgado López, en estado de viudo, subsanaron la emisión padecida en la escritura de elevación a pública de la compraventa, haciendo constar que en la fecha del otorgamiento del referido documento privado (22 de abril de 1966) don José Delgado López se hallaba soltero, pues no contrajo matrimonio con doña Julia Manzano hasta el 1 de septiembre de 1966; que para probar la fecha del documento privado los comparecientes lo exhibieron al Notario, resultando del mismo, en el que se indica que don José Delgado López era soltero, que su fecha es de 21 de febrero de 1966 y que lleva cajetines del Registro de Rentas y Patrimonio de la Delegación de Hacienda de Madrid, de 5 de abril de 1966, de la Abogacía del Estado de 22 de abril de 1966 y del Ministerio de la Vivienda de 9 de julio del mismo año, de donde se deduce que el documento privado tenía fecha cierta desde 5 de abril de 1966; que para probar la certeza de la fecha del matrimonio con doña Julia Manzano Carrasco exhibió aquél su Libro de Familia, en el que figura la certificación de la celebración del matrimonio el día 1 de septiembre de 1966.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de que estando inscrita la finca a que el mismo se refiere a favor del otorgante don José Delgado López y de su esposa, doña Julia Manzano Carrasco, con el carácter de bienes gananciales, la posterior escritura de subsanación del título en cuya virtud fue inscrita la finca por el marido, señor Delgado López, mediante elevación a público de un documento privado con fecha anterior a la de celebración del matrimonio de los titulares inscritos, que implicará desconocer la adquisición efectuada por su esposa y la cancelación de su derecho inscrito, a efectos registrales, únicos que la presente calificación considera, dicha escritura de subsanación no tiene virtualidad bastante a la finalidad pretendida, puesto que para ello sería preciso, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.º de la misma Ley, el consentimiento de la mencionada titular registral, de sus causahabientes o representantes legítimos, o en otro caso, ejecutoria del órgano jurisdiccional competente de los Tribunales, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro en cuanto se refieran a los derechos inscritos, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo, a efectos puramente doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: que el Registrador funda su denegación en base al artículo 82 de la Ley Hipotecaria en relación con el 1.º de la misma Ley, pero que para valorar este fundamento conviene poner en relación los citados artículos con el artículo 2.º, número 1, y con el 9.º, número 8, del mismo cuerpo legal, con lo que veríamos que la cuestión planteada se concreta a determinar si la rectificación de la inscripción efectuada a favor de doña Julia Manzano Carrasco implica la cancelación de una inscripción hecha en virtud de escritura pública (artículo 82 de la Ley Hipotecaria) o sí, por el contrario, y ésta es la opinión del recurrente, no es así por varias razones; que la inscripción hecha a favor del otorgante y de su esposa, con carácter de bienes gananciales, fue debido a un juicio del Registrador efectuado sin datos suficientes para emitirlo, pues el dato fundamental para poder efectuarlo (estado del otorgante en el momento de la adquisición) faltaba en la escritura inscrita; que, por consiguiente, la inexactitud es debida a error, por falta de suficiente fundamento en el juicio del Registrador y, por ello, incluido en la letra e) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual debe rectificarse, de acuerdo con lo previsto en el título VII de la misma Ley (artículos 211 y siguientes); que en nuestro caso se trata de una inscripción efectuada a favor de persona que no comparece en el título ni se halla representada, y a la que nada se le atribuye expresamente, es decir, que esta persona no puede considerarse interesada en la inscripción, no siendo, por tanto, de aplicación al caso el artículo 217, 1.º, de la Ley Hipotecaria; que es legalmente indudable la no extensión de la fe pública del Registro a aquello que no resulta fehacientemente del título inscrito; que la doctrina sostiene unánimemente que el Registro no publica las circunstancias personales del titular, sino la titularidad misma, es decir, las circunstancias del derecho y su atribución a una persona, por lo que

todo lo que no sea derecho real inmobiliario queda excluido de la legitimación registral, que no cubre, por tanto, los datos registrales sobre capacidad y estado civil de las personas; que de conformidad con el artículo 187 del Reglamento Notarial la fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante, pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado civil, etcétera; que la afirmación del Registrador de que se inscribe a nombre del comprador y de su esposa es sólo una mención a efectos de clarificación registral, en especial para la futura calificación de la capacidad dispositiva; que el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, después de su modificación de 17 de marzo de 1959, está en contradicción con lo que resulta de los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 9.º de la Ley Hipotecaria, de los que se deduce que los bienes adquiridos por uno solo de los cónyuges, sin que se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio, deberán inscribirse de conformidad con el título y, por consiguiente, a favor de quien en éste aparece como adquirente, mientras que, según el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, parece que debe hacerse a favor de éste y de su consorte, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal; que esta contradicción puede superarse de varias formas, una de las cuales es armonizar la interpretación de tales artículos, lo cual sólo es posible si se supe dita y adecúa la del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario, con lo que disponen los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 9.º de la Ley Hipotecaria, que son de rango superior al de un precepto meramente reglamentario; que en este sentido ha de entenderse que el artículo 95 no modifica ni puede modificar la normativa de cómo debe efectuarse la inscripción, ni menos aún a favor de quién debe hacerse, sino que sólo establece la «mención» de la calificación que el Registrador efectúa de la reputación del bien adquirido como ganancial de un matrimonio dado; que esa mención del artículo 95, 1.º, de que el Registrador inscribe a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, puede rectificarla el Registrador por simple nota marginal, que determinará la atribución de los bienes inscritos si se justificare con posterioridad el carácter privativo del precio, según dispone el párrafo final del mismo artículo, o sea, sin los requisitos de los artículos 40, 82 y 217 de la Ley Hipotecaria, y sin que esa rectificación precise una nueva inscripción; que con mayor razón podrá y deberá rectificar el Registrador aquel juicio de atribución, por sí mismo y por nota marginal, a tenor de lo que resulte de los certificados del Registro Civil, dotados de la publicidad formal adecuada para el estado civil.

El Registrador informó que la inscripción proclama una titularidad conjunta a favor de ambos cónyuges y para su sociedad conyugal; que la naturaleza de la sociedad de gananciales ha sido definida con claridad por la jurisprudencia de la Dirección General en numerosas Resoluciones, cuyo estudio nos lleva a la conclusión de que la titularidad de los bienes gananciales es conjunta del marido y la mujer; que en la escritura objeto de inscripción el marido adquiriría a título oneroso por compraventa, durante su matrimonio, sin manifestación acerca de la procedencia del precio, por lo que la ganancialidad de la adquisición es indudable (artículos 1.401 y 1.407 del Código Civil); que el reflejo registral de tal carácter se produce por la aplicación necesaria del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, es

decir, no por un juicio del Registrador como pretende el recurrente, sino por un imperativo de norma que vincula al que califica; que la inscripción a favor de la mujer conjuntamente con su esposo de una finca presuntamente ganancial no es una mención; que la mención, en el sentido hipotecario, no se refiere jamás a la titularidad y extensión del derecho inscrito, amparados por el principio de legitimación, y en este sentido se expresa el artículo 38 de la Ley Hipotecaria; que para todo titular (en nuestro caso la esposa del adquirente), y a todos los efectos legales, se presume con presunción «*iuris tantum*» que el Registro es exacto; que la consignación del nombre de la esposa del adquirente y la proclamación en el acta de la inscripción como titular conjunta no es una simple mención; que la mayoría de la doctrina estima que la mención, en sentido registral, es la mera indicación de existencia de una carga o gravamen sobre la finca, que se efectúa en el asiento relativo a la misma; que la jurisprudencia ha delimitado el concepto de mención registral considerándola como una alusión hecha en forma expresa en la inscripción de una finca o acto inscribible, pero no inscrito, relativo a la existencia sobre ella de una carga o gravamen que se halla relacionado, mas no constituido en el título que originó tal inscripción, excluyendo del concepto de mención toda indicación a los derechos personales y toda referencia a las participaciones no inscritas y desde luego toda alusión a la cabida y la segregación no inscrita; que de acuerdo con tal interpretación ha de aceptarse sin reservas que la proclamación de una titularidad no es una simple mención, y que la rectificación de una presunta inexactitud registral no puede hacerse por el simple cauce de la cancelación o exclusión de los libros del Registro de una simple mención, sino por el sistema de rectificación consagrado en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria; que nunca hubo error de concepto, puesto que al extenderse la inscripción no se alteró el contenido del título; que la inscripción que proclama la titularidad conjunta de ambos cónyuges está bajo la salvaguardia de los Tribunales y le son aplicables las normas contenidas en los artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria; que en el supuesto de inexactitud la ley fija el procedimiento de lograr la rectificación en el artículo 40; que si por consecuencia de una omisión en el título el asiento no refleja la realidad extrarregistral, su rectificación requiere ineludiblemente el consentimiento expreso de los titulares, amparados por la presunción legitimadora o bien una Resolución judicial; que la rectificación de errores, no del Registro, sino del título, no puede tener lugar a través de un recurso gubernativo, y que no es posible entrar a debatir la supuesta contradicción que existe, según el recurrente, entre el artículo 95 del Reglamento con otros artículos de la Ley, puesto que cuando su Reglamento desarrolla preceptos legales, el funcionario calificador no está facultado, al ejercer su función, para apreciar la ilegalidad de la norma reglamentaria, que está atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—La cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si la rectificación de la inscripción que se solicita implica un supuesto de cancelación de los comprendidos en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria o si, por el contrario, la escritura de subsanación presentada que testimonia (a través de los particulares pertinentes del Libro de Familia) el estado civil del adquirente en el momento de comprar el inmueble, y la fecha fehaciente del documento privado posteriormente elevado a público, es suficiente para desvirtuar con toda nitidez la omisión padecida y que dio origen al asiento contradicho.

La regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no deja de ser una norma de carácter muy singular dentro de nuestra legislación hipotecaria, por cuanto obliga al Registrador a practicar una inscripción a nombre de dos titulares (los cónyuges), aun cuando la adquisición se haya hecho por sólo uno de ellos, con lo que aparece una titularidad registrada que no está concorde con el contenido del título, según expresó la Sentencia de 8 de enero de 1968, norma excepcional que pretende tener su fundamento en el carácter presuntivamente ganancial del bien adquirido, por lo que de momento la inscripción sólo tiene un carácter provisional en este aspecto, y así lo reconoce el mismo artículo 95 al establecer la posibilidad del cambio de naturaleza del bien en su último párrafo.

Al estar resuelto en el propio artículo 95 la forma de resolverse la discordancia acerca de la naturaleza del bien cuando practicada la inscripción a nombre de ambos cónyuges se justifique con posterioridad el carácter privativo del precio, es a esta norma especial a la que hay que acudir siempre que se den las circunstancias necesarias para su aplicación, y no a la norma del artículo 82 de la Ley Hipotecaria dictada para los supuestos de tipo general.

Al resultar claramente justificado que el comprador adquirió el inmueble en estado de soltero, dado que contrajo matrimonio, según el Registro Civil, con posterioridad a esta adquisición, que tiene una fecha fehaciente anterior a este acto (artículo 1.277 del Código Civil), es indudable que el precio no pudo ser sino privativo, y que esta circunstancia ha de hacerse constar tal como establece el último párrafo del artículo 95 del Reglamento por nota al margen del piso, y rectificar de este modo el asiento inexacto para ponerlo en concordancia con la realidad extrarregistral.

Consideraciones críticas

La base de este recurso gubernativo, establecido únicamente a efectos doctrinales, es el logro de rectificar el contenido de una inscripción mediante la justificación de un hecho que parece alterar la naturaleza de unos bienes que, figurando presuntivamente como gananciales en una calificación provisional, se demuestra que son privativos, pues en el momento de su adquisición el adquirente aún no había contraído el matrimonio al que parece referirse la escritura que da lugar a la inscripción. Es decir, la falta de precisión por parte del Notario autorizante de la escritura priva al Registrador de unos elementos fundamentales para calificar la naturaleza de los.

bienes adquiridos y permite que en la inscripción al amparo de unos preceptos legales se haga constar algo que no se ajusta a la realidad.

Como en los informes de los dos funcionarios intervinientes existen determinadas imprecisiones conceptuales que es preciso aclarar y como el fallo de la Dirección General abre una brecha precisa en la forma de rectificar el Registro, sin acudir a los cauces rígidos que imponen la aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, en su relación con el 92 de la misma y el famoso principio de la «salvaguardia de los Tribunales» del que ha hecho uso la misma Dirección en otras múltiples ocasiones, creo que la materia a tratar es la del poder calificador del Registrador y la rectificación registral. Relacionaré el tema con la Resolución del 10 de marzo de 1978, que tiene contactos conceptuales con la presente y que en estas mismas páginas he comentado.

A) Poder calificador en materia de bienes conyugales

Al comentar La Rica los preceptos reglamentarios, artículos 95 y 96, redactados con motivo de la reforma del Código civil en materia de capacidad de la mujer casada decía que la cuestión de justificar la procedencia del dinero con que se paga el precio es de las más arduas y tiene gran trascendencia, pues si el Registrador inscribe como dotal o parafernial (lo mismo puede decirse de los bienes propios del marido) una adquisición, dando por probada la procedencia del precio, prejuzga su naturaleza jurídica de modo definitivo, antes de llegar el momento de la liquidación de la sociedad conyugal. Cuando no estima probada la procedencia, la inscripción «no prejuzga» la naturaleza de los bienes; pero la califica ejecutoriamente, cuando admite como suficiente la prueba.

Ni la Ley ni el reglamento, sigue diciendo este ilustre hipotecarista, dan norma alguna para esta prueba. Habrá, por tanto, que atenerse a las reglas generales de la legislación civil. Y, desde luego, considerar que la apreciación de la eficacia de la prueba «es atribución de la exclusiva competencia del Registrador», que en esta materia goza de amplio arbitrio—lo que como contrapartida, determina más directamente responsabilidad—y debe atenerse a las reglas de la sana crítica al hacer aquella apreciación, sobre la base de documentación auténtica.

Creo que queda preferentemente claro, después de lo dicho, que entre las funciones que al Registrador le competen en la calificación está la de entender o no acreditado el precio de la cosa adquirida para, conforme a las disposiciones legales y en evitación de fraudes y perjuicios a terceros, señalar el carácter de los bienes o dejar aplazada la fijación hasta un posterior momento. El que el Registrador no estime suficiente la prueba presentada para atribuir el carácter privativo a los bienes, no quiere decir que realmente no lo sean. Eso, cuando se liquide la sociedad conyugal, se ha de precisar de modo irrevocable por los interesados, sin que a ello sea obstáculo lo que conste en el Registro.

Según el informe del Notario autorizante de la escritura, la inscripción hecha a favor del otorgante del documento y su esposa, con carácter de

bienes gananciales, fue debido a un juicio del Registrador efectuado sin datos suficientes para emitirlo, pues el dato fundamental para poder efectuarlo faltaba en la escritura (estado del otorgante en el momento de la adquisición). Verdaderamente que la valentía del funcionario al confesar su falta de diligencia en la constatación de datos en la escritura es de elogiar, pero con ello no hace más que «dificultar» la calificación registral, ya que la misma tiene que apoyarse en un dato que figuraba en la escritura, el estado de casado del compareciente, y en ese precepto legal (de difícil olvido para el jurista que ejerce la función calificadora) de presunción de ganancialidad que es el 1.407 del Código civil. No desplazemos problemas ni ataquemos sin fundamento una calificación correctamente hecha y ajustada a la legalidad, pues aquí de lo que se trata no es de averiguar si la calificación estaba bien o mal hecha, sino si la misma podía rectificarse posteriormente en base de unos datos que debiendo figurar en una escritura, por olvido, por prisa, por negligencia o por las causas que sean, no figuraron con evidente perjuicio para el otorgante que de bien propio vio convertido su adquisición en ganancial. He pensado siempre que lo importante no es buscar culpables, sino soluciones, que es lo que la Dirección General hace en el presente caso.

Hay dos afirmaciones más por parte del Notario autorizante que se hace preciso aclarar, pues que el principio de legitimación no cubra más que la atribución de titularidad y no se extienda a los datos del estado civil, nada tiene que ver, con la calificación, pues el Notario ha consignado documentalmente los datos que configuran el estado o «status» de la persona que comparece y si afirma que está casado y que adquiere un inmueble, aunque sea por elevación a escritura pública de un documento privado y se olvida decir que cuando adquirió estaba soltero, pero que luego se casó y aporta las pruebas, el Registrador tiene que aplicar la regla general y aceptar que está casado y que la adquisición presuntivamente es ganancial con arreglo a lo que dispone el artículo 1.407 del Código civil. No es argumento el que, conforme al artículo 187 del Reglamento Notarial, la fe de conocimiento no afecta a las circunstancias de edad, estado civil, etc., pues precisamente por ello y ante la falta de prueba en contra el Registrador tiene que aplicar la regla general. Aparte de ello es un argumento que va en contra de los propios que utiliza el funcionario autorizante, ya que niega valor de prueba a su afirmación de que el compareciente está «casado», pero pretende que se dé valor de prueba al «dato que faltaba en la escritura y que era el estado del otorgante en el momento de la adquisición».

Recurrir gubernativamente a efectos doctrinales exige unas purezas mayores que las que pueden utilizarse en un recurso normal, pues lo que se pretende en estos casos de la Dirección General es un pronunciamiento doctrinal que sirva de orientación a futuras actuaciones. De ahí que no comprenda muy bien esa doble alusión que el Notario autorizante hace a las «menciones» y a la posible derogación de un precepto legal por otro reglamentario. Ambas cosas están atacadas perfectamente por los argumentos del Registrador, el cual, después de demostrar que sabe lo que es una mención, aclara que la misma Dirección ha excluido de su concepto toda

indicación a los derechos personales y toda referencia a las participaciones no inscritas y las alusiones a la cabida y la segregación no inscrita. Es muy difícil llegar a saber lo que el Notario ha querido decir cuando entiende que «la afirmación del Registrador de que se inscribe a nombre del comprador y de su esposa es sólo una *mención* a efectos de clarificación registral». Tampoco está muy claro ese argumento que utiliza al considerar que los artículos 1, 2, 3 y 9 de la Ley Hipotecaria se derogan por lo dispuesto en el artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. Mi opinión es que no existe derogación, sino desarrollo de un caso particular impuesto por una disposición establecida en nuestro primer cuerpo legal: la presunción de ganancialidad. El Registrador no hace más que seguir la norma y con su calificación no cierra la puerta a una posible rectificación posterior si se le prueba debidamente no el error cometido—ya que no comete ningún error, sino la procedencia de un dinero que va a determinar si el bien es ganancial o privativo. Si la norma no abriese la posibilidad de la prueba es cuando podríamos entrar a discutir la posible derogación, aunque ésto yo no se si cabría plantearla en un recurso gubernativo.

Donde se genera la discusión y donde la Dirección General se esmera en aclarar es en la forma en que debe aclararse el carácter de unos bienes. Y aquí es donde el Registrador no acierta, pues pretende encauzar el tema por el genérico artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Ahí es donde reside el principal ataque a su decisión.

B) *Rectificación registral*

Toda la problemática del recurso reside en si la situación de inexactitud que se ha creado por el juego de una manifestación notarial, una presunción legal y una aplicación de normativa reglamentaria por parte del Registrador puede rectificarse a través del consentimiento que exige el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, apoyado en el principio de la «salvaguardia de los Tribunales» del artículo 1 de la misma, y por alguno de los cauces que señala el artículo 40 de la misma Ley o, por el contrario, si existe otro medio para su logro.

A mi entender hay que descartar las tres primeras letras del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Claramente lo están la a) y la b). Por su parte, la c) es igualmente descartable, ya que el Registrador al practicar la inscripción no comete error, pues guiado por la manifestación notarial aplica la norma general del artículo 95. Únicamente cabría aplicar el artículo 40 d) no en esa parte que circunscribe la inexactitud a «la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiera motivado el asiento», sino a ese portillo que se abre al aplicar la misma norma a «cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente». Claro que esta normativa debe entenderse aplicable a todos aquellos casos que en la Ley o en el reglamento no tengan un cauce adecuado para el logro de dicha rectificación.

Claro que si admitiésemos la tesis notarial de que el artículo 95 del Reglamento va en contra de lo que dispone la Ley y deberíamos entender que no es aplicable, dejaríamos sin efecto ese posible portillo que se abre

para poder hacer constar en el Registro la naturaleza de unos bienes. Y es que eso es de lo que se trataba, pues no existía error en la apreciación registral, sino falta de una prueba que posteriormente se aporta y que complementa la destrucción de una presunción legal. El título no era falso, nulo o defectuoso, sino incompleto.

La Resolución de 8 de marzo de 1978 aborda un tema muy semejante al contemplado en la presente, pues se refiere a la condición o el carácter de un régimen matrimonial y, de rechazo, a la naturaleza privativa o comunitaria de unos bienes. El adquirente era rumano, apátrida y jugaban dos regímenes matrimoniales. No vamos a repetir el supuesto, pero sí queremos hacer constar que la Dirección General al excluir la aplicación al caso contemplado del artículo 95 del Reglamento Hipotecario—que da por válido a pesar de ser una desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario—se ata las manos para poder solucionar el problema por el cauce del párrafo segundo de dicho artículo y monta un medio rectificatorio del Registro mediante y a través de una instancia y la presentación de unos documentos auténticos que destruyan el error padecido en el título y que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes. Creo que en mi comentario a esta Resolución hacia unas consideraciones de las dificultades que suponían las actuales normas de rectificación recogidas en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y que en aquel caso quedaban aún más estrechas al no querer aplicar al extranjero la norma de los gananciales del artículo 95 Reglamento Hipotecario.

Para la prueba del carácter privativo del precio la Dirección General ha sido siempre muy exigente, disponiendo que sea completa y concluyente, cuando hubiera terceros interesados (R. de 22 de diciembre de 1933); sin que sea suficiente el reconocimiento o aseveración del marido de que el precio es de pertenencia de la mujer (R. de 10 julio 1935 y 9 junio 1936); y llega alguna vez a exigir, para la prueba, documentación que haga fe contra tercero rechazando las meras manifestaciones del marido o de la mujer, así como las afirmaciones simples de un Agente de Cambio y Bolsa o del Notario autorizante (Rs. 30 enero y 9 diciembre de 1943). De estas Resoluciones se deduce que la prueba debe ser seria y documentada en hecho o en documentos que varíen sustancialmente la presunción de ganancialidad que establece el Código civil en el artículo 1.407.

Lo que sucede es que la doctrina, al examinar el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, parece desplazar al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales el de hacer constar en la inscripción por medio de la correspondientes nota marginal la justificación del carácter privativo, olvidando con ello que la norma es de carácter genérico y que al hablar de «posterioridad a la inscripción» está perfectamente admitiendo que la justificación del origen del precio privativo pueda realizarse inmediatamente después de practicada la inscripción, en el intermedio hasta que la sociedad de gananciales se disuelva o cuando esto último ocurra.

El caso presente era clarísimo y aquí es donde el Registrador no enfoca correctamente el problema en su calificación, pues su poder decisorio es tan omnímodo en esta materia de precisión de ganancialidad o privatividad de los bienes que «decide» en virtud de unas pruebas y que ese poder se

prolonga aun posteriormente a la redacción y extensión del asiento de inscripción. En este caso concreto la prueba no es, por supuesto, del precio o de su carácter privativo, ya que lo único que se aporta como prueba es el hecho notorio y fehaciente de que el documento privado, que luego se eleva a público, estuvo firmado y liquidado en estado de soltero, lo cual evita investigar sobre el origen del precio.

Lo que el Registrador no quiso ver es la grandeza de esta dimensión calificadora y pensó que estando bajo la salvaguardia de los Tribunales los asientos practicados, él ya no tenía potestad para rectificarlos, sin darse cuenta, que, como apunta certeramente la Dirección General, lo que el Tribunal ampara en la inscripción es un «estado provisional» en el que si adquiere el marido se protege a la mujer y si adquiere ésta se protege a aquel, mientras que uno u otro, o los dos, no demuestren que la protección registral sólo a uno debe de brindarse. Demostrada la realidad se destruye la provisionalidad de la afirmación y debe rectificarse. El caso es muy semejante al que se contempla en las inmatriculaciones que se someten a la publicación de un edicto y que si no se presenta en el plazo legal establecido, puede y debe cancelarse la inscripción. Se dirá que esto es así porque consta en la inscripción esta advertencia. Pues también consta en la inscripción que al no demostrarse la procedencia del dinero la misma se hace a favor de ambos, sin que la misma prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial. El acierto, por tanto, de la Resolución no puede ser más evidente, equitativo y ajustado a la ley.

Bienes inmuebles gananciales. Adquisición por mujer casada. Condición resolutoria expresa. Cláusula penal: son inscribibles en el Registro las compras hechas por mujer casada sin intervención de su marido, de quien se encuentra separada de hecho, cuando el pago de parte del precio queda aplazado, y se pacta que la falta de pago de uno de los plazos da derecho a la vendedora a dar por resuelto el contrato, en los términos del artículo 1.504 del Código civil, quedando entonces en beneficio de la vendedora las mejoras que se hubieran realizado en la finca y el 50 por 100 de las cantidades pagadas.

En tal caso, la inscripción habrá de practicarse no conforme a las reglas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, sino sólo a nombre del cónyuge adquirente, de acuerdo con el artículo 1.401-1.º. Del Código civil en relación con el 1.407.

Cuando compra la mujer casada en régimen de gananciales con precio aplazado sin el consentimiento del marido, no quedarán obligados a las resultas del contrato los bienes de la sociedad conyugal, y solamente lo estarán el patrimonio privativo de la mujer, así como el propio bien adquirido. (Resolución de 4 de mayo de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 17 de junio.)

Hechos.—Por escritura de compraventa autorizada en Barcelona por el notario don Antonio Beaus Codes el 29 de septiembre de 1976, don Sebas-

tián Auger de Pons, en nombre y representación de doña Rosa Comas de Leonart, vendió a doña Matilde González González un piso vivienda por determinado precio, parte del cual quedó aplazado, para ser satisfecho en catorce plazos trimestralmente representados por otras tantas letras de cambio, cuyos vencimientos se detallan, estipulándose que la falta de pago de uno de los plazos daría derecho a la vendedora a dar por resuelto el contrato en los términos del artículo 1.504 del Código civil, quedando a beneficio de la vendedora, una vez causada la resolución, las mejoras que se hubieran realizado en la finca, y el 50 por 100 de las cantidades que ya hubiere percibido; la compradora, doña Matilde González González, que comparece en nombre propio, declara que está casada bajo el régimen de gananciales con don Heliodoro Rebollo Ramos, de quien se encuentra separada de hecho hace más de veinticinco años, por lo que carece de gananciales de su matrimonio, habiendo pagado la parte del precio satisfecha y proyectando pagar el resto con dinero de carácter parafernial.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse en el mismo los siguientes defectos:

1.º No acreditarse suficientemente el carácter parafernial del precio o contraprestación como exige el artículo 95, 3.º, del Reglamento Hipotecario, ya que la mera separación de hecho de los esposos revelada en el documento por la simple manifestación de la adquirente no puede producir ninguna consecuencia en el mundo jurídico con trascendencia frente a terceros ni puede transformar lo que por ley es ganancial en privativo. Por tanto, la inscripción debe practicarse a tenor de la regla 1.ª del citado artículo 95.

2.º Supuesto lo anterior, falta de consentimiento del marido, de conformidad con el artículo 1.416 del Código Civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para caso de impago del precio.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 485, c), del Reglamento Hipotecario. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado.»

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando, entre otras razones, que la aplicación del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario que propugna el Registrador, al no aludir directamente dicho artículo al caso que contemplamos, sólo puede ser analógica en los términos del artículo 4.º del Código Civil, pero que en todo caso sería mucho más adecuado tomar como precepto aplicable analógicamente el punto 2.º del mismo artículo; que el vacío legal es evidente, al no contemplar el supuesto de referencia el artículo 95, y adquiere verdadera importancia tras la reforma de 2 de mayo de 1975, en cuanto al régimen legal de las mujeres, al eliminar la licencia marital y reconocer que el matrimonio no afecta a la capacidad de los cónyuges; que en la inscripción en la forma que se indica por el recurrente

estaría en relación con los antecedentes legislativos del precepto, cuya evolución tiende claramente a la progresiva protección de la mujer y su equiparación con el esposo, lo que haría absurdo que para rellenar el vacío reglamentario se utilizase un precepto cuya aplicación redundaría en desigualdad y perjuicio para la mujer casada requirente; que la inscripción en la forma prevista por el número 2 del artículo 95 del Reglamento en nada perjudica ni al esposo que no ratifica ni a los terceros, suficientemente protegidos por la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código Civil; que en el caso de la escritura cuya calificación se recurre, en el que se afirma la existencia de una separación de hecho de más de veinticinco años, resulta falto de equidad el que un precepto reglamentario convierta una presunción de ganancialidad, salvo prueba en contrario, en una inscripción a favor de ambos cónyuges y para la sociedad conyugal; que en cuanto al defecto señalado en el punto 2.º de la nota se plantea de idéntica manera, tanto si se inscribe en la forma indicada por el Registrador como en la forma propugnada por el recurrente; que el hecho de garantizar el precio de la venta en previsión de incumplimiento no supone que se requieran mayores requisitos de capacidad que en el supuesto de simple aplazamiento sin más garantías que la acción del artículo 1.124 y la general responsabilidad patrimonial del artículo 1.911; que quien puede adquirir por sí sólo con precio aplazado podrá adquirir garantizando con condición resolutoria o hipoteca su cumplimiento; que tampoco tiene trascendencia la cláusula penal, ya que ésta se hará efectiva sobre las mejoras y el 50 por 100 de las cantidades ya percibidas por la compraventa, por lo que cuando ello ocurriese sería sobre la parte de precio ya pagado por la compradora sobre el que se haría efectiva la pena.

El Registrador informó que el punto primero de la nota no es incongruente con el texto de la escritura calificada, pues aun cuando en la escritura no se solicita la inscripción del bien adquirido como parafernalia, las declaraciones de la adquirente respecto a su separación de hecho y carencia de gananciales tienen que tener una finalidad que no puede ser otra que el intentar que la adquisición se inscriba a su nombre exclusivamente; que es evidente que el caso concreto debatido no tiene encaje en ninguno de los supuestos que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario contiene, pero que si ahondamos en la ratio del precepto, así como las manifestaciones acerca de la parafernalia del precio que la escritura contiene, vemos que dicho supuesto tiene entrada en el artículo 95, regla 1.ª; que la tesis del Notario supone no ya interpretar la regla 2.ª del artículo 95 aplicando el artículo 3.º, 1, del Código Civil, sino hacer decir al precepto lo que el precepto no dice, ya que el artículo es suficientemente claro; que la inscripción conforme a la regla 1.ª del artículo 95 no supone que se trata de bienes cuya naturaleza está ya definitivamente establecida como una presunción «iuris et de iure», sino como una presunción «iuris tantum»; que en el caso de falta de acuerdo de los esposos no podría decirse que la inscripción con arreglo al párrafo 2.º del artículo 95 no perjudique a nadie, ya que se desplazan los poderes dispositivos (artículo 96), de tal forma que si el marido pretendiera enajenar el bien adquirido y su cónyuge no le prestara el consentimiento, no podría acudir a la autorización judicial supletoria

del artículo 1.413 del Código Civil, dándose la paradoja de que un bien que sin duda es ganancial queda sustraído del poder dispositivo del marido como administrador de la sociedad de gananciales; que en cuanto al punto 2.º de la nota, si bien se parte de la base de pleno respeto a la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, en cuanto al caso por ellas contemplado, en que se trataba de compras con precio pagado al contado, ha de resaltarse que en el caso debatido la mujer no sólo ejercita facultades como administradora al adquirir un bien, que por no acreditarse la procedencia del precio debe reputarse ganancial, de conformidad con el artículo 1.413 del Código Civil, lo cual se admite en base a las Resoluciones citadas, sino que deja aplazado parte del precio y garantizado con una condición resolutoria que puede producir la consecuencia de que un bien que por ley es ganancial pierda este carácter sin que el marido tenga la más mínima intervención en el proceso; que el caso debatido entra de lleno en la esfera del último párrafo del artículo 1.441 del Código Civil, cuando dice que los Tribunales conferirán la administración a la mujer si el marido hubiera abandonado a la familia, precepto éste que nos enseña el claro camino a seguir, caso de ser imposible conseguir el consentimiento del marido.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario y declarando además que de efectuarse la inscripción a nombre de la adquirente y en armonía con sus declaraciones no se prejuzga la naturaleza privativa o ganancial del bien adquirido.

Y la Dirección General confirma el auto apelado, justificando su decisión en los siguientes Considerandos.

Doctrina.—Que en el estudio y resolución de este recurso hay que tener en cuenta la profunda modificación que la Ley de 1975 introdujo al sentar como principio general en el nuevo artículo 62 del Código Civil que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, lo que motivó, de una parte, que toda una serie de preceptos de ese Cuerpo legal fueran modificados y se adaptaran a la nueva legalidad introducida, y que para otras instituciones (la sociedad legal de gananciales) se previniera su futura regulación adaptada a esta nueva situación (una vez se resolvieran los complejos y arduos problemas que ofrece), por lo que hasta ahora, en tanto este hecho no se produzca, hay que tratar de cohonestar los preceptos legales todavía vigentes con el principio general antes señalado de plena capacidad de obrar de ambos esposos.

Que este Centro Directivo declaró en las Resoluciones de 8, 11 y 26 de febrero de 1977 la inscripción al amparo del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario de las compras de inmuebles hechas por mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, en las que el precio había sido satisfecho al contado en base a los argumentos legales recogidos en las expresadas Resoluciones, planteándose ahora la cuestión de si eran o no inscribibles las mencionadas adquisiciones en el supuesto de que se haya

pagado por la mujer sólo parte del precio y quede aplazado el resto con la garantía, igualmente pactada, de una condición resolutoria con cláusula penal.

Que el principal obstáculo que puede alegarse en contra del acto realizado aparece señalado en el defecto 2.º de la nota de calificación y hace referencia a la imposibilidad de la mujer casada para obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido (artículo 1.416 del Código Civil), por lo que, invirtiendo el orden de los defectos establecidos, se va a examinar éste en primer lugar.

Que como indicó la referida Resolución de 8 de febrero de 1977, el examen del artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a señalar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código Civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido, pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que por tanto tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 de su nueva redacción.

Que confirma el anterior aserto el contenido del artículo 1.698, 2.º, del Código Civil, vigente en esta materia como supletorio por la remisión que a las normas del contrato de sociedad hace el artículo 1.395 del mismo. Cuerpo legal (incluido dentro del capítulo que regula la sociedad de gananciales), y en donde se establece que la sociedad no queda obligada respecto a tercero por los actos que haya realizado un socio no gestor, salvo cuando dichos actos hayan redundado en provecho de ella, de donde se deduce que los actos celebrados por el cónyuge no administrador (en este caso, la mujer) producirán todos sus efectos en cuanto a su autor y de su cumplimiento responderá su patrimonio privativo, y no el de la sociedad de gananciales, salvo que ésta se hubiera aprovechado, criterio que el propio legislador ha ampliado a otros supuestos en la reforma de 1975, como ha sucedido al modificar la redacción del artículo 995 del Código Civil, en donde se establece que la falta de consentimiento del cónyuge del aceptante de una herencia no afecta a la validez del acto, sino sólo a la exclusión del patrimonio ganancial en la responsabilidad de las deudas hereditarias.

Que, en consecuencia, habrá de concluirse que la mujer casada en régimen de gananciales en el ejercicio de la potestad que como administradora de ciertos bienes gananciales (frutos de los parafernales y ganancias obtenidas en su profesión, industria o trabajo) podrá realizar toda clase de contratos de compraventa, tanto al contado como a plazos, pero en este último caso, si el marido no presta el consentimiento que exige el artículo 1.416, no quedarán obligados a las resultas del contrato los bienes de la sociedad conyugal, y solamente lo será el patrimonio privativo de la mujer, así como el propio bien adquirido, pues aunque tuviera la presunción de bien ganancial (artículo 1.401) siempre quedaría sujeto a la acción resolutoria del vendedor (artículo 1.124 del Código Civil) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la mujer.

Que al no acreditarse suficientemente el carácter del precio que como contraprestación se ha satisfecho en parte por la mujer, y actuar la presunción general del artículo 1.401 del Código Civil, se plantea la cuestión de si la adquisición realizada habrá de inscribirse a tenor de la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario o si las manifestaciones hechas en la escritura por la mujer compradora pueden enervar o matizar al menos la aplicación del mencionado precepto legal.

Que es indudable que la situación de separación de hecho de los esposos, sobre todo cuando se remonta a un período más o menos largo de tiempo, ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y puede producir determinados efectos jurídicos, por lo que en principio, y en relación con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, la declaración hecha por el cónyuge adquirente condiciona el supuesto de aplicación, pues al no haberse acreditado que el precio es de la exclusiva propiedad de la compradora, no cabe encuadrarlo dentro de la regla 3.ª de dicho artículo, así como tampoco dentro de la 2.ª, al haber sido hecha la aseveración por la misma compradora y no por su esposo, pero tampoco se está propiamente en el supuesto de la regla 1.ª, dada la finalidad y origen de este precepto reglamentario.

Que, en efecto, este artículo 95, en su redacción actual, es una novedad introducida por el Decreto de 17 de marzo de 1959, que trató de acomodarse a la reforma que del artículo 1.413 del Código Civil hizo la Ley de 24 de abril de 1958, sin que pueda dársele un mayor alcance que el que tienen las disposiciones sustantivas sobre la materia (en particular, el artículo 1.401, 1.º), ya que la finalidad perseguida era la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre el inmueble ahora adquirido, y aunque incluso en la situación normal de un matrimonio pueda parecer excesivo que de acuerdo con dicha regla 1.ª se practique la inscripción a nombre de los dos cónyuges cuando sólo la adquirió uno de ellos, con lo que aparece como titular registral quien no ha sido parte en el acto o contrato, todavía resulta mucho más anómalo la práctica de una inscripción de esa forma, cuando de las manifestaciones hechas por el cónyuge comprador, y aun sin entrar a calificar la naturaleza del bien, que a falta de otros elementos de juicio pudiera tener la consideración de ganancial, con arreglo al artículo 1.407 del Código Civil, aparece justificadas reservas a la aplicación del mencionado precepto reglamentario.

Que, en consecuencia, se está ante un supuesto de forma de inscribir una adquisición no prevista en las vigentes reglas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, y que habrá de realizarse practicando la inscripción sólo a nombre del cónyuge adquirente, tal como previene el artículo 1.401, 1.º, del Código Civil, en relación con el artículo 1.407 del mismo Cuerpo legal, mien tras no se pruebe que pudiera pertenecerle privativamente.

Consideraciones críticas

En mi libro «Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral», publicado en 1977-78, adelantaba un poco la solución que la Dirección General

da al caso de mujer casada que compra sin autorización del marido y que, aplazado el precio, se somete a la condición resolutoria de la falta de pago de cualquiera de los plazos. Decía entonces que «queda pendiente de solucionar la problemática del precio aplazado y garantizado con hipoteca o condición resolutoria, por el juego del artículo 1.416 del Código civil. Para el caso de que se decidiera que dichos actos no entran en la progresiva línea marcada por la Dirección General, habrá que pensar en cerrar el Registro a ellos cuando no se acredite la procedencia del precio ni se haga manifestación en este sentido. Entendemos muy significativa, sin embargo, esa frase de la Dirección General en la Resolución de 11 de febrero de 1977, que dice: «Que el artículo 1.416 exige el consentimiento del marido para que los bienes de la sociedad conyugal queden obligados por los actos de la mujer, pero *no afecta a la validez* del contrato que ésta hubiera podido realizar.» Y terminaba mi comentario: «Si se admite su validez e inscripción estaremos ante casos semejantes a los apuntados con la especialidad de la cláusula del precio.»

Sin embargo, en mi comentario, no podía prever esa solución que la Dirección da a la forma o manera de inscribir, descubriendo una laguna en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario que yo daba por aplicable también a estos casos. Y es que hay una especie de corriente contraria a la redacción del artículo 95 que resurge ahora con fuerza en diversas Resoluciones de la Dirección y que fue inicialmente mantenida por la doctrina militante en el campo notarial. Concretamente SANZ FERNÁNDEZ atacó la redacción dada al artículo 95, 1.º, diciendo que ni la naturaleza de la sociedad de gananciales, ni la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, ni las exigencias del principio de tracto sucesivo, eran suficientes para justificar esta reforma reglamentaria. Bien suponga el artículo 1.413 una limitación a las facultades dispositivas del marido o una codisposición entre marido y mujer, no implica, en modo alguno, una coadquisición o cotitularidad de los bienes. El Reglamento Hipotecario —concluye SANZ— ha venido a dar al artículo 1.413 una interpretación extensiva, cuando es indudable que por la forma en que está concebido y redactado ha de ser de interpretación restrictiva.

La reforma llevada a cabo en el Código Civil, por Ley 2 de mayo 1975, al ser parcial y muy apresurada, viene dando lugar a una constante problemática que el legislador no quiso prever. Parecía que con ella iba a lograrse la gran «liberación» femenina y lo que se hizo fue complicar las cosas, pues no debe olvidarse que los Códigos responden a una estructura unitaria y al tratar de encajar en ellos algo que se aparta de la misma, sus piezas se desajustan y surgen los problemas. Quizá haya sido esa reforma la que ha motivado a la Dirección a pronunciarse en contra del artículo 95, 1.º, del Reglamento Hipotecario. Digo esto, pues en las últimas Resoluciones comentadas por mí en estas páginas se ve esta especie de crítica: la regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, al suponer una desviación de las normas legales de carácter general de nuestro sistema inmobiliario, debe ser interpretada en forma restrictiva (R. 10 marzo 1978), la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no deja de ser una norma de carácter muy singular dentro de nuestra legislación

hipotecaria, por cuanto obliga a practicar una inscripción a nombre de dos titulares, aunque la adquisición se haya hecho por uno solo de ellos (R. de 7 abril 1978), el obligado cumplimiento por parte de los Registradores de la Propiedad del mandato contenido en la regla 1.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario trae como consecuencia que el Registro publique la titularidad de una persona que no ha sido parte en el acto o contrato de adquisición (R. 5 de mayo de 1978) y la presente que estamos comentando.

A la vista de todo ello, y en espera de las reformas legislativas, reglamentarias y normativas, vamos a intentar enjuiciar las tres grandes soluciones que la Dirección General da al problema planteado: validez de las compras hechas por mujer casada en régimen de gananciales sin consentimiento del marido y con precio aplazado garantizado con condición resolutoria; responsabilidad correspondiente del patrimonio privativo de la compradora y práctica de la inscripción a nombre de la compradora solamente y como ganancial, sin aplicar el tan discutido artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

A) Validez de la adquisición

La Dirección General sigue, para resolver el problema de la validez de las adquisiciones, el conocido argumento ya esgrimido en las de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, es decir, desplazar el programa de la validez al de la responsabilidad, al cual da pie el Registrador de la Propiedad en su nota al referirse a la falta de consentimiento del marido exigido por el artículo 1.416 del Código Civil, para obligar los bienes de la sociedad conyugal a través de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado y una cláusula penal también para el caso de impago del precio.

La Dirección General ve facilitado su camino a través de la calificación y sanciona lo que antes dijo: el artículo 1.416 del Código Civil lleva a la conclusión de que se limita a señalar los bienes que quedan obligados por los actos de la mujer, de modo que el consentimiento del marido no afecta para nada a la validez del contrato realizado por ella, pues a este aspecto se referían en su redacción derogada los artículos 61 y 1.263 del Código Civil, que le impedían adquirir a título oneroso o lucrativo sin licencia o poder de su marido, pero suprimida esta restricción no hay ningún obstáculo legal para que la mujer casada pueda ser compradora, sin que por tanto tengan aplicación los artículos 65 y 1.301 en su nueva redacción.

A la hora de la defensa de la nota calificadora el Registrador rectifica en su postura la nota y en vez de utilizar el artículo 1.416 del Código civil ve que el posible cauce por donde se puede atacar la doctrina de la Dirección es el artículo 1.413 del Código civil, que supone la necesidad de un consentimiento del otro cónyuge para los actos de enajenación o gravamen de los bienes inmuebles y, en su defecto, la autorización judicial. Y aquí es donde está el tema, ya que, en virtud del cumplimiento de la condición resolutoria, el bien puede salir del patrimonio conyugal sin el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1.413 del C. c., aparte de que aplicando

la doctrina de este artículo y pensando en una asimilación entre condición resolutoria e hipoteca la mujer no podría haber impuesto ese «gravamen» (la Dirección General habla de «garantía de una condición resolutoria con cláusula penal») sin el consentimiento del marido o la autorización judicial. Y aunque el acto así celebrado parezca entrar dentro de lo que viene a disponer el artículo 65 al entender anulable los actos realizados por cualquiera de los dos esposos cuando falte el consentimiento de uno de ellos y éste se exigiera, ya empezaríamos a no poder calificar de válida la compra con gravamen y ya podríamos discutir si el artículo 65 tiene o no aplicación al caso del 1.413 del Código civil en donde parece claro que o se obtiene el consentimiento del otro cónyuge o el del Juez para que el acto sea válido.

AMORÓS GUARDIOLA («Comentarios a esta Resolución», en Rev. Cr. Dr. Inmobiliario, mayo-junio 1980, págs. 658 y ss.) plantea igualmente el problema y aduce en favor de la resolución de validez del acto realizado por la mujer las Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968 en las que la Dirección sostuvo que cuando el marido compra un inmueble a plazos y simultáneamente garantiza ese aplazamiento con hipoteca sobre el mismo bien comprado, puede realizar ambos actos por sí solo sin necesidad del consentimiento de su esposa para hipotecar el bien presuntivamente ganancial, sobre la base de la unidad inseparable de ambos actos, ya que la garantía del precio aplazado va indisolublemente unida al acto de adquisición a plazos, pudiendo afirmarse que sin la creación de esa garantía la venta aplazada no llegaría a celebrarse. Sobre la base de una interpretación analógica, el autor citado entiende que podría darse por buena la constitución de esa garantía real por la mujer casada sin intervención del marido, a pesar de la necesaria concurrencia de éste para los actos de gravamen de inmuebles gananciales.

Dada la tendencia actual a la equiparación de sexos con proyección en el campo de la sociedad conyugal, es evidente que pudiera aplicarse aquella doctrina mantenida por la Dirección General para el marido a la mujer, pero habría que pensar serenamente en si eso era correcto jurídicamente, pues todo el argumento que la Dirección utilizaba residía en la «íntima soldadura» existente entre las diversas declaraciones emitidas que concluyen en un *único negocio*, que es el resultado de las varias causas que en él concurren, lo que trae como consecuencia que no pueda escindirse en los *dos negocios que lo forman* y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos, que es la compraventa.

El famoso dogma de «accesoriedad» de la hipoteca exige siempre la existencia de un crédito y, por supuesto, una causa para el mismo y otra para la hipoteca, de tal forma que el préstamo hipotecario puede tener también esa íntima soldadura de que habla la Dirección y concurrir en él las diversas causas de que se trata. Lo que ya no se puede predicar es si la causa compleja que le sirve de base al negocio citado ha absorbido las restantes y determina la primacía del préstamo sobre la hipoteca o de ésta sobre aquél, dado el carácter accesorio de esta última.

Creo que había que profundizar en el tema, pues aquella Resolución tenía detrás ciertas opiniones doctrinales de peso como eran las del Notario autorizante de la escritura Vallet de Goytisolo y las de Cámara Alvarez y Lacruz Berdejo, que sostenían que económica y jurídicamente la operación equivalía a la adquisición del inmueble con el correspondiente gravamen. Más cautamente Rodríguez Adrados (el que posteriormente va a defender la tesis de la responsabilidad patrimonial del artículo 1.416 del C. c.) distinguía el caso del adquirente que hipoteca, que necesita el consentimiento de la mujer, y la reserva de la hipoteca por parte del vendedor, que libera de tal requisito. Creo que toda la claridad del tema reside en saber buscar las diferencias existentes entre la figura del préstamo hipotecario y la hipoteca que garantiza el precio aplazado. Si de verdad existen diferencias la tesis debe prosperar, pero si resulta que también en el préstamo existe la ligazón y la subordinación de pactos, creo que la tesis cae por su base.

B) Forma de constatar la inscripción

La Dirección General, en esa línea que apuntamos al comienzo de sentirse incómoda con la redacción y normas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, va examinando el mismo y saca la conclusión que el supuesto de hecho que da lugar al recurso no está contemplado por el mismo y, por ello, debe aplicársele una normativa especial: tener en cuenta la manifestación de la separación de hecho que hace la mujer, inscribir la finca a nombre de la mujer y reputarla ganancial.

Con todo, el gran respeto que merece la Dirección General y la valoración del esfuerzo que supone adelantarse a una posible reforma normativa, creo que la solución dada no tiene un apoyo jurídico claro. Evidentemente, la prolongación de una separación de hecho puede hacer presumible la inexistencia de bienes gananciales, pero habría que haber arbitrado un medio probatorio para que esa situación aflore y pueda desvirtuar la presunción que pesa sobre la ganancialidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio del artículo 1.407 del C. c. Hay una contradicción en la solución dada que tiene una explicación, pues si bien parece estimarse la situación de separación de hecho prolongada y de ordenar que la adquisición se haga a nombre de la mujer, con lo cual parecía que la finca podía ser parafernalia, debe hacerse constar su carácter de ganancialidad hasta que pueda probarse que pudiera pertenecerle privativamente.

Entiendo que la solución que se le da al caso es para evitar a toda costa que en la inscripción figure el nombre del marido como debería hacerse si se aplica el número 1.º del artículo 95. Todo ello sobre la base de que resulta ilógico que en una inscripción figure alguien que no interviene en la adquisición, vulnerando con ello el principio de tracto sucesivo. Pero este ataque al artículo 95 a mí se me antoja poco convincente, pues la finalidad que con el mismo se perseguía no era «la de poner a disposición del funcionario calificador la existencia de un elemento fundamental a tener en cuenta en la futura calificación de un acto de disposición o gravamen sobre

el inmueble ahora adquirido», como expresa literalmente la Dirección General, pues si así fuese no se hubiera admitido un medio de desvirtuar la presunción «iuris tantum» de ganancialidad del artículo 1.407 del C. c. inmediatamente después de hacer la inscripción y antes de que llegue el posible acto de disposición o gravamen. La misma Dirección General contradice aquí la tesis mantenida en la Resolución de 7 de abril de 1978, anteriormente comentada, en la que admite que el artículo 95 prevé la posibilidad de probar el carácter privativo de la adquisición y hacerlo constar en la inscripción mediante una nota marginal. Además, y esto es grave, inscribiendo a nombre de la mujer, haciendo constar la separación de hecho o la manifestación de esa situación y atribuyendo a los bienes el carácter de gananciales provisoriamente, estamos en las mismas: a la hora del gravamen o de la disposición, el Registrador exigirá el consentimiento del marido a no ser que, para entonces, haya desaparecido el artículo 1.413 del C. c., se haya promulgado la ley de divorcio y se haya dado a la separación de hecho la posible trascendencia jurídica que puede y debe tener.

También quiero salir al paso y en defensa, por supuesto, del artículo 95, 1.º, del Reglamento, por entender que el mismo tiene una razón mayor que la que se le pretende atribuir, pues si bien obliga a hacer constar el nombre y apellidos como titulares del cónyuge que interviene en la adquisición y del que no interviene, es sobre la base de las facultades dispositivas que ambos cónyuges tienen sobre los posibles bienes gananciales y lo que en el presente caso parece lógico por la existencia de una larga separación, privando al marido de la posibilidad de una disposición y limitándole su intervención a la prestación del consentimiento, resulta sobradamente injusto cuando es el marido quien adquiere y no se hace constar el nombre de la mujer, la cual puede tener en ciertos casos facultades dispositivas sobre los bienes gananciales.

Conforme al artículo 4 del Código civil, párrafo 1.º, «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Creo que es por ese camino por donde debió enfocarse la solución del tema y si no se quería aplicar el párrafo 1.º del artículo 95 porque parte como requisito de aplicación que no «se haga declaración alguna sobre la procedencia del precio» (no por otras razones), debió aplicarse el número dos del mismo artículo que precisamente parte de que se asevere algo sobre la procedencia del precio, pero no lo acredite. Ya comprendo que aplicando literalmente la letra del artículo parece exigirse que la manifestación la haga el «otro» cónyuge y no el que solamente adquiere sin intervención ni consentimiento del otro. Intentando descubrir el espíritu que anima el precepto queda comprendido el caso de la adquisición de un cónyuge con su propia manifestación, lo cual nos llevaría a inscribir a nombre del adquirente, hacer constar su manifestación sin que la inscripción, como dice el precepto, no prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial de los bienes. Todo, menos aplazar la solución al momento de la disposición en que por haberse presumido gananciales a los bienes que se inscriban a nombre de la mujer necesitaran en su día del consentimiento del marido o del Juez.

C) *Responsabilidad del patrimonio*

La tesis de desplazar del artículo 1.416 el problema del requisito del consentimiento marital para los actos de disposición y centrarlo en el tema de la responsabilidad, es la gran habilidad de la Resolución: si la mujer no puede obligar a la sociedad conyugal sin el consentimiento del marido—aun y a pesar de esa separación de hecho tan prolongada que se alega— parece obvio que no puede imputarse la responsabilidad al patrimonio ganancial, sino al privativo de la mujer que adquiere y a la finca adquirida, aunque tuviera la presunción de ganancialidad (artículo 1.401), pues en todo caso quedaría sujeto a la acción resolutoria del vendedor (artículo 1.124 C. c.) en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la mujer.

La tesis me parece irreprochable. Lo que ya no me parece logrado es esa aplicación analógica de supuestos entre los actos de un socio y los actos de un cónyuge, por aplicación subsidiaria de normas. Esta argumentación era innecesaria y además tiene el gran peligro de que el concepto de «provecho» es muy difícil de precisar, pues en verdad la sociedad conyugal se aprovecha de ver engrosado su patrimonio con una adquisición de un bien que la inscripción lo reputa como ganancial.

Quede apuntado el problema, pues la argumentación no creo que añada nada nuevo a la interpretación acertada del artículo 1.416 del C. c. También deben quedar apuntados los posibles problemas que se derivan de la estipulación de la «cláusula penal» que acepta la mujer en su adquisición y que pudiera tener sus dificultades de acceso al Registro si se estimase como leonina. No conviene olvidar, sin embargo, que conforme al artículo 1.154 del C. c., el Juez podrá modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, aparte de la interpretación jurisprudencial que a dicho artículo se le ha dado.

Igualmente queda marginado en el presente caso el problema de la aplicación o no del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, pues a pesar de que los bienes figuren inscritos «como gananciales o presuntivamente gananciales» es evidente que las deudas y obligaciones que se derivan del contrato no son a cargo de la sociedad, pues falta el requisito del consentimiento del marido para que la mujer pueda obligar a la misma, conforme al artículo 1.416 del Código civil.

JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Jorge CAFFARENA LAPORTA, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Angel LUCINI CASALES y José PERE Y RALUY. Coordinador: Antonio Manuel MORALES MORENO.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. *Prelación de normas en función de su rango en la jerarquía normativa. Constitución. Como cúspide normativa.*—No es admisible que una norma general, con rango de «ley», sea sustituida en su pertinente aplicación a un caso concreto, por otra de mero carácter reglamentario, al oponerse a ello el orden jerárquico de las normas estatales consagrado en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957, el artículo 7 de la L. O. del Poder Judicial, el artículo 1.º, 2, del C. c. y, en la cúspide normativa, los artículos 9.º, 3, y 66, 2, de la Constitución de 1978, expresivos todos, con unos u otros términos, de la prevalencia y aplicación prioritaria de la norma superior respecto de la inferior contradictoria.

Cláusula de sumisión expresa. No puede dejarse sin efecto por norma de rango inferior al legal.—La cláusula de sumisión expresa no puede ceder ante una disposición como el Reglamento de contratación de las corporaciones locales aprobado por Decreto de 9 enero 1953 —artículo 12—, que carece de rango legal. (Sentencia de 5 de marzo de 1980, resolutoria de cuestión de competencia.)

NOTA.—Una de las características más salientes de una concepción de mocrática del Derecho es la afirmación, con carácter general, del principio normativo por el que las normas de un determinado rango legal no pueden ser dejadas sin efecto por otras de rango inferior y, muy especialmente, que los preceptos de rango legal emanados del supremo Poder, el legislativo, no pueden ser dejados sin efecto por normas de inferior rango emanadas de la Administración. El artículo 9.3 de la Constitución dice que ésta «garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa...», dejando bien claro que la Administración no puede por vía reglamentaria invalidar el juego de las normas legales y que los órganos del llamado Poder Judicial deben velar rigurosamente, en todo el ámbito de los procesos a su cargo, por la efectividad de la ordenación jerárquica de las normas. Ciertamente es que dichos principios aparecen proclamados más o menos solemnemente en sistemas políticos que nada tienen de democráticos, pero se trata entonces de formulaciones meramente teóricas que contrastan con una práctica en la que un Decreto, una Orden y aun una simple circular ministerial priman sobre

normas con rango de Ley formal; el ejemplo de lo ocurrido en materia de tasas y exacciones fiscales y parafiscales impuestas por la Administración, concretamente en materia de tasas judiciales, es revelador al efecto. De ahí que el efectivo cumplimiento del principio de prioridad normativa, por la propia Administración y por los Tribunales, en su función de salvaguarda de los principios constitucionales, nos proporcionará uno de los índices más reveladores de la efectiva democratización de nuestro ordenamiento jurídico y de la efectiva realización de un verdadero Estado de Derecho. Por ello la sentencia anotada merece el más favorable de los juicios, en tanto que sólo graves reservas suscita una resolución, de signo diametralmente contrario, dictada por la propia Sala en 22 octubre 1979, que hace prevalecer las normas de un Decreto sobre las de la LAU.

J. P. R.

2. *Nulidad de actos jurídicos. Alcance del artículo 6.º, párrafo 3.º (antes artículo 4.º) C. c.*—Este precepto legal se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de interpretarse con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con un criterio flexible y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de manera expresa y textual, sin que quepa pensar que toda desconformidad con una Ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, ha de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad; de lo que se deduce que el artículo 4.º, hoy 6.º, del Código sustantivo, no autoriza, por sí solo, una declaración de nulidad, pues en cada caso concreto se han de analizar las circunstancias del acto que se pretende anular, que precisa la demostración de que se ha ejecutado contra lo dispuesto en la Ley, en el presente caso los Estatutos de la Asociación demandada, hoy recurrida, pues no basta que exista una inadecuación entre un acto y un precepto legal, sino que es preciso, además, que éste establezca un mandato ineludible o imponga, siempre imperativamente, una prohibición.

Nulidad de actos sociales. Convalidación o ratificación de la asamblea.—En el caso concreto no puede realmente estimarse como una norma imperativa o prohibitiva el artículo 7.º, relacionado con el 25, de los Estatutos de la Asociación, alegado en tal concepto por el recurrente, para la Junta Directiva en orden a la adopción de los acuerdos a que el pleito se refiere, pues si, como el recurrente afirma en la demanda con relación al homenaje al señor XX, para la validez del acuerdo era necesario la petición presentada por un grupo de socios a la Junta Directiva y el texto del acuerdo de la misma, tales requisitos fueron observados y el acuerdo tomado por ésta en 11-8-1973, por el que, accediendo a la solicitud de un numeroso grupo de asociados, entre ellos el propio recurrente, decidió la realización del homenaje por éstos solicitado, fue ratificado por la Asamblea General de Socios en su reunión de 31-1-74, asumiendo así y haciendo suyo el acuerdo tomado por aquélla, lo que viene a demostrar que fue dicha Asamblea la que, en definitiva, lo adoptó, en uso de las facultades a ella atribuidas en el citado artículo 7.º de los Estatutos de la Asociación. (Sentencia de 8 de junio de 1979; no ha lugar.)

2. Derecho de la persona

1. *Derecho de sindicación.*—El ejercicio del derecho de sindicación exige como presupuesto indeclinable el efectivo ejercicio de una actividad, pues los móviles asistenciales (protección a parados, jubilados, etc.) siempre constituirán objetivos de menor rango, y a la luz de este principio de profesionalidad han de ser interpretados los preceptos constitucionales que proclaman el derecho a la asociación profesional o sindicación, lo mismo que los preceptos de cualquier rango que los desarrollan.

Sindicato de Pensionistas y Jubilados de Castellón.—Esta asociación sindical, pretendida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, no puede aprobarse al estar integrada únicamente por personas que se hallan en situación de inactividad, con omisión, además, de toda referencia a la rama de que se trata, abarcando a todos los prabajadores jubilados o pensionistas de la provincia.

Protección de jubilados y pensionistas.—Por más que éstos carezcan del derecho a sindicarse en su específica condición de jubilados y pensionistas, no significa ello que estén desprovistos de protección legal, que pueden alcanzar sin menoscabo alguno permaneciendo en el sindicato a que estaban afiliados cuando estaban en activo o acudiendo al cauce que les proporciona la libertad de asociación general proclamada en la Ley de 1964. (Sentencia de 15 de diciembre de 1979; ha lugar.)

2. *Actuación en nombre propio o como mandatario. Suministros realizados a un director de hotel para la cocina del mismo.*—Declarado probado que el director de un hotel concertó el suministro de provisiones para la cocina del restaurante de dicho establecimiento, haciéndolo como empleado de la entidad propietaria del hotel y no en su nombre propio, siendo el hotel el destinatario de los suministros y no, personalmente, su director, hay que entender que el contrato de suministro no se llevó a efecto en nombre de otro sin estar para ello autorizado, pues se celebró en nombre y por cuenta de la propiedad del hotel, siendo, por ello, inaplicable el artículo 1.259 C. c., que se refiere, exclusivamente, a los contratos celebrados a nombre de otro sin estar autorizado, autorización que debe entenderse implícitamente contenida en las facultades que, como director de hotel, correspondían a quien encargó los suministros. (Sentencia de 14 de marzo de 1980; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

1. *Transmisibilidad pasiva de las obligaciones. Asunción de deuda.*—La transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*, procedente en nuestro ordenamiento positivo con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1.255 C. c. en defecto de una regulación específica de la asunción de deuda, aunque venga aludida por algún precepto presuponiendo su licitud (artículo 118 de la L. H.), ha sido admitida ciertamente por una doctrina

jurisprudencial reiterada, que al igual que la de los autores entiende superada en el derecho moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable del acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código sustantivo, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de la persona del deudor en las obligaciones con efectos de novación meramente modificativa, tal y como resulta del artículo 1.203, 2.º, en relación con el 1.204 y 1.205, todos ellos del C. c., pero es de toda evidencia que para entender celebrado un contrato mediante el cual se dice operada la sucesión particular en el débito, permaneciendo la misma relación obligatoria, aunque con un deudor distinto, y concurriendo la anuencia o la ratificación del acreedor para su eficacia, nunca desplegable *invito creditore*, habrá de aparecer demostrada la incontrovertible realidad de ese negocio atípico con el verdadero significado y alcance de un convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo (*delegatio* modificativa), disposición del derecho ajeno subordinada a la *ratihabitio* del acreedor que subsana el defecto de legitimación, y en tal aspecto ha declarado esta Sala en su Sentencia de 25-4-75 que «la asunción de deuda debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en ese sentido por parte del autor, así como el conocimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita y presuntiva».

Interpretación del contrato. Promesa no asuntiva.—En virtud de la correcta interpretación del contrato debatido en el caso de autos no puede decirse que concurran en el mismo los requisitos mencionados, toda vez que en manera alguna se desprende que comporte la asunción de unas deudas cuyas cifras y vencimientos ni siquiera son señalados, y a lo más podría entenderse que ofrece aspectos de una mera asunción de cumplimiento, en cuanto promesa de satisfacer esos créditos, pero sin desplazamiento del verdadero deudor ni producción de derechos para el acreedor al no tratarse de adhesión a la deuda como asunción acumulativa o de refuerzo, y por otra parte el único efecto previsto de la posibilidad de realizar el cumplimiento queda tan entregado a la conveniencia del ahora recurrente («intentar llegar a un acuerdo tanto en lo referente a la cuantía como a la forma... podría efectuar el pago que convenga»), que la oferta así establecida, subordinada por entero al libre arbitrio del promitente, no constituye un verdadero vínculo obligacional dada su índole meramente potestativa (*si voluerit*). (Sentencia de 11 de diciembre de 1979; ha lugar.)

2. *Documentos auténticos.*—Carecen de autenticidad a los fines de la casación el acta notarial de requerimiento y el testimonio de un acto de conciliación.

Iliquidis non fit mora.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que requiere la existencia de una cantidad líquida y exigible que permita reclamar el abono de intereses; en cambio, no sucede lo mismo si lo que se tiene en cuenta es la fecha en que efectivamente se lleva a cabo aquella liquidación, a la manera efectuada en este caso, por la sentencia de primera instancia que, al precisarla, fijó la cantidad exacta de lo debido, lo que es válido mientras sea mantenido y no revocado con posteriores decisiones

judiciales, pues al confirmarla en este punto, confirman, con datos fácticos, no sólo la liquidez en sí, sino también el momento en que se obtuvo, y que son, como tales elementos de hecho no desvirtuados ni rectificadlos, los que habrán de tenerse presente cuando al adquirir firmeza la sentencia se proceda a su ejecución sobre este particular.

Cláusula penal.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que para la exigencia de la cláusula penal es necesario que subsistan los mismos supuestos con base en los cuales se pactó, pues si éstos desaparecen con variaciones trascendentes la eficacia de la cláusula penal desaparece. (Sentencia de 22 de enero de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebró un contrato de obra por el que una empresa encargó a la actual recurrida la construcción de un bloque de viviendas. Surgieron diferencias entre las partes contratantes en el momento de la liquidación. La constructora reclamó una determinada cantidad de dinero por los trabajos realizados, más los intereses legales; la otra parte formuló reconvencción en virtud de la existencia en el contrato de una cláusula penal, que sancionaba los retrasos en la entrega de la obra. Las dos sentencias de instancia acogieron la demanda y desestimaron la reconvencción.

NOTA.—Sobre la máxima *illiquidis mora non fit*, consúltese nuestra nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1978, que se refiere a la misma (en este ANUARIO, 1979, fascículo IV, págs. 933 y 934).

A. C. S.

3. *Interpretación del contrato. Sistemática.*—A) El artículo 1.285 C. c. que manda interpretar las unas por las otras las cláusulas de los contratos, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, fue infringido por el Tribunal «a quo» al interpretar el contrato con apoyo en una de sus cláusulas prescindiendo de otra que venía a delimitar el alcance del supuesto derecho de rescisión que una de las partes se atribuía. B) Que tal interpretación impugnada desatiende el elemento sistemático resultante del conjunto de lo acordado, ya que, como declaró la sentencia de esta Sala de 18-10-62, la intención que es el espíritu del contrato es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye. C) Porque al determinar la necesidad de interpretación los criterios dispares de los contratantes acerca de lo acordado, es evidente que no puede atenderse a lo que cada uno pensó al contratar sobre aquello que es objeto de discordia, ya que una cosa es que conforme a los artículos 1.281 y 1.282 C. c. haya de indagarse la intención «de los contratantes» y otra cosa muy diferente que esa intención haya de averiguarse según lo que «ellos» quisieron. D) Que, en definitiva, en el caso ahora debatido la voluntad real de los contratantes no se halla en la cláusula 5.ª aislada de la 12.ª, sino en el conjunto de ambas, y de las demás del contrato, y por tanto exigiendo como previa a la llamada rescisión, o más propiamente resolución, la intervención de un árbitro de equidad, nombrado de común acuerdo, que había de concretar si la recurrente actuó con negligencia en el cumplimiento del contrato, lo que excluye la decisión unilateral e interesada con que procedió la recurrida.

Interpretación sistemática del contrato. Autonomía de la voluntad y su delimitación legal.—La interpretación sistemática del contrato debatido y su imposición a la parte recurrida no es más que una consecuencia lógica de la fuerza obligatoria del contrato, como dato de imperatividad que no descansa sólo en la voluntad de las partes, sino que resulta impuesta por el ordenamiento jurídico (art. 1.091 C. c.), el que a su vez, y como uno de los límites de la autonomía privada en la contratación, que consagra el artículo 1.255 del mismo Cuerpo legal, preceptúa en el artículo 1.256 que la validez del cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. (Sentencia de 18 de febrero de 1980; ha lugar.)

NOTA.—La litis objeto de este recurso deriva sustancialmente de las divergencias de las partes acerca de la interpretación del contrato entre ellas celebrado en documento privado de fecha 30-6-73, en virtud del cual la entidad recurrente R. y C.S.A., para la instalación y montaje de elementos de riego por aspersión, podría utilizar, para determinada área geográfica, sin carácter de exclusiva, las técnicas y material de la representada, T-R.S.A., percibiendo ésta en compensación un millón de ptas., como suma mínima, a razón de 250.000 ptas en cada uno de los cuatro años de duración del contrato; habiendo rescindido la recurrida, según se dice, el citado contrato, por carta de 14-5-74, la demandante, actual representante, reclama las cantidades que pagó por el tiempo en que ya no regía el contrato, abonadas en cumplimiento de la cláusula 5.ª, de aquél, pretensión que fue estimada en primera instancia y rechazada en la segunda, concretándose a esta cuestión el presente recurso de casación en el que la recurrente considera que el Tribunal de instancia, al aplicar dicha cláusula 5.ª y desestimar en base a ella la demanda, prescindió de la cláusula 12.ª, en la que, si bien se considera causa suficiente de rescisión, según se dice, el incumplimiento por cualquiera de las partes, en el caso de que lo solicitara la recurrente, se habla de confirmar el incumplimiento «por un árbitro de equidad nombrado de común acuerdo», siempre que observase negligencia de cualquier orden por parte de R. y C., S. A.

(A. L.).

4. *Interpretación de contrato.*—Ante la claridad contractual sobre los términos del contrato en cuestión, apreciada por el órgano jurisdiccional de instancia, en orden a la cuestión de determinación del precio asignable al contrato de compraventa de que se trata, derivado del sentido literal de sus cláusulas, hay que estar a éste, conforme dispone el párrafo 1.º del mentado artículo 1.281 C. c., haciendo inaplicables los demás módulos interpretativos, y concretamente los reflejados en los precitados párrafo 2.º del artículo 1.281 y artículos 1.284, 1.285 y 1.286 del C. c., dado que éstos únicamente tienen aplicación en el caso de ausencia de claridad contractual. (Sentencia de 21 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

Hechos.—Compraventa de piso con exceso de cabida previsto en el contrato.

5. *Cuestión de competencia. Sumisión expresa. Cláusula impresa estampada debajo de la firma del receptor de la mercancía.*—No obsta a la eficacia de la cláusula de sumisión el que las frases en que se consigna la misma figure por debajo del receptor de la mercancía, ya que, si todo ello figura en los albaranes de entrega de la mercancía, y dichos albaranes es-

tán constituidos por unos formatos de imprenta en los que dichas frases no han sido mecanografiadas con posterioridad a la firma, sino que forman, en cuanto a caracteres de letra e impresión, un todo armónico con el resto del impreso, todo ello induce a la certidumbre de que, cuando se firmó el recibí, pudo perfectamente ser apreciado por el receptor de la mercancía, sin que exista el menor indicio de una fraudulenta intercalación posterior. (Sentencia de 29 de octubre de 1979.)

6. *Seguro de crédito a la exportación.*—Los temas traídos a la casación contemplan una modalidad de «seguro de crédito a la exportación», cuya finalidad es prestar cobertura a los riesgos derivados del fomento de la actividad exportadora, que aquí operó como «prefinanciación con pedidos en firme» mediante la concesión de un préstamo de 500 millones de pesetas por el Banco de Crédito Industrial a MATESA para la fabricación de «stocks» destinados al comercio exterior, operación completada con la formalización de una póliza de seguro de afianzamiento de tal crédito, en la que intervienen, además de la prestataria, Seguros de Crédito y Caución, S. A., como aseguradora y el Banco prestamista como asegurado.

Estafa penal y causa concreta.—La alegación de la aseguradora, para desligarse del cumplimiento del contrato, de que la estafa penada de los rectores de MATESA comporta que el contrato civil, como encaminado al fraude, careció de verdadera causa, no puede prosperar, pues aun en el ámbito de la causa concreta hay que separar el móvil meramente individual y oculto que abrigue cualquiera de los otorgantes del móvil integrado en la causa o incorporado al contrato, ya que por mucho que se acentúe el criterio subjetivista sobre la materia, siempre será menester para causalizarla que la finalidad de que se trate haya sido perseguida por ambas partes y plasmada en el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo.

Causa y motivos.—La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que llevó a cada contratante a realizar el negocio, y por ello para que los móviles subjetivos de los otorgantes puedan tener repercusión jurídica es necesario que, reconocidos por ambos contratantes, hayan sido elevados a condición determinante del pacto concertado, actuando a manera de causa impulsiva.

Causa ilícita.—La nulidad radical ordenada por el artículo 1.275 C. c. únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral; lo que aquí no ocurre pues el proceder reprochable a los condenados socios de la prestataria no vicia la actuación contractual del Banco acreedor, víctima de dolo principal con alcance anulatorio a instancia del legitimado para ello.

Causa del préstamo y causa del seguro.—La condena penal impuesta a personas pertenecientes a la compañía prestataria podrá haber afectado, como realmente afectó, al contrato de préstamo realizado entre dicha entidad y el Banco asegurado, pero nada tiene que ver a los fines de la causa con la típica y propia del contrato de seguro, que es el que de ahora se trata, aunque le sirva de obligado precedente.

Nulidad de pleno derecho.—El artículo 6.º, párrafo 3.º, del Código civil,

de sustancial similitud con el artículo 4.º, párrafo primero, del texto derogado, establece un principio general que requiere para su aplicación la cita específica de la norma prohibitiva cuya vulneración acarrea la sanción de nulidad, que obviamente habrá de buscarse entre las reguladoras de la institución concreta de que se trate, pero no en el campo del derecho punitivo, que se limita a definir las figuras delictivas y señalar la correspondiente sanción.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No hay tal error, por desconocimiento de lo proclamado en las sentencias que condenaron a MATESA, pues la Sala de instancia no ignora la existencia de tales sentencias, antes bien, las ha tenido muy presentes al entender que la cosa juzgada penal no provoca por su sola virtud la nulidad en el orden civil de los contratos en cuestión.

Autoridad de cosa juzgada. Sentencia penal.—La autoridad de la cosa juzgada penal en el proceso civil debe ser entendida, con la más autorizada doctrina, en el sentido de que lo resuelto en la vía punitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposición de la pena no son en sí mismas condición de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá afirmarse que existía autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controversia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan al Juez civil de aquellas afirmaciones fácticas declaradas probada que son integrantes del tipo que se define y castiga.

La interpretación de los contratos.—Constituye facultad privativa del Tribunal de Instancia interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos y su criterio no puede ser sustituido a menos que resulte manifiestamente erróneo o infrinja alguna de las normas de hermenéutica del Código civil; excepción que no concurre cuando aquí el Juzgador concluye que el Banco prestamista y asegurado dio cumplimiento bastante a la obligación pactada de acreditar, de acuerdo con el uso mercantil, el destino de la suma prestada. (Sentencia de 22 de noviembre de 1979; no ha lugar).

NOTA.—Esta sentencia, recaída en el famoso asunto de MATESA, coincide en gran parte, como señala incluso su primer considerando, con otras dos sentencias anteriores de 8 de julio de 1977 y 30 de diciembre de 1978, pronunciadas en relación con el mismo asunto.

J. D. C.

7. *Causa de los contratos. Motivos para contratar.*—Si, ciertamente, la distinción entre la idea de la causa y la del motivo o motivos que inducen a las partes a contratar es esencial, y a la hora de fijar la primera, es decir, la causa del contrato, pueden parecer irrelevantes los segundos, pasan a tener trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración, constituyendo, de esta forma, parte integrante de la causa del contrato; el hecho

de que el contrato litigioso se concertara para dar cumplimiento a un Decreto sobre abastecimiento de materias primas, constituyendo un verdadero contrato de suministro, celebrado sobre la base de que el mismo produjera sus efectos «desde ya», esto es, desde la fecha del Convenio, produce como consecuencia el que la causa esencial del contrato de suministro no fue el de simple y nueva garantía a los fines prevenidos en el citado Decreto, aunque éste hubiera sido el motivo propulsor y generador del contrato, sino la inmediata efectividad del suministro, determinando, en consecuencia, que la causa contractual del referido convenio emanaba de la efectividad del suministro pactado y no para cuando se hubiera acogido por la Administración la solicitud del régimen de acción concertada, resultando acertada la configuración, como causa contractual, de la obligación asumida de entrega, a partir del concierto del mentado contrato de suministro, sin condicionantes dilatorios en su efectividad, a la posterior aprobación de la solicitud de acogimiento al régimen de acción concertada.

«*Reformatio in peius*».—Enervado el recurso de casación, en orden a una de las partes procesales, por causa de la inadmisión del recurso en cuanto a la misma afectante, quedó firme la sentencia en cuanto a ella y por tanto inalterable en casación, por aplicación del principio «non reformatio in peius» operante en nuestro ordenamiento procesal civil. (Sentencia de 6 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

8. *Resolución por incumplimiento. «Quaestio facti» o «quaestio iuris».*—Si bien la declaración sobre incumplimiento del contrato por parte de uno de los contratantes puede ser una «quaestio facti», cuando ello depende sólo de que se hayan realizado u omitido determinados actos, declaración que en este supuesto sólo es atacable por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., puede también constituir una «quaestio iuris», cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de dichos actos, ya que partiendo de los supuestos de hecho admitidos en la instancia, su valoración jurídica, sin necesidad de modificarlos, es atacable al amparo del número 1 del referido artículo 1.692 de la L. E. C.

Convenio atípico y voluntario de dación en pago. Compraventa simulada ulterior que hace imposible el cumplimiento de tal convenio.—Establecido en contrato privado de compraventa suscrito por demandante y demandado, copropietarios ambos por mitades indivisas, de un edificio compuesto de varios pisos, que aquél vendía a éste su parte en un precio que habrá de pagarse en diversos plazos de suerte que el impago daría lugar a la resolución o dación en pago por el comprador de los pisos necesarios para cubrir el importe de la parte impagada de precio, y habiéndose producido el impago y, por tanto, el intento de resolución, es insoslayable realidad que al transmitir el comprador simuladamente a un tercero en escritura pública el dominio de la cosa que debía conservar para poder dar efectividad a lo pactado en el mencionado convenio, adoptó una actitud tan deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido que, para que tal cumplimiento sea posible se requiere la previa declaración de nulidad del contrato de compraventa escriturado, habiendo ello obligado al actor, aquí recurrente, a instar en su demanda dicha declaración de nulidad y diri-

girling también contra el que figura como comprador en el últimamente mencionado contrato. (Sentencia de 8 de febrero de 1980; ha lugar.)

9. *Donación simulada (relativamente) bajo forma de compraventa. Validez según se trate de donaciones puras y simples o remuneratorias.*—El tema de la donación encubierta bajo la forma de contrato de compraventa, supuesto de simulación relativa en el que, según advierten la jurisprudencia y la doctrina, concurren intereses de muy diversa condición, ciertamente ha sido resuelto en la generalidad de los casos por esta Sala en el sentido de declarar la nulidad de la donación de inmuebles disimulada, por cuanto falta el requisito de forma impuesto *ad substantiam* por el artículo 633 del Código civil, ya que no refleja la causa de liberalidad y, por tanto, no expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación, tesis mantenida para las puras y simples por sentencias que van desde la fundamental de 3-3-32 hasta la de 4-12-75, aunque el rigor de tal criterio no operará cuando se trata de donaciones remuneratorias, animadas de consiguiente por el motivo causalizado de recompensar al donatario los servicios prestados al donante, y, en razón de su disciplina legal (artículo 622 C. c.), marginadas de la estricta normativa propia de los negocios de exclusiva causa liberal.

Simulación relativa. Legitimación activa.—Las cuestiones que pudieran suscitarse en torno a la figura simulatoria carecen de toda significación en el recurso y quedan descartadas de su posible examen por esta Sala, puesto que el Tribunal *a quo* declara categóricamente que la actora, heredera de su hermano por sucesión legal, no necesaria, carece de legitimación para oponerse a los contratos celebrados por el causante con simulación relativa, porque no teniendo éste herederos forzosos ni otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa*, y la posición jurídica de su hermana de vínculo sencillo, como heredera no legitimaria, no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de la sucesión, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo el difunto, siquiera haya sido encubriendo por una compraventa la donación, rotundo aserto del Juez y de la Sala sentenciadora no contradicho en esta vía y que, por otra parte, se ajusta enteramente a la solución apropiada, pues en punto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de simulación la jurisprudencia distingue entre los herederos legitimarios, que actúan *ex iure proprio* en defensa de su cuota, y los restantes sucesores por delación voluntaria o intestada, que deberán guardar respeto a la voluntad auténtica del causante manifestada al realizar la donación, por más que la hubiera ocultado bajo la forma de escritura pública de compraventa. (Sentencia de 7 de marzo de 1980; no ha lugar.)

10. *Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—No pueden invocarse con este fin documentos que no han sido reconocidos por la parte a quien afectan, que no revelan por sí solos la realidad de lo alegado por el recurrente y que tampoco revelan que la conclusión a que llega la Sala es errónea.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—Para que prospere el error ha de ser evidente, esto es, ostensible o visible «prima facie», sin que haya de extraerse con argumentos que sustituyan la función privativa

del juzgador en esta materia, cuando la apreciación de éste lo haya sido por el resultado del conjunto de la prueba, porque entonces no puede el recurrente descomponerla mediante la impugnación de algunos de sus elementos aislados.

Interpretación de los contratos. Artículo 1.282 del Código civil.—Los actos a que se refiere este precepto —y que han de ser completados conforme a la doctrina con los actos anteriores al contrato— han de conducir a una determinada solución, sin posibilidad de manifestaciones de ambivalencia o de diferentes apreciaciones, pues, como la actividad interpretativa corresponde al Tribunal de instancia, no es lícito en casación sustituir el criterio de aquel órgano jurisdiccional por el personal del recurrente, salvo que se demuestre palmariamente que aquél resulta equivocado o ilógico.

Interpretación de una donación.—Por aplicación de los artículos 621 y 1.289 Código civil, toda situación de duda en orden al alcance y efectos de una donación, en materia de sus circunstancias complementarias, ha de resolverse en favor de la menor transmisión de derecho e intereses.

Donación simple y remuneratoria.—El carácter de donación estricta no puede entenderse desvirtuado por el hecho de que pudiera tener su origen causal en el actuar realizado por los donatarios con el donante en la sociedad que integraban, dado que siendo ese actuar una obligación social que les venía impuesta constituye una duda exigible por el ente social, y consiguientemente la donación queda excluida del concepto de la remuneratoria a que se refiere el artículo 619 Código civil.

Consecuencias de la donación.—Mantenida la apreciación de la Sala de que existe una donación con entrega simultánea de lo donado, de forma periódica temporal anual, de carácter sucesivo e independiente, sus consecuencias son las derivadas de su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso y a la ley, con arreglo al artículo 1.258 Código civil que en modo alguno ha sido violado, pues lo que pretende el recurrente es que las consecuencias sean las derivadas de su particular conceptualización de la donación, al configurarlas como afectante a un aspecto de cuota, con efectos de tracto sucesivo, de índole permanentemente «ad futurum».

Actos propios.—El principio de buena fe, que da vida a la teoría de los actos propios, exige que los actos alegados sean de tal naturaleza que tengan significación y eficacia jurídica suficientes de carácter contrario a la situación reconocida, que sean inequívocos y no puedan conducir a diversidad de apreciaciones, pues aquí es la particular apreciación del recurrente la que se intenta hacer prevalecer, haciendo supuesto de la cuestión.

Cuestión nueva.—Lo que adujo el demandante como base de su derecho fue la existencia de una convención contractual verbal entre los tres hermanos y socios, y ahora en el recurso se alega que hay una donación de cuota, con efecto de tracto sucesivo, de carácter permanente «ad futurum», con cargo a la cuota de beneficios sociales a percibir por el donante, de modo que se trata de una cuestión nueva que no puede discutirse en casación.

Donación de cosa mueble. Forma.—La donación alegada por el recurrente, al no suponer entrega inmediata de la cosa, no tendría validez con el carácter verbal que se pretende de conformidad con el artículo 632 Có-

digo civil, porque faltaría en los períodos de futuro no entregados aquella precisa entrega inmediata y habría de constar la donación por escrito, lo mismo que su aceptación.

Donación de un crédito. Forma.—Aunque a efectos dialécticos se estimara que la invocada donación merece la consideración jurídica de donación-obligación, también requeriría el cumplimiento del artículo 632 Código civil.

Ambito jurídico de las relaciones sociales.—Todas las dudas que indudablemente se han manifestado, respecto de las consecuencias patrimoniales derivables de las relaciones societario familiares entre los hermanos, al no tener proyección documentada ni cumplir las exigencias legales para generar efectos jurídicos, quedan desvanecidas en el estricto campo del Derecho, integrándose en la intimidad de la conciencia de los afectados por tales relaciones. (Sentencia de 10 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

11. *Compraventa. Condición resolutoria tácita. Inaplicación a un contrato nulo.*—La invocación del artículo 1.124 del C. c. sancionador de la llamada condición resolutoria tácita de los contratos bilaterales, por virtud de la cual la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita, en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, presupone lógicamente la existencia de un contrato, sin la cual no es posible hablar de su efecto y si se declara la nulidad de un supuesto contrato de compraventa que, como fenómeno jurídico y fáctico es inexistente, no es posible deducir del mismo ningún efecto jurídico.

Prueba de presunciones. Casación.—Para infringir el artículo 1.253 C. c. es necesario que se aprecie la prueba de presunciones, prueba que tiene carácter supletorio y que sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga determinación eficaz por los demás medios de prueba del artículo 1.215. (Sentencia de 18 de marzo de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de un contrato de compraventa firmado sólo en concepto de vendedor por 4 de los 11 copropietarios y subordinando a la condición de que prestarían su consentimiento todos los propietarios del inmueble, hecho que no se produjo, pues 7 se opusieron a la venta.

J. P. R.

12. *Compraventa. Exigencia de precio cierto. Remisión al señalado en la calificación definitiva de vivienda.*—Se cumple el requisito de determinación de precio cierto exigido por el artículo 1.445 del C. c., si se señala que el precio total convenido por la enajenación de la vivienda será el que en su día se «fije por el Ministerio de la Vivienda» en la cédula de calificación definitiva.

Daños y perjuicios. Notoriedad que releva de prueba.—La mora del vendedor en la entrega de la vivienda objeto de enajenación privó al comprador del disfrute que de la misma le correspondía, disfrute que ya se exteriorizara haciendo de ella su morada, ya mediante la percepción del precio cierto que reportara su arrendamiento, tiene un contenido económico pecuniariamente evaluable cuya acusada privación a los compradores es determinante de una lesión patrimonial de tan notoria realidad que le releva de toda otra prueba.

Impugnación de la valoración de daños y perjuicios.—La cuantía del

daño indemnizable es cuestión de hecho atribuida a la facultad discrecional del juzgador de instancia contra la que no cabe el recurso de casación por la vía del artículo 1.692, 1.º, de la L. E. C. (Sentencia de 20 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

13. *Compraventa. Resolución por incumplimiento. Documento auténtico.*—El concepto de documento o acto auténtico, a efectos de casación, no supone solamente la nota de fehaciencia y autenticidad formal, sino, sobre todo, y en especial que en sí contenga de modo claro, inequívoco y tajante un dato de hecho que, por su eficacia probatoria, enerve o contradiga sustancialmente la fijación del hecho que, como supuesto de ese carácter para la aplicación de la consecuencia normativa, haya realizado en su sentencia la Sala de instancia, sin necesidad, por tanto, de que, para constatar esa operante contradicción productora de tal efecto, sea preciso realizar operación mental alguna constitutiva de interpretación, deducción o inferencia del puro y desnudo dato de hecho que se aduce como demostrativo del error que se acusa y capaz de invalidar la apreciación de la Sala de instancia.

Compraventa. Resolución por incumplimiento. Documento auténtico.—Tales presupuestos se dan en el caso presente respecto de la certificación del acto de conciliación promovido por los recurrentes en su calidad de compradores de la vivienda, documento que la Sala de instancia no consideró en absoluto, y las actas notariales de requerimientos practicados por los vendedores recurridos, sí tenidos parcialmente en cuenta por dicha Sala, y en los que se contienen, en cuanto al primero, la explícita voluntad de los compradores, al abonar a aquéllos el precio que estimaran contractual y legalmente pactado y establecido, así como sus plazos o entregas, y respecto de los requerimientos, la clara contestación al último de que estaban dispuestos a pagar «las sumas o cuenta que la ley dispone», de todo lo cual se desprende que es clara y manifiesta, sin añadidura interpretativa alguna, la contradicción entre lo afirmado por la Sala de instancia de existir «un patente y manifiesto incumplimiento» y los datos ofrecidos por los documentos que se citan, ya aludidos, indicativos por sí de la no concurrencia de ese incumplimiento, sino de una voluntad de llenar el programa contractual con el repetido ofrecimiento del abono procedente, que el acreedor vendedor no aceptó por razones que entonces no adujo, causa de la anómala situación creada, pero no indicativa en ningún caso de voluntad rebelde o de acto obstativo por parte del deudor, sea cualquiera el grado o gravedad de que sea susceptible calificar la conducta reprochada, máxime cuando el acreedor contribuye a crear la situación dicha. (Sentencia de 19 de febrero de 1980; ha lugar.)

14. *Contrato de opción de compra. Simulación relativa que oculta un arrendamiento urbano sujeto a la L. A. U. Principio de buena fe. Actos propios.*—Es evidente que los hechos descritos y admitidos tienen en sí la suficiente elocuencia —«res ipsa loquitur»— para llevar de modo natural, razonablemente y de modo llano, a la conclusión a la que ya llegó el Juez de primer grado, pues partiendo, como se debe partir, de que la voluntad real de las partes no fue la de convenir un contrato de opción, como se deriva del precio excesivo del piso, de la escasa capacidad económica del presunto adquirente, de la sujeción legal a un precio normado, del deseo

de la fingida vendedora de mantener su libre disponibilidad en cuanto a la renta y disfrute del piso frente a las limitaciones legales de la Ley especial, etcétera, y si de ello se sigue en la observación de las cláusulas pactadas, y en la naturaleza de las mismas, tal la ocupación del piso por el optante y la división del precio en mensualidades, la consecuencia no puede ser otra que la de admitir que lo que las partes quisieren —mejor dicho, una de ellas con la explicable aquiescencia de la otra, más débil en su posición jurídica y económica— fue la de disimular un contrato de arrendamiento, y con ese disimulo evitar los efectos de la legislación especial que forzosamente le es aplicable, conclusión que viene a ser ratificada por la conducta posterior de la vendedora arrendadora, al admitir los pagos mensuales durante dos años sin protesta alguna, con la significación que esto supone por aplicación de la doctrina —integrada en la de la buena fe, artículo 7.º Código civil— del atenuamiento a los actos propios, cuando éstos crean una situación jurídica de la que se debe responder, máxime cuando su oculto o disimulado designio nace de la propia parte que alienta la legítima expectativa de la otra, fundada en la confianza de lo realmente pactado.

Simulación relativa. Legitimación y efectos en caso de opción que oculta un arrendamiento.—Es clara e indiscutida la legitimación del contratante por la impugnación del contrato simulado y solicitud de validez del disimulado, según doctrina general de esta Sala, y es también correcta la tesis recurrente de la inclusión del contrato disimulado de arrendamiento en la normativa de la L. A. U. de 1964 y en la especial de viviendas de protección oficial. (Sentencia de 28 de febrero de 1980; ha lugar.)

15. *Arrendamiento de servicios. Precio cierto. Determinación por tarifa oficial en función del presupuesto de la obra. Honorarios de arquitecto.*—Respecto al precio de un arrendamiento de servicios, para tenerlo por fijado y como «cierto», no es preciso que el mismo se concrete de antemano o en el instante de celebrar el contrato, por ser suficiente que su determinación pueda llevarse a efecto, después, por los propios interesados y, con mayor razón, si el precio aparece determinado según tarifa oficial y conforme al presupuesto, por lo que, en su caso, sería esto lo discutible, es decir, su monto real, pero como indeterminación en el «quantum» con posibilidad de graduarlo y atenerse a ello y no como requisito expresado ya formal y suficientemente en el contrato suscrito por quien encarga la obra y en el que se dice que los honorarios profesionales del arquitecto serán los que resulten de la aplicación de las tarifas vigentes. (Sentencia de 16 de abril de 1980; no ha lugar.)

16. *Daños y perjuicios causados al arrendador por la conducta imprudente del arrendatario. Presunción de culpabilidad.*—La presunción de culpabilidad del arrendatario, en el arrendamiento de cosas —artículo 1.563 del C. c.—, constituye aplicación concreta del principio general sentado en el artículo 1.183 y entraña una presunción «iuris tantum» sólo destruible con una cumplida demostración en contrario, acreditativa de que el arrendatario puso en uso la diligencia exigida en el artículo 1.555, 2.º, y si bien nuestro ordenamiento no contempla expresamente, el supuesto de incendio de la finca arrendada, a diferencia del C. c. francés y del italiano, que imponen igualmente para tal hipótesis la inversión de la carga probatoria,

habrá de ser aplicada dicha doctrina, conforme a la cual, el arrendatario-responderá del menoscabo ocasionado por el siniestro, a no ser que pruebe que el incendio provino de causa extraña, sin haber mediado por su parte culpa o negligencia, sin olvidar que no todo incendio es debido a caso fortuito y no basta estimar que tenga tal carácter el producido por causas desconocidas, y mal puede afirmarse la existencia de *casus*, eliminando toda sospecha de acción culposa por parte del arrendatario, si la sentencia de primer grado sostiene, categóricamente, que el «suceso se produjo en la utilización anormal de un horno de asar por parte del arrendatario», ya que «un profesional del negocio en cuestión debe saber, y sabe de sobra, el riesgo que supone el encendido diario del horno, por lo que es elemental el constante deber de observar una vigilancia especial y la adopción de toda clase de precauciones», ponderación que la Sala de instancia corrobora entendiéndola acertada la realidad fáctica que el órgano de la primera instancia acreditó probada; surge proceder negligente si entregado un horno—al arrendatario— con la modesta traza en su disposición que es frecuente, tratándose de empresa conyugal de modestas proporciones, desarrolla luego el arrendatario un ritmo de explotación más intenso que le permitía obtener unos beneficios líquidos de 240.000 pesetas mensuales, sin pararse a ejecutar las obras debidas para poder pasar sin riesgo a tan vivo grado de actividad, obras para las que estaba autorizado por una cláusula contractual.

Arrendamientos urbanos. Reparaciones necesarias.—No está permitido al arrendatario pretender la subsanación, por el arrendador, de los graves daños ocasionados por su comportamiento imprudente en cuanto dimanantes del incumplimiento de la obligación de uso diligente impuesta por el artículo 1.555, 2.º, que genera causa resolutoria, según el artículo 1.569, y que tiene declarado la Sala I del T. S. que la norma de que se trata no puede aplicarse a las reconstrucciones, ya que, como tales, rebasan la mera reparación y presuponen pérdida total o parcial de la cosa arrendada, como sucede cuando, como en el caso enjuiciado, habría que volver a construir importantes elementos de la finca destruidos por el fuego.

Recurso de casación. Documento auténtico. Dictámenes técnicos.—Según doctrina jurisprudencial constante, carecen de la nota de autenticidad, a los efectos del recurso de casación, los dictámenes o informes técnicos, dado que toda la materia concerniente a la prueba pericial, en cuanto de libre apreciación por el Tribunal de instancia conforme a las reglas de la sana crítica está sustraída a la censura casacional. (Sentencia de 18 de octubre de 1979; no ha lugar.)

17. *Arrendamiento de inmueble sujeto al régimen del C. c. Prórroga. Duración.*—Al no haberse fijado el plazo de la prórroga, no puede entenderse que sea por tiempo igual al del contrato, «porque si la voluntad de los contratantes no aparece claramente expresa ha de estarse a lo establecido supletoriamente por la Ley», por lo que, «opuesto el arrendador a reconducir por segundo año o vez el contrato, éste ha fenecido», lo que equivale a aceptar la tesis de ser la tácita reconducción un nuevo contrato, cuyo tiempo de duración no es el estipulado para el primitivo, sino el

que ha sido fijado para la determinación de la renta. (Sentencia de 27 de marzo de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—En el contrato origen del litigio se había estipulado una duración de trece años, añadiendo una de sus cláusulas que «si al término del plazo contractual el señor M. G. deseara continuar con el meritado terreno, deberá pagar 4.000 pesetas anuales más que la renta estipulada para este contrato, que es la de 13.250 pesetas anuales, pagaderas por mensualidades iguales a partir del primero de marzo del año en curso». Transcurrido el plazo contractual y *dos meses* más, los herederos del arrendador demandaron en conciliación al arrendatario solicitando se declarase extinguido el contrato al término del primer año de prórroga, a lo que se opuso el arrendatario alegando que la prórroga tenía una duración idéntica al plazo contractual, o sea, otros trece años. Su pretensión es rechazada en las tres instancias.

A. L. C.

18. *Arrendamiento de «los servicios de fonda restaurante y bar en atención al viajero» en una estación de la Renfe.*—Si en el contrato de arrendamiento se establecen particulares y especiales cláusulas, que condicionan la prestación convenida, así como el uso de los materiales necesarios, en especial el local o espacio físico construido que se cede al arrendatario, estableciendo reglas especiales en cuanto a obras, vigilancia por Renfe de los locales, prohibición de alteración del destino, dotación de personal, fijación de precios de servicios, horario en armonía con los trenes, etcétera, culminando, en una estipulación, que establece que la utilización que el concesionario haga de los locales que se adscriben a la explotación de los servicios que se pactan no se entenderá sujeta a las disposiciones de la LAU, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Estatuto que rige la Red, es claro que el contrato, conforme a la citada norma, ofrece carácter accesorio y especial y excluyente de la legislación especial, calificación que ya dieron para idénticos casos las Sentencias de la Sala I de 15 octubre 1960 y 27 octubre 1967, aun cuando una de las circunstancias diferenciales fuera que, en ambos casos, la contratación se hiciera por concurso abierto al público.

Valor de la doctrina legal.—La doctrina del T. S. contenida en las sentencias dictadas no pierde su valor por el dato referido de la citada forma contractual, ya que ello no prefigura otra calificación.

Prelación de normas.—No puede tomarse en consideración el argumento de que la contradicción entre la LAU y el estatuto de la Renfe —Decreto de 23 julio 1964— debería resolverse en favor de la primera por ser posterior y de superior rango, ya que la contradicción no existe al estar eliminada por la posibilidad que el artículo 6.º, 2, del Código civil, permite respecto a la exclusión de la Ley siempre que no sea contraria el interés u orden público o que no se perjudique a tercero, contradicción cuya ausencia es obvia al ser una disposición legal la que lo autoriza —Estatuto de la Renfe—, fundada en la peculiar naturaleza del contrato. (Sentencia de 22 de octubre de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina del T. S. en materia arrendaticia no deja nunca de sorprendernos y la sentencia objeto de esta nota es de las que poseen la

indicada característica; en efecto, en contraste con una sentencia de 5 marzo 1980 resolutoria de cuestión de competencia, que sienta con notable acopio de fundamentos legales el principio general de aplicación prioritaria de la norma de rango superior respecto de la inferior contradictoria, la que es objeto del presente comentario admite, lisa y llanamente, que un simple Estatuto de la Renfe aprobado por Decreto pueda dejar sin efecto la Ley de Arrendamientos Urbanos; semejante doctrina ofrece indudable gravedad, sin que la alegación del artículo 6.º, 2, del C. c. pueda servir para atenuar ni menos eliminar lo insólito del aserto. El texto de la LAU es bien claro al señalar, en sus primeros artículos, el ámbito de los contratos que imperativamente quedan sometidos a su imperio; sólo una disposición con rango legal y posterior a la LAU puede determinar que un arrendamiento que por el destino del local y las características físicas del mismo se halla incluido en el ámbito normativo de la Ley arrendaticia pueda sustraerse al mismo. Si entendemos que el artículo 6.º, 2, permite la exclusión de las normas de derecho imperativo o no derogables por la voluntad de las partes ni por supuesto por normas administrativas de rango infralegal, se habrá entronizado la anarquía interpretativa y la Administración tendrá una patente de corso para burlar las disposiciones emanadas del poder legislativo, con manifiesto perjuicio de tercero que no puede negarse existe en la indicada exclusiva de la LAU. Mayor defensa hubiera tenido la tesis excluyente de la LAU si se hubiera colocado el centro de gravedad de la fundamentación en las especialidades de las cláusulas contractuales, aunque a la postre tal argumentación tampoco habría sido legalmente eficaz, pues como claramente se deduce del artículo 3.º, 2, LAU, tales especialidades, a lo sumo, habrían determinado la atribución al arrendamiento de un régimen especial de renta, pero dentro siempre del marco de la LAU. Finalmente, claro es, que la existencia de anteriores sentencias del T. S., en igual sentido, no pueden justificar el criterio adoptado, pues carece de eficacia la jurisprudencia «contra legem», especialmente cuando la Constitución, en su artículo 9.3 afirma que la misma garantiza el principio de legalidad y la jerarquía normativa.

J. P. R.

19. *Concepto de arrendamiento de industria. Arrendador de industria que no es propietario del local, sino arrendatario del mismo.*—El arriendo de industria a que se refiere el artículo 3 de la LAU —para excluirlo de la misma— se da cuando se entrega, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser explotado inmediatamente o pendiente, para serlo, de meras formalidades administrativas y sin que a ello obste la circunstancia de que el local es que se encuentre instalado el negocio fuese llevado en arrendamiento por el cedente de éste, es decir, la circunstancia de que el titular del negocio cedido en arriendo no sea el propietario del local, sino arrendatario del mismo. Las características del arriendo de industria no determinan que en el supuesto de que la industria o negocio se halle asentado en local de ajena pertenencia, el arriendo de industria o negocio, con todos los elementos que lo integran, carezca de trascendencia entre el titular arrendador de ella y el arrendatario de la misma, al tener vida jurídica entre ambos, aunque pueda no tenerla con relación al arrendador del local en que radica el negocio, si no prestó el consentimiento a la transmisión arrendaticia de aquél como lo ha considerado la Sentencia de la Sala I del T. S. de 27 abril 1954.

Relación arrendaticia mixta de arriendo de industria y de local de negocio. Régimen legal aplicable.—En presencia de la relación jurídica mixta de arriendo de industria y de local de negocio es preciso mantener la integridad del contrato, tal como la idearon los interesados en él, aplicando al conjunto indivisible la legislación que corresponda al elemento objetivo predominante.

Pugna entre normas de la legislación común y de la LAU.—En caso de duda la pugna entre normas legales comunes y especiales, en un negocio jurídico indivisible, llevaría a la aplicación de la legislación civil común, por su calidad normativa, genérica y atrayente.

Cobro de renta tras el requerimiento de conclusión del contrato.—El hecho de que, después del requerimiento practicado por el arrendador al arrendatario para dar por terminado el contrato, por conclusión del término prefijado, hubiese el segundo continuado pagando el importe de la renta pactada, por persistir, contra la voluntad del demandante en la ocupación del negocio, no genera tácita reconducción, dado que, como ha de clarado la Sala I del T. S. —Sentencia 23 octubre 1957—, esa percepción de renta puede tener su explicación, no en aceptar la subsistencia de la relación jurídica arrendaticia afectada, sino en la simple mecánica seguida en los casos de vigencia de la relación arrendaticia, y principalmente en una mera contraprestación indemnizatoria por la persistencia en la ocupación y disfrute de la industria o negocio a pesar de no aceptarla el arrendador de la misma. (Sentencia de 28 de junio de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Se insiste en esta sentencia en la discutible tesis de la prioridad del C. c., como ley común sobre la LAU, como ley especial; en rigor no creo que pueda hablarse de ley común —por mucho que la regulación de ciertos arriendos se halle en el C. c.— y de ley especial, sino de dos ordenamientos colocados a igual nivel, que rigen negocios jurídicos pertenecientes a un mismo género, pero a distintas especies y respecto a los cuales los problemas de delimitación deben resolverse en función de la mayor o menor analogía que ofrezca el arriendo controvertido con los tipos reguladores en uno y otro ordenamiento.

J. P. R.

20. *Subarriendo. Naturaleza y características. Carácter autónomo, aunque derive del arriendo.*—La relación entre arrendatario y subarrendatario como toda forma de subcontrato, aunque derive ciertamente del contrato principal, es autónoma e independiente, en el sentido de que, aunque falte la autorización del arrendador y, por tanto, sea ilícito legalmente el subarriendo— lo que sólo podrá accionar el arrendador propietario—, las posiciones de las partes mantienen su carácter independiente; es decir, que el arrendatario que subarrienda, siempre será subarrendador (en un caso autorizado y en otro sin autorización) —en relación con la propiedad—, pero en ambos, en la relación con el subarrendatario, será el arrendatario el único que está legitimado para accionar contra él. (Sentencia de 25 de marzo de 1980; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia de casación, discrepando de las de instancia, considera probada la autorización para subarrendar por una cláusula del con-

trato de arriendo en que «se facultaba al arrendatario para ostentar el nombre comercial de AAA, S. A., «perteneciendo dicho nombre comercial a la entidad BBB, S. A., demandada como subarrendataria, quien utilizó el local de modo efectivo a virtud de un contrato verbal de subarriendo con el arrendatario, entendiéndose confirmada la autorización por la inactividad del arrendador frente al arrendatario, pese a dicha utilización.

J. P. R.

21. *Arrendamiento rústico. Retracto. No exigencia de cultivo directo y personal.*—No cabe entender que la prohibición impuesta al retrayente arrendatario de finca rústica por el artículo 17, párrafo 1.º, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 abril 1959, abarque incluso al menor encargo de realización de operaciones agrícolas, muchas o pocas, importantes o no a terceras personas, ya que ello supondría restringir el derecho de retracto a quienes realicen el cultivo directo y personal, es decir, a los arrendamientos especialmente protegidos, ya que ello equivaldría a la exigencia de que asalariados no pudieran realizar, por cuenta y encargo del arrendatario, operaciones agrícolas en la finca retraída. (Sentencia de 16 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

22. *Arrendamientos rústicos. Obligaciones del arrendatario saliente y del entrante o del propietario.*—Las obligaciones que el artículo 14 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 abril 1959 a cargo del arrendatario saliente y del entrante, o del propietario, en su caso, tienen un desarrollo diferenciado en razón del tiempo en que, uno u otro, han de hacerlas efectivas, habiéndose de referir, las del arrendatario saliente, al momento en que, a virtud del pacto locativo, aunque esté próxima su extinción, mantiene la posesión material del fundo arrendado y por el contrario las del arrendatario entrante o del propietario nacen cuando, ya extinguido dicho pacto, se ha desplazado a su favor la posesión material de la finca, no impidiendo, por tanto, la apreciación del incumplimiento de sus obligaciones por el arrendatario saliente en orden a permitir la realización de las labores preparatorias, el hecho de que, a su vez extinguido el pacto locativo, reclame lo que le corresponde de no permitírsele la recolección y aprovechamiento de los frutos pendientes.

Criterios para valoración de perjuicios. Explotación racional de finca.—Aunque al margen de lo que significa una explotación racional de la tierra pudiera dedicarse la misma a unos determinados cultivos en un cierto año agrícola, incluso de mayor rentabilidad, ello sería en detrimento de su rendimiento futuro, por lo que no es argumento válido el de que para el cálculo de los perjuicios irrogados —por la denegación a la realización de labores preparatorias— sea requisito inexcusable la determinación de la clase de cultivo efectuado en las fincas.

Interpretación de contratos en casación. Aceptación, en general, de los criterios del órgano «a quo».—Según reiterada jurisprudencia, ha de estarse, en casación, al criterio mantenido por la Sala de instancia, no pudiendo llegarse a la casación, salvo que se demuestre que tal criterio es ilógico, irracional o absurdo. (Sentencia de 19 de enero de 1980; no ha lugar.)

23. *Aparcería. Estipulación accesoria relativa al uso de la vivienda.*—No desvirtúa la naturaleza de la relación jurídica principal que liga a las partes,

que es la de aparcería, el que el aparcerero pague una renta más bien simbólica por el uso de la vivienda aneja —125 pesetas anuales y dos pollos—, ya que ello no es sino una estipulación accesoria —el clásico «adjutori»— de la relación principal.

Casación. Cuestiones nuevas.—No cabe traer al recurso de casación cuestiones nuevas. (Sentencia de 21 de enero de 1980; no ha lugar.)

24. *Contrato de explotación de obra teatral. Objeto cierto.*—Existe objeto cierto del contrato si en éste se especifica que el mismo tiene como contenido la cesión, por una de las partes, a la otra, de la explotación de una obra teatral durante el periodo y en las condiciones convenidas.

Libertad de forma contractual. Formalización de un convenio previo.—La formalización de un acuerdo no impide que éste exista con anterioridad, dada la libertad de forma de la contratación.

Litisconsorcio pasivo necesario. Inexistencia. Interés directo y actual de los litisconsortes.—Si en el litigio se trata exclusivamente de lo convenido entre actor y demandado y no de lo que, a su vez, y con independencia, hubiera concertado el primero con un tercero, ello desprovee a este último del interés en el contrato litigioso, pues tal interés, además de tener que ser legítimo ha de serlo directo y actual y no meramente indirecto y expectante, tanto más cuanto que, en el ámbito contractual, los contratos producen efecto sólo entre los otorgantes y sus herederos, salvo estipulación en favor de terceros. (Sentencia de 28 de febrero de 1980; no ha lugar.)

25. *La acción resolutoria y la acción de responsabilidad decenal.*—La reparación jurídica por la existencia de vicios o defectos no puede ampararse exclusivamente en la normativa general de los artículos 1.100 y 1.124 de nuestro primer Código sustantivo, sino en la específica del artículo 1.591 del Código civil.

Cuestión nueva.—Tiene vedado su acceso a la casación. (Sentencia de 3 de febrero de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Un constructor celebró un contrato de obra con una cooperativa, por cuya virtud se comprometió a construir un bloque de viviendas y locales comerciales. La cooperativa se negó a pagar la totalidad del precio, alegando la *exceptio non adimpleti contractus*, pues las viviendas y los locales presentaban vicios o defectos. La Audiencia Territorial condenó a la cooperativa a pagar al constructor la suma de 8.566.022 pesetas, y a éste a efectuar las reparaciones necesarias, estando la cooperativa facultada para retener la suma de 600.000 pesetas hasta que no fuesen realizadas las citadas reparaciones.

NOTA.—Nuestro Tribunal Supremo ya se ha enfrentado con el problema de la opción entre la acción resolutoria y la acción de responsabilidad decenal. En la Sentencia de 19 de febrero de 1970 (comentada por CADARSO en este ANUARIO, año 1970, fascículo III, págs. 670 y sigts.), el Tribunal Supremo admitió la aplicación del artículo 1.124 del Código civil por presentar la obra inmobiliaria determinados vicios que la hacían inservible (productores de «ruina», de acuerdo con la doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo). Estos se hicieron patentes con posterioridad a la recep-

ción de la obra. En otras Sentencias admite una solución similar. Recientemente, la Sentencia de 3 de octubre de 1979, que comentamos en este ANUARIO (año 1980, fascículo I, págs. 194 y sigts.), ha permitido el ejercicio de la acción resolutoria si los vicios de la obra inmobiliaria revisten tal grado de imperfección, que la hacen impropia para satisfacer el interés del dueño.

A nuestro juicio, es acertada la doctrina de la Sentencia que anotamos, porque la acción resolutoria, sancionada por el artículo 1.124, y la de responsabilidad decenal, que regula el artículo 1.591, tienen campos de actuación netamente diferenciados: la diferencia viene dada por el momento de la recepción definitiva de la obra inmobiliaria. Como ha afirmado CADARSO, en el trabajo citado, la recepción constituye el momento diferenciador de las acciones contractuales ordinarias frente a la excepcional del primer párrafo del artículo 1.591.

A. C. S.

26. *Error de derecho en la apreciación de las pruebas.*—Se da cuando se infringe un precepto legal valorativo de un determinado medio probatorio, no reconociendo a éste la eficacia que la Ley le otorga. El artículo 1.253 del Código sustantivo, que como infringido se cita, no contiene norma alguna de valoración de la prueba.

Impugnación de la deducción del Tribunal «a quo» por absurda, ilógica e inverosímil.—Habrá de llevarse a efecto por la única vía posible, que es la del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Inaplicación del artículo 1.591 del Código civil.—Del tenor literal de este artículo se advierte que no puede ser aplicado a supuestos en que, como en el presente se declara, no aparece aprobado sit ales desperfectos obedecen a vicios de construcción o del suelo. (Sentencia de 5 de marzo de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—La Sentencia que anotamos da a entender claramente que, a efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, el comitente debe probar no sólo el hecho de la ruina de la obra inmobiliaria, sino también que ésta se debe a la conducta culpable del profesional de la construcción, pues los vicios del suelo, de la dirección y de la construcción tienen siempre su causa inmediata en la negligencia o impericia de dicho profesional. Téngase en cuenta que estos vicios se deben respectivamente a la deficiente realización del proyecto, a la incorrecta dirección y al deficiente control de los trabajos de construcción y a la inexacta ejecución material de la obra inmobiliaria.

Es digno de resaltar que nuestro Tribunal Supremo ha afirmado en las Sentencias de 19 de febrero y 20 de marzo de 1959, 17 de junio de 1966 y 14 de noviembre de 1978 que el artículo 1.591 del Código civil responde a una presunción *iuris tantum* de culpa profesional y consagra el apotegma de las fuentes romanas *et quod imperitio peccavit culpam esse* (Digesto. 19.2.10.5) (*Cfr.*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1979, IV, pág. 950). En estas Sentencias no se dice que el comitente tiene que probar que la ruina se debe a vicios del suelo, de la dirección o de la construcción. Más bien evidencia nuestro Tribunal Supremo que si la ruina acaece dentro del plazo de garantía decenal del artículo 1.591, se presume *iuris tantum* que tiene su causa en la conducta culpable del profesional de la construcción. Se presume, pues, que la ruina de la obra inmobiliaria, antes que al caso fortuito o a la fuerza mayor, se debe a un vicio del suelo, de la dirección o de la construcción.

La posición sustentada por el Tribunal Supremo en estas Sentencias nos parece la más satisfactoria. Si el comitente prueba que la ruina de la obra:

inmobiliaria ha tenido lugar dentro del plazo de garantía decenal, hay que presumir *uris tantum* que se debe a un vicio del suelo, de la dirección o de la construcción. Esto es, a la deficiente ejecución de la prestación por el profesional de la construcción. Este sólo se exonera si demuestra que la ruina se debe a caso fortuito o fuerza mayor. Ciertamente el artículo 1.591 del Código civil no establece con claridad esta solución, pero sus antecedentes históricos (cfr. Ley 21, título 32 de la Partida 3.ª y glosa de GREGORIO LÓPEZ y GARCÍA GOYENA en el comentario al artículo 1.532 del Proyecto de 1851), el significado del plazo de garantía decenal (sólo cuando transcurren los diez años que fija el artículo 1.591 como plazo de garantía se comprueba, de acuerdo con el criterio de nuestro legislador, la solidez de la obra inmobiliaria y desaparece la sospecha de que la eventual ruina se debe a un vicio del suelo, de la dirección o de la construcción. Hasta entonces existe un fundado temor de que la ruina se debe a la conducta culpable del profesional de la construcción, por lo que la presunción *uris tantum* de culpa del profesional de la construcción es acertada), y la adecuada protección del comitente (es muy difícil y problemática la prueba de la conducta culpable del profesional de la construcción).

A. C. S.

27. *Vicios en los pisos vendidos. Opción entre diversas acciones.*—El comprador de pisos puede elegir y ejercitar la acción *ex contractu* derivada de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, con la finalidad de obtener el *id quod interest*, independiente o distintamente de la que nuestro Código civil le ofrece, tal las previstas en el artículo 1.484 o, más específicamente, y diferenciada en cuanto a los sujetos pasivos y supuesto de hecho, en el artículo 1.591 del Código civil, opción de la que ya habló y autorizó la Sentencia de esta Sala de 28 de noviembre de 1970 en cuanto a las acciones ejercitables, seguramente con la mira puesta en razones de justicia y de utilidad o política jurídica, para que los compradores puedan en todo caso obtener satisfacción de su derecho en los supuestos de construcciones y entregas de pisos no ajustadas a la *lex artis* a las exigencias legales de higiene y seguridad por desgracia frecuentes en esta época de másivas edificaciones. (Sentencia de 28 de enero de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—En el edificio vendido aparecieron determinados vicios de construcción. Los copropietarios interpusieron una demanda contra la promotora vendedora, con el propósito de que ésta reparase los vicios y les indemnizase por los daños y perjuicios sufridos. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y estimó parcialmente la demanda interpuesta.

NOTA.—Son numerosas las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo que han admitido la opción entre las acciones edilicias y las generales de nulidad y daños contractuales (sobre esta cuestión, ESPÍN, *Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa y de las acciones generales de nulidad, resolución o daños contractuales*, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1966, págs. 914 y sigts., que cita numerosas Sentencias; y nuestro comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979, en este ANUARIO, 1980, fascículo I, páginas 213 y sigts.).

En algunas sentencias nuestro Tribunal Supremo ha afirmado la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad decenal cuando los pisos vendidos presentan vicios determinantes de ruina. Las Sentencias de 11 y 17 de octubre de 1974 se pronuncian en este sentido, como ya hemos expuesto en el comentario referido. No cabe duda de que la responsabilidad decenal sólo

tiene sentido cuando los vicios determinantes de la ruina se manifiestan en pisos o locales que se venden en proyecto o en construcción, pues en este caso es acertado estimar que concurre el *dare* típico de la compraventa el *facere* propio del contrato de obra, lo que confiere al contrato una naturaleza mixta, como apunta la mayor parte de los autores que han estudiado esta cuestión.

A. C. S.

28. *Ruina de la obra inmobiliaria.*—No hay que referirla tan sólo al inmediato y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más alto y amplio contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que puedan determinar la pérdida del edificio, de no ser oportunamente reparados, haciéndolo impropio o inútil para la finalidad a que se destina.

Responsabilidad solidaria del arquitecto y del contratista.—El artículo 1.138 del Código civil permite la solidaridad cuando del texto de la obligación resulte su existencia, lo que es válido tanto para las obligaciones contractuales como para las que nacen por disposición legal, como lo es la que establece el artículo 1.591 del Código civil, pues ésta no tiene su origen en la convención de las partes, sino que deriva de un precepto legal y el contenido de la misma expresa la igualdad de responsabilidad del contratista y arquitecto por la ruina del edificio que la origina, por lo que cuando concurren varias de ellas y no sea posible discernir la proporción en que cada una haya influido en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que, dada la expresión de igualdad de responsabilidades que el precepto contiene, con la identidad de origen de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad hace nacer la solidaridad según se deduce del artículo 1.591 del Código civil.

Solidaridad. Determinación del «quantum».—Dentro del marco de la solidaridad, cuando es imposible la determinación en que los distintos agentes contribuyeron a la producción de los daños, el «quantum» de la respectiva participación es de un cincuenta por ciento.

Sentencia contradictoria.—Conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, la contradicción ha de resultar de los términos del fallo en sí, siendo preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos pronunciamientos del mismo, de tal forma que suscite dudas su ejecución ante la realidad antagonica de los términos, lo cual no existe en el fallo de la sentencia impugnada. (Sentencia de 31 de octubre de 1979; no ha lugar.)

Hechos.—Un arquitecto y un contratista se ocuparon de la construcción de un edificio. Debido a su deficiente construcción aparecieron graves defectos en el mismo. La Audiencia Territorial condenó solidariamente al arquitecto y al contratista, por estimar que los citados vicios ocasionaron la ruina del edificio. El Tribunal Supremo confirmó este fallo.

NOTA.—Esta Sentencia sigue la línea mantenida reiteradamente por nuestro Tribunal Supremo en numerosos fallos. Sobre el problema del significado de la «ruina» a que se refiere el artículo 1.591 del Código civil, y sobre la cuestión de la solidaridad del arquitecto y del contratista por vicios en la obra construida, consúltense nuestros comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1978 (en este ANUARIO, 1978, fascículo III, páginas 667 y sigs.) y 14 de noviembre de 1978 (en este ANUARIO, 1979, fas-

cículo IV, pág. 952), en los que mostramos las posiciones de la doctrina científica y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en relación con los citados problemas jurídicos.

A. C. S.

29. *Contrato de obra. Modificación de circunstancias.*—La doctrina legal contenida en reiteradas sentencias, sanciona la posibilidad de modificar el contrato, si se alteran en forma extraordinaria e imprevisible las circunstancias en que se basó, siendo para ello necesario, además de que la parte que se dice perjudicada no sea culpable del cambio y carezca de otro procedimiento para remediar el pretendido perjuicio, que tal alteración de circunstancias, entre el momento de la celebración y el cumplimiento, sea extraordinaria y fuera de toda previsión, generando por esta causa una desproporción exorbitante o desequilibrio entre las prestaciones de las partes, aspecto éste que no aparece producido en el supuesto ahora contemplado, ya que en la resolución impugnada se establece como hecho probado, sin adecuada desvirtuación, la no acreditación de suceso o evento extraordinario significativo de modificación de las circunstancias del contrato en cuestión en lo que se refiere al aspecto de la cantidad asignable a las obras sometidas a controversia.

Contrato de obra. Aumento de obras sin fijación de plazo. Improcedencia de multas por retraso.—Reconocido en la sentencia recurrida, asimismo sin desvirtuación adecuada, que las obras contratadas con base en el presupuesto de la constructora, memoria y pliegos de condiciones redactados por el Arquitecto, fueron aumentando en cantidad, sin que se hubiese convenido nuevo plazo de terminación de la obra por tal causa, unido a que para tal evento de aumento, y sin supeditación a aspectos cualitativo ni cuantitativo alguno, se prevenga contractualmente que debía convenirse de nuevo el plazo, claramente determina que al no haberse así efectuado quedó en definitiva indeterminado el plazo asignable a la obra citada en cuanto a las consecuencias sancionadoras pactadas contractualmente por retraso y por tanto hace inaplicable las multas contempladas en el meritado contrato. (Sentencia de 27 de marzo de 1980; ha lugar.)

30. *Autorización del propietario para la variación en la ejecución de la obra (art. 1.593 C. c.).*—El artículo 1.593 del C. c. no exige su constancia en forma determinada, no es menester que el consentimiento del propietario figure por escrito, siendo eficaz la autorización verbal y también la tácita (que en este caso la Sala sentenciadora ha presumido deduciéndola de la presencia del recurrente y de su esposa en la obra y del argumento de que movido el contratista por un lícito afán de ganancia profesional, resultaría ilógico que encareciese la ejecución en su perjuicio).

Documento auténtico.—Carecen de valor de tal a los fines del recurso de casación los informes periciales, pues siendo la prueba de que se trata de apreciación no tasada en cuanto que regida por las reglas de la sana crítica, pautas normativas de prudencia carentes de toda formulación jurídica, la valoración que el Tribunal «a quo» haya hecho del dictamen de los peritos no es susceptible de censura en la casación. (Sentencia de 26 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

Hechos.—Aumento de obra en un contrato de ejecución de obra por ajuste o precio alzado.

31. *Préstamo. Calificación.*—Es razonable y correcto calificar como préstamo, a la convención por la que las partes establecen, con dicha denominación y empleo de las palabras prestamistas y prestatario, la obligación de devolver una suma de dinero, más los intereses que devengue en los plazos pactados.

Calificación de los contratos.—Todo contrato documentario, al ser interpretado y calificado, debe ser leído en su totalidad sin omitir ninguna de las cláusulas que lo integran y que configuran los efectos queridos por las partes.

Casación. Cuestiones nuevas.—El conocimiento de las cuestiones nuevas está vedado a la Sala de casación. (Sentencia de 17 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

32. *Principios generales en materia de culpa extracontractual. Cuidado y diligencia exigibles.*—Aun sin desconocer la evolución de la doctrina científica y de la jurisprudencia en materia de responsabilidad por culpa extracontractual, con superación del sistema subjetivista por la vía de la inversión de la carga probatoria, acudiendo a la simple verosimilitud o probabilidad de culpa, de la elevación de la diligencia exigible o bien poniendo a cargo del autor material del daño, la obligación de repararlo, atendida la índole peligrosa de la actividad desarrollada y los provechos obtenidos con la misma, según el apotegma «ubi emolumentum ibi onus», en todo caso será indispensable que la conducta lesiva ofrezca la nota de antijuricidad por haber transgredido el agente las reglas de conducta, faltando al cuidado y diligencia exigibles, por lo que, si el sujeto ha guardado la precaución impuesta en el tráfico, siempre superior a la meramente reglamentaria; no deberá resarcimiento alguno.

Incumplimiento de formalidades administrativas por el causante del daño. El incumplimiento de formalidades administrativas que no generan nexo causal con el daño, es irrelevante acerca de la responsabilidad derivada del mismo. (Sentencia de 15 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

33. *Responsabilidad por daños. Facultades del órgano de casación en cuanto a la apreciación de la cuantía de los daños.*—Si bien es cierto que, conforme a la doctrina de la Sala I del T. S., la apreciación de los daños y perjuicios causados es facultad privativa del Tribunal de instancia, por lo que pudiera parecer que al casar una sentencia recurrida y anular el extremo del fallo que hace referencia al «quantum» del perjuicio, se ha invadido tal facultad, no cabe entenderlo así, cuando la fijación de la cuantía de la indemnización se fundó en un error de hecho perfectamente combatible por el cauce adecuado, sin que obedezca a juicios de valor no recurribles en casación. (Sentencia de 26 de octubre de 1979; ha lugar.)

34. *Indemnización de «daños morales». Valoración de los sufrimientos de la víctima.*—La valoración de los sufrimientos, ansiedades y dolores del perjudicado es de exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de instancia, que no puede impugnarse en casación, salvo que además se eviden-

ciase una infracción de ley o algún error en la valoración probatoria que en este caso, ni siquiera se alegan. (Sentencia de 31 de enero de 1980; no ha lugar.)

35. *Causa eficiente del daño en acciones de culpa aquiliana.*—No cabe, en el terreno jurídico, estimar como causa no eficiente la que, de modo indubitado, prepare condiciones o complete la acción de la causa última, actuando tales con causas respectivamente como mediata e inmediatamente originarias del evento dañoso que por su acción conjunta se produjo.

Causa primera preparatoria de la acción de la causa última. Adelantamiento de vehiculos.—Es indudable que la acción de adelantar, sin cerciorarse el conductor que lo realiza, de que el que circula detrás de él ha iniciado su adelantamiento, obligando al conductor de éste a desviarse a su izquierda mediante una brusca maniobra para evitar colisionar, fue causa que de manera indubitada, preparó la acción de la causa última— en el caso concreto de la litis, la determinante del hecho de que el segundo vehículo chocase con el malecón existente al borde de la carretera. (Sentencia de 18 de octubre de 1979; ha lugar.)

36. *Responsabilidad por culpa aquiliana. Carga de la prueba.*—Aun admitiendo que entre los requisitos integrantes de la culpa extracontractual o aquiliana, el de la culpabilidad del agente productor del evento dañoso imponga a éste la obligación de acreditar que obró en el ejercicio de sus actos con la debida diligencia, respecto a los otros dos requisitos, de realidad del resultado dañoso, cuya indemnización se pretende y relación de causalidad entre este resultado y la acción u omisión, no juega aquella presunción, establecida para la culpabilidad del agente, que determina la virtual inversión de la carga de la prueba. (Sentencia de 11 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Alegó el recurrente los perjuicios derivados de una reactivación de las lesiones sufridas sin que aportara prueba sobre tal hecho.

37. *Responsabilidad por daños. Concurrencia de culpas de la empresa y del empleado damnificado.*—Si se declara probado: a) que el cuerpo de la víctima fue aprisionado por el armario desprendido de la pared que bascula hacia el suelo; b) las dimensiones —1,70 por 0,85 por 0,40 (altura, ancho y profundidad)— y peso del armario —más de 200 kilos—, así como el de su puerta, que supone la tercera parte del peso total y su ubicación sobre un soporte de 0,50 metros de altura; c) el hecho de que dicho armario, no obstante su volumen y peso, no estuviera sujeto a la pared para evitar su posible basculación, estos hechos, sin necesidad de acudir a presunciones, hacen lógica la imputación de responsabilidad culposa a la empresa, por omisión de la diligencia para prevenir el evento. Pero, por otra parte, el hecho de que el armario había sido usado, desde que se colocó, con apertura de su puerta, sin que nunca se hubiera precipitado al suelo, lo que quiere decir que necesitó para precipitarse un impulso superior al normal usado para abrirla y tal impulso no pudo ser ejercicio sino por la víctima, es lógica la presunción de que la víctima colaboró activamente como factor desencadenante en la caída del armario. (Sentencia de 17 de diciembre de 1979; ha lugar.)

NOTA.—Como consecuencia de la sentencia de casación que, contra el criterio de la Sala de instancia, aprecia la concurrencia de culpa del empleado, en la segunda sentencia, dictada por la propia Sala I del T. S., se modera la cuantía de la condena a la empresa, reduciéndola a los dos tercios de la suma indemnizatoria fijada por la Sala de instancia.

38. *Responsabilidad extracontractual. Valor en ulterior proceso civil de los hechos declarados probados en el proceso penal previo.*—Las ejecutorias —en este caso una sentencia penal— tienen la consideración de documentos públicos y solemnes —artículo 596, 7.º, de la L.E.C.—, siendo vinculantes, en su aspecto de relación de hechos probados y pronunciamientos condenatorios de ellos deducidos, para el juez civil, pues lo contrario implicaría, de modo impropio, suplir suficiencias o rectificar omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción y rectificar secuencias indemnizatorias derivables de tipicidad y sanción penal, y la posibilidad de revisión en juicio civil de cuestión penal ya sancionada, con olvido de que tal aspecto vinculante al juez civil, de la sentencia penal en cuanto a la existencia material del hecho y la participación en él, del condenado penalmente, determina que no pueda decidirse en el campo civil, partiendo de que tal hecho no se ha verificado o no se ha cometido por determinada persona, ya que sólo partiendo del hecho reconocido como probado en la sentencia penal y de la imputabilidad del hecho es cómo puede el juez civil libremente apreciar por su cuenta la relación de causalidad, y en cuanto esa apreciación implique, no la negación de la causa física o natural del resultado por el hacer u omitir del agente, sino una estimación «normativa» en orden a la responsabilidad civil por el hecho causado; si la sentencia penal condenatoria afirma la culpa en sentido amplio del condenado, de tal manera que todo culpable es, «a fortiori», también culpable para la sanción civil, llevando jurídicamente a que el juez civil habrá de partir del pronunciamiento no ya penal, sí que civil de la sentencia penal, así como a que, dándose pluralidad de perjudicados por delito a unos le hubiera reservado la acción civil y a otros no, lo decidido en el orden penal en cuanto a las pretensiones civiles será vinculante, en su caso para aquéllos, en el juicio civil en que ejerciten las acciones reservadas en la sentencia penal, en las mismas condiciones y límites que establece el Derecho procesal civil para la extensión subjetiva de la cosa juzgada civil, aunque objetivamente no se aprecie ésta como existente; el artículo 1.902 C. c. sólo es aplicable de haber quedado expedita la vía civil por no haber resuelto sobre el acto ilícito la jurisdicción penal o de haberlo hecho por resolución que permitiese el ejercicio, por esta vía, de las consecuencias civiles a los que dicho acto pudiera dar lugar, con no menos por la reserva expresa de las acciones civiles por el perjudicado. (Sentencia de 7 de febrero de 1980; ha lugar.)

NOTA.—Los hechos que dieron lugar a la sentencia de autos fueron los siguientes: A, conduciendo un vehículo con invasión de la calzada izquierda, dio lugar con su imprudencia a una colisión con otro vehículo, colisión que interrumpió la circulación por dicha calzada, lo que provocó que al cabo de corto tiempo el vehículo conducido por B tuvo que salir de la calzada

al encontrarse de súbito con tal interrupción, atropellando a C. En el proceso penal previo fue condenado A penalmente, y a indemnizar a los propietarios de los vehículos siniestrados por causa directa de su imprudencia con reserva a favor de C de las acciones civiles que le correspondieran para hacer efectivos los daños y perjuicios derivados del hecho de autos, daños de los que se consideró causante de forma indirecta a A. Las sentencias de instancia condenaron al resarcimiento de daños al conductor del vehículo conducido por B, pese a que contra él no se siguió el procedimiento penal y en la sentencia penal no se reconoció que hubiera actuado ilícitamente. La sentencia del T. S. absuelve a B y condena a la entidad aseguradora del seguro obligatorio a indemnizar, afirmando que es compatible la reclamación en juicio ordinario de la indemnización con causa en el seguro obligatorio y el segundo voluntario complementario, sin perjuicio de la facultad de repetición de la compañía aseguradora con base en las normas del seguro obligatorio.

J. P. R.

39. *Responsabilidad por daños. Concurrencia de culpas.*—Es correcta la sentencia de instancia que en un accidente de tráfico (en el que un camión cargado con una caja hormigonera provoca el hundimiento de un puente) aprecia la concurrencia de la culpa del conductor del camión con la del Estado, ahora recurrente, en la producción de los daños, derivada tal culpa del hecho de que tratándose de un puente metálico construido según proyecto de 1897 e inaugurado en 1902, y probado con transportes de tracción animal en aquella remota fecha, no había sido hasta la del accidente de 1974 reparado más que a efectos de pintura en 1956, hallándose en uso sin más limitaciones que la de los vehículos, que no habían de exceder de 3,30 metros de altura, faltándole toda indicación acerca de la peligrosidad y riesgo que entraña circular con los modernos medios motorizados, y es precisamente en esa omisión de evitar los daños que amenazan, donde ha de verse la culpa en la entidad recurrente, culpa que ha de interpretarse en el caso ahora contemplado con un sentido amplio que incluye no sólo la omisión de la diligencia debida a las circunstancias objetivas, a que se refiere el artículo 1.904, 1, del C. c., sino simplemente también a la creación de riesgos de tipo objetivo que va adherida al uso o mantenimiento de cosas susceptibles de producir daños a las personas o en las cosas ajenas.

Responsabilidad por daños. Alcance de la obligación indemnizatoria en caso de concurrencia de culpas.—El alcance de la obligación de indemnizar habiendo concurrido a la causación de daños, la culpa o la creación de riesgos por parte del perjudicado dependerá, según criterio de esta Sala, de las circunstancias concurrentes, especialmente atendiendo a cuál de las partes ha causado predominantemente el daño; operación intelectual que la Sala de instancia verificó apreciando en conjunto todas las circunstancias teniendo en cuenta que en el caso debatido no pudieron separarse las distintas aportaciones a la causación y que el potencial de riesgo de cada partícipe fue, si no exacto, sí equivalente.

Responsabilidad por daños. Indemnización.—En el ámbito sustantivo ha de estimarse acertada la reducción de la indemnización solicitada por el Estado recurrente en su escrito de demanda, en cuanto el Tribunal de instancia, para llegar a la compensación de culpas utilizó la facultad que le con-

cede el artículo 1.103 del C. c., facultad que, como la misma jurisprudencia declara, no es privativa de las obligaciones contractuales, y que autoriza a moderar la responsabilidad que proceda de negligencia; y en el aspecto procesal al ser la culpa y su compensación cuestión de derecho, que no puede únicamente fundarse en las declaraciones «de facto», esta Sala revisó, a través de este recurso extraordinario, los aspectos cualitativo y cuantitativo del problema de la concurrencia de culpas, por implicar el problema jurídico de la entidad y consecuencias de la culpa. (Sentencia de 25 de marzo de 1980; no ha lugar.)

40. *Culpa de la víctima.*—«El desgraciado accidente en el que perdió la vida el esposo y padre de los demandantes fue debido únicamente a culpa o negligencia de la propia víctima, por lo que no cabe imputar responsabilidad alguna a la Confederación Hidrográfica del Duero, demandada» (Sentencia de 29 de octubre de 1979; no ha lugar.)

Hechos.—Responsabilidad por causa de muerte.

41. *Responsabilidad por daños a terceros. Obligación de diligencia en la ejecución de actos lícitos.*—Si bien es cierto que en nuestra legislación no está admitido el sistema objetivista para determinar la responsabilidad de los daños sufridos por un tercero derivados de los actos más o menos lícitos del autor, no lo es menos que el sistema subjetivista viene evolucionando en la doctrina y la jurisprudencia, ora invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor del daño a acreditar que obró en el ejercicio de actos lícitos, con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlo, por entender que no sólo lo contrario a la ley es ilícito, sino que (lo lícito) debe ir acompañado de la diligencia, elemento esencial para la exoneración de responsabilidad, ora exigiendo esa misma diligencia en el ejercicio de las acciones legítimas, concretándose, en S. de 25 marzo 1954, que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir y que no se hallaba completa la diligencia, consecuencia todo ello de la aplicación, a la responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1.902 y siguientes del C. c., de la teoría de la culpa contractual prevista en el artículo 1.104 del propio C. c.

Alcance de la responsabilidad por riesgo creado.—Si la parte demandada demostró que era consciente de la posibilidad de que se derramara un cierto algebe, así como de que ello comportaba el riesgo de inundación, riesgo creado que, por otra parte, le imponía, como previsto, emplear la máxima diligencia para evitar se produjera el hecho originador del posible acaecimiento dañoso y sin que por otra parte pueda estimarse que la diligencia empleada se entienda completa por la circunstancia de que contratara con una empresa determinados servicios para la conservación del edificio dado lo elemental de los artificios empleados y probabilidad de fallo de funcionamiento, de todo ello resulta que el hecho generador del evento dañoso era previsible, fue previsto y pudo ser evitado por la entidad demandada que, por ello, debe ser considerada responsable del daño causado.

Casación. Impugnación de considerandos.—No se da la casación contra los «considerandos» formulados a mayor abundamiento. (Sentencia de 20 de octubre de 1979; no ha lugar.)

4. Derechos reales

1. *Acción declaratoria de dominio. Fincas inscritas en el Registro de la Propiedad. Defectos del recurso. Carga de la prueba.*—En el primer motivo del recurso, al amparo del núm. 7 del artículo 1.692 de la LEC, se denuncia un supuesto error de derecho cometido por la instancia, por interpretación errónea del artículo 1.214 del C. c. y hay que desestimarlos porque, el mencionado artículo no es valorativo de prueba y por tanto, su infracción no puede ser invocada al amparo del precepto procesal que se cita en el motivo; pero, es el caso, que tampoco podría prosperar, aunque se hubiera amparado en el precepto procesal oportuno, porque estando inscritos en el Registro de la Propiedad, tanto el solar como la edificación, existe una presunción «*juris tantum*» de propiedad y consiguiente derecho a la posesión, en favor del actor y por tanto la carga de la prueba, que es a lo que alude el artículo del C. civil, del que se dice en el motivo que ha sido mal interpretado, ha de corresponder al demandado. (Sentencia de 28 de mayo de 1979; no ha lugar.)

2. *Acciones reivindicatorias y declarativa. Título.*—Tratándose de las acciones reivindicatorias y declarativa, el «título», en cuanto requisito cuya existencia resulta indispensable para el éxito de ambas, es concepto que se corresponde no con la causa *traditionis et usucapionis* conforme a la referencia contenida en los artículos 609 y 1.952 C. c., sino que equivale a la justificación de la adquisición y en tal sentido una reiterada doctrina de esta Sala tiene declarado que la prueba del dominio no significa la aportación del documento en que se refleje el hecho jurídico idóneo para generar el derecho real de que se trata, sino que su existencia puede acreditarse por los distintos medios de prueba que la Ley admite, elementos cuya apreciación, así como el de la identidad, corresponde al Tribunal de instancia, si bien su tarea puede ser combatida por error de derecho o de hecho en la apreciación probatoria utilizando el medio que proporciona el número 7 del artículo 1.692 de la LEC.

Propiedad colectiva sobre monte comunal. Título de constitución.—El monte comunal, tipo de propiedad corporativa con derecho de participación de los vecinos en los aprovechamientos, descarta por razón misma del origen de esta propiedad comunal la prueba del hecho concreto de su constitución, de ordinario manifestada con vigencia plurisecular.

Helechal. Concepto y naturaleza en Navarra.—Según establece la Ley 388 del Fuero Nuevo de Navarra bajo la denominación de «helechal», cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helechos de los montes comunales, precepto cuya significación y alcance fue recordado por este Tribunal en reiteradas sentencias aludiendo a la conocida realidad de que en la mon

taña de Navarra los aprovechamientos de los helechales solían vincularse a las familias y se transmitían de padres a hijos en capitulaciones matrimoniales, llegando a reflejarse tales aprovechamientos en escritura pública e incluso a practicarse inscripciones en el Registro, pero sin que tal continuidad en el disfrute privase a los terrenos de su condición comunal. (Sentencia de 14 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

3. *Legitimación de comuneros para actuar en beneficio de la comunidad.*—Los comuneros están legitimados para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad. (Sentencia de 17 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

4. *Indivisibilidad de la cosa común.*—Las ponderaciones en orden a la indivisibilidad, inservibilidad y desmerecimiento del objeto constituyen fundamentalmente cuestión de hecho, sometida como tal a la prudente apreciación de la Sala de instancia, siquiera las valoraciones o calificaciones al respecto pueden ser revisadas en la casación siempre que al impugnarlas se acaten las premisas fácticas.

Prueba pericial.—Siendo esta apreciación no tasada como sometida a las reglas de la sana crítica, pautas normativas de prudencia ajenas a toda formulación jurídica, la valoración que el Tribunal «a quo» haya hecho del dictamen no puede ser combatida en casación.

Preceptos administrativos.—Carecen de la condición de ley a los efectos del recurso de casación los preceptos de carácter administrativo y por tanto las prescripciones del mismo origen de orden jerárquico reglamentario. (Sentencia de 30 de febrero de 1979; no ha lugar.)

Hechos.—Extinción de la situación de comunidad.

5. *Obligaciones del usufructuario.*—Conforme al artículo 470 del Código civil, serán las que determine el título de su constitución y, en su defecto o por insuficiencias de éste, las establecidas por el legislador, entre ellas las de formar inventario y prestar fianza, antes de entrar en el goce de los bienes, a que se refiere el artículo 491.

Obligaciones del usufructuario.—La sentencia recurrida, que ha reducido el inventario a los bienes inmuebles y restringido la fianza a la obligación de hacer un seguro contra incendios, carece de base legal, pues nada se dice en el título constitutivo del usufructo de aquella modificación o debilitamiento de lo ordenado legalmente, incurriendo así, según se ha denunciado en los motivos del recurso, en error de apreciación de la prueba resultante del título público constitutivo al que no le dio el valor que le atribuye el artículo 1.218 del Código civil, y no teniendo en cuenta la norma de interpretación del párrafo primero del artículo 1.281, a causa de la claridad de los términos literales del contrato.

Riqueza cinegética incluíble en el inventario y fianza.—La afirmación de la sentencia de que la riqueza cinegética de una de las fincas usufructuadas no es incluíble en el inventario y fianza, al entender que, conforme a los artículos 610 Código civil y 22,1, en la vigente Ley de Caza, las piezas cazadas son susceptibles de ocupación y por ello antes «res nullius», ajenas.

al dominio privado, de lo que deriva su «extraexistencia técnica» (sic) a los efectos del usufructo, es una afirmación que no puede aceptarse porque contempla el derecho de caza en uno solo de sus dos sentidos: «El derecho al ejercicio de la caza» como expresión de la libertad individual, dentro de los límites públicos, pero que ha de ejecutarse precisamente en terrenos libres.

Derecho a cazar o a explotar la caza.—Este segundo sentido del derecho de caza funciona en relación con la posibilidad que todos los ordenamientos modernos permiten, lo mismo que los artículos 16 y siguientes de la Ley de Caza, de establecer cotos, cercados o vedados privados (aparte de los nacionales y los sociales), donde sólo tienen derecho a cazar el titular dominical de la finca o quien él autorice, o los titulares de otros derechos reales o personales que, como dice el artículo 6 de la ley «lleven consigo el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza», de modo que el botín de caza no es un fruto natural al que el usufructuario tenga derecho por el simple hecho de serlo de la finca, sino que le pertenecerá cuando el usufructo se extiende, como en este caso, al derecho de caza.

Derecho a cazar o a explotar la caza.—Este derecho tiene un sustrato objetivo, la riqueza cinagética, que justifica la existencia del derecho mismo así como su uso, disfrute y explotación, siendo en este concepto valuable, tasable e inventariable, lo que repercute en una triple dirección: 1) ser un auténtico bien público, integrante—aunque esté acotado privadamente— del patrimonio nacional; 2) poder ser objeto de tráfico jurídico-privado, y 3) poder ser, como sucede en este caso, susceptible de ser cedido en usufructo como uno de los bienes integrantes del mismo, en cuyo caso entrará en juego la obligación que impone a todo usufructuario, en principio, el artículo 467 del Código civil, de conservar la forma y sustancia del derecho de caza. (Sentencia de 3 de octubre de 1979; ha lugar.)

6. *Servidumbres voluntarias. Constitución, prueba, capacidad.*—Para la constitución de servidumbres voluntarias, tanto el artículo 594 como el 536, ambos del C. c., parten del indudable supuesto de que se manifieste un acto de voluntad, proveniente del titular del pretendido predio sirviente, generador en derecho del gravamen que se aduzca constituido; por lo demás, los contratos sobre el establecimiento de servidumbres voluntarias sólo pueden celebrarlos los dueños de las fincas a las que afecten, o los que tengan su legal autorización para el caso.

Servidumbres voluntarias (lucos, paso, acueducto) y Registro de la Propiedad.—Si bien es exacto que, conforme a los artículos 2, 3 y 5 de la Ley Hipotecaria, los títulos correspondientes a bienes inmuebles que no estén inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a terceros, es asimismo exacto que tal circunstancia no es aplicable, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuando los signos de la servidumbre son ostensibles e indubitados—y lo son en el presente caso los referentes a la indicada servidumbre de lucos—, ya que su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, y, por tanto, surten efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre; y en lo referente tanto a la solicitada servidumbre de paso,

como a la de acueducto y desagüe, asimismo reclamada, debido a que siendo la primera de carácter discontinua, en cuanto por su naturaleza y finalidad se usaría en intervalos más o menos largos y depende de actos del hombre (párrafo 3.º del artículo 532 C. c.), y la segunda de índole continua no aparente, puesto que su uso sería incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre (párrafo 2.º del mencionado artículo 532), su adquisición, únicamente sería posible en virtud de título, cuya realidad, no reconoce la sentencia recurrida.

Servidumbres voluntarias. Extensión y modo de ejercicio.—Es fundamental en materia de servidumbres voluntarias, que el título constitutivo de las mismas determina su extensión y modo de ejercicio, no alterable por la sola voluntad del dueño del predio dominante, y las obligaciones del sirviente para hacerlas más gravosas o menoscabarlas; cuya situación, de producirse, generaría no la aplicación de la normativa del artículo 598 del C. c., sino las consecuencias complementarias del artículo 543 del mismo ordenamiento jurídico, tendente al restablecimiento de la servidumbre a sus precisos términos y alcance. (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1979; no ha lugar.)

7. *Servidumbre de luces y vistas. Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—No puede prosperar el motivo que denuncia el error de hecho en la apreciación probatoria que se dice dimanante de documento auténtico demostrativo de la equivocación evidente del Juzgador, citando al efecto con ese carácter la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 9 de mayo de 1969, pues, aparte de que carecen de tal condición a los fines postulados las actuaciones judiciales de toda índole, según repetidas decisiones de esta Sala, es manifiesto que por su extensión y límites aquella jurisdicción no puede resolver cuestiones sobre el derecho de dominio o los derechos reales limitados de goce, cuyo conocimiento viene atribuido a la jurisdicción ordinaria conforme a lo dispuesto en los artículos 51 de LEC y 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 2.º párrafo 2 de la Ley 27-12-1956, doctrina y preceptos a los que se atuvo la propia sentencia invocada por los recurrentes, cuidándose en precisar que la limitación al *ius aedificandi* de las que singularmente se aprovecha el edificio propiedad de los demandados, ahora recurrentes, no es consecuencia de un gravamen real o servidumbre sobre el edificio propio del demandante, porque según concluye la citada resolución, ésta se construye al campo administrativo, y si bien establece la prohibición de elevar la altura del primero de tales edificios, lo hace no porque tal elevación impidiera el disfrute de un derecho real limitativo cuyo ejercicio habría de soportar como fundo sirviente, sino ateniéndose tan sólo a normas insertas en una ordenanza de carácter provisional, aplicable por defecto de normas locales, que de ningún modo contempla intereses específicos de los titulares de los predios superiores, por lo que es claro que el problema relativo a la existencia o inexistencia de la alegada servidumbre de luces y vistas (o la posible *altius non tollandi*), así como las consecuencias derivadas de cada uno de los respectivos supues-

tos, comportan tema ajeno a la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa como propio que es de los Tribunales de orden civil.

Servidumbre de luces y vistas. Error de hecho en la apreciación de la prueba.—Tampoco puede prosperar el motivo que denuncia el error de derecho en la apreciación de las pruebas por violación del artículo 1.240 del C. c., pues la ponderación de la prueba de reconocimiento judicial no está sujeta en nuestro ordenamiento positivo a reglas jurídicas y por ello tiene reiteradamente declarado esta Sala que aquel precepto y el 1.241 del propio Código, no contienen regla alguna de valoración probatoria, amén de que en el presente caso la observación personal del Juez ha podido apreciar, ciertamente, que si en la villa de Cardona, por sus especiales características de estar edificado su viejo casco urbano en la ladera de una montaña, existen construcciones en disposición análoga a la que ofrecen las que configuran la situación conflictiva de autos, esto no siempre acontece, y como el propio organismo jurisdiccional advierte con ocasión de la diligencia, la ubicación de los inmuebles y la traza de sus fachadas no consienten, como es lógico, sentar afirmaciones sobre la libertad de los fundos o la posible concurrencia de un gravamen y tampoco sobre si son uno o varios los titulares del dominio de las fincas implicadas.

Servidumbre de luces y vistas en Cataluña. Usucapición. Interpretación restrictiva.—Igual suerte negativa ha de correr el motivo que denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 283, en relación con la disposición transitoria 6.ª de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, sosteniendo que el Derecho foral catalán precedente a la obra compiladora, aplicable para decidir la controversia por tratarse de una situación nacida con señalada anterioridad al 21-7-60 admitía la usucapición de las servidumbres de luces y de vistas; pues aun sin parar mientes en que se trata de cuestión nueva en el recurso, la impugnación tiene que decaer por cuanto que: 1.º Informada la Compilación «por el cariño y el respeto a las instituciones cuyo contenido exteriorizan» sus preceptos, según proclama el Preámbulo y lo evidencia el párrafo 2.º del artículo 1.º al remitir a la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina en la labor interpretativa de su texto, sería insólito que la categórica disposición de su artículo 283, párrafo inicial, y de las normas 2.ª y 3.ª, que constituyen los preceptos capitales sobre el particular, declarando no usucapibles las servidumbres de luces y vistas, salvo cuando se trate de lucernas, así como la del artículo 293, que establece el principio fundamental en materia de vecindad de que nadie podrá tener luces y vistas sobre el predio vecino si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor, y de que no podrá abrirse ventana o construir voladizo, ni aun en pared propia lindante con la del vecino, sin dejar en su terreno una «androna» de la anchura fijada en las Ordenanzas o por las costumbres locales, o en su defecto de un metro cuadrado cuanto menos, se hallaran en pugna con añejas leyes o prácticas consuetudinarias. 2.º Es de tener en cuenta el criterio restrictivo tradicional de las *Consuetuts* de Barcelona y en general de todo el derecho de Cataluña al respecto de la apertura de ventanas y huecos de no existir servidumbres que los autorice, cuando el propietario de la pared no lo sea del suelo al cual mire la abertura. 3.º En

análogo sentido hace la doctrina cita de otras fuentes, tales como el Código de las Costumbres de Tortosa, las Costumbres de Gerona, Las Ordenanzas de la comarca de Valls y las prácticas observadas en el Valle de Aragón.

Servidumbre de luces y vistas en Cataluña. Costumbre «contra legem». Prueba de la costumbre.—Por último, tampoco puede tener éxito el motivo que aduce infracción por violación del artículo 1.º, núm. 3, del C. c., por cuanto, según se sostiene que en la villa de Cardona rige una tolerancia que se ha convertido en costumbre, derivada de un antiquísimo sistema de construir dentro del recinto amurallado, de manera que las fincas superiores abren huecos para luces y vistas libremente sobre los predios inferiores por exigirlo así razones topográficas de edificación en la falda de la colina; tesis inaceptable, pues el precepto invocado menciona la costumbre en el único aspecto de fuente jurídica supletoria, *praeter legem*, que como tal sólo opera en defecto de ley aplicable y así lo corrobora el artículo 2.º, párrafo 2.º, al proscribir la costumbre *contra legem*, en razón de lo cual no vendría permitido acudir a una práctica consuetudinaria radicalmente opuesta a los textos de la compilación, afanada según dicho queda en recoger la tradición jurídica catalana manifestada también en las antiguas costumbres de las que sus preceptos son eco, y por otra parte, como a tal fuente secundaria no le beneficia la máxima *iura novit curia*, habrá de «resultar probada» para admitir su eficacia normativa, y así expresamente lo impone aquel precepto del Código sustantivo y lo tiene declarado la doctrina legal requiriendo la cumplida demostración de su existencia y alcance. (Sentencia de 14 de marzo de 1980; no ha lugar.)

8. *Retracto de colindantes. Acto de conciliación. Consignación fuera de plazo legal.*—Si bien el acto de conciliación deducido en el plazo preclusivo que la Ley señala, constituye medio idóneo y modo adecuado de ejercitar el derecho de retracto de colindantes por entenderse sustituye a la interposición de la demanda, lo ha de ser, ya que constituye obligación ineludible dentro del plazo legal de los nueve días que señalan los artículos 1.524 C. c. y 1.618 de la LEC, consignando al propio tiempo, o, en todo caso, el precio de la venta, pues de no hacerlo pierde su eficacia en orden a dicho fin. (Sentencia de 8 de junio de 1979; no ha lugar.)

5. Derecho de familia

1. *Exequatur. Ejecución de sentencias francesas. Convenio de 28 de mayo de 1969. Relación biológica paterno-filial. Orden público.*—Con arreglo al artículo 3, 1.º, del Convenio de París de 28-V-1969 para que proceda el reconocimiento, en uno de los Estados contratantes, de las resoluciones dictadas por los Tribunales de la otra, será presupuesto primordial que el Tribunal de origen resulte competente, conforme a lo dispuesto en el artículo 7, números 1 y 2, que establecen la atribución de competencia en las hipótesis en que, en el momento de la presentación de la demanda, el demandado tenga su domicilio o residencia habitual en el Estado de origen

y cuando, en la misma oportunidad, tuviera en este territorio un establecimiento o sucursal mercantil, industrial, etc., y haya sido citado en dicho Estado para litigio relativo a dichas actividades, supuestos que no se dan, ni el de sumisión, si la sentencia extranjera declara que el demandado, domiciliado en España, ha sido regularmente citado por intermedio del Fiscal de la República francesa, sin que nombrara abogado y siguiéndose el proceso en rebeldía, por lo cual y tratándose de cuestión que, por afectar a una relación biológica paterno-filial atañe en alguna medida al orden público interno del Estado requerido—ya que no ha sido desarrollada todavía la norma programática del artículo 39, párrafo 2.º, de la Constitución española—el reconocimiento de la resolución y los efectos pretendidos serán denegados, según dictamina el Ministerio Fiscal a tenor de los apartados 1 y 3 del artículo 4 del Convenio, aplicable tanto más cuanto que el Convenio de Nueva York de 20 de julio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero determina que los medios jurídicos a que se refiere no son sustitutivos, sino adicionales, de los que puedan utilizarse conforme al Derecho Interno o al Derecho Internacional (art. 1, 2.º). (Auto de 26 de noviembre de 1979; no ha lugar al «*exequatur*».)

NOTA.—Es sensible que, en múltiples ocasiones, la tendencia de acumular argumentos favorables a la tesis que se mantiene en el fallo de la sentencia conduzca a empañar el acierto de la fundamentación básica con afirmaciones y doctrina harto discutibles cuando no absolutamente recusables; esta práctica resulta tanto más peligrosa en las sentencias de casación, dado el relieve que les atribuye la Ley —magnificado en la práctica— y la alegación indiscriminada que suele hacerse de las afirmaciones contenidas en dichas sentencias sin distinguir los asertos capitales de la fundamentación, en función de los motivos del recurso, de aquellos otros esgrimidos marginalmente, al margen de dichos motivos y a mayor abundamiento. En la sentencia anotada se advierte una vez más dicha práctica: se invoca, acertadamente, la vulneración de unas reglas de competencia, bastante para fundamentar la resolución denegatoria del «*exequatur*», pero se agrega, a tal fundamentación, una referencia a que la cuestión de fondo planteada en la sentencia cuya ejecución en España se solicitaba, por afectar a una relación biológica paterno-filial atañe, en alguna medida, al orden público español. Tal afirmación no puede sino suscitar un juicio negativo; en efecto, si bien es cierto que la norma del artículo 39.1 de la Constitución que impone la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley, con independencia de la filiación, y dispone que la ley hará posible la investigación de la paternidad, ha de ser objeto de desarrollo legislativo, según el artículo 53,3 de la propia Constitución, parece claro que la restricción contenida en la segunda de las normas constitucionales citadas juega en el campo del derecho interno que de modo inmediato han de aplicar nuestros Tribunales, pero no juega en cuanto a la ejecución en España de sentencias extranjeras que sólo podrá ser rechazada, por razones de fondo, cuanto choque con el orden público español. Ahora bien, en materia de filiación, es indudable que la excepción de orden público, que difícilmente podía entrar en juego con anterioridad a la Constitución, resulta inoperante en absoluto como principio enervador de la investigación de la paternidad o de la posibilidad de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales. Y digo que difícilmente podía entrar en juego en el período preconstitucional, ya que hubiera resultado paradójico estimar que atentaba al orden público español el reconocimiento de la filiación adulterina admitido por el Derecho canónico —cfr. canon 777— o la investigación de la paternidad admitida por el Derecho catalán. Tras la Constitución y sin perjuicio de

que juegue la norma del artículo 53.3 a efecto del derecho interno a aplicar por nuestros Tribunales, es indudable que no puede rechazarse una sentencia extranjera que haya aplicado normas que no pugnan si no concuerdan con los principios básicos de la Constitución. El «exequatur» concedido por el Tribunal Supremo en fecha reciente a una sentencia de divorcio extranjera afectante a un español es clara muestra de ello. Y todo ello sin perjuicio de la vigencia directa de la Constitución en las materias incluidas en el capítulo 2.º del título I de la misma, reconocida por la Dirección General de Registros y Notariado al estimar modificado el artículo 42 del Código civil y derogada la norma prohibitiva del matrimonio de ordenados «in sacris», sin necesidad de aguardar a la publicación de la ley de reforma de nuestro Derecho matrimonial.

J. P. R.

2. *Separación matrimonio civil. Defectos del recurso.*—Los preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1976, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 y vigente conforme al mismo, desde el 27 de julio de 1977, son más bien principios programáticos enumerados en la Carta de las Naciones Unidas, de carácter abstracto y general, difíciles para, por sí, sustentar un recurso de casación.

Separación de matrimonio civil. Creencias religiosas del cónyuge inocente (Testigo de Jehová). No atribución de la patria potestad.—Contrariamente a lo afirmado por el recurrente de haber sido precisamente las creencias religiosas del cónyuge declarado inocente en el juicio de separación, y no obstante declararle inocente, la causa determinante de imponerle la privación de la patria potestad sobre su hija, es de advertir que la sentencia recurrida declara «que las presentes actuaciones no integran una cuestión referente a creencias religiosas, sino, sencillamente son referidas a la determinación de si en el matrimonio civil que actora y demandado contrajeron concurren motivos suficientes para producir la separación», con lo que se garantizan los principios de libertad religiosa y derechos civiles de uno y otro cónyuge, sin que a ello afecte, el que a la hora de resolver sobre quién de los cónyuges ejercerá la patria potestad, sobre la hija menor de edad del matrimonio —todo lo que queda a la discrecional resolución por el juez, conforme al artículo 68 del C. c.—, no deje de influir, circunstancialmente, como uno de los factores a tener en cuenta, el que la salud o incluso la vida del menor, pueda estar afectada, de quedar al cuidado de la madre, de no poder ser objeto de una transfusión de sangre, si ello fuera necesario, dadas las creencias religiosas de ésta, lo que salva la recurrida sentencia, acordando que la custodia de la hija menor de dicho matrimonio quede encomendada al padre, pues aunque es declarada inocente, la madre lo es en relación a los malos tratos de palabra y de obra inferidos por el marido, pero cuya conducta en nada es contraria en cuanto pudiera afectar a la menor cuya custodia se le encomienda. (Sentencia de 27 de febrero de 1980; no ha lugar.)

3. *Venta de bienes gananciales sin consentimiento de la mujer. Acción de impugnación.*—Es inadmisibile la tesis de que la mujer sólo puede pretender que se deje sin efecto la enajenación de un bien ganancial cuando se disuelva o liquide la sociedad de gananciales, pues la jurisprudencia de la Sala I del T. S. precisó, de manera constante y uniforme, que la sanción.

de que el artículo 1.413 impone a los actos realizados contra lo en él dispuesto, no es la nulidad radical o absoluta, sino la anulabilidad o impugnabilidad, compatible con la ratificación o confirmación posterior de la mujer, y esta clase de acciones tiene marcado un plazo de prescripción de cuatro años en el artículo 1.301 C. c., cuyo transcurso, antes de la liquidación de los gananciales, impediría a la mujer utilizar el medio protector que la Ley le concede. (Sentencia de 11 de octubre de 1979; no ha lugar.)

4. *Disponibilidad por el marido de los bienes gananciales. Irretroactividad del artículo 1.413 (redacción dada al mismo por Ley de 24-4-1958).*—La redacción del artículo 1.413 del C. c., dada al mismo por Ley de 24 abril 1958, no es aplicable a una enajenación, realizada por el marido, de un bien ganancial, sin consentimiento de la esposa ni autorización judicial, 1 enero 1953, todo ello de conformidad con la norma de irretroactividad jurídica que sanciona el párrafo 1.º de las disposiciones transitoria del C. c. y la específica que considera las reglas 1.ª y 2.ª de las mismas, ya que el marido, en tal fecha, estaba facultado para enajenar y gravar bienes gananciales en tanto no se acreditare que se trataba de pactos ilícitos o ilegales o realizados en fraude de la mujer.

Compraventa derivada de una liquidación. Calificación del contrato.—Aunque se entendiera que el precio de la venta consistió parte en dinero y parte en otra cosa, es correcto conceptuar el contrato como compraventa según la intención manifiesta de los contratantes y sin que a ello obste que el convenio sea consecuencia de una liquidación, habida cuenta de que ésta no impide que en su efectividad se produzcan concretas relaciones jurídicas, entre ellas la de compraventa. (Sentencia de 4 de octubre de 1979; no ha lugar.)

5. *Bienes gananciales. Representación del marido.*—Si bien es cierto que el objeto del contrato de compraventa a que el pleito se refiere es un bien perteneciente a la sociedad de gananciales integrada por el recurrente y su esposa, no tenía por qué ser demandada ésta, toda vez que es el marido quien interviene en los actos dispositivos sobre bienes de la sociedad conyugal por ser el representante legal de la misma, a tenor de los artículos 59 y 1.412 C. c., según los cuales tiene, por ministerio de la Ley, la facultad de representar a la mujer y actuar en nombre de dicha sociedad, por lo que está legitimado para, sin intervención de su esposa, poder actuar tanto para reclamar en juicio todo lo concerniente a los bienes gananciales como para ser demandado con relación a los mismos, y, por ello, por ser el marido responsable frente a un contratante de los compromisos contraídos no es necesario que al instar éste el cumplimiento del contrato tenga también que demandar a la mujer de aquél, contra la que carece de acción, ni hay obstáculo para cumplirlo mientras la esposa no lo impugne, debiendo tenerse en cuenta además que al defenderse el marido defiende también a ésta, conforme, a lo cual, en el caso presente, ha de estimarse bien constituida la relación jurídico-procesal en cuanto se demanda solamente al marido, vendedor del piso objeto del contrato de compraventa concertado entre éste y el demandado, hoy recurrido. (Sentencia de 9 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

1. *Incongruencia*.—Es doctrina reiterada de esta Sala que las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas y, por tanto, no pueden tacharse de incongruentes, sin que importe aquí que, después de la sentencia absolutoria de primera instancia, la sentencia recurrida haya estimado en parte el recurso, pues esto significa que ha quedado incólume el resto del fallo desestimatorio de primera instancia.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No sirven para este fin documentos reiteradamente tenidos en cuenta e interpretados por el Tribunal «a quo» y además entre las declaraciones de éste y el contenido de aquéllos no se aprecia la equivocación evidente que la ley exige para su estimación, aparte de que lo que pretende el recurrente es deducir de los documentos una interpretación diferente de la que obtuvo el Tribunal «a quo», sin evidencia alguna del supuesto error interpretativo.

Interpretación de testamento.—La llevada a cabo por el Tribunal «a quo» sólo puede ser combatida con éxito en casación cuando se patentice de modo manifiesto el error cometido en la sentencia, debiendo prevalecer el criterio de aquél frente al del recurrente si no aparece haber sido contrariada de modo manifiesto la voluntad del testador.

Facultades de los albaceas.—No hay infracción del artículo 901 Código civil, pues la testadora ha concedido a los albaceas amplísimas facultades y los actos realizados por éstos están comprendidos dentro de las facultades señaladas en los dos testamentos complementarios de la causante, no sólo de modo expreso, sino también a través de una interpretación de los mismos, permitida aún en estos casos de aplicación del artículo 901 por la Sentencia de 19 de junio de 1958.

Creación de fundación en testamento.—La doctrina legal de que la voluntad del causante puede en su testamento crear una fundación, naciendo la persona jurídica desde el día del fallecimiento del testador se mantiene en esta sentencia, pero adaptándola a la especial situación de hecho de la que resulta que el día de la muerte nació más que una persona jurídica un patrimonio destinado a un fin, concretamente a «obras benéficas de tipo moral, religioso, docente o de protección a la mujer», de modo que fueron después los albaceas, dentro de sus amplísimas facultades, quienes dieron forma a la fundación, creando una persona jurídica fundacional de carácter eclesiástico a la que dotaron debidamente y que habrá de funcionar dentro del destino fijado por la testadora. (Sentencia de 8 de febrero de 1980; no ha lugar.)

2. *Rescisión de partición por lesión*.—No ha habido en la sentencia recurrida omisión que haga ilusorio el derecho de opción establecido por el artículo 1.077 del Código civil, ya que la sentencia claramente determina la cuantía numeraria de la legítima de la demandante, que ha tenido así su reflejo implícito en el fallo y podrá tenerlo explícito en la fase de ejecución, en la cual la recurrente podrá realizar la opción que la Ley le concede.

Incongruencia.—Por lo mismo no ha habido violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la sentencia ha concedido precisamente lo pedido, que se concretará después en la ejecución.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—El motivo del recurso que denuncia este error al no haberse tenido en cuenta el valor dado a una de las fincas inventariadas en una escritura pública de venta, no puede prosperar, ya que ha quedado firme como cuestión de hecho sometida a la soberanía del juzgador, la valoración pericial practicada, aparte de que aquel documento no tiene valor decisivo en ese aspecto de fijar el valor y de que no puedan confundirse valor y precio. (Sentencia de 25 de febrero de 1980; no ha lugar.)

3. *Sustituciones fideicomisarias. Deben ser expresas. Limitación de grado.* Según el artículo 783 C. c., las sustituciones fideicomisarias han de ser expresas, sin que en ningún caso puedan presumirse, por lo que, producido el evento previsto de haber fallecido el heredero primeramente instituido, sin sucesión en línea recta, pasó la finca objeto de sustitución a los fideicomisarios designados para tal supuesto, de conformidad con el artículo 781 sustitución fideicomisaria condicional cuya condición se ha cumplido y que no pasa del segundo grado lo que obliga a reconocer que al haber adquirido el fideicomisario la plena propiedad y libre disposición de la finca objeto de reivindicación, ostenta el justo título de dominio sobre ella y estando poseído por persona sin título alguno que legitime tal posesión, se dan los requisitos para el ejercicio eficaz de la acción reivindicatoria. (Sentencia de 31 de enero de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Aunque el tema no llegó a plantearse en casación, por no haberse invocado como motivo de recurso, debe notarse que en la primera instancia se alegó por el demandado, su condición de hijo adoptivo —adopción plena— del heredero gravado de sustitución y por el actor la ineficacia de tal hecho por entender que tal hijo no podía considerarse sucesor en línea recta, a efectos del fideicomiso, por su condición de hijo adoptivo.

J. P. R.

4. *Partición hereditaria hecha en testamento. Condición contraria a la Ley. Disposición de bienes ajenos (privativos y gananciales) como propios.*—La condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios, de aquéllos que ya corresponden a los herederos como causahabientes de su padre, es contraria a la ley, suponiendo una verdadera coacción para los herederos, y la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.414, según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales, y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquéllos que no le pertenecían. (Sentencia de 3 de marzo de 1980; ha lugar.)

NOTA.—La cita literal del artículo 1.414, como fundamento de la nulidad de la disposición testamentaria-particional declarada en esta Sentencia, ha de acogerse con muchas reservas, pues dada la naturaleza de la sociedad de gananciales, en el común sentir de la doctrina y la jurisprudencia, es cuando menos impreciso y carente de adecuado tecnicismo hablar de que el testador sólo puede disponer de SU MITAD de gananciales. Lo dicho nõ resta valor al acierto del fallo de esta Sentencia.

A. L.

II. DERECHO MERCANTIL

1. *Representación legal y representación voluntaria. La representación y las Sociedades Anónimas.*—Existe una clara y precisa distinción entre la representación legal y la voluntaria; la primera encuentra estrictamente su fundamento en la Ley y, por tanto, fuera del ámbito de la autonomía privada, la segunda tiene su causa en el hecho de que el representado confiere voluntariamente su representación al apoderado, teniendo su origen en dicha autonomía privada; en el ordenamiento español mientras la representación voluntaria es una mera concesión de legitimación de representante, la legal emana de un poder de representación que descansa inmediatamente en una disposición legal; el fenómeno de delegación interna que confieren los artículos 77 y 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, por derivación de la normativa representativa que al Consejo de Administración confiere el artículo 76 de la misma Ley, se mueve en el ámbito de la representación legal; cuando dicho Consejo, en vez de acudir a la modalidad representativa de delegación a favor de una comisión ejecutiva en su seno o de uno o más consejeros que autorizan los artículos 77 y 78 de la citada Ley de S. A., trasvasa sus facultades a favor de persona distinta —o sea, de persona que no es miembro del Consejo o integrante de su seno— está apoderando, es decir, confiando la representación voluntaria o apoderamiento que posibilita el párrafo 1.º del citado artículo 77 «in fine»; los delegados del Consejo son representantes legales de la sociedad, aunque su designación tenga carácter voluntario para el Consejo, en tanto que los apoderados no son representantes legales —entendida esta acepción en sentido estricto—, sino voluntarios, lo que determina que los delegados del Consejo son órganos de la voluntad de la sociedad con el mismo rango que el Consejo de Administración del que constituyen parte, dotada de facultades autónomas y, en cambio, los apoderados no son órganos de la voluntad societaria y sus facultades son siempre subordinadas, aun en el caso de que sus poderes sean muy amplios.

Junta general de una sociedad. Asistencia a la misma de otra sociedad accionista de la primera.—Dado el párrafo 1.º del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, si los estatutos sociales de la Sociedad Anónima prevén que el derecho de asistencia a las Juntas generales es delegable, pero con carácter especial para cada Junta y sólo a favor de otro accionista que tenga por sí derecho de asistencia y las personas jurídicas por quienes ejerzan su representación legal debidamente acreditada, a juicio del Consejo de Administración, ello pone de manifiesto que, a efectos representativos, referidos a las personas jurídicas, se está contemplando no al representante legal o al voluntario, sino a quien ejerza al respecto su «representación legal», es decir, a quien la sociedad haya conferido la actuación a su nombre en la correspondiente Junta, toda vez que con la citada expresión «representación legal» lo que se contemple en los estatutos es no la modalidad específica representante legal en contraposición a representante voluntario, sino la modalidad genérica de conferimiento, a cualquier persona, de facultades al respecto, regla estatutaria perfectamente lícita y

acorde con el artículo 60 de la Ley de S. A.; aparte de que, en todo caso, la circunstancia de conferir una persona física o jurídica poder especialísimo para intervenir a su nombre en un determinado acto, rebasa el simple módulo representativo para pasar a evidenciar la propia actividad del poderdante, ejercitada por mediación de apoderado al efecto, determinando una nueva sustitución personal a tal fin.

Sociedades Anónimas. Competencia de la Junta general y del Consejo de Administración.—La Ley española de S. A. no sigue el criterio de otras legislaciones de especificar los asuntos de competencia de la Junta general, sin duda para significar que la soberanía de la Junta no obsta al desarrollo de la gestión social a través del Consejo de Administración, de lo que cabe deducir que la Junta, en nuestro derecho, se configura, entre otras facetas, como órgano de vigilancia y control de la actividad de los administradores.

Procedimiento especial de impugnación de acuerdos regulado en el artículo 70 de la Ley de S. A. Impugnación de acuerdo del Consejo. Inaplicación.—Sólo han de considerarse impugnables, con base en el artículo 70, en relación con los 67 a 69 de la Ley de S. A., los acuerdos de la Junta general y no los que provengan del Consejo de Administración, siendo adecuado para la impugnación de éstos el juicio ordinario declarativo. (Sentencia de 22 de junio de 1979; no ha lugar.)

2. *Letra de cambio. Endoso pleno. Naturaleza y efectos.*—El endoso, por su propia naturaleza y efectos, aparte de transferir la propiedad de la letra de cambio a que afecte, según previene el artículo 461 del C. de C., en su carácter pleno con que ha sido producido, determina la transmisión por el endosante y la consiguiente adquisición por el endosatario de los derechos cambiarios, creando una función legitimadora en favor del segundo, invistiéndole de titularidad, aunque ésta inicialmente no le corresponda, en tanto actúe de buena fe, de tal manera que, como tiene declarado este Tribunal, constituye una cesión de la propiedad de la letra, siendo un medio de transmisión que favoreciendo la transformación de la letra de cambio en instrumento de crédito y facilitando su circulación con efectos análogos a los títulos al portador, legitima para que se haga efectivo su importe. (Sentencia de 20 de junio de 1979; no ha lugar.)

3. *Compraventa no mercantil con precio aplazado. Prescripción de acciones frente al comprador y frente al fiador de éste.*—Siendo comerciante el vendedor, como S. A. que es, y no constando que el comprador lo sea o, al menos, que no se dedica al mismo tráfico que el vendedor, debiera haberse acogido la excepción que oportunamente se dedujo al amparo del artículo 1.967, 4.º, del C. c., y declarar prescrita, por haber transcurrido los tres años señalados en el precepto, la acción entablada por dicho vendedor, hoy recurrido; motivo que evidentemente debe prosperar, puesto que la Sala se limita a declarar no aplicable ni el artículo 950 del C. de c.—prescripción de tres años de las acciones cambiarias—ni el artículo 1.967, 4.º C. c., ya aludido, y todo ello con el argumento de que las acciones ejercitadas son personales ordinarias y no cambiarias, olvidando que es precisamente esa propia naturaleza ordinaria, pero civil, de la relación contractual causal

de autos, la que impone la aplicación del repetido artículo 1.967, 4.º del C. c., por tratarse de la venta de un vehículo por un comerciante a otro que no lo es, contrato que resulta excluido del ámbito mercantil por la definición del artículo 325 del C. c.

Fianza. Aplicación al deudor principal de la prescripción invocada por el fiador.—La aplicación del alcance beneficioso de la prescripción al deudor principal en situación de rebeldía, tiene como fundamento, no la solidaridad, que no existe en el contrato de fianza, sea civil o mercantil, salvo pacto expreso, sino la operatividad, contenido y efectos del propio contrato de fianza, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.840 y 1.853 del C. c., de los que se infiere una especie de representación informal o gestión del fiador en favor del deudor, en el sentido de que las excepciones por el primero formuladas contra el acreedor aprovechan al deudor, dado que, si no, no tendría sentido el citado artículo 1.840. (Sentencia de 14 de mayo de 1979; ha lugar.)

4. *Suspensión de pagos. Capacidad del suspenso.*—El artículo 4.º de la Ley de 26-7-22 no priva de capacidad para comparecer en juicio al suspenso, sino que establece un control de sus operaciones. (Sentencia de 5 de junio de 1979; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

1. *Cooperativas. Incompetencia de jurisdicción. Arbitraje preceptivo.*—Partiendo de la base de que los Estatutos por los que se rige la Cooperativa demandante, ahora recurrida, prevén que todas las cuestiones que se produzcan con motivo de los actos o contratos que celebren dicha Cooperativa con sus asociados—como lo es la producida con el socio demandado, ahora recurrente don J. M. F.—serán sometidos obligatoriamente al arbitraje del Consejo Superior de la Obra Sindical de Cooperación, unido al hecho de que tal actividad de arbitraje ha sido asumida en la actualidad a tenor de lo dispuesto en el epígrafe c) del núm. 2, del artículo 56 de la Ley General de Cooperativas de 19-12-74, en su nueva redacción por Decreto 17-6-77, por la Confederación Española de Cooperativas, a que, a su vez, había sido transferida por Decreto de 2-6-77 tal competencia de arbitraje, que venía atribuida a la anterior Organización Sindical, y concretamente al Consejo Superior de la Obra Sindical de Cooperación, y dado que, según establece el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley de 22-12-1953, sobre arbitraje de Derecho privado, «los arbitrajes ordenados en prescripciones de derecho público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquier otra índole, quedarán sometidos a las disposiciones porque se rigen», claramente conduce a la estimación del único de los motivos en que se ampara el presente recurso, y en consecuencia procede declarar haber lugar a él, al darse el exceso en el ejercicio de la jurisdicción alegada, al amparo del número 6 del artículo 1.692 de la LEC, por conocer la Sala sentenciadora de instancia de asunto que no es de la competencia judicial, pues que viene atribuido actualmente al arbitraje de la Confederación Española de Cooperativas. (Sentencia de 5 de marzo de 1980; ha lugar.)

2. *Incompetencia de jurisdicción a efectos de casación. Clases de recurso según el tipo de incompetencia denunciado. Interdicto.*—La doctrina jurisprudencial tiene establecido, de modo reiterado, la distinción entre los dos supuestos de incompetencia que puedan ocasionarse a los efectos de su alegación ante la Sala I del T. S., una, cuando se da la carencia de jurisdicción para conocer del litigio por razón de la materia, de la cuantía o grado jurisdiccional y el otro para los eventos de incompetencia por razón del territorio; el primero sirve de fundamento a un recurso de fondo al amparo del artículo 1.692 LEC, en tanto que el segundo ha de ser tratado, exclusivamente en el recurso por quebrantamiento de forma, a tenor del número 6.º del artículo 1.693 de la propia Ley, por lo que, si la incompetencia alegada atañe a la determinación de la preferencia atendida la materia en que la jurisdicción deba ejercerse, el recurso a entablar, siempre que la naturaleza del proceso y la índole de la resolución lo autorice, será el de casación por infracción de Ley, y no el de quebrantamiento de forma, impugnación ésta por vicios de forma que nunca puede ser utilizada cuando se trata de un juicio interdictal, sustraído a la casación sobre el fondo en razón de su ámbito estrictamente posesorio. (Sentencia de 12 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

3. *Competencia.*—«De conformidad con el número primero del artículo 62 de la LEC, no exigiéndose cumplimiento de obligación alguna y ejercitándose una acción declarativa y dirigiéndose la demanda contra varias personas domiciliadas en diferentes localidades es competente para su conocimiento el juez del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante». (Sentencia de 4 de diciembre de 1979.)

4. *Cuestiones de competencia. Oposición en el juicio ejecutivo. Plazos.*—La Ley pretende, con los plazos breves que fija para la oposición al juicio ejecutivo, que no se retrase el pago de lo que, acreditado por documento con fuerza ejecutiva, deba el deudor; pero dichos plazos han de computarse a partir de cuando el ejecutado recibe la notificación del despacho de ejecución, no desde que el órgano ejecutor, por retrasos que no están en mano del ejecutado poder condicionar, haya tenido noticias de que la oposición se haya producido. Planteada a tiempo por el demandado, en el ejecutivo, la cuestión de competencia, procede resolverla, abstracción hecha de que, por retraso injustificado del órgano judicial ante el que se planteó, se hubiera dado lugar a que dictase sentencia de remate el Juez a ante quien se presentó el ejecutivo, sentencia, que en atención a ello ha de quedar invalidada.

Acción ejecutiva con base en letras de cambio. Juzgado competente.—Tratándose de acción ejecutiva ejercitada a la vista de unas cambiales cuyo pago está domiciliado en el del deudor, ha de estimarse competente para tramitar el correspondiente juicio ejecutivo, al Juez del domicilio del deudor. (Sentencia, de 29 de noviembre de 1979.)

NOTA.—Los antecedentes de hecho de la cuestión fueron los siguientes: notificado al demandado el despacho de ejecución, que tiene fecha 24 de enero 1979, el 19 de febrero por exhorto cursado al Juzgado de XXX, por escrito

fecha el 22 del mismo mes y año, se planteó, ante este último Juzgado la cuestión de competencia por inhibitorio, con súplica de que dicho órgano jurisdiccional, al que se estimaba competente, requiera de inhibición al que había despachado la ejecución. El Juez de XXX en providencia de 26 del mismo mes y año acordó tener por planteada cuestión de competencia pasándolo al Fiscal para dictamen, *pero no resolvió hasta que por auto de 25 de junio siguiente* (el subrayado en la Sentencia del T. S.) decidió requerir de inhibición al otro Juzgado, el cual, para tal fecha y desde el día 14 de abril, tenía dictada sentencia de remate, por lo que en virtud de lo dispuesto en la LEC (art. 76), y sin tener en cuenta la fecha en la que por la parte, fue planteada la cuestión de competencia, denegó el requerimiento de inhibición.

5. *Litisconsorcio pasivo necesario*.—El litisconsorcio impone la actuación conjunta de todos los interesados en la relación jurídico-material que se deduce en el juicio y cuando esta relación es de tal naturaleza que afecta a varias personas la resolución que pueda dictarse en el proceso, es preciso demandar a todas las personas afectadas para proteger a los interesados frente a la posible extensión subjetiva de la cosa juzgada y evitar que puedan ser condenados sin ser oídos.

Daños causados en la ejecución de una obra. Responsabilidad del contratista y del encargado y no del propietario de la urbanización que contrató la obra.—Es correcto que la acción se dirigiera sólo contra el contratista de la obra y el encargado de la misma, únicas personas a las que cabe atribuir la responsabilidad del accidente que determinó la muerte de la víctima, sin que la misma alcance a la propietaria de la urbanización en donde los trabajos se realizaban, por el solo hecho de ser la propietaria de la hormigonera y de la instalación eléctrica a la que se conectó, pues el empresario de la obra debió cerciorarse antes del estado de la instalación y al carecer la misma del interruptor automático diferencial, por ser la instalación anterior a la fecha en que se hicieron obligatorios tales interruptores, debió proceder a su instalación, a tenor de la Instrucción complementaria de 30 de octubre del mismo año, ya que, según la misma, tal protección puede establecerse individualmente para cada una de las máquinas que, con conexión a la red, hayan de utilizarse. (Sentencia de 21 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

6. *Incongruencia*.—Insistentemente viene declarando esta Sala que las sentencias que absuelven de la demanda son siempre congruentes, al entenderse resuelven sobre todas y cada una de las cuestiones planteadas en la «litis», como las que estimando una excepción previa absuelven igualmente, aunque en este supuesto, al no entrar en el fondo del asunto no produzcan excepción de cosa juzgada y con la salvedad de que dicha excepción no hubiese sido alegada en tiempo y forma hábil sin ser estimable de oficio.

Excepción de litis consorcio pasivo necesario.—Como en este caso, la absolución del demandado se justifica por la estimación de esta excepción que, al afectar al orden público, es apreciable de oficio, no puede decirse que la sentencia al estimar aquella excepción alegada también por la propia parte demandada y hoy recurrente de falta de legitimación activa, sea incongruente. (Sentencia de 21 de mayo de 1979; no ha lugar.)

7. *Motivo de casación fundamentado en un extremo del fallo que favorece al propio recurrente.*—Es lo cierto que al único que, en su caso, pudiera perjudicar el denunciado vicio (de incongruencia) lo sería al actor y recurrido que precisamente lo ha consentido y en ningún supuesto al recurrente y, consecuentemente, no puede fundamentar un motivo de casación en un extremo del fallo que la favorece. (Sentencia de 16 de octubre de 1979; no ha lugar.)

8. *Casación. Naturaleza. No es un tercera instancia.*—El recurso de casación tiene un alcance limitado que no abarca el conocimiento del pleito en su integridad y dado el estrecho rigorismo formal a que ha de acomodarse su interposición y formalización, no es posible un nuevo examen de las pruebas practicadas en la instancia que es lo que pretende el recurrente

Casación. Documento auténtico.—Los documentos que se invocan como demostrativos de la equivocación de la sentencia recurrida, si fueron tenidos en cuenta por el Tribunal «a quo» no pueden servir como auténticos a los efectos del recurso, según reiterada jurisprudencia y aunque no hubieran sido objeto del mencionado examen, si para llegar a esas conclusiones que pretende el recurrente se precisan deducciones e interpretaciones, ello eliminaría su autenticidad a los indicados efectos.

Error de hecho en la apreciación de la prueba. Individualización de los documentos en que se base la impugnación.—El motivo en que se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba debe inexcusablemente individualizar y concretar no solamente los documentos que muestran la equivocación evidente del juzgador, sino aquella parte de los mismos que se halle en contradicción palmaria con los hechos fijados formalmente en la sentencia combatida, sin que quepa cita global de documentos sin discriminación alguna.

Defecto formal del recurso por acumulación de motivos.—La acumulación, en un motivo, de dos números de un artículo—el 1.692 de la LEC—es causa de inadmisión y, en su caso, desestimación del motivo. (Sentencia de 1 de abril de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia anteriormente extractada derivó de una demanda en la que se pedía la declaración de nulidad de un contrato de arriendo de local de negocio y el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de tales nulidad; se alegaba, como causa de nulidad, el hecho de que el piso estaba catalogado como vivienda, de lo que derivó la prohibición administrativa de que funcionara el negocio en el local objeto del arriendo. El Juzgado de Primera Instancia no dio lugar a la declaración de nulidad, pero sí el resarcimiento de cerca de medio millón de pesetas solicitado por el arrendatario; la Audiencia Territorial desestimó totalmente la demanda. Es sensible que el estrecho formalismo de la casación haya impedido que el T. S. haya podido abordar el tema de fondo.

J. P. R.

9. *Documento auténtico.*—Es doctrina reiterada de esta Sala que los informes periciales no tienen el carácter de documentos auténticos a los efectos del recurso de casación.

Carga de la prueba.—Es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que el artículo 1.214 del Código civil regula el principio de la carga de la prueba sin establecer normas valorativas sobre los diferentes medios de acreditar los hechos controvertidos en el juicio, y en tal concepto, siendo este artículo un principio general sobre la atribución del «onus probandi» de carácter esencialmente genérico, no puede servir de base para la casación.

Hechos probados.—Resulta inadmisibile dentro de la técnica normativa del recurso de casación aludir a hechos que el recurrente considera no probados cuando los mismos han sido afirmados por el Tribunal «a quo» y no se ha invocado al respecto el error resultante de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador, como exige el precepto invocado.

Congruencia.—No infringe el principio de la congruencia de la sentencia la que reiterando lo dicho concede en definitiva menos de lo pedido dejando únicamente para el trámite ejecutivo la determinación de la cuantía de cada uno de los conceptos que fija. (Sentencia de 4 de febrero de 1980; no ha lugar.)

10. *Autenticidad.*—Carecen de autenticidad a efectos de la casación los mismos documentos examinados por la Sala de instancia, y por otro lado es palmario que jamás podrían revestir aquel carácter, por faltarles la autosuficiencia y literosuficiencia propias del documento auténtico en cuanto expresión de un dato objetivo que se impone por su misma evidencia sin necesidad de operaciones deductivas, las certificaciones de obra y un acta notarial.

Presupuestos y licencias de obra.—No acreditan ni significan por su contenido que a la hora de su ejecución no se hayan practicado obras distintas o complementarias, ni que no se contase con el asentimiento del dueño, que no es menester que conste por escrito como tiene declarado la Sentencia de 13 de marzo de 1971.

Preferencia de la deducción del juzgador de instancia.—El enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir que efectúe el juzgador, ha de prevalecer sobre el que mantiene la parte litigante, a menos que manifiestamente aparezca ilógico, absurdo o inadmisibile. (Sentencia de 22 de octubre de 1979; no ha lugar.)

11. *Documento auténtico. No lo es la alegación de una de las partes en anterior demanda de anterior proceso.*—Es reiterada doctrina de la Sala I del T. S. que no constituyen documento auténtico ni actos auténticos los judiciales procesales, ni las manifestaciones de los litigantes contenidos en sus escritos; y la autenticidad del documento, en casación, es equivalente a su valor probatorio y sólo cuando éste es decisivo está constreñido el Tribunal sentenciador a otorgárselo y, por otra parte, ese valor probatorio decisivo y excepcional está determinado por la claridad, precisión y expresión inequívoca carente de toda duda, del documento o auto en cuestión. (Sentencia de 5 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

12. *Calificación de los contratos. Debe prevalecer, por lo general, la realizada por el Tribunal «a quo».*—La calificación jurídica realizada por la Sala «a quo» debe permanecer inalterable mientras no sea ilógica o absurda. (Sentencia de 20 de febrero de 1980; no ha lugar.)

13. *Apreciación conjunta de la prueba. Impugnación en casación.*—Reiterada doctrina de la Sala I del T. S. afirma que, siendo conjunta la apreciación de prueba realizada por el Juzgador, no puede ser desarticulada por un simple medio como es un documento aislado que no es sino el contrato origen de lo actuado que fue examinado e interpretado por el Tribunal «a quo» sin que por sí sólo y sin necesidad de ulterior razonamiento demuestre lo contrario de lo declarado por dicho Tribunal.

Impugnación en casación de la interpretación de contratos.—Sólo puede realizarse por el cauce del núm. 1 del artículo 1.692 de la LEC denunciando infracción en los artículos 1.281 y siguientes del C. c.

Casación. Cuestiones nuevas.—Las cuestiones nuevas tienen vedado el acceso a la casación de acuerdo con el artículo 1.729, 5.º de la LEC. (Sentencia de 22 de diciembre de 1979; no ha lugar.)

14. *Documento auténtico. Impugnación en casación basado en él.*—Cuando la doctrina del T. S. niega la cualidad de auténticos a los que la sentencia de instancia tuvo ya en cuenta y consideró, es claro que con ello se refiere a los analizados, valorados e interpretados por ella, pero no cuando la consideración judicial se refiere a la obtención de un dato constante en un documento, el cual evidentemente, podrá designarse para que obre como auténtico a efectos de casación, si el dato que se cita contradice, «per se», al que el Tribunal obtuvo del mismo documento o acto, de modo que se evidencie el error padecido ante la simple confrontación, es decir, cuando se ponga en cuestión una pura situación o dato meramente de hecho y no una distinta valoración del documento aducido a los efectos dichos, siendo patente tal contradicción si la sala de instancia dice que el precio pactado fue de XXX pesetas como se señala en el contrato, pero al transcribir omite el término «aproximadamente» que precede a dicha cifra y al resto de la cláusula, término con que se está diciendo, literalmente, que las partes se ajustarían al precio fijado en la calificación definitiva y que el precio de XXX era «aproximado», es decir, no fijado ni determinado como exige el artículo 1.445 C. c. (Sentencia de 7 de diciembre de 1979; ha lugar.)

15. *Cosa juzgada y recurso de revisión.*—La autoridad de la cosa juzgada sólo cede ante los excepcionales casos en que, lo resuelto por sentencia firme sea notoriamente injusto, a consecuencia de concurrir en ella alguna de las causas taxativamente determinadas en el artículo 1.796 de la LEC, que regula el recurso extraordinario de revisión.

Ocultación del domicilio del demandado como causa de revisión.—Probado que el demandado fue emplazado por edictos, por manifestar los demandantes, primos del demandado, que el mismo se hallaba en ignorado paradero a sabiendas de que no era cierto, pues conocían el verdadero domicilio y dirección del demandado al que con anterioridad al juicio el letrado

de los demandantes escribió una carta a su domicilio para tratar de arreglar amistosamente el asunto que luego se plantearía judicialmente, siguiéndose el juicio en rebeldía, del que en ningún momento tuvieron conocimiento los recurrentes que se enteraron de la tramitación y resultado del juicio tras tramitarse el mismo y ejecutarse la sentencia en él recaída, estos hechos ponen de manifiesto una actuación dolosa y fraudulenta por los demandantes, llevada a efecto en el deseo de lograr, como así lo consiguieron, la sustanciación del juicio de mayor cuantía sobre declaración de herederos y partición de bienes, teniendo declarado constante y reiterada jurisprudencia—SS. de 31 enero 1941, 30 marzo 1954, 9 junio 1959, 19 diciembre 1961, 5 febrero 1963, 20 mayo 1966, 30 abril 1970, 14 mayo 1975 y 17 diciembre 1978—, que dentro del concepto de maquinación fraudulenta, a los efectos del recurso de revisión, cabe incluir toda actividad de la parte actora, encaminada a dificultar y ocultar al demandado el planteamiento del juicio y a obstaculizar o impedir su defensa para, de esta forma, asegurar el éxito de la demanda, siendo una de las manifestaciones más frecuentes de esa maquinación fraudulenta la ocultación maliciosa, no obstante conocerlo, del domicilio del demandado, llamándolo por edictos con la finalidad de que no se entere del planteamiento de la demanda y procurar, así, que no comparezca en juicio para defender sus posibles derechos. (Sentencia de 6 de noviembre de 1979; ha lugar.)

16. *Nulidad del procedimiento judicial sumario.*—La infracción que se denuncia del artículo 130 L.H. en relación con las reglas 3.ª y 4.ª de su artículo 131, no puede ser acogida porque en la escritura de constitución consta el domicilio que el deudor señaló a los efectos de esos artículos, y porque la duda sobre dónde se realizó el requerimiento la resuelve la sentencia en el sentido de que se hizo en el lugar adecuado, es decir, en el domicilio fijado en la escritura, siendo cuestión distinta si ese requerimiento reunía los requisitos legales.

Notificaciones y requerimientos judiciales.—El acto judicial de comunicación surte efecto sin que sea necesario que llegue forzosamente a conocimiento del mismo destinatario, pero ello es con la condición indispensable de que se hayan cumplido escrupulosamente los requisitos y así, cuando no sea posible que la diligencia se entienda personalmente con el destinatario y haya de practicarse mediante cédula, se exige para su validez, salvo que el notificado se dé por enterado en el juicio, que se cumplan los requisitos del artículo 268 Ley Enjuiciamiento Civil.

Requisitos del requerimiento.—Ha de reunir para su validez los requisitos que expresa el artículo 275 Ley Enjuiciamiento Civil, los cuales han de estimarse «ad substantiam» y como tales esenciales para la validez del acto procesal, criterio que aparece reforzado, tratándose de los requerimientos en las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 131 Ley Hipotecaria, por la expresión legal del artículo 129 Ley Hipotecaria «ninguno de sus trámites puede ser alterado entre las partes», que recalca el carácter de orden público y de cumplimiento estricto de las comunicaciones judiciales ordenadas en ese procedimiento.

Nulidad del procedimiento judicial sumario.—La diligencia de notifica

ción y requerimiento obrante en los autos aparece redactada con manifiesta negligencia y en forma contradictoria, con lo que se infringió paladinamente lo dispuesto en el artículo 268 de la Ley Procesal correctamente aplicado por la sentencia recurrida, dada la indefensión total del deudor y del tercer poseedor que se produjo en el procedimiento.

Consentimiento del acreedor en la subrogación de deuda.—El motivo que denuncia la infracción del principio de que el consentimiento del acreedor en la subrogación no puede ser presunto, ha de decaer, pues parte de un hecho que la sentencia recurrida no admite, cual es que no hubo asentimiento del acreedor para que en lugar del primitivo deudor hipotecario se colocase otro, cuando está probado que existió un consentimiento «a posteriori» del acreedor que consta de modo cierto e indudable.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—El error que se denuncia, por no dar su valor a ciertas escrituras públicas, no puede ser estimado, ya que esas escrituras no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación al haber sido tenidas en cuenta por el Tribunal «a quo», aparte de que las mismas no revelan equivocación alguna de aquél.

Cuestión nueva y defecto del recurso.—La inaplicación que se invoca del artículo 118 Ley Hipotecaria es cuestión nueva que no fue planteada en su momento procesal oportuno y por ello ha de ser desestimada, aparte de que el recurrente en el mismo motivo se apoya en la doctrina del litis consorcio pasivo necesario, incidiendo así en falta de precisión y claridad. (Sentencia de 9 de abril de 1980; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 3.000,— pesetas
Extranjero, 3.500,— pesetas
Número suelto: España, 1.000,— pesetas
Extranjero, 1.250,— pesetas